

Porto Alegre, 03 de abril de 2009.

Informação IGAM nº 1.645/2009.

I. O Poder Legislativo do Município de Novo Hamburgo, RS, solicita análise do projeto de lei nº 26, de 2009, que tem por objetivo a transformação de autarquia municipal em fundação de direito privado.

II. Preambularmente, importa destacar que as autarquias são criadas e extintas por força de lei. Não existe no ordenamento jurídico a figura da transformação de uma espécie de entidade com personalidade jurídica própria noutra, o que torna imprópria a redação do art. 1º do projeto sob exame. Entretanto, por se tratar de assuntos conexos, a extinção da autarquia e a “autorização” para que o Poder Executivo possa instituir de uma fundação de direito privado, nada obsta que sejam tratadas num mesmo projeto (lei), em especial porque haverá a incorporação de patrimônio, direitos e obrigações da autarquia a ser extinta para a fundação a ser instituída. Porém recomenda-se que a redação do art. 1º se limite a extinguir a autarquia e, no art. 2º, autorizar a instituição da fundação, caso ela venha a se constituir como de direito privado.

O próximo exame que se faz necessário é sobre a (im)propriedade do projeto que pretende que a fundação venha a possuir personalidade jurídica de direito privado (art. 62, do Código Civil Brasileiro – CCB¹), ao invés de personalidade jurídica de direito público, o que implica nas considerações que seguem.

Uma fundação se constitui na personificação de um patrimônio que o seu instituidor destaca dos seus bens livres e lhe confere determinada finalidade. Com efeito, diz o art. 62, do CCB: “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 administrar.” Nos termos do art. 65, da mesma Lei, cabe ao instituidor indicar o responsável pela elaboração do estatuto da fundação e seu registro. As semelhanças entre a fundação de direito privado e de direito público se encerram nesse limites.

¹ Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Instituída a fundação de direito privado pela averbação de seu estatuto no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, e averbados os bens que lhe deram origem no registro competente, extingue-se o vínculo do instituidor com a pessoa jurídica. DI PIETRO (1999, p. 361)² assevera que:

O papel do instituidor exaure-se com o ato da instituição; a partir do momento em que a fundação adquire personalidade, ela ganha vida própria. O instituidor nenhum poder mais exerce sobre ela; seu ato é irrevogável. As alterações estatutárias têm que ser feitas por deliberação dos administradores da fundação (...). O patrimônio da fundação destaca-se do patrimônio do fundador e com ele não mais se confunde.

A fiscalização das fundações de direito privado é da competência do Órgão do Ministério Público (art. 66), inclusive para a provação das alterações estatutárias. No caso de extinção, a regra é que o patrimônio da fundação de seja incorporado ao de “outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante” (art. 69). Dito de outro modo, não retorna ao patrimônio do instituidor, ainda que, na origem, a transmissão patrimonial para a constituição da fundação tenha se operado *inter vivos*.

Cabe destacar que a fundação de direito privado é instituída por meio do registro do seu estatuto. Sendo ela instituída pela Administração Pública, a Lei se limita a autorizar a criação da fundação e indicar o patrimônio que será personificado em favor dela. A fundação de direito público, diferentemente é criada (instituída) por lei, independentemente de registro dos estatutos.

O projeto de lei, objeto dessa análise, embora no art. 2º dê uma conotação de que a lei é meramente autorizativa para que o Poder Executivo institua a fundação nos termos do Código Civil, com personalidade jurídica de direito privado, a seqüência da normatização estabelece o oposto. Isto é, fixa regras típicas de uma fundação de direito público, destacando-se os seguintes aspectos:

a) o art. 3º subordina a atuação da fundação a lei que a institui e “pelas normas legais e regulamentos internos”;

Comentário: caracteriza a criação (por lei) de fundação de direito público.

b) o art. 4º estabelece que o estatuto e suas alterações serão aprovados por decreto do Prefeito Municipal;

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 11ª ed. Atlas. São Paulo.

c) a fundação ficará vinculada à Secretária Municipal de Saúde, a quem compete fixar as diretrizes da política de saúde pública e os requisitos do contrato de gestão e convênios a serem celebrados pela fundação (art. 6º);

d) fixa a composição do conselho curador, com seis agentes público e quatro integrantes da comunidade (art. 12). A nomeação compete ao Prefeito Municipal e a presidência ficará a cargo do Secretário Municipal da Saúde (§ 1º);

e) o conselho fiscal é de livre admissão e exoneração do Prefeito Municipal (art. 14);

f) os membros da diretoria executiva serão de livre admissão e exoneração do Prefeito Municipal (art. 17);

Comentário: os tópicos das letras “b” a “f” caracterizam controle do Município instituidor da fundação, por meio de seu administrador (Prefeito), das regras estatutárias e dos atos de gestão da fundação.

g) a contratação de pessoal do quadro permanente se submete ao processo seletivo público (art. 22). O § 5, autoriza, em caráter geral, a contratação de pessoal por meio de processo seletivo simplificado, o que induz à situação da contratação temporária prevista no art.37, IX, da Constituição da República;

Comentário: considerando a natureza pública, o Regime Jurídico adotado deveria ser o dos demais servidores municipais, qual seja o estatutário. Além disso, ao tratar de celetistas no art. 22 da proposição a terminologia utilizada está equivocada, uma vez que trata de “contratação” e “demissão”, quando deveria prever “admissão” e “dispensa”.

A seleção de pessoal para o quadro de uma fundação pública deveria respeitar as normas de direito público, através da realização de concurso e não de processo seletivo, que possui características distintas.

Ainda frente ao caráter público que a fundação a ser instituída assumiu, conforme se depreende do projeto de lei que dela trata, cumpre esclarecer que as normas referentes à gestão de pessoal da administração pública direta, deverão aqui ser observadas, inclusive quanto à contratação temporária de excepcional interesse público, prevista no art. 37, inc IX, da Constituição Federal.

De outra sorte, parece pertinente lembrar que a administração pública indireta, aí compreendidas as fundações de direito público, não se submetem à convenção coletiva de trabalho (art. 22, § 7º, do Projeto de Lei)³, nem mesmo são obrigados a registrar e homologar seu plano de Desenvolvimento de Recursos Humanos no Ministério do Trabalho (art. 23, § 1º, da proposição)⁴.

h) os contratos deverão se subordinar às normas gerais de licitação (art. 25);

³ **“Orientações Jurisprudenciais nº 5 do SDC**

DISSÍDIO COLETIVO CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO.
IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA.

Inserido em 27.03.1998

Aos servidores públicos não foi assegurado o direito ao reconhecimento de acordos e convenções coletivos de trabalho, pelo que, por conseguinte, também não lhes é facultada a via do dissídio coletivo, à falta de previsão legal.” (Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 5 do SDC. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 03 de abr. de 2009)

⁴ **“Súmulas nº 6 do TST**

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (incorporação das Súmulas nºs 22, 68, 111, 120, 135 e 274 e das Orientações Jurisprudenciais nºs 252, 298 e 328 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
I - Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, **excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente.** (ex-Súmula nº 06 ? alterada pela Res. 104/2000, DJ 20.12.2000)

II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego. (ex-Súmula nº 135 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982)

III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (ex-OJ da SBDI-1 nº 328 - DJ 09.12.2003)

IV - É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita. (ex-Súmula nº 22 - RA 57/1970, DO-GB 27.11.1970)

V - A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante. (ex-Súmula nº 111 - RA 102/1980, DJ 25.09.1980)

VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior. (ex-Súmula nº 120 - alterada pela Res. 100/2000, DJ 20.09.2000)

VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. (ex-OJ da SBDI-1 nº 298 - DJ 11.08.2003)

VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula nº 68 - RA 9/1977, DJ 11.02.1977)

i) a fundação se sujeitará ao controle interno e externo “além de regular supervisão da Secretaria Municipal da Saúde, para efeito de cumprimento seus objetivos estatutários” (art. 26);

Comentário: submete a fundação às normas de direito público, o que é coerente com as previsões do projeto citados nas alíneas “a” a “f”.

j) há previsão de cedência de servidores do Município à fundação, em caráter temporário ou permanente (art. 30);

i) a instalação da fundação dar-se-á por ato do Prefeito Municipal, em conjunto com o conselho curador, fiscal e pela diretoria executiva (art. 34, § 7º);

Comentário: caracteriza controle do Município instituidor da fundação, por meio de seu administrador (Prefeito) sendo típico comportamento para a instalação de fundação de direito público, que independe de registro cartorial.

j) a fundação incorporará, ao seu, o patrimônio da autarquia extinta e assumirá os direitos e obrigações até então pertencentes àquela;

k) o projeto invoca a impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens imóveis transferidos à fundação, afetando-lhes à condição de “bem de uso especial”.

Comentário: a afetação do patrimônio imóvel da fundação como bem de uso especial é típico de fundação de direito público, pois essa se mantém diretamente ligada ao Poder Público que a instituiu. Bens de uso especial, segundo a doutrina, no dizer de MEIRELLES⁵ (2003, p.286):

São os que se destinam especialmente à execução dos serviços públicos e, por isso, são considerados como instrumentos desses serviços; não integram propriamente a Administração, mas constituem o aparelhamento administrativo, tais como os edifícios das repartições públicas

IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula nº 274 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

X - O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana. (ex-OJ da SBDI-1 nº 252 - inserida em 13.03.2002)” (*grifamos*) (Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 6. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 03 de abr. de 2009)

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 13ª ed. Malheiros. São Paulo.

(...) Tais bens, como têm finalidade pública permanente, são também chamados *bens patrimoniais indisponíveis*.

III. Com relação aos aspectos contábeis é importante lembrar que a criação da fundação deverá estar prevista nas peças orçamentárias (PPA, LDO E LOA) do Município, pois em observância das suas características jurídicas, apontadas anteriormente, condiciona obrigatoriamente a necessidade de existir previsão legal para sua criação.

Neste sentido, todas as receitas e despesas decorrentes da Fundação necessitam estar previstas e fixadas junto ao orçamento do Município para a sua realização, sendo que a execução dos serviços deverá ser com estes recursos, não havendo contratação de serviços de saúde do Município, situação que condiciona a revisão dos artigos 20 e 21 do projeto de lei em tela.

IV. Portanto, embora o projeto informe que a fundação a ser instituída deverá ter personalidade jurídica de direito privado, os demais dispositivos demonstram, efetivamente, que o projeto se destina à criação de uma fundação de direito público, situação que deverá estar prevista nas peças orçamentárias do Município e que necessita da elaboração de orçamento próprio vinculado ao do Município. Frente ao exposto, conclui-se pela inviabilidade do projeto de lei.

O objetivo pode ser licitamente alcançado, se, por novo projeto de lei, for extinta a autarquia e instituída a fundação pública, ocasião em que deverão ser observados os pontos anteriormente trabalhados na informação.

O IGAM permanece à disposição.

Volnei Moreira dos Santos
OAB/RS 26.676
Consultor do IGAM

Cristina Aguiar Ferreira da Silva
OAB/RS 65.325
Consultora do IGAM

Eduardo Luchesi
OAB/SP 202.603
Consultor do IGAM

Fabiano Tronco de Vargas
Contador, CRCSC 023643/O-9
Consultor do IGAM

Dalberto Andretta
Contador, CRCSP195140/O-3
Consultor do IGAM