

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face da Lei Complementar nº 118, de 29 de novembro de 2007, e do artigo 22 da Lei nº 5.164, de 17 de dezembro de 2007, ambas do Estado do Rio de Janeiro, que dispõem sobre a **criação de fundações públicas, com personalidade jurídica de direito privado**, destinadas à prestação de serviços de saúde, **observado o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho**. Eis o teor das normas questionadas:

Lei Complementar nº 118, de 29 de novembro de 2007

Define a atividade de saúde como área de atuação estatal sujeita a desempenho por fundação pública, nos termos do inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.

Art. 1º Fica a atividade de saúde enquadrada, para os fins do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, como área de atuação passível de exercício por fundação pública de direito privado.

Art. 2º O Poder Executivo poderá instituir, mediante autorização legislativa específica, fundações públicas sem fins lucrativos com personalidade jurídica de direito privado, patrimônio e receitas próprias e autonomia gerencial orçamentária e financeira para o desempenho da atividade prevista no art. 1º desta Lei Complementar.

Art. 3º Caberá a lei autorizativa de criação da fundação pública de direito privado dispor sobre seu regime jurídico e indicar as bases de seu estatuto.

§ 1º O pessoal da fundação pública será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, sua admissão deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos e a sua demissão deverá respeitar processo administrativo que resguarde ampla defesa e contraditório.

§ 2º Nos concursos públicos é assegurado percentual de vagas à pessoa com deficiência conforme o disposto no artigo 37, Inciso VIII, da Constituição Federal.

Art. 4º Fica proibida a demissão imotivada dos servidores contratados pelo regime celetista.

Art. 5º A Fundação Pública de direito privado estará sujeita à fiscalização do sistema de controle interno próprio de cada Poder e do Tribunal de Contas do Estado.

Art. 6º A aquisição de bens e serviços pela Fundação Pública submeter-se-á às disposições da Lei das Licitações e Contratos Administrativos.

Art. 7º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Lei nº 5.164, de 17 de dezembro de 2007

Autoriza o Poder Executivo a instituir a “Fundação Estatal dos Hospitais Gerais”, a “Fundação Estatal dos Hospitais de Urgência” e a “Fundação Estatal dos Institutos de Saúde e da Central Estadual de Transplante”, e dá outras providências.

[...]

Art. 22. O regime jurídico que regerá as relações de trabalho das Fundações, mencionadas nesta Lei, será o previsto na Consolidação das Leis de Trabalho, disciplinado no Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943 e demais normas pertinentes.

O autor alega que a referida legislação ofende o art. 39, **caput**, da Constituição Federal uma vez que, com a **suspensão da eficácia da Emenda Constitucional nº 19/1998 que o alterava**, por este Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2135-MC, aquele dispositivo teria retornado à sua **redação original**, que preconiza:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Sustenta a parte autora que as leis objurgadas não poderiam ter estabelecido o regime de direito privado para as fundações ali referidas, haja vista a necessidade de observância do regime jurídico único para o pessoal da Administração direta, autárquica e fundacional.

Entendo, contudo, que a **questão posta** nos autos **não perpassa** a discussão acerca da aplicabilidade do **Regime Jurídico Único**. Isso porque a querela acerca da necessidade ou não de a Administração observar o Regime Jurídico Único, bem como qual seria sua natureza ou extensão, **direciona-se às pessoas jurídicas de direito público**.

No caso dos autos, a leis questionadas autorizam a criação de fundações que ostentam **personalidade jurídica de direito privado**, haja vista que dotadas, nas palavras do eminente Relator, de “ **patrimônio e receitas próprias, autonomia gerencial, orçamentária e financeira para o**

desempenho da atividade prevista no artigo 1º da Lei Complementar estadual nº 118/2007 ”.

Por outro lado, é cediço na realidade administrativa brasileira que **as fundações** , em que pese terem sido **autorizadas pelo Estado** , através da edição de atos normativos, **podem assumir** uma **feição de direito público** , caso em que são consideradas pela doutrina como uma espécie de autarquia, **ou de direito privado** .

Sobre a **possibilidade de as fundações instituídas pelo Poder Público poderem assumir regime de direito público ou de direito privado** , inclusive com reflexos quanto à relação estabelecida entre a fundação e seu pessoal , há que se relembrar o teor do julgamento da ADI nº 191, Rel. Min. **Cármem Lúcia** , cuja ementa transcrevo:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 28 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EQUIPARAÇÃO ENTRE SERVIDORES DE FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS OU MANTIDAS PELO ESTADO E SERVIDORES DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS : INCONSTITUCIONALIDADE . 1. A **distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados** . 2. A **norma** questionada aponta para a possibilidade de serem **equiparados os servidores de toda e qualquer fundação privada, instituída ou mantida pelo Estado, aos das fundações públicas** . 3. **Sendo diversos os regimes jurídicos, diferentes são os direitos e os deveres que se combinam e formam os fundamentos da relação empregatícia firmada** . A equiparação de regime, inclusive o remuneratório, que se aperfeiçoa pela equiparação de vencimentos, é prática vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição brasileira e contrária à Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI nº 191, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 07/03/2008).

Sendo assim, e considerando que no **caso dos autos** houve, efetivamente, uma **opção do legislador pelo regime jurídico de direito privado** , é decorrência lógica dessa opção que seja **adotado para o pessoal das fundações autorizadas o regime celetista** .

Nesse sentido, colho trechos do voto por mim proferido, quando do julgamento do mérito da Repercussão Geral no **Recurso Extraordinário nº 716.378** , de **minha relatoria** , no qual consignei, a respeito da Fundação Padre Anchieta, pessoa jurídica de direito privado, o que segue:

“O que a Corte Suprema vem pronunciando é que as fundações criadas, instituídas e/ou mantidas pelo poder público podem ter, dependendo do regime jurídico imposto pelo art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, feições diferentes...

(...)

[A Fundação Padre Anchieta] **É fundação sujeita ao regime de direito privado, cuja conformação se assemelha mais à das empresas públicas e das sociedades de economia mista do que à das autarquias. Não foi por outra razão que a lei que autorizou sua instituição definiu o regime de pessoal como sendo o celetista ...**

(...)

Como ressaltado anteriormente, a Fundação Padre Anchieta é enquadrada em outra categoria jurídica, a qual está **submetida aos ditames do regime privado, com as derrogações do direito administrativo, de forma assemelhada às empresas estatais** . Os empregados da Fundação Padre Anchieta pertencem ao regime da legislação trabalhista”.

Destarte, **acompanho o voto do Relator, com ressalvas** apenas para agregar fundamento específico acerca da distinção entre fundação pública de direito público e fundação pública de direito privado, nos termos do que decidido no RE nº 716.378, submetido à sistemática da Repercussão Geral.

É como voto.