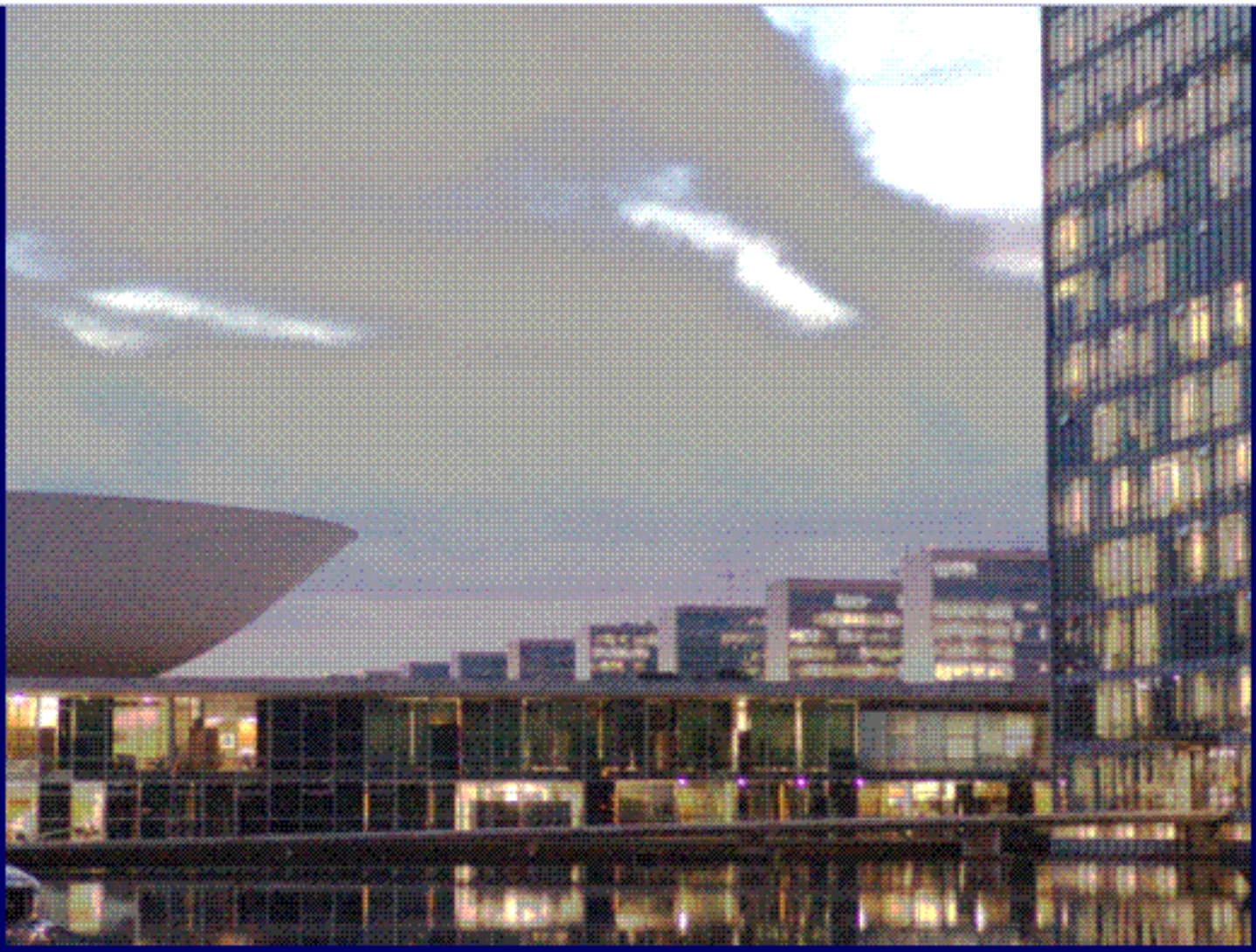
PROJETO FUNDAÇÃO ESTATAL



PROPOSTA PARA DEBATE

Advocacia-Geral da União
Escola da Advocacia-Geral da União

IDISA
Instituto de Direito Sanitário Aplicado

Ministério da Saúde
Ministério do Planejamento

BRASIL
UM PAÍS DE TODOS
GOVERNO FEDERAL

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

Ministro
Paulo Bernardo Silva

Secretário-Executivo
João Bernardo de Azevedo Bringel

Secretário de Gestão
Francisco Gaetani

Secretário Adjunto de Gestão
Alexandre Kalil Pires

Diretor de Modernização Institucional
Walter Shigueru Emura

Elaboração
Valéria Alpino Bigonha Salgado
Goiaciara Aires Luna

Orientação
Sábado Nicolau Girardi
Lenir Santos

Colaboração *Ad Hoc*
Allan Kardec Craveiro de Lima
Antonio Carlos Alpino Bigonha
Eni Alves Vila
Fabiano Garcia Core
Gilberto Barichello
Guilherme Francisco Alfredo Cintra Guimarães
Gustavo Tepedino
José Carlos Silva
José dos Santos Carvalho Filho
José Eduardo Sabo Paes
José Humberto Nozella
Luiz Otávio Tavares Pereira
Pedro Barbosa
Raphael Coutinho da Cunha
Rodrigo Pinto de Campos
Valmir Dantas
Vera Monteiro

Editoração
Antonio Barbosa da Silva

Arte
Fabiana Marangoni Costa do Amaral

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

48 p.: il.color

Apresentação

A Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SEGES é o órgão responsável no âmbito do Governo Federal pela concepção de modelos de gestão pública sintonizados com os princípios da eficácia, eficiência e efetividade, assim como pela proposição das formas organizativas da macro-estrutura do Governo e do arranjo institucional interno dos órgãos da administração direta, das autarquias e das fundações.

No exercício dessas competências, a SEGES deu início em 2005 a uma série de estudos e análises críticas sobre as atuais formas jurídico-institucionais da administração pública, com o objetivo de propor ajustamentos que conduzam a um arcabouço legal mais consistente e afinado com os novos paradigmas e desafios impostos à gestão pública sem, contudo, fugir dos limites estabelecidos pelo ordenamento do direito público brasileiro. Nesse contexto é que nasce o Projeto Fundação Estatal - da necessidade imperativa de, à luz das disposições constitucionais, produzir direito novo para dotar o Governo de agilidade e efetividade no atendimento das demandas sociais do País.

É importante lembrar que constitui traço distintivo deste Governo o compromisso, assumido perante a sociedade brasileira de garantir os direitos sociais dos cidadãos e promover a inclusão social e a redução das desigualdades. Para que a Administração Pública possa vencer esse desafio, a SEGES, investiu na definição de uma **nova tecnologia organizacional** capaz de atender às necessidades da ação pública no campo social.

Concebida a partir da noção fundamental de Estado Democrático de Direito, a Fundação Estatal é aberta à participação cidadã, responsável e qualificada, embora preserve a estrutura de propriedade pública, com sistema de governança estatal, onde o processo decisório se mantém dentro do espaço público. Garante a presença do Estado, mas caracteriza-se pela sintonia com as formas cooperativas de ação do Estado, inclusive, com os demais entes federados e com a sociedade.

Dotada de autonomia gerencial, orçamentária e financeira, a fundação estatal é regida por regras do direito privado, à semelhança do formato da empresa estatal sem, entretanto, se referenciar no modelo competitivo da busca pelo lucro. O modelo é próprio para a atuação do Estado em áreas que não lhe são exclusivas, ou seja, onde não é requerido o exercício do seu poder de autoridade, como a saúde, educação, cultura, esporte, turismo, tecnologia, assistência social, dentre outras.

O Projeto de Fundações Estatais resulta de um trabalho conjunto das diversas áreas deste Ministério, da parceria com o Ministério da Saúde e da colaboração recebida de renomados juristas e doutrinadores, *que contribuíram para assegurar a necessária segurança jurídica e técnica dos estudos.*

A Secretaria de Gestão agradece a todos estes parceiros.

Secretaria de Gestão

Sumário

Parte I - Aspectos Gerais da Fundação Estatal

1. Conceito de Fundação 6
2. Fundações instituídas pelo Poder Público 7
3. Áreas de atuação 11
4. Forma de Descentralização Administrativa 12
5. Constituição da Fundação Estatal 15
6. Do Patrimônio e das Receitas 15
7. Autonomia Gerencial, Orçamentária e Financeira 16
8. Gestão de Pessoal 17
9. Contrato estatal de serviços 21
10. Imunidade Tributária 22
11. Regras de Licitação 25
12. Regime de Penhora de Bens e Rendas 25
13. Controle Interno e Externo 25
14. Sistema de Governança 26
15. Estatuto da Fundação Estatal 29

Parte II - Perguntas e respostas sobre a fundação estatal 31

Referências Bibliográficas 52
Referências Legislativas 53
Referências Jurisprudenciais 55
Anexo I – Quadros Comparativos das Formas Jurídico-Institucionais 56
Anexo II – Lei nº 10.406, de 10.01.2002, que institui o Código Civil, arts. 62 a 69 61

Parte I

Aspectos Gerais da Fundação Estatal

1. Conceito de Fundação

Em suas origens, o conceito de fundação está relacionado com o espírito de filantropia e solidariedade, dirigido à busca de meios ou formas de auxílio a pessoas necessitadas. Essa categoria de instituição tem sido utilizada pelos instituidores – sejam pessoas físicas ou jurídicas - como forma de transmitir e perpetuar, perante a sociedade, os seus próprios ideais e convicções. Os antecedentes da figura jurídico-institucional remontam ao antigo Egito, onde os atos filantrópicos, próprios daquela civilização, foram institucionalizados, sendo depois praticados com maior consistência na Grécia.

No Brasil, data de 1738 o registro mais antigo de instituição criada a partir do destaque do patrimônio pessoal para cumprir finalidades filantrópicas. A consolidação do modelo fundacional no ordenamento jurídico positivo, no entanto, ocorreu apenas em 01.01.1916, com o advento do Código Civil Brasileiro. No setor público, há referências às fundações públicas, como modalidade de descentralização e especialização funcional da administração, a partir da década de 1940[1].

Embora não haja definição jurídica específica para fundação, a doutrina brasileira a define como pessoa jurídica oriunda do direito privado, que se caracteriza pela atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio preordenado a certo fim social.

Eduardo Szazi[2] define fundação como:

> ***"um patrimônio destinado a servir, sem intuito de lucro, a uma causa de interesse público determinada, que adquire personificação jurídica por iniciativa de seu instituidor".***

Clóvis Bevilacqua conceitua fundação como:

> **"uma universalidade de bens personalizados, em atenção ao fim, que lhe dá unidade."**

No entendimento de Caio Maio da Silva Pereira, fundação é:

> **"atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio, que a vontade humana destina a uma finalidade social".**

Trata-se de uma das categorias das pessoas jurídicas de direito privado, regulada nos arts. 45 e 62 a 69 do Código Civil.

Tem como características básicas a figura do instituidor, o fim social da entidade e a ausência de fins lucrativos. A fundação não se desliga da vontade de seu instituidor, ou seja, daquele que faz a dotação patrimonial e da finalidade social que motivou a sua instituição. É exatamente a finalidade social que determina que a entidade não vise à obtenção de lucros e se classifique em agrupamento diverso daquele das empresas e demais sociedades comerciais.

---

1 Com base em José Eduardo Sabo Paes, Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social, 6ª edição, 2006.

2 Eduardo Szazi, Terceiro Setor – Regulação no Brasil, Editora Fundação Petrópolis, 2000.

Além disso, o modelo jurídico-institucional da fundação apresenta as seguintes características:

a) criada por escritura pública ou testamento, a partir da dotação especial de bens livres, com expressa declaração do fim a que se destinam;

b) quando instituída por particulares, seu ato de instituição é irrevogável, não podendo seu patrimônio e suas rendas ser reincorporados no patrimônio do instituidor. Adquire vida própria e independência jurídica em relação ao ente que a instituiu, sendo regida pelos seus estatutos;

c) velada pelo Ministério Público, responsável por assegurar que a entidade dedique-se aos objetivos para os quais foi instituída; e

d) em caso de extinção, seu patrimônio é incorporado ao de outra fundação de mesma finalidade, salvo disposição em contrário no ato constitutivo ou no seu estatuto.

2. Fundações instituídas pelo Poder Público

2.1. Histórico

As fundações instituídas pelo Poder Público surgiram no País quando o Estado passou a desempenhar um papel mais participativo na sociedade, no que se refere à prestação de serviços públicos em setores nos quais o Estado não detém a exclusividade, mas atua de forma concorrente com a livre iniciativa em áreas como as de saúde, educação, cultura, esporte e pesquisa científica, entre outras.

Conforme estabelece o Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967, a fundação é uma pessoa jurídica regida pelo direito privado, constituindo modalidade institucional de descentralização da atividade pública. É regida por regras do código civil, em similaridade às demais organizações de direito privado, inclusive no que se refere às obrigações civis, comerciais e trabalhistas.

A versão original do Decreto-Lei nº. 200/67 integrou as fundações públicas à esfera da administração pública indireta, submetendo-as aos controles próprios das empresas estatais, com expressa menção à sua personalidade de direito privado.

Essa situação foi modificada pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, que alterou disposições do Decreto-Lei nº. 200/67 referentes às fundações públicas, subtraindo-as do rol das entidades da administração pública. Com isso as fundações passaram a sujeitar-se tão-somente às regras gerais do Código Civil.

Posteriormente, o Decreto-Lei nº. 2.299, de 21 de novembro de 1986, revogou os dispositivos do Decreto-Lei nº. 200/67, modificados pelo Decreto-Lei nº. 900/69 e reintegrou, na administração pública indireta, as fundações instituídas por lei federal ou mantidas pela União.

A Lei nº. 7.596, de 10 de abril de 1987, deu nova redação ao Decreto-Lei nº. 200/67, mantendo o regime privado das fundações publicas. Excluiu-as, todavia, do cumprimento das normas de fiscalização previstas no Código Civil.

Em 1984, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967, decisão do Supremo Tribunal Federal assentou a possibilidade de adoção dos dois regimes para as fundações públicas (direito público ou direito privado), ao reconhecer que as fundações com a mesma finalidade e dotadas dos mesmos elementos das autarquias são, na verdade, autarquias, embora possam ter o nome de fundação, visto que o que importa é a natureza do ente público e não a sua denominação (RE nº. 01.126-RJ, Relator o Min. Moreira Alves - RTJ 113/314, decisão de 24 de outubro de 1984, publicada no Diário de Justiça em 03 de março de 1985):

> **"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"** (o dispositivo citado no acórdão refere-se à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69).

Essa decisão foi determinante, visto que até então o regime das fundações públicas era reconhecido apenas como de direito privado.

A Constituição Federal de 1988 acrescentou mais um capítulo ao histórico do modelo fundacional no País, ao consagrar a fundação pública de direito público como forma jurídica de descentralização da ação do Estado, com as mesmas restrições administrativas, orçamentárias e financeiras das autarquias.

2.2. A Emenda Constitucional nº. 19/1998

A Emenda Constitucional nº. 19, de 4 de junho de 1998, alterou o inciso XIX do art. 37 da Constituição e determinou que:

> **somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação.**

O legislador constituinte derivado, ao modificar a redação desse inciso, arrolou como matéria de lei complementar o tema das áreas de atuação das fundações públicas. Ao transpor a matéria para a esfera de uma lei complementar, fruto de debates mais aprofundados e de aprovação mediante quorum qualificado de maioria absoluta, impôs ao assunto contornos legais mais nítidos e consistentes aos ramos de atuação das fundações públicas, impedindo a multiplicação desenfreada de entidades dessa natureza nos mais diversos setores da Administração, em alguns casos com desvirtuamento de qualquer função atrelada à consecução dos interesses da coletividade.

A alteração do inciso XIX do art. 37 pela EC nº. 19/98, na opinião de juristas e doutrinadores tais como Carlos Ari Sundfeld, Maria Sylvia Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho, Lenir Santos, José Eduardo Sabo Paes e Gustavo Tepedino, **reafirmou a fundação pública de direito privado no cenário jurídico nacional**.

2.3. O debate em torno da natureza jurídica das fundações públicas

A partir da Emenda Constitucional nº. 19/98, a melhor doutrina[3] de direito constitucional e administrativo tem entendido de maneira harmônica que o Poder Público pode instituir, mediante autorização legislativa, fundação com personalidade jurídica de direito privado ou de direito público, cabendo ao legislador essa decisão, em função das atividades a desempenhar.

Cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal reconhece que o Estado pode escolher entre um modelo e outro, conforme a área em que atuar; é a lei quem deve definir se a fundação a ser instituída será de direito publico ou de direito privado.

Essas são decisões do STF a respeito:

> **"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. Decisão de 24 de outubro de 1984).
>
> **"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 entidade. Sendo pessoa jurídica de direito privado, não se aplica o previsto no artigo 100, caput, da Constituição Federal**".(Ministra Ellen Gracie, Agravo no Recurso Extraordinário nº 219.900-1 Rio Grande do Sul, publicado no Diário de Justiça de 16.08.2002).
>
> **"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] (julgamento do Mandado de Segurança 24.427-5, impetrado pelo Banco do Brasil S.ª contra ato do Tribunal de Contas da União. Voto do Ministro Relator Eros Grau cita parecer do Procurador-Geral da República. Agosto de 2006.

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

---

[3] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Carlos Ari Sundfeld, Sergio D'Andrea Ferreira, Odete Medauar, Eros Roberto Grau, Ellen Gracie, Marçal Justen Filho, Jose dos Santos Carvalho Filho, Jose Eduardo Sabo Paes, Lenir Santos mantém o entendimento que as fundações públicas tanto podem ter personalidade jurídica de direito público como de direito privado, cabendo à lei definir. Celso Antonio Bandeira de Mello defende ponto de vista diverso argumentando que as fundações públicas têm personalidade jurídica de direito público.

[4] . 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.

É, precisamente, em torno do regime de direito público imposto às fundações[5] 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.

No entendimento do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, as autarquias são, em sua grande maioria, fundações visto que são patrimônio público destacado da administração central do Estado para o cumprimento de uma finalidade estatal descentralizada e personalizado segundo as normas do direito público. Há poucas excessões, como é o caso das autarquias corporativas. Sendo assim, as autarquias não diferem das fundações instituídas pelo Estado com personalidade de direito público[6].

Em rigor, as chamadas fundações públicas são puras e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm. É que, como se sabe, as pessoas jurídicas, sejam elas de direito público, sejam de direito privado, são classificáveis em dois tipos, no que concerne ao "substrato básico" sobre que assentam: pessoas de base corporativa (corporações, associações, sociedades) e pessoas de base fundacional (fundações). Enquanto as primeiras tomam como substrato uma associação de pessoas, o substrato das segundas é, como habitualmente se diz, um patrimônio personalizado, ou, como mais corretamente dever-se-ia dizer, "a personificação de uma personalidade".

A Constituição referiu-se às fundações públicas em paralelislo com as autarquias, portanto como se fossem realidades distintas, porque simplesmente existem esses nomes diversos, utilizados no Direito brasileiro para nominar pessoas jurídicas estatais." (citação extraída da obra de Celso Antonio Bandeira de Mello, no Curso de Direito Administrativo, págs 178 e 179, 22ª Edição).

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, José Eduardo Sabo Paes, José Afonso da Silva e Edmir Netto de Araújo, constituiu o reconhecimento constitucional da possibilidade do Poder Público de instituir fundações dotadas de personalidade jurídica de direito privado ao lado das fundações de direito público existentes.

2.4. O Projeto de Lei Complementar

Com base no amparo constitucional e na doutrina jurídica brasileira, em janeiro de 2006 a Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e

[5] 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 alinhamento às disposições da Constituição de 1988, sem a alteração da Emenda nº 19/1998.

[6] Conforme opinião colhida do Professor Antonio Bandeira de Mello, em audiência concedida a membros da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, em 30 de maio de 2007..

Gestão constituiu um grupo de trabalho[7] com o objetivo de elaborar Projeto de Lei Complementar que definisse as áreas de atuação da fundação estatal, assim como o seu estatuto.

A definição do estatuto da fundação estatal atende ao art. 26 da EC 19/98, até hoje não cumprido, que assim determina:

> **"Art. 26. No prazo de dois anos da promulgação desta Emenda, as entidades da administração indireta terão seus estatutos revistos quanto à respectiva natureza jurídica, tendo em conta a finalidade e as competências efetivamente executadas".**

Além de representantes de praticamente todas as áreas finalísticas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, participaram do grupo de trabalho membros do Ministério Público, juristas e doutrinadores do Direito Público e Direito Privado, na qualidade de colaboradores *ad hoc*[8].

No início de 2007, foi concluída a elaboração de um Anteprojeto de Lei Complementar que define as áreas de atuação das fundações instituídas pelo Poder Público, assim como de um anteprojeto de Lei Ordinária que estabelece normas gerais para criação de fundações estatais, que serão encaminhados pelo Executivo Federal ao Congresso Nacional.

3. Área de atuação

O Poder Público poderá instituir fundações estatais com personalidade jurídica de direito privado para o desenvolvimento de atividades que não tenham fins

---

[7] A constituição desse grupo foi o resultado de estudos realizados pela Secretaria de Gestão a partir de meados de 2005, em parceria com a Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde. O objetivos do grupo era o de identificar um formato institucional adequado às áreas do Estado que exercem atividades não-exclusivas e atuam em regime de concorrência com a livre iniciativa, necessitando de um modelo dotado de maior autonomia e flexibilidade de gestão e que favoreça a eficácia e a eficiência da ação governamental, especialmente no que tange aos processos de aquisição, incorporação tecnológica, contratação, estruturação de carreira e remuneração da força de trabalho. Um dos focos iniciais dos estudos recaiu sobre os institutos e hospitais federais do Rio de Janeiro (RJ), cujo modelo de gestão vinha dando mostras de insuficiência face às complexidades inerentes ao universo administrativo hospitalar. Essas entidades estavam sendo questionadas pelo Tribunal de Contas da União e Ministério Público Federal quanto à legalidade das relações entre elas e as fundações de apoio. Por meio do Acórdão nº. 1193/2006-TCU-Plenário, os Ministros do Tribunal de Contas determinaram ao Ministério da Saúde que rescindisse os convênios com as mencionadas entidades e suas fundações de apoio, estabelecendo prazos para a suspensão dos serviços, abrindo uma crise de natureza administrativa sem precedentes naqueles hospitais e institutos. Também foi objeto de estudo pelo grupo o caso do Grupo Hospitalar Conceição, composto por entidades hospitalares federais instituídas sob o formato de sociedades de economia mista, em razão do seu inadequado formato jurídico em relação à natureza da atividade que exercem. Em oficinas de trabalho promovidas pela Secretaria de Gestão entre os meses de setembro e novembro de 2005, em parceria com o Ministério da Saúde, foram avaliadas as formas jurídico-institucionais amparadas pelo Direito Administrativo Brasileiro e debatidos novos formatos possíveis, à luz dos marcos constitucionais vigentes, que pudessem se ajustar às unidades hospitalares federais, atendendo à recomendação do TCU. Como resultado, optou-se por investir na regulamentação do inciso XIX do art. 37 da Constituição, que autoriza o Executivo a instituir fundações estatais de direito privado.

[8] Merece destaque a relevante participação e contribuição ao projeto dos juristas Carlos Ary Sundfeld, Lenir Santos, Antonio Carlos Alpino Bigonha, José Eduardo Sabo Paes, Rodrigo Pinto de Campos, Vera Monteiro e Gustavo Tepedino, entre outros.

lucrativos, não sejam exclusivas do Estado e não exijam o exercício do poder de autoridade, em áreas como assistência social, saúde, ciência e tecnologia, meio ambiente, cultura, desporto e previdência complementar do servidor público, para os efeitos do art. 40, §§ 14 e 15 da Constituição.

Os fins a que se destinam as fundações estatais são sempre de caráter social e suas atividades caracterizam-se como serviços públicos. Por esse motivo, não pode o Estado instituir fundações estatais quando pretender atuar na produção de bens econômicos e na geração de lucro, como fazem os particulares. Para esse objetivo, deverá criar empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Também não pode o Poder Público instituir fundações estatais quando a atividade publica a ser exercida de forma descentralizada exigir o uso do poder de autoridade do Estado. Nesse caso, impõe-se o regime jurídico público próprio das autarquias (ou das fundações autárquicas, pois as distinções assentam-se na natureza das coisas e não nos rótulos).

A categoria jurídico-institucional da fundação estatal fica reservada aos setores em que cumpre ao Estado atuar de forma concorrente com a livre iniciativa, exercendo atividades que, embora consideradas de relevância para o interesse público, não lhe sejam exclusivas, necessitando, para isso, de maior autonomia e flexibilidade de gestão, que favoreçam a eficácia e a eficiência da ação governamental.

4. Forma de Descentralização Administrativa

A fundação estatal constitui modalidade de descentralização administrativa, inserida na administração pública indireta, ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista e sujeita ao controle estatal para que a vontade do ente Público que a instituiu seja cumprida[9].

[9] Embora seja entidade de direito privado, a fundação estatal é essencialmente diferente das modalidades de entidades da sociedade civil que estabelecem relação de fomento e parceria com o Estado, tais como as organizações sociais (OS), as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), os serviços sociais autônomos (SSA) e as fundações de apoio. Ela é administração pública: patrimônio público personalizado segundo as regras do direito privado para a prestação de serviços públicos. Seus agentes são empregados públicos, revestidos de responsabilidade pública.Quando o Poder Público institui uma fundação estatal para executar determinado serviço público ele mantém o processo decisional dentro do espaço público – dentro do próprio Estado, de forma diversa do que ocorre com os modelos de OS, OSCIP, SSA e fundações de apoio. Isso porque o sistema de governança da fundação estatal é público e sua direção está sujeita às macro-orientações de governo e à política setorial que regem a ação da administração direta e indireta em seu setor de atuação, tais como as autarquias e as empresas estatais. É bom lembrar que as OS, OSCIP e fundações de apoio, assim como outras entidades da sociedade civil que mantêm relação de parceria com o Estado por via de contrato estatal de serviços, termo de parceria ou convênio, não integram a administração indireta. Não são supervisionadas e fiscalizadas pelos órgãos de controle da Administração. Sua gestão é privada, não se submetendo a normas de direito público. Seus empregados também não são públicos, podendo ser contratados sem concurso. Nelas, o que é objeto de fiscalização é a aplicação do recurso de origem pública e não a sua gestão. 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

A comparação entre o modelo de fundação estatal e os demais entes jurídicos da administração direta e indireta, bem como as principais formas de parceria entre a sociedade civil e o Estado, estão representadas nos Quadros II, III e IV do Anexo I.

4.1. Sobre o Vínculo Institucional

A fundação estatal vincula-se ao órgão ou à entidade em cuja área de competência estiver inserida a sua atividade, sujeitando-se à fiscalização do sistema de controle interno de cada Poder e ao controle externo.

A lei que autorizar a criação da fundação determinará a sua vinculação institucional. No Poder Executivo Federal, a fundação estatal poderá ser vinculada a um ministério ou órgão da Presidência da República ou a uma entidade da administração indireta, dentro do conceito de subsidiária de que trata o inciso XX do art. 37 da Constituição.

> 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;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

No caso de a fundação estatal vincular-se a uma entidade da administração publica indireta, é essa entidade que deve assinar o contrato estatal de serviços, na qualidade de representante do Poder Público, assim como exercer as funções de supervisão.

A supervisão ministerial da fundação estatal, nos termos dos art. 19 e 20, do Decreto-Lei 200/67, é realizada de forma indireta pela entidade, que por sua vez se vincula e é supervisionada pelo ministério ou órgão da Presidência da República responsável pela área em que atua[10].

> **Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.**

---

serviços essenciais à população para o campo da iniciativa privada, por meio de parceria ou contratação.

[10] Esses dispositivos do Decreto-Lei 200/67 são usualmente ratificados nas disposições gerais da lei que organiza a estrutura da Presidência da República e dos ministérios. O art. 49 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003 dispõe*: "As entidades integrantes da Administração Pública Federal indireta serão vinculadas aos órgãos da Presidência da República e aos Ministérios, segundo as normas constantes do* § 1o do art. 4o *e* § 2o do art. 5o do Decreto-Lei no 200, de 25 de fevereiro de 1967*, e sujeitas à supervisão exercida por titular de órgão de assistência imediata ao Presidente da República ou por Ministro de Estado.*

Parágrafo único. A supervisão de que trata este artigo pode se fazer diretamente, ou através de órgãos da estrutura do Ministério.""".

> **Art. 20. O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência.**
>
> **Parágrafo único. A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei.**

4.2. Regime Administrativo Mínimo

O Poder Público, em certa medida, publiciza tudo o que toca. Assim, embora se constitua segundo as normas do direito privado, o fato de ser criada pelo Estado faz com que a fundação estatal submeta-se a normas claramente públicas, fundamentais para a garantia de que os fins impostos à entidade sejam perseguidos e de que os recursos públicos nela investidos sejam corretamente aplicados, bem como para manter o controle e a fiscalização estatal.

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, sujeitando-se à fiscalização do sistema de controle interno de cada Poder e ao controle externo.

A lei ordinária que autorizar a criação da fundação estatal deve estabelecer o regime administrativo mínimo, isto é, as normas de caráter público que devem ser aplicadas à entidade, para garantir a observância do interesse público.

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 Maria Sylvia Zanella Di Pietro[11], 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**

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

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.".

5. Constituição da Fundação Estatal

Para o Poder Público criar uma fundação estatal será preciso uma prévia autorização legislativa específica (lei ordinária) para o destaque do patrimônio público e sua personalização segundo as regras do direito privado.

A lei ordinária que autorizar a criação da fundação estatal deverá, também, definir, entre outros, a sua finalidade e os seus objetivos institucionais; o patrimônio que lhe será transferido ou doado; suas fontes de receitas; aspectos básicos sobre sua direção e administração e sobre o contrato estatal de serviços a ser firmado com o Poder Público para pagamento pelas atividades e serviços públicos que forem contratados.

A constituição da fundação estatal efetiva-se com o registro de seus atos constitutivos no Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, na forma prescrita pelo Código Civil.

6. Do Patrimônio e das Receitas

O patrimônio da fundação estatal é formado pelos bens móveis e imóveis, valores, direitos e outros bens que lhe forem destinados para a consecução de sua finalidade ou por aqueles que ela adquirir com sua receita própria ou receber de terceiros por doação. Neste último caso, admite-se, apenas, a doação de bens livres e desembaraçados.

A lei que autorizar a instituição da fundação estatal pode autorizar a cessão gratuita de bens públicos, para o exercício de sua finalidade, na forma do art. 18 da Lei nº. 9.636 de 15.05.1998 e do Decreto-Lei nº. 9.760, de 05.09.1946. A lei pode autorizar, ainda, que bens específicos da fundação estatal possam ser alienados mediante previsão expressa no contrato estatal de serviços celebrado com o Poder Público.

As receitas da entidade compõem-se das rendas que auferir pela prestação de serviços e pelo desenvolvimento de suas atividades, bem como por doações, conforme dispuserem a lei autorizativa de sua criação e o respectivo estatuto.

Destaque-se que as fundações estatais, por serem controladas pelo Poder Público devem observar, na íntegra, as políticas e diretrizes governamentais do setor

em que atuam. Assim, em áreas como a saúde pública, em que a política do Sistema Único da Saúde, disposta na Lei nº 8080/1990, estabelece a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência, a fundação estatal que vier a ser instituída para prestar serviços de saúde de natureza universal (gratuita), ficará impedida de **realizar contratos com terceiros que visem à prestação de serviços de mesma natureza ou instituir taxa ou qualquer forma de pagamento direto pelo seu usuário**.

Nesses casos, podem, no entanto, gerar receitas adicionais no exercício de suas atividades, seja pela venda de outros serviços que não os prestados exclusivamente ao Poder Público, pela aplicação de suas receitas no mercado financeiro, pelo estabelecimento de convênios e outras parcerias para a realização de estudos e pesquisas, e pelo recebimento de doações, entre outros.

No caso de extinção da fundação estatal, os legados e as doações que lhe forem destinados, bem como os demais bens que tiver adquirido ou produzido, devem ser incorporados ao patrimônio da União.

7. Autonomia Gerencial, Orçamentária e Financeira

A fundação estatal goza de autonomia gerencial, orçamentária e financeira, nos limites da legislação, resguardados os requisitos públicos impostos pelo regime administrativo mínimo. Esse regime caracteriza-se, essencialmente, pela observância dos princípios constitucionais da Administração Pública e das disposições do art. 37 da Constituição Federal, especialmente no que se refere à realização de concurso público e à observância de regras de licitação.

7.1.Autonomia orçamentária e financeira

A fundação estatal não integra o Orçamento Geral da União como unidade orçamentária. Suas rendas são oriundas das receitas que auferir da prestação de serviços e do desenvolvimento de suas atividades, bem como por doações, conforme dispuser a lei ordinária que autorizar sua instituição.

O relacionamento entre a fundação estatal e o Poder Público, no tocante à lei orçamentária anual, dá-se, exclusivamente, sob a forma de prestação de serviços, com base em contrato estatal de serviços, que tem por objeto a contratação de serviços e a fixação de metas de desempenho para a entidade.

A fundação estatal não recursos assegurados para o seu funcionamento, nos orçamentos fiscal e de seguridade social, como ocorre com os entes de direito público instituídos pelo Estado, inclusive no que tange à folha de pessoal. A fundação estatal arca com o ônus de sua própria folha de pagamento, incluídas as despesas decorrentes da remuneração dos eventuais servidores requisitados de outros órgãos[12].

[12] Todos os servidores cedidos pelo Poder Público à fundação estatal, especialmente aqueles oriundos de órgãos ou entidades de direito público, serão cedidos sem ônus para a origem. A fundação estatal deverá ressarcir os órgãos/entidades de origem nos valores correspondentes ao pagamento da remuneração dos servidores, acrescidos dos respectivos encargos sociais definidos em lei.

Ela estabelece com o Poder Público uma relação diferente da que é estabelecida com os entes de direito público ou mesmo com as empresas estatais dependentes dos recursos do Tesouro.

Recebe do seu ente supervisor pagamento pelos serviços prestados, previamente negociados, precificados e contratados. O contrato estatal de serviços prevê o acompanhamento do desempenho e a avaliação dos resultados obtidos pela fundação estatal.

As receitas da fundação estatal não são previamente garantidas no orçamento público. Ela recebe pelo serviço efetivamente prestado. Esse instituto, ao tempo em que permite autonomia orçamentária e financeira à entidade, institui o controle de resultados, que é o modelo de gestão almejado para toda a administração pública, em proveito do interesse público.

Para garantir a publicidade e a transparência das relações entre a fundação estatal e o Poder Público, a lei de diretrizes orçamentárias disporá sobre a forma de apresentação dos contratos de gestão na lei orçamentária anual e a organização das informações relativas a esses contratos assinados com o Poder Público, que deverão compor as informações complementares ao projeto de lei orçamentária anual.

7.2. Sistema contábil 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.

7.3. Sistemas administrativos próprios

A fundação estatal dispõe, também, 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[13].

[13] As fundações estatais instituídas no âmbito do Poder Executivo Federal estão fora do SIAPE (Sistema 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), e do SIDOR (Sistema Integrado de Dados Orçamentários), entre outros.

8. Gestão de Pessoal

8.1. Regime jurídico celetista

O regime jurídico de pessoal da fundação estatal é o previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mais próprio dos entes públicos que atuam em regime de concorrência com a livre iniciativa, observadas, no entanto, as restrições impostas aos órgãos e às entidades públicos, ainda que de direito privado, pelo art. 37 da Constituição.

8.2. Admissão por concurso público

O ingresso dos seus empregados dá-se mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do inciso II do art. 37 da Constituição.

O processo de seleção para admissão de seu pessoal efetivo deve ser precedido de edital publicado no Diário Oficial da União, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade.

8.3. Ausência de estabilidade

Muito embora a relação jurídica trabalhista que se estabelece entre a fundação estatal e seus empregados sofra influência de algumas normas de direito público, como, por exemplo, a exigência de concurso público para a investidura, o certo é que a garantia da estabilidade não incide na referida relação, o que possibilita assegurar a agilidade e flexibilidade necessárias aos processos de contratação, remuneração e dispensa de seus empregados, mediante adoção de políticas de avaliação de desempenho.[14]

Assim, ainda que admitidos por concurso público, em cumprimento das 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 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.

---

[14] Vale lembrar que os regimes estatutários, caracterizados pela estruturação em carreiras está voltado para a promoção dos valores de governança, especialmente daqueles que a sociedade considera importantes para os agentes responsáveis pela aplicação da lei ou realização da vontade coletiva. Fundamenta-se, portanto, na disciplina, na estabilidade e no ordenamento burocrático. Por serem específicos para órgãos e entidades que exercem poderes exclusivos de Estado, garantidores da soberania e da ordem política, econômica e social, obedecem a regramentos próprios de investidura, formação profissional, remuneração e demais incentivos. Por outro lado, nas áreas em que atua de forma concorrente com a iniciativa privada, é indispensável que o Estado possa aplicar o regime de emprego celetista, mais flexível e aberto à inovação e à especialidade, atributos essenciais a quem atua em ambiente concorrencial e precisa garantir a qualidade dos serviços e a incorporação de novas tecnologias geradas para o setor. O conceito de postos profissionais, remunerados com base nos valores praticados no mercado, concede maior eficácia e eficiência gerencial a essas organizações, além da possibilidade de cooptação e manutenção de quadros qualificados de profissionais.

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** da administração pública direta e das 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[15],

> **"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 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 mecanismos de negociação e ratificação periódica das vontades do empregador e empregado, com a participação deste 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 em caso de demissão.

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 sociedade 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 público, mas emprego público, logo não estava agasalhado pelo multimencionado art. 41, caput, da Constituição Federal de 1988.**

15 Regime dos Servidores da Administração direta e indireta, p. 20-21.

> **... omissis ...**
>
> **Portanto, a vontade do constituinte brasileiro circunscreveu-se aos detentores de cargo público, e cargo efetivo. Note-se que não houve qualquer alusão a emprego público, como fora feito, quando da exigência do concurso público, para o provimento de cargo e emprego públicos, art. 37, II, da CF/88.".**

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.

Registre-se, finalmente, que há decisões do TST e do Supremo Tribunal Federal que reconhecem que o regime celetista, quando aplicado a órgãos ou entidades de direito público, deve observar regras do direito público, tais como a garantia da estabilidade. A esse respeito, pode-se citar trecho do Acórdão do Processo TST-RR-4039/2001-202-02-00.3, publicado em 19.12.2006 no Diário de Justiça, que reconhece que o servidor público celetista da administração direta e das entidades de direito público é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição.

> **"Oportuno, nesse sentido, destacar a fundamentação do voto do Exmo. Ministro João Oreste Dalazen, no julgamento do RR-713446/2000, publicado no DJ de 15/10/2004, a seguir transcrita: Com efeito, considerando que o Reclamado constitui uma autarquia municipal instituída por lei, mantida pelo poder público, e cuja finalidade é realizar serviços de interesse público, tem-se que o fato de os seus servidores serem regidos pela CLT não lhes retira o direito à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal. Para tanto o que importa é a sua real natureza jurídica, em face dos serviços prestados, que têm natureza pública e a sua manutenção pelo poder público".**

Finalmente, é necessário ressaltar que, 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, seja pelo interesse do serviço, observados critérios objetivos e processo transparente** como aqueles que já ocorrem nas empresas estatais.

8.4. Plano de Carreira, Emprego e Salários Próprios

Cada fundação estatal tem seu quadro próprio de pessoal, organizado de acordo com plano de carreira, emprego e salários, definido em consonância com plano diretor de desenvolvimento de recursos humanos específico, na forma do que dispuser o seu estatuto, no qual estarão especificadas as atribuições, a estruturação, a classificação e o respectivo salário dos empregados.

A lei que autorizar a instituição da fundação poderá fixar um percentual máximo de gasto com pessoal e exigir, ainda, um percentual mínimo de reserva para aplicação em capacitação de pessoal, inovação tecnológica, investimentos, entre outros.

8.5. Acordo Coletivo de Trabalho

A relação entre a fundação estatal e os seus empregados é estabelecida por acordos coletivos, que resultam de processos de negociação coletiva anual.

Os acordos coletivos disporão, entre outros temas, sobre remuneração, hora-extra, regimes de horários flexíveis, planos de saúde diferenciados, plano de previdência complementar, dentre outros benefícios.

9. Contrato estatal de serviços

O contrato estatal de serviços que a fundação estatal celebra com o órgão ou a entidade do Poder Público incumbido da sua supervisão tem por objeto a contratação de serviços e a fixação de metas e indicadores de desempenho para a entidade. O pagamento dos serviços prestados fica condicionado ao cumprimento das metas estabelecidas.

Cabe à lei específica que autorizar a instituição da entidade dispor sobre os aspectos gerais da sistemática de avaliação de desempenho e os direitos, as obrigações e as responsabilidades dos dirigentes, sem prejuízo de outras condições que forem estabelecidas no contrato.

O contrato estatal de serviços deve ser publicado no Diário Oficial e divulgado pela Internet.

Na elaboração do Contrato estatal de serviços, devem ser observados, no mínimo, os seguintes preceitos:

a) especificação do programa de trabalho do órgão supervisor, ao qual estarão vinculados os recursos orçamentários previstos para o pagamento, à fundação estatal, pela prestação dos serviços e atividades contratadas;

b) estipulação das metas anuais e plurianuais a serem atingidas pela fundação estatal e os respectivos indicadores e prazos de execução;

c) cronograma de desembolso dos recursos financeiros devidos pela prestação dos serviços e atividades contratados, durante o horizonte temporal de vigência do contrato;

d) as obrigações dos signatários em relação às metas pactuadas;

e) os critérios e prazos a serem observados na elaboração do relatório de gestão e/ou desempenho da fundação estatal;

f) a sistemática de acompanhamento e avaliação do contrato, contendo critérios, parâmetros e indicadores a serem considerados na avaliação de desempenho da fundação estatal e do cumprimento das obrigações estabelecidas no contrato;

g) a obrigatoriedade da observância, pelos signatários, das recomendações exaradas pela comissão de acompanhamento e avaliação;

h) as penalidades aplicáveis aos dirigentes da fundação estatal, em caso de descumprimento injustificado de metas e obrigações pactuadas, bem como eventuais faltas cometidas;

i) as condições para revisão, renovação, prorrogação e rescisão do contrato;

j) o prazo de vigência do contrato; e

k) a obrigatoriedade de publicação do contrato estatal de serviços no Diário Oficial da União e nas páginas oficiais da fundação e da autoridade supervisora na Internet.

Cabe aos titulares do órgão ou da entidade supervisora e da fundação estatal definir as cláusulas do Contrato estatal de serviços, observadas as orientações dos órgãos centrais de gestão do Poder Público.

Os resultados alcançados com a execução do contrato estatal de serviços devem ser analisados periodicamente por uma comissão de acompanhamento e avaliação, indicada pelo titular do órgão ou entidade ao qual a fundação estatal estiver vinculada.

Cabe a essa comissão acompanhar a execução das metas estabelecidas no contrato estatal de serviços e avaliar os resultados alcançados pela fundação, com base nas metas e indicadores de desempenho estabelecidos, sob as perspectivas de sua eficácia, eficiência e efetividade.

Além disso, a comissão deve analisar o cumprimento das obrigações assumidas pela fundação e pelo Poder Público, no âmbito do contrato estatal de serviços, e elaborar e encaminhar, à autoridade supervisora, relatórios analíticos parciais e finais sobre sua avaliação.

Caso necessário, a comissão pode recomendar, com a devida justificativa, a revisão das obrigações e disposições do plano de trabalho estabelecidas no contrato estatal de serviços, assim como a adoção de ações corretivas por parte dos signatários, necessárias ao cumprimento das disposições do contrato, identificadas no processo de acompanhamento e avaliação.

10. Imunidade Tributária

Amparado pela interpretação sistêmica do disposto nos arts. 150, § 2º; 150 VI, "c" e 195, § 7º da Constituição, ratificada pela doutrina e jurisprudência já firmadas sobre o tema, as fundações estatais que atuarem nas áreas sociais[16] (e o campo das fundações estatais, diferentemente das empresas públicas, são serviços públicos de cunho social) gozarão de imunidade tributária sobre o patrimônio, renda ou serviços relacionados com suas finalidades essenciais[17] e serão isentas da

[16] O termo "assistência social" de que trata a Constituição Federal deve ser entendido *lato sensu*, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

[17] Exemplos: Imposto de Renda – IR (imposto federal), Contribuição Social sobre o Lucro – CLS (imposto federal), Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU (imposto municipal), Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS (imposto municipal), etc.

contribuição da seguridade social. A imunidade não abrange os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou variável.

> **Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:**
>
> **.....**
>
> **VI - instituir impostos sobre:**
>
> **a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;**
>
> **b) templos de qualquer culto;**
>
> **c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;**
>
> **d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.**
>
> **.....**
>
> **§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.(grifo nosso)**
>
> **..... c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;**
>
> **e**
>
> **Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:**
>
> **.....**
>
> **§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.**

Ainda que o Art. 150 da Constituição mencione as fundações instituídas e mantidas pelo Estado, entende-se que a fundação estatal, mesmo que não mantida stricto sensu pelo Estado, é uma entidade pública prestadora de serviços públicos da área social.

Considerando-se que não há, no caso, a exploração de atividade econômica com intuito de lucro, mas sim a prestação de serviços públicos não remunerados por tarifa, não se pode falar em tributação de suas rendas, bens e serviços, uma vez que até mesmo as entidades privadas sem intuito de lucro são imunes à tributação de suas rendas, bens e serviços pelo art. 150, IV, *c*, e dispensadas do recolhimento das contribuições sociais à seguridade social pelo art. 195, § 7º (as voltadas para a assistência social lato sensu).

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).

Desse modo, compreendendo-se que serviço público não gera imposto, uma vez que não tem intuito de lucro (ainda que possa ter superávit a ser reinvestido em suas atividades), e em sendo as fundações estatais prestadoras de serviços públicos, é de se lhes 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 tem sido reconhecida a imunidade tributária em decorrência da natureza dos serviços que prestam (sem intuito de lucro).

Igualmente se aplicam às entidades privadas sem finalidades lucrativas, não alcançadas pelo art. 150, IV, c, da CF, a isenção de imposto de renda, por força do disposto na Lei Federal nº. 9.532/97.

Seria um equívoco entender que entidades públicas com estrutura de direito privado, prestadoras de serviços públicos como os de 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 se interpretar a Constituição de forma desarmônica, em nome de uma *literalidade* que a afastaria de seu verdadeiro sentido.

É importante destacar que, para fazer jus à imunidade prevista no Art. 195, § 7º da Constituição, as fundações estatais terão que cumprir exigências legais.

A esse respeito, ressalte-se que a legislação tributária, sobretudo a federal, a saber, as Leis nº. 9.532/97, 10.637/2002 e 8.212/91, que regulamentam os dispositivos constitucionais em análise, impõem restrições para que as entidades que atuem nessas áreas usufruam das isenções. Não permitem, por exemplo, que as entidades sejam beneficiárias de impostos e contribuições.

Outra restrição é a de que seus dirigentes e conselheiros não sejam remunerados e, ainda, não usufruam de vantagens ou benefícios a qualquer título. Assim, para que a fundação estatal possa fazer jus à imunidade tributária, é importante que a lei ordinária que autorizar a sua criação estabeleça que a vedação disposta pela Lei nº. 9532/97 **não alcança a hipótese de remuneração de dirigente, com ou sem vínculo empregatício**.[18] Esse instituto, no entanto, não

[18] Nessa mesma linha, a Lei 10.637/2002, em seu art. 34 menciona que a vedação estabelecida na Lei 9532/97 **não alcança a hipótese de remuneração de dirigente, em decorrência de vínculo empregatício**, pelas OSCIP e OS, ou seja, podem remunerar seus dirigentes, sem que com isso percam os benefícios fiscais, desde que essa remuneração observe o limite da remuneração dos servidores do Poder Executivo Federal.

pode ser estendido à remuneração de conselheiros, que implicará, automaticamente, na vedação das imunidades tributárias.

11. Regras de Licitação

A fundação estatal, em igualdade de condições às empresas estatais, deve observar a legislação sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, em cumprimento ao disposto no inciso XXI do Art. 37 da Constituição:

> **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.**

Atualmente, a lei que estabelece sobre o processo de compras e contratos dos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta é a Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, que prevê que as fundações, assim como as empresas estatais, possam editar regulamento próprio, nos termos do art. 119 da mencionada lei.

12. Regime de Penhora de Bens e Rendas

Os bens da fundação estatal são passíveis de penhora. Entretanto, observam um regime diferenciado, regulado pelas disposições do art. 678 do Código de Processo Civil.

O processo de penhora não é realizado diretamente, mas mediante a nomeação, pelo juiz, de um depositário, que poderá ser, preferencialmente, um dos seus diretores. Esse depositário deverá apresentar uma programação para o pagamento das dívidas ou, no caso de a penhora recair sobre todo o patrimônio, recorrer ao Poder Público.

> **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.**

13. Controle Interno e Externo

A fundação estatal, por constituir-se ente da administração indireta do Poder Público, submete-se à supervisão do órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta em cuja área de competência estiver inserida a sua atividade. Também está sujeita à fiscalização de órgão do sistema de controle interno do

respectivo Poder e do controle externo do Tribunal ou Conselho de Contas, nos termos dos arts. 70 e 71 da Constituição. A fiscalização pelos órgãos de controle assegura a existência de um controle administrativo dos atos das entidades fundacionais e visa, também, a assegurar a realização, por parte da fundação, dos objetivos fixados no respectivo ato de constituição.

Assim, as fundações estatais, por estarem atreladas ao Poder Público, sujeitam-se sempre ao poder de tutela da Administração, tornando dispensável outro sistema de controle. Entretanto, nada impede que a supervisão ministerial conviva com o exercício da competência constitucional do Ministério Público de fiscalizar o patrimônio e implementar mecanismos de controle das fundações privadas, pois não há incompatibilidade substancial entre os dois controles.

14. Sistema de Governança

A categoria jurídico-institucional da fundação estatal foi concebida a partir da noção fundamental de Estado Democrático de Direito, que orienta no sentido da promoção do reequilíbrio do poder em favor da cidadania, reconhecendo o cidadão como importante ator político.

Dessa forma, no desenho da instituição, buscou-se aperfeiçoar os mecanismos de relacionamento com a sociedade civil, notadamente na composição do modelo de governança ampliado, que garantisse o alinhamento das suas atividades às necessidades sociais e ao interesse público.

O sistema de governança da fundação estatal é colegiado e composto dos seguintes órgãos de direção superior e administração: (a) Conselho Curador; (b) Diretoria-Executiva, (c) Conselho Fiscal e (d) Conselho Consultivo Social.

14.1. Conselho Curador (ou de Administração)

O Conselho Curador é o órgão de direção superior, controle e fiscalização da fundação estatal. A ele cumpre assegurar que a entidade atue em alinhamento às diretrizes e estratégias governamentais traçadas para o seu setor de atividade, zelando e velando interna e externamente para que as finalidades públicas sejam efetivamente cumpridas. Cabe ao Conselho Curador aprovar, em nome da entidade, as metas institucionais a serem alcançadas pela fundação estatal, negociadas com o Poder Público por sua diretoria executiva. Cabe, ainda, ao Conselho aprovar as estratégias institucionais.

O Conselho Curador é órgão colegiado, com representação majoritária do governo, sendo presidido por representante do órgão ou entidade do Poder Público responsável pela supervisão da fundação estatal.

Conta, entre seus membros, com a participação obrigatória de representantes da sociedade civil e dos empregados da Fundação.

Seus membros podem ou não ser remunerados, de acordo com o que dispuser a lei específica que autorizar a instituição da fundação estatal e/ou os

respectivos estatutos, na forma do que dispuser a lei que autorizar a criação da fundação estatal.

É recomendável que os conselheiros que representem o governo sejam titulares ou técnicos de órgãos responsáveis pelas políticas públicas setoriais afetas às atividades da fundação estatal, de forma a garantir o alinhamento da ação da entidade com aquelas políticas.

Além disso, é importante que haja representação, no Conselho Curador, do órgão de governo responsável pela coordenação das funções de planejamento, orçamento e gestão públicas[19].

Enfim, é preciso assegurar que os integrantes do Conselho possuam afinidade ou proximidade, em razão do cargo, do perfil acadêmico, da experiência profissional ou pessoal, com as finalidades da fundação estatal.

O Conselho Curador é, dessa forma, constituído por dois tipos de membros: os representantes do governo (natos) e os demais, que têm mandato definido no estatuto da entidade.

Poderá o Conselho Curador ser integrado por suplentes, que substituirão, em caso de vacância, falta ou impossibilidade temporária qualquer conselheiro titular. É recomendável, no entanto, garantir que nas reuniões do Conselho o número de suplentes seja sempre inferior à metade de conselheiros, sob pena de desvirtuar-se a manifestação do colegiado que originalmente formou o Conselho.[20]

14.2. Diretoria Executiva

A Diretoria-Executiva é o órgão de direção subordinada e de administração superior, responsável pela gestão técnica, patrimonial, financeira, administrativa e assistencial da Fundação.

Os membros da Diretoria-Executiva são ocupantes de cargos de confiança da fundação estatal, que podem ou não ser ocupados por empregados do quadro permanente da fundação estatal.

A indicação do Diretor-Presidente cumpre ao titular do órgão ou entidade supervisora da fundação estatal. No Poder Executivo Federal essa nomeação cabe ao Ministro de Estado. Os demais diretores são indicados pelo Conselho Curador em comum acordo com o Diretor-Presidente e nomeados pelo Ministro responsável pela área de atuação da fundação.

14.3. Conselho Fiscal

O Conselho Fiscal é o órgão de controle interno, responsável pela fiscalização da gestão econômico-financeira da fundação estatal. Deve examinar suas contas, seus balanços e quaisquer outros documentos que emitir e, ao final, apresentar parecer contábil, que deverá ser, no mínimo, anual.

---

19 No caso do Poder Executivo Federal, esse órgão é o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

20 Os registros sobre os conselhos curador e fiscal foram baseados em José Eduardo Sabo Paes, 2006.

Em que pese o fato de o Conselho Curador constituir-se no órgão superior de controle e fiscalização da fundação estatal, compete ao Conselho Fiscal a incumbência de avaliar a gestão financeira da Diretoria Executiva e do próprio Conselho Curador, inclusive a fiscalização das atividades dos administradores, assim como o exame da contabilidade. Pode e deve, a pedido de qualquer dos seus membros, solicitar ao Conselho Curador e/ou à Diretoria Executiva esclarecimentos ou informações, desde que relativos à sua função fiscalizadora, assim como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais.[21]

O Conselho Fiscal é um órgão colegiado, integrado por três membros, sendo um deles seu presidente. Poderão haver membros suplentes no Conselho Fiscal, dependendo do porte e da estrutura da fundação estatal. No caso de fundações estatais federais, um dos membros deve ser indicado pelo Ministro de Estado da Fazenda e dois indicados pelo órgão ou entidade supervisora da fundação estatal, dentre servidores que ostentem capacidade e familiaridade com a área econômico-financeira ou contábil.

Compete, ainda, ao Conselho Fiscal emitir parecer prévio e justificado, em caso de alienação, oneração ou aquisição de bens e direitos pela fundação, com base nos termos da lei autorizativa e do contrato estatal de serviços assinado com o Poder Público, para deliberação do Conselho Curador.

O mandato de seus membros é de um ano, admitida uma recondução por igual período.

As atribuições dos membros do Conselho Fiscal são indelegáveis.

Os membros do Conselho Fiscal têm os mesmos deveres dos membros do Conselho Curador da fundação estatal e respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação do estatuto.

14.4. Conselho Consultivo Social

O Conselho Consultivo Social é órgão de caráter consultivo, subordinado diretamente ao Conselho Curador (ou de Administração), constituído por representantes da sociedade civil, aí incluídos usuários e outras pessoas físicas ou jurídicas com interesse nos serviços da entidade.

Suas principais funções são informar e orientar o Conselho Curador acerca das expectativas e interesses da sociedade com relação à atuação da fundação estatal, bem como acompanhar e avaliar o desempenho da entidade, de forma a garantir o alinhamento do processo decisório aos interesses públicos.

O Conselho Consultivo Social deverá eleger um representante, dentre seus membros, para compor o Conselho Curador, na qualidade de representante da sociedade civil.

15. Estatuto da Fundação Estatal

[21] Em acordo com Eduardo Sabo Paes, 2006, pág. 375.

O estatuto da fundação estatal deve dispor sobre:

a) sua finalidade e objetivos;

b) sua natureza, sede e duração (que, na fundação estatal, **deve ser indeterminada);**

c) a estrutura organizacional, com a descrição da competência de seus órgãos e as atribuições dos seus dirigentes;

d) disposições sobre os seus órgãos de direção e administração, inclusive a composição, escolha e substituição dos membros dos Conselhos e periodicidade das reuniões;

e) o regime de pessoal, inclusive no que refere ao acordo coletivo e ajustes periódicos; plano de carreira e salários; benefícios; sistemas de contratação e demissão e outros;

f) o patrimônio e a receita;

g) o Contrato estatal de serviços;

h) o regime financeiro e sua fiscalização;

i) o sistema de compras de bens, serviços e obras; e

j) outras disposições gerais.

Ato do Poder Executivo aprovará o estatuto da Fundação.

Parte II

Perguntas e respostas sobre a fundação estatal

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 instituída pelo Estado com estrutura de direito público e orçamento público, também denominada fundação autárquica pela sua natureza similar às autarquias[22]. 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)

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

---

22 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.

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 seus estatutos 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 da fundação instituída pelo Poder Público 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[23] ou privado.

---

23 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 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).

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[24], 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**."[25]

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 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**

[24] 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.

[25] 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.

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

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, 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 orgão com personalidade jurídica de direito público, 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 3

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 4

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[26],

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

> "**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 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 5

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 6

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.[27]

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;

[27] 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 7

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 casos 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[28] 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 adquiridas.

Questão 8

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.**

[28] O Decreto nº 4.050, de 12.12.2001, (art. 1º, inciso II) conceitua cessão como: 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

Questão 9

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 estatal de serviços 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 estatal de serviços, 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 10

Podem as fundações estatais auferir rendas fora do contrato estatal de serviços 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 11

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 12

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 13

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[29]).

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.

---

29 **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).**

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 14

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 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 15

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 16

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[30], 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**

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

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 17

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.

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 18

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 19

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.

Questão 20

Qual a diferença entre o modelo de fundação pública de direito público e a fundação estatal?

A fundação instituída pelo Poder Público sob o regime de direito privado é aquela que exerce funções não exclusivas, ou seja, não atua em área onde é necessário o uso do poder de autoridade - poder de comando (ou de polícia) do Estado - e não tem atividade voltada para a obtenção de lucro.

Fundação estatal de direito privado é patrimônio público personalizado, segundo as regras do direito privado, mediante autorização legislativa. Adquire personalidade jurídica a partir do cumprimento das disposições do Código Civil e exerce atividades que não exigem pessoa jurídica de direito público. **Seus traços distintivos são, portanto, a lei autorizadora e a sua função não típica do Estado**.

As fundações de direito publico, são instituídas por lei específica – isso porque adquirem personalidade jurídica a partir da promulgação da lei. Observam, na íntegra, as normas de direito público, à semelhança das autarquias. São, usualmente, fundações que desempenham serviços típicos de Estado ao tempo que prestam serviços de caráter não-exclusivo.

Assim, são o critério distintivo das fundações instituídas pelo Poder Público sob o regime jurídico de direito público e de direito privado é a área em que atuam. As fundações estatais não podem atuar em setores que exijam pessoas jurídicas de direito público, já as fundações públicas de direito público podem. A lei instituidora

(ou autorizativa) é que definirá, com base nas competências da fundação, a sua natureza de direito público ou privado.

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"[31] 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 autárquicas 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.

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

[31] Como preconiza Marçal Justen Filho "há um"mínimo" 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)

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**[32].

32 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.

16. Referências Bibliográficas

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 16ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S. A – 2002.

Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954/1956. t 2 e 14.

Paes, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social. Aspectos Jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários.* 6ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica – 2006.

Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva: 2006.

Szazi, Eduardo. Terceiro Setor. Regulação no Brasil. São Paulo: Editora Fundação Peirópolis: 2000.

Sundfeld, Carlos Ari. Parecer sobre consulta da Fundação para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico em Saúde – FIOTEC sobre a viabilidade jurídica do modelo de fundação pública de direito privado. São Paulo: 13.09.2006.

17. Referências Legislativas

Constituição Federal: Art. 22, XXVII; Art. 37; art. 38; art. 39; art. 40; art. 41; art. 48, X, c/c art. 61, § 1º, II, a; art. 71, II e III; art. 100, § 1º; art. 150, § 2º e VI, c; art. 163, II; art. 167, VIII; art. 165, § 5º, I e III; art. 173, § 1º; art. 195,§ 7º; art. 202, § 3º e 4º; art. 203; ADCT arts. 18 e 19.

A Emenda Constitucional nº. 9, de 4 de junho de 1998, com destaque para o art. 26.

Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967.
Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

Decreto-Lei nº. 900, de 29 de setembro de 1969.
Altera disposições do Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967 e dá outras providências.
Decreto-Lei nº. 2.299, de 21 de novembro de 1986.
Altera o Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967 e dá outras providências.

Lei nº. 7.596, de 10 de abril de 1987.
Altera dispositivos do Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-Lei nº. 900, de 29 de setembro de 1969 e pelo Decreto-Lei nº. 2.299, de 21 de novembro de 1986 e dá outras providências.

Lei nº. 8.112, de 11 de setembro de 1990.
Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.
Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Lei nº. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000.
Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.
Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 193.
Institui o Código de Processo Civil.

Lei nº. 9.472, de 16 de junho de 1997.
Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº. 8, de 1995.

Lei nº. 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências.

Lei nº. 9.478, de 6 de agosto de 1997.
Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002.
Institui, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências.

Lei Complementar nº. 101, de 4 de maio de 2000.
Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964.
Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
Institui o Código Civil.

18. Referências Jurisprudenciais

Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça de 1º. de março de 1985. Recurso Extraordinário nº. 101.126-2. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Decisão de 24 de outubro de 1984. Relator Ministro Moreira Franco

Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça de 24 de novembro de 2006. Mandado de Segurança nº. 24.427-5 Distrito Federal. Relator Ministro Eros Grau. Impetrante: Banco do Brasil S/A.

Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça de 16 de agosto de 2002. Agravo no Recurso Extraordinário nº. 219.900-1 Rio Grande do Sul – Primeira Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Agravante: Fundação de Ciência e Tecnologia – CIENTEC.

Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça de 20 de agosto de 2004. Ementário nº. 2.147-1. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.668-5 – Distrito Federal. Requerentes: Partido Comunista do Brasil; Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista. Decisão de 20 de agosto de 1998. Relator Ministro Marco Aurélio.

Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão Inteiro Teor – Nº. Processo: TST-RR-2062/1999-024-01-40.9. Publicação: DJ 07.12.2006. Extraído do sítio www.tst.gov.br .

Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão Inteiro Teor – Nº. Processo: TST-RR-6306/2000-011-09-00.2. Publicação: DJ 07.12.2006. Extraído do sítio www.tst.gov.br .

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.668-5 – Distrito Federal, com pedido de liminar contra a Lei nº. 9.472, de 1997. Requerentes: Partido Comunista do Brasil; Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.310-1, com pedido de liminar contra a Lei nº. 9.985, de 18 de julho de 2000. Requerente: Partido dos Trabalhadores.

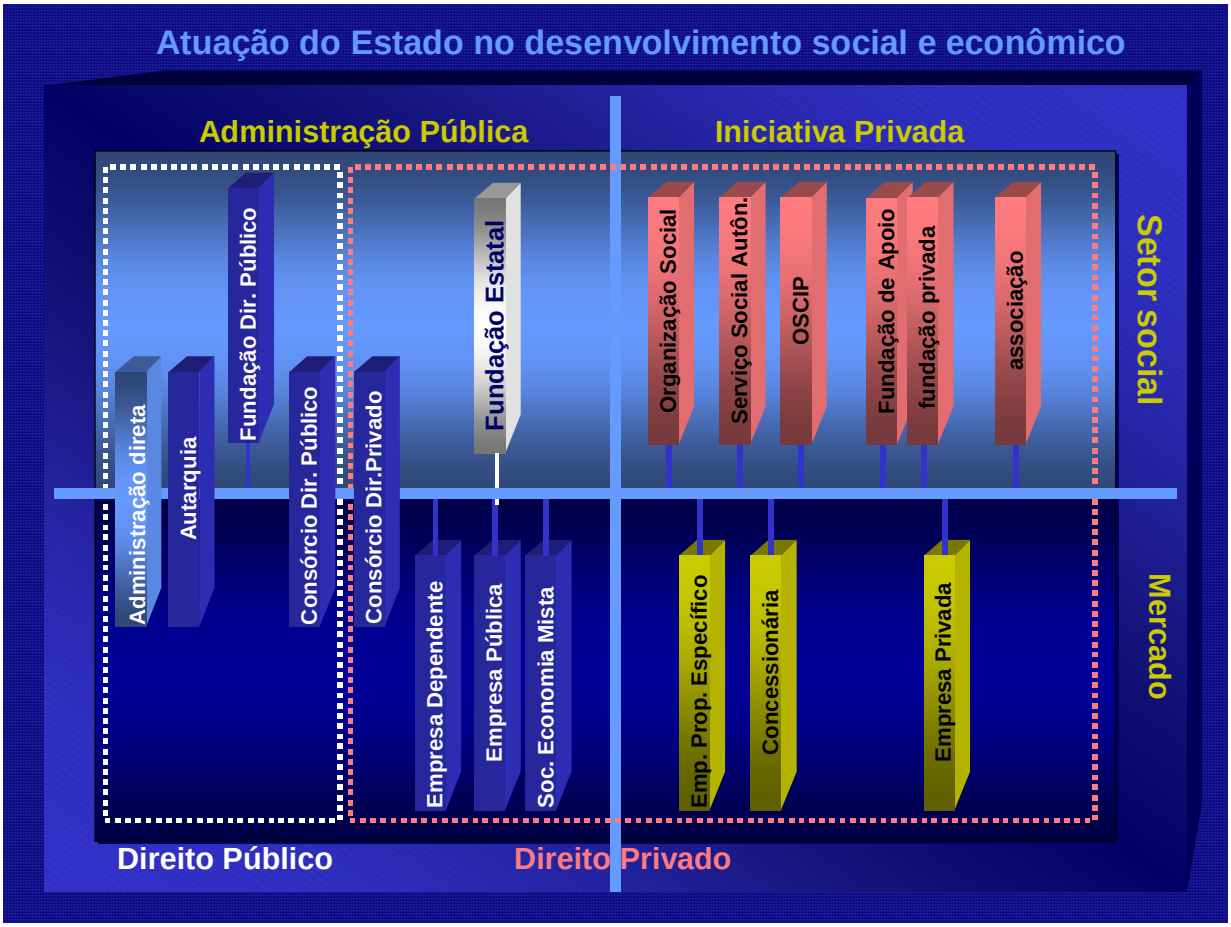
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2135, com pedido de liminar contra a Emenda Constitucional nº. 19, de 4 de junho de 1998. Requerentes: Partido Comunista do Brasil; Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista.

Anexo I

Quadros Comparativos das Formas Jurídico-Institucionais

Quadro I

O Quadro I apresenta uma representação gráfica do posicionamento da fundação estatal dentro do gradiente de formas institucionais das quais o Estado se reveste para atuar na economia e no desenvolvimento social.



A fundação estatal é forma jurídica que integra a administração pública indireta, ao lado das autarquias, das fundações públicas de direito público (fundações autárquicas), dos consórcios públicos de direito público ou privado, das empresas públicas e das sociedades de economia mista. É regida pelo regime jurídico do direito privado, ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista e dos consórcios públicos de direito privado.

Goza de autonomia gerencial, orçamentária e financeira, tal como as empresas estatais. Ressalte-se que as empresas públicas dependentes dos recursos do Orçamento Geral da União não detêm autonomia orçamentária.

Observe-se, ainda, que as organizações sociais, os serviços sociais autônomos e as organizações da sociedade civil de interesse público são entidades da sociedade civil, regidas pelo direito privado, tais como as fundações de apoio e demais associações e fundações civis. Não integram a administração pública indireta.

Quadro II

O Quadro II compara as principais características da categoria fundação estatal com as características dos órgãos da administração direta, as autarquias e as fundações de direito público, as empresas e sociedades de economia mista e de formas jurídicas do direito privado que atuam em parceria com o Poder Público: organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público, serviços sociais autônomos, fundações de apoio e outros.

Quadro comparativo das formas jurídico-institucionais

	Órgão Ad.Direta	**Autarquia Fund Púb.**	**Fundação Estatal**	**Empresa S/A**	**OS OSCIP**	**SSA**	Fund. Apoio e outros
Relação com a Adm. Pública	Administr. Direta	Administ. Indireta	**Administr. Indireta**	Administr. Indireta	Não é administr. Pública	Não é administr. Pública	Não é administr. Pública
Personal. Jurídica	Direito Público	Direito Público	**Direito Privado**	Direito Privado	Direito Privado	Direito Privado	Direito Privado
Normas de Direito Público	Regime Administ.	Regime Administ.	**Regime Administ. mínimo**	Regime Administ. mínimo	Não observa	Não observa	Não observa
Financiam./ fomento	OGU	OGU	**Contrato de Gestão**	Orçamento Investiment PDG	C. Gestão Termo de Parceria	Subvenção Contribuiç. Parafiscais	Convênio
Autonomia orçam. e financeira	nenhuma	financeira	Orçamentária e financeira	Orçamentária e financeira	Orçamentária e financeira	Orçamentária e financeira	Orçamentária e financeira
Supervisão Ministerial	Direta	Direta	**Direta**	Direta	do CG ou TP	Supervisão finalística	Do convênio
Controle Interno e externo	CGU e TCU	CGU e TCU	**CGU e TCU**	CGU e TCU	Dos recursos do CG	Aplicação dos recursos parafiscais	Dos recursos do Convênio

Quadro III

O Quadro III compara as principais características do regime administrativo observado pela categoria fundação estatal com as características dos órgãos e entidades da administração pública e das formas de parceria do Estado com a sociedade civil.

Quadro comparativo das formas jurídico-institucionais

Quanto ao Regime Administrativo

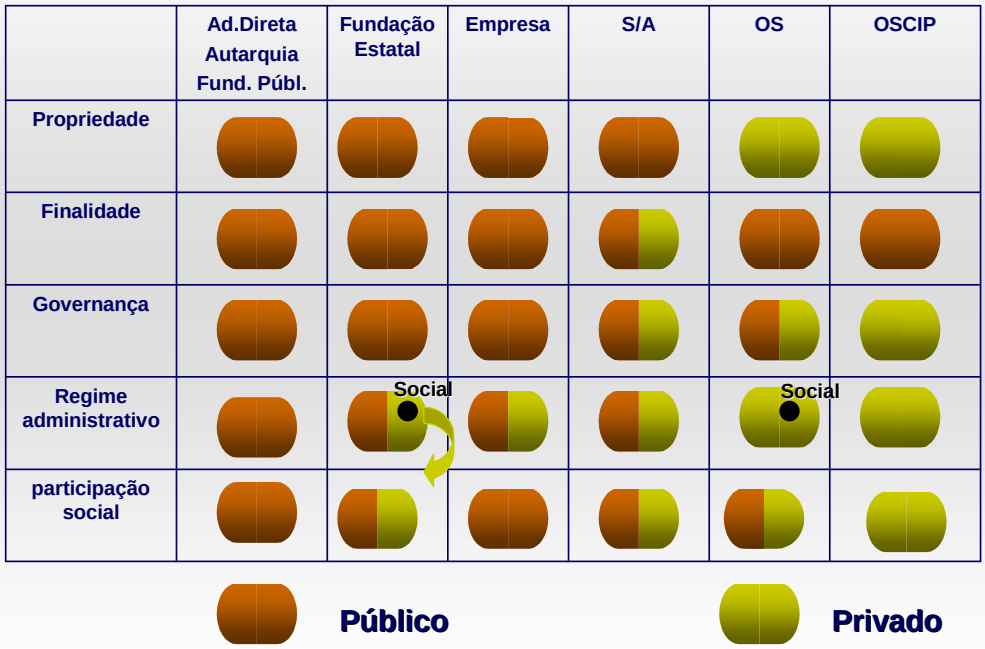
	Órgão Ad.Direta	**Autarquia Fund Púb.**	**Fundação Estatal**	**Empresa S/A**	**OS OSCIP**	**SSA**	Fund. Apoio e outros
Regime de Emprego	Estatutário	Estatutário	**CLT**	CLT	CLT	CLT	CLT
Licitações e Contratos	Lei 8.666	Lei 8.666	**Lei 8666 Regulam. próprio**	Lei 8666 Regulam. próprio	Regulamento próprio	Regulamento próprio	livre
Imunidade Tributária	Tem imunidade	Tem imunidade	**Em alguns casos**	Não tem	Tem imunidade	Tem imunidade	Em alguns casos
Penhorabilidade	Impenhorabilidade	Impenhorabilidade	**Sistema especial de penhora**	Penhorabilidade	Impenhorabilidade dos bens públicos	Penhorabilidade	Penhorabilidade
Sistema de Governança	Simples	Simples	**Colegiado Part. social**	Colegiado	Colegiado	Colegiado	Colegiado

Quadro IV

O Quadro IV compara as diversas categorias jurídico-institucionais do Estado e as formas de parceria entre a sociedade civil e o Estado segundo a natureza pública ou privada de cada uma das suas principais características.

Observa-se que, no modelo jurídico de fundação estatal, o direito de propriedade, a finalidade institucional e o sistema de governança são públicos, assim como nos órgãos da administração direta, nas autarquias e nas fundações públicas. O sistema de governança inclui a participação de representantes da sociedade civil para promover o maior alinhamento possível entre as atividades da entidade e as necessidades e expectativas dos cidadãos. Observa um regime administrativo mínimo, assim como as empresas estatais.

Quadro comparativo das formas jurídico-institucionais



Anexo II

Lei nº. 10.406, de 10.01.2002, que institui o Código Civil, arts. 62 a 69.

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.

Art. 63. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante.

Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial.

Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz.

Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público.

Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

§ 1o Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.

§ 2o Se estenderem à atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma:

I - seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação;

II - não contrarie ou desvirtue o fim desta;

III - seja aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado.

Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias.

Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil à finalidade a que visa à fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

www.planejamento.gov.br
projeto.fundacaoestatal@planejamento.gov.br

Secretaria de Gestão

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

BRASIL UM PAÍS DE TODOS GOVERNO FEDERAL