

## VOTO

**O Senhor Ministro Alexandre de Moraes:** Em complemento ao relatório apresentado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, observo que o caso trata de Ação Direta proposta pelo partido PSOL em face de legislação do Estado do Rio de Janeiro – Lei Complementar 118/2007 e Lei Estadual 5.164/2007 – que define a saúde pública como “ *área de atuação passível de exercício por fundação pública de direito privado* ”, autoriza a instituição de fundações públicas de direito privado (hospitais, institutos de saúde) e atribui a essas entidades autonomia gerencial, orçamentária e financeira, além de estabelecer o regime celetista para contratação de seus funcionários.

O Partido Requerente alega, essencialmente, violação ao art. 39, caput, e ao art. 37, XIX, da Constituição Federal, uma vez que não seria permitido ao legislador estadual estabelecer regime funcional diverso do estatutário para os funcionários das fundações instituídas pela legislação impugnada, em vista, inclusive, do julgamento da CORTE na ADI 2135-MC (Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Rel. p/ acórdão Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2007, DJe de 7/3/2008).

O Ministro Relator, no julgamento virtual em curso, apresenta voto pela improcedência dos pedidos, conforme a ementa seguinte:

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. Cabe à Advocacia-Geral da União a defesa do ato normativo impugnado artigo 103, § 3º, da Constituição Federal.

FUNDAÇÃO NATUREZA. A fundação, pouco importando a espécie de serviços a serem prestados, é pessoa jurídica de direito privado, sendo possível a criação mediante lei ordinária e a regência, pela Consolidação das Leis do Trabalho, da relação jurídica mantida com os prestadores de serviços.

Afirma Sua Excelência que “ *não há inconstitucionalidade, uma vez que, no campo simplesmente pedagógico, previu-se a regência do pessoal, considerados direitos e obrigações, pela Consolidação das Leis do Trabalho* ”, e que “ *o Estado não toca serviço público na área da saúde e se utiliza de interposta pessoa – de natureza privada – que, então, adentra o mercado de trabalho e contrata* ” .

O Ministro EDSON FACHIN acompanha o voto do eminente Relator.

O Ministro DIAS TOFFOLI também lança vota acompanhando a conclusão do Ministro Relator, mas com ressalvas de entendimento pessoal alusivas ao precedente firmado pela CORTE, em sede de Repercussão Geral, no julgamento do RE 716.378 (Rel. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2019, DJe de 30/6/2020), aduzindo “ *agregar fundamento específico acerca da distinção entre fundação pública de direito público e fundação pública de direito privado* ”.

Nessa mesma linha, a Ministro CÁRMEN LÚCIA também registra ressalva referente ao mesmo precedente referido pelo Ministro TOFFOLI: além do já mencionado RE 716.378, a ADI 191 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2007, DJe de 7/3/2008). Sua Excelência, a Min. CÁRMEN LÚCIA, também realçando os fundamentos desses julgados, acompanha o Ministro Relator neste julgamento.

É o relato do essencial.

De modo semelhante ao Ministro DIAS TOFFOLI e à Ministra CÁRMEN LÚCIA, também eu acompanho o voto do Min. Relator, ressaltando o que afirmado nos julgamentos da ADI 191 e do RE 716.378, tendo eu, neste último, consignado que as atividades desempenhadas pela entidade ali tratada, a Fundação Padre Anchieta, de produção e divulgação de conteúdos culturais e educativos por meio do rádio e televisão, caracterizavam serviço público não exclusivo, suscetível de prestação por entidades privadas, uma vez que apenas as atividades estatais típicas exigiriam aplicação exclusiva do regime jurídico de direito público.

Merece ser frisada a distinção entre fundações públicas de direito público e fundações públicas de direito privado, conforme delineada no julgamento da ADI 191, aferida em cada caso a partir: (a) das circunstâncias de sua criação; (b) da opção pelo regime jurídico firmada em lei; (c) da eventual titularidade de prerrogativas de direito público; (d) da natureza dos serviços ou das atividades desempenhadas pela entidade.

Feita essas ressalvas, ACOMPANHO O MINISTRO RELATOR na solução proposta para a Ação Direta em julgamento, pela IMPROCEDÊNCIA dos pedidos formulados.

É o voto.