

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA DE FAZENDA  
PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL – RJ.**

**Processo nº 2009.001.145014-5**

**O ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo **SINDICATO DOS MÉDICOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - SINMED**, vem, tempestivamente, em cumprimento ao mandado de fls., se manifestar sobre o requerimento liminar postulado na inicial, oferecendo, ainda,

**CONTESTAÇÃO**

pelas razões de fato e de direito que a seguir expõe.

**I. Da Tempestividade**

Cumpre, primeiramente, ressaltar a tempestividade da presente peça de bloqueio. Com efeito, uma vez intimado o Estado do Rio de Janeiro a se manifestar sobre a liminar mencionada na inicial, o respectivo mandado foi juntado em 07 de agosto (sexta-feira), razão pela qual se constata que o prazo previsto na Lei nº 8.437 de 1992 ainda se encontra em curso.

Nada obstante, a despeito de não ter sido formalmente citado, o simples comparecimento espontâneo do ente público estadual já corrobora a manifesta tempestividade da contestação ora apresentada.

**II. Síntese da Demanda**

Trata-se de Ação Civil Pública com postulação de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, ajuizada em face do Estado do Rio de Janeiro, em que se pleiteia, em síntese, que o ente público “*se abstenha de instituir regime de direito privado para a consecução de serviços públicos de saúde*”.

Requer-se, ainda, a condenação do Estado à “*manutenção de vínculo de direito público com os servidores concursados para os cargos públicos das Fundações instituídas pela Lei Estadual nº 5.164 de 2007*”, que instituiu fundações governamentais de direito privado para a prestação de serviços de saúde.

Alega o Autor, nas razões tecidas na peça vestibular, que a maior parte dos recursos utilizados no Sistema Único de Saúde pelo Estado do Rio de Janeiro advém do repasse de verbas da União Federal, logo, eventual transferência dos serviços de saúde para pessoas jurídicas de direito privado contrariaria os princípios da legalidade e moralidade administrativa.

No tocante à contratação de pessoal pelo regime celetista, na forma do disposto no artigo 22 da Lei Estadual 5.164 de 2007, sustenta o Autor a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 19 de 1998, especificamente da nova redação conferida ao *caput* do artigo 39 da Constituição Federal, tornado-se necessária a adoção de um regime jurídico único para contratação de servidores para a administração direta, autárquica e fundacional, em todas as esferas de poder.

A antecipação dos efeitos da tutela pleiteada ainda não foi apreciada pelo D. Juiz *a quo*.

*Data venia*, em que pese os argumentos expostos na exordial, não merece prosperar a pretensão autoral, conforme se passa a demonstrar.

### III. Da Ilegitimidade Ativa *Ad Causam*. Inexistência de interesse coletivo a ser tutelado por via de Ação Civil Pública

Pela superficial análise da peça vestibular, constata-se o intuito não disfarçado do Sindicato Autor se valer de ação coletiva para a tutela de interesses de cunho eminentemente individual, pertencentes exclusivamente a uma pluralidade determinada de indivíduos, ligados por uma origem comum.

Veja-se que o Autor não esconde o propósito de obter provimento judicial para uma reduzida e determinada coletividade, pois tanto em sua fundamentação, quanto em seu pedido, não há uma única referência a algum interesse geral ou coletivo que tenha motivado sua empreitada. Os interesses protegidos através desta ação têm em comum somente a sua origem, caracterizando-os como verdadeiros *interesses ou direitos individuais homogêneos*, conforme definição constante do artigo 81, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.078/90.

Registra-se, nesse passo, mediante análise da redação dos itens II e III do pedido vestibular, que o Autor pleiteia “*que o Estado do Rio de Janeiro seja condenado a manter vínculo de direito público com os servidores concursados para os cargos públicos das Fundações instituídas pela Lei nº 5.164/2007*” bem como “*seja condenado a abster-se realizar concursos públicos para a contratação de pessoal pelo regime celetista, que é de direito privado*”.

Imposta dizer, dos trechos acima transcritos se depreende o verdadeiro intuito autoral, qual seja, a defesa de interesses individuais homogêneos de médicos à contratação com vínculo estatutário.

Ocorre que, ao contrário do que apressadamente se poderia imaginar, a Ação Civil Pública não é instrumento vocacionado à tutela de todo e qualquer interesse individual homogêneo, sendo restritas as hipóteses em que tal finalidade é admitida pela lei, como se passa a explicar.

A Ação Civil Pública é instrumento processual a ser utilizado apenas nas hipóteses expressamente definidas em lei, como bem salientado por ARNOLDO WALD:

*“Pela sua natureza, a ação civil pública só pode ser utilizada quando prevista legalmente, aplicando-se o princípio do numerus clausus. Assim, não cabe estender a sua atuação fora dos limites fixados pelo legislador, que não admitem interpretações extensivas, nem analógicas”*

(in MANDADO DE SEGURANÇA, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 16ª edição, pg. 160).

A distinção entre interesses individuais homogêneos e interesses coletivos tem seus traços bem delineados tanto na doutrina como na jurisprudência.

Ao diferenciar os direitos individuais homogêneos dos direitos difusos e coletivos, os autores utilizam os critérios objetivo e subjetivo, considerando-se, no caso do primeiro, o direito material sujeito à tutela e, no segundo caso, os titulares do direito a ser tutelado.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, comentando o critério objetivo, assim conclui: “*(...) impensável, aí, a decomposição do interesse comum a tais pessoas num feixe de interesses individuais que se justapassem como entidades análogas mas distintas*” com repercussões daí conseqüentes no aspecto subjetivo: “*o conjunto dos interessados apresenta contornos fluidos, móveis, esbatidos, a tornar impossível, ou quando menos superlativamente difícil, a individualização exata de todos os componentes (...)*”.

Na jurisprudência, colhe-se acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se esclarece nitidamente a distinção entre os interesses em análise. Vejamos:

*“(...) A entidade autora, como sociedade civil destinada a promover a defesa do consumidor, tem legitimação para propor ação civil pública, com fundamento no artigo 5º da Lei 7.347/85. Resta saber se a hipótese dos autos comporta essa classificação, em face do que se discute: Conclui pela negativa o MM. Juiz, e com acerto, ao distinguir dos interesses coletivos justificadores da ação civil pública, os interesses de uma coletividade de indivíduos determinados ou determináveis: aqui, ao contrário do que se constituiem pressupostos da ação civil pública, é hipótese de sujeitos eventualmente prejudicados e plenamente determinados e com objetivos claramente divisíveis, isto é, cuida-se de situação onde se tem uma multiplicidade de eventuais prejudicados, com interesses próprios e individuais, de modo que cada um (ou mesmo em consórcio ativo) deve se valer das ações comuns” – grifo atual (Apelação Cível nº 205.533-1/0, em acórdão de 14.9.93, publicado na RT 703/72).*

Pois bem, devidamente caracterizados os interesses patrocinados pelo Sindicato Autor, cumpre agora esclarecer as várias limitações da Ação Civil Pública para a tutela dos direitos individuais homogêneos. Para tanto, será de extrema utilidade a leitura dos dispositivos da Lei nº 7.347/85 abaixo transcritos.

*“Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:*

*I – ao meio ambiente;*

*II – ao consumidor;*

*III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;*

*IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;*

*V – por infração à ordem econômica e da economia popular;*

*VI – à ordem urbanística.”*

Extrai-se dos dispositivos acima a lógica conclusão de que a Ação Civil Pública é garantia constitucional voltada precipuamente à proteção dos interesses transindividuais de relevante importância social.

Não é por outra razão que a doutrina tem rechaçado a possibilidade de defesa de direitos individuais homogêneos em sede de Ação Civil Pública, sendo que, em alguns poucos casos, admite a legitimidade, apenas em caráter excepcional, quando estiver configurado relevante interesse social – o que, a toda evidência, não está configurado no caso em tela.

Aliás, deve-se lembrar que as restrições à tutela de direitos individuais em sede de Ação Civil Pública se estendem até mesmo ao Ministério Público e, no caso concreto, às entidades sindicais.

Nesse sentido, vale observar – novamente – que inexistente direito pertencente a uma pluralidade indeterminável de pessoas (direito difuso), e, ao mesmo tempo, não há que se cogitar em direito coletivo, vez que não existe relação jurídica base abrangida pela referida parcela determinável de cidadãos.

E mais, ainda que se admita, em caráter excepcional, a defesa de direitos individuais pela Ação Civil Pública, forçoso será reconhecer que somente aqueles diretamente relacionados aos bens jurídicos declinados nos incisos do artigo 1º da Lei nº 7.347 de 1985 poderão ser reclamados pela via coletiva, pois, conforme já se adiantou, o rol previsto na lei é taxativo, não admitindo interpretação extensiva.

Ora, como não se tardará a perceber, o caso dos presentes autos não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas na lei.

#### IV. Do Mérito. Da Manifesta Constitucionalidade da Lei Estadual nº 5.164 de 2007

##### a- Análise Histórica das Fundações Governamentais

Faz-se necessário, em um primeiro momento, esclarecer historicamente a construção do instituto das fundações governamentais no ordenamento jurídico nacional, visto que muitas são as controvérsias acerca do tema.

Antes de qualquer digressão, contudo, deve-se acrescentar um detalhe pertinente à matéria: o debate que aqui se encerra pautou-se, por muitas vezes, por divergência de caráter mais terminológico que substancial, derivada principalmente pelo Decreto-Lei nº 200 de 1967 e pela sua posterior modificação em 1987, através da Lei nº 7.596.

As fundações instituídas pelo Poder Público surgem diante de um cenário de maior participação estatal na sociedade, no que se refere à prestação de serviços públicos em setores nos quais o Estado, apesar de não deter exclusividade, concorre com a livre iniciativa. Exemplo notável a ser indicado é o caso da saúde.

Através do Decreto-Lei nº 200 de 1967, mais especificamente em seu artigo 4º, pode-se notar que não se consideram as fundações de origem estatal como entes da Administração Pública indireta, limitando-se o dispositivo a conferir somente alguns efeitos (por exemplo, submetendo-a ao Plano Federal de Cargos e Salários). De outro giro, equiparou-as em todos os outros sentidos às empresas públicas, submetendo-as a um controle prévio pertinente a estas.

Várias foram as reações críticas, inclusive no que tange à associação entre fundações e empresas estatais, pois havia aquelas cujas missões e poderes eram típicos das autarquias (por exemplo, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI).

Adveio, então, nomenclatura utilizada até o presente momento: entende-se que *fundação governamental* é gênero que comporta duas espécies: a *fundação governamental pública* e a *fundação governamental privada*.

Com o advento do Decreto-Lei nº 900 de 1969, retirou-se da esfera da Administração Pública indireta as fundações públicas, ficando estas submetidas unicamente à normatividade presente no Código Civil de 1916.

A partir do Decreto-Lei nº 2.299 de 1986, nova situação passou a se instaurar: as fundações seriam reintegradas à estrutura da Administração Pública indireta, quando estas fossem criadas por lei federal ou mantidas pela União. Obviamente, as que não preenchessem estes pressupostos continuariam a ser regidas pelo Código Civil de 1916.

Em 1987, renovou-se a letra do Decreto-Lei nº 200 de 1967, através da Lei nº 7.596. Dois foram os objetivos desta mudança: primeiramente, manter o regime privado das fundações públicas e, secundariamente, excluir o cumprimento das normas de fiscalização previstas no Código Civil.

Denota-se, assim, evidente preocupação do legislador em incluir explicitamente essas fundações na lista de entes da Administração Indireta, fazendo-a se sujeitar sem

ressalvas ao *Direito Administrativo Mínimo*<sup>1</sup>, típico das empresas estatais. Restou-se evidente, também, que as fundações de que se estava tratando eram as dotadas de “*personalidade jurídica de direito privado*”, e cujas atividades não exigissem a “*execução por entidades de direito público*” (artigo 5º, inciso IV), deixando clara a distinção em relação às autarquias fundacionais.

Para CARLOS ARI SUNDFELD, o maior entrave encontrado para a cristalização do tema foi a utilização da expressão *fundação pública*, ao invés de *fundação governamental privada*, causando grande controvérsia terminológica.

Corroborando o entendimento que distingue as espécies de fundações instituídas pelo Estado, MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>2</sup> traz brilhante exposição neste sentido:

*“(…) A distinção essencial entre autarquia e fundação pública reside em que esta desempenha atividades de interesse coletivo que não exigem a atuação de uma entidade estatal, por meio da aplicação de prerrogativas próprias do direito público. A autarquia, por sua vez, é encarregada de promover a satisfação de necessidades coletivas essenciais, cujas características exigem a atuação de uma pessoa de direito público (…).”*

Como é de conhecimento notório, a prestação de serviços de saúde não necessita de prerrogativas do Poder Público – tal como poder de polícia – para a sua efetivação.

Neste contexto, quando da vigência da Constituição Federal de 1967, o 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 seriam, na verdade, autarquias, embora pudessem ter o nome de fundação, visto que o que importa é a natureza do ente público e não a sua denominação (Recurso Extraordinário nº 1.126-RJ, Rel. Min. Moreira Alves – RTJ 113/314, decisão de 24 de outubro de 1984, publicada no Diário Oficial de 03 de março de 1985). Confira-se, a respeito, trecho da decisão:

*“(…) 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 espécies do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que se alude o §2º do artigo 99 da Constituição Federal (…).”*  
*(O dispositivo citado no acórdão refere-se à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69).*

Toma-se esta decisão como um marco, visto que somente se reconhecia até então o regime das fundações públicas como de direito privado.

Diante de necessária inovação, trouxe a Constituição da República de 1988 mais insegurança terminológica, referindo-se em diversos momentos a *fundações*. Em alguns dispositivos, mencionou a existência da Administração Fundacional, ao lado das

<sup>1</sup> Atribui-se a direito administrativo mínimo o conjunto de normas de caráter público que devem ser aplicadas a toda e qualquer fundação governamental, sem consideração de seu qualificativo público ou privado.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 125.

Administrações Direta e Indireta. O objetivo era submeter as fundações governamentais privadas, sem ressalvas, ao regime administrativo mínimo, à semelhança das empresas estatais.

Novamente o Supremo Tribunal Federal veio referendar posicionamento concernente à existência, no ordenamento jurídico pátrio, tanto de fundações governamentais com estrutura de Direito Privado quanto às chamadas “*autarquias fundacionais*”, constituídas com uma estrutura integralmente de Direito Público. Confira-se, nessa linha, o voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 219.900-RS, de 2001:

*“(…) O que as distingue entre si é que as fundações de direito público nada mais são que autarquias travestidas em forma fundacional. Por esta razão, os seus servidores são considerados servidores públicos civis, aplicando-se-lhes, por exemplo, a norma do artigo 39 da Constituição Federal. Já a fundação de direito privado instituída pelo Poder Público – também dita fundação pública – é privada, mas não é particular (…)”.*  
(Ministra Ellen Gracie, Agravo no Recurso Extraordinário nº 219.900-1 Rio Grande do Sul, publicado no Diário de Justiça de 16.08.2002).

Mais recentemente, pode-se destacar a decisão proferida pelo Ministro Eros Roberto Grau, *in verbis*:

*“(…) 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 (…)”*  
(Mandado de Segurança 24.427-5, impetrado pelo Banco do Brasil S.A contra ato do Tribunal de Contas da União. O voto do Ministro Relator Eros Grau cita parecer do Procurador-Geral da República. Agosto de 2006.)

O advento da Emenda Constitucional nº 19/98 – denominada como “Reforma Administrativa” – insere na Constituição a problemática expressão fundação pública, ora referindo-se às duas espécies de fundação governamental (artigo 37, XIX), ora como sinônimo de fundação governamental autárquica (artigo 39, *caput* e artigo 19 do ADCT).

Cumprido ressaltar que, apesar da controvérsia terminológica, a Constituição admite a existência de fundações governamentais privadas e estabelece para elas um regime administrativo mínimo, equivalente ao das empresas estatais, à semelhança do estabelecido inicialmente pelo Decreto-Lei 200 de 1967.

No que toca à presente demanda, versando-se sobre a contratação de pessoal, ressalta-se a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 19 a respeito do regime jurídico único, obrigatoriedade constante do artigo 39 *caput* da Constituição da República.

É fato que, apesar de as fundações governamentais privadas se submeterem também a certas exigências de caráter publicístico contidos na Constituição Federal, no Decreto-Lei nº 200 de 1967 e em sua lei autorizativa (regime administrativo mínimo), sua

constituição se dá de acordo com o Código Civil. Editada a lei específica que autoriza a entidade fundacional, sua estruturação orgânica caberá ao estatuto, que servirá de “lei interna” da fundação.

Notadamente, deve-se perceber que o tratamento dispensado pelo Requerente trata o artigo 39, em seu *caput*, “fundações” como gênero, independente das espécies que dela possam advir.

Salta aos olhos, contudo, que geralmente as normas previstas para fundações governamentais privadas são semelhantes às que regem as empresas públicas e sociedades de economia mista, o que se dá em razão ao tratamento homogêneo que se deve dispensar aos entes da Administração Indireta, condicionando certas normas às peculiaridades que apresentam.

No que toca à contratação de pessoal, vigora, para as fundações governamentais privadas, o regime de emprego público, subordinado às normas contidas na Consolidação de Leis Trabalhistas.<sup>3</sup>

Os argumentos tecidos na peça exordial visam nitidamente a descaracterizar um regime naturalmente adotado ao instituto das fundações públicas de direito privado.

Contudo, como se demonstrará nos tópicos subsequentes, mesmo antes da alteração advinda com a Emenda Constitucional nº 19 no *caput* do artigo 39, já se entendia que o regime de contratação de pessoal a ser empregado às fundações governamentais privadas seria o celetista. Tudo que demais se discutir extrapola o ponto nodal do questionamento que se impõe.

#### **b. Da Ação Direta da Inconstitucionalidade nº 2135-4 e a Suspensão dos Efeitos da Nova Redação do Artigo 39, *caput*, da Constituição Republicana**

A reforma da Constituição Federal, por meio das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, orientou-se por objetivos distintos e tratou de diversas matérias.

Conforme anteriormente anunciado, a supressão do *caput* do artigo 39 que estabelecia a adoção do regime jurídico único<sup>4</sup> para os servidores da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas de direito público teve como objetivo instituir o regime plural dentro da Administração Pública federal, para os órgãos e entidades de direito público.

Essa pluralidade de regime foi, posteriormente, regulamentada pela Lei nº 9.962, de 22.02.2000, que disciplina o regime de emprego público, para órgãos e entidades de direito público em coexistência com a Lei 8.112/90, que institui o regime estatutário.

Por outro lado, e com objetivos distintos, a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 alterou a redação original do inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal. Essas alterações visavam ressaltar as diferenças existentes entre a instituição de autarquias e

<sup>3</sup> Apesar disso, é importante referir que os empregados de tais entidades são equiparados aos detentores de cargo público para os fins do artigo 37, XVI e XVII da CF, isto é, à proibição de acumular empregos públicos remunerados, exceção feita às hipóteses expressamente arroladas nas alíneas do inciso XVI. Ademais, enquadram-se no conceito de funcionário público do artigo 327 do Código Penal e dos artigos 1º e 2º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

<sup>4</sup> Note-se que a Constituição Federal não define o regime jurídico único como estatutário. Este é inclusive, tema de grande dissidência doutrinária. Há várias discussões quanto à natureza do regime jurídico único – se estatutário ou trabalhista –, se deveria ser distinto para a administração direta e indireta e se há possibilidade de opção para os entes políticos. Para José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, p. 408), a pessoa política poderia escolher o regime estatutário ou o trabalhista, desde que fosse o mesmo para todas as pessoas estatais de Direito Público daquela órbita.

empresas estatais, haja vista a personalidade jurídica de direito privado das empresas estatais, conforme disposições do artigo 173 da Lei Maior, que disciplina a exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

Ressalta-se que a criação das empresas estatais é autorizada por lei e efetivada segundo as normas do Código Civil, mediante a inscrição na Junta Comercial. Além disso, a alteração do inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal deu condições ao Poder Público de instituir nova modalidade de fundação, similar às empresas estatais.

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

Nota-se que o objetivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135, ajuizada contra a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, por vício no rito constitucional, é anular a supressão do *caput* do artigo 39 da Constituição Federal e, com isso, impedir a adoção do regime plural para os servidores da administração direta e das entidades de Direito Público, por meio do restabelecimento do regime jurídico único.

Caso seja julgada procedente, a citada ação deverá anular os efeitos da Lei nº 9.962, de 22.02.2000, que disciplina o regime de emprego público, para órgãos e entidades de direito público.

**Dois pontos cruciais, todavia, são dignos de registro. Em primeiro plano, cumpre destacar que, não obstante esteja ainda a aludida ação pendente de julgamento, não se vem a perquirir qualquer vício de inconstitucionalidade material com a obrigatoriedade do regime jurídico único. Conforme aduz o próprio Autor, ventila-se tão-somente um vício de forma na Emenda Constitucional 19 de 1998.**

**Em segundo plano, registra-se que o regime jurídico único estabelecido pelo *caput* do artigo 39 da Lei Maior se refere somente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios - entes de Direito Público Interno – e não às entidades fundacionais.**

Frise-se, portanto, que o ato normativo em tela não se aplica às fundações estatais de direito privado nem às empresas estatais e sociedades de economia mista, ambas sob regime de direito privado.

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

É neste sentido que grandes expoentes do campo doutrinário acentuam que a fundação estatal de direito privado não é afetada pela liminar do Supremo Tribunal Federal que restabeleceu a obrigatoriedade do Regime Jurídico Único na contratação de servidores. Confira-se, a seguir.

Inicialmente, cumpre informar o que traz a doutrinadora MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO<sup>5</sup> acerca da aplicabilidade do regime jurídico único somente para as fundações públicas de direito público, excluindo-se do âmbito de incidência da norma do *caput*, artigo 39, as fundações públicas de direito privado:

<sup>5</sup> Os seguintes posicionamentos doutrinários foram retirados do endereço < [www.planejamento.gov.br/arquivos\\_down/seges/projeto\\_fundacao\\_estatal/Adin\\_opiniao\\_juristas.pdf](http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/seges/projeto_fundacao_estatal/Adin_opiniao_juristas.pdf) >

*“(…) O entendimento que temos defendido é no sentido de que o Regime Jurídico Único, instituído pelo artigo 39 da Constituição de 1988 (extinto pela Emenda Constitucional 19/98, mas restabelecido por força da medida cautelar concedida, em 2.8.2007, na ADI 2135) somente alcança as fundações estatais que sejam criadas com personalidade jurídica de direito público. O Estado tem a opção de instituir fundações com personalidade de direito público ou privado. Na primeira hipótese, a fundação tem precisamente o mesmo regime jurídico das autarquias, sendo, por isso mesmo, chamadas de autarquias fundacionais. É a elas que a Constituição faz referência no artigo 39 e também no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando fala em fundações públicas. Essa interpretação é coerente com o intuito do legislador constituinte, que somente quis estender o Regime Jurídico Único e a estabilidade excepcional prevista nas disposições transitórias aos servidores que integram a administração direta, as autarquias e as fundações públicas, ou seja, aos servidores que têm vínculo com pessoas jurídicas de direito público. Todos têm um traço em comum, o que justifica tratamento isonômico pela Constituição. Essa interpretação é coerente com o princípio segundo o qual “onde existe a mesma razão deve reger a mesma disposição legal” (ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio). A contrario sensu, os servidores que têm vínculo com fundações de direito privado não foram alcançados pelos referidos dispositivos constitucionais, exatamente pela diversidade de regime a que se submetem (...).”*

Acompanha a opinião da publicista acima colocada, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

*“(…) O artigo 39 da Constituição Federal, agora restabelecido, ao falar em Regime Jurídico Único, gera o entendimento de que esse regime é o estatutário. Ocorre que o artigo se refere à administração direta, autarquias e fundações públicas, entendendo-se que estas últimas são as fundações de direito público, de natureza autárquica. Ora, as fundações estatais de direito privado são de categoria diversa e têm seu suporte normativo básico no Código Civil; e, sendo pessoa de direito privado, não pode seu quadro de pessoal ser regido pelo regime estatutário, próprio apenas para as pessoas de direito público. Conclui-se, pois, que seu pessoal terá o mesmo regime jurídico das fundações do setor privado, ou seja, o regime trabalhista previsto na CLT. Desse modo, a decisão do STF não produz qualquer reflexo sobre o regime dessas fundações (...).”*

Na esteira dos antecessores, CARLOS ARI SUNDFELD referenda a mesma linha de argumentação:

*“(…) A fundação governamental de direito privado tem o mesmo regime das empresas estatais, cujos trabalhadores estão sob o*

regime trabalhista, da Consolidação das Leis do Trabalho. A decisão do STF atinge apenas os servidores da administração direta (ex.: ministérios), das autarquias (ex.: Banco Central) e das fundações estatais de direito público (ex.: Funai). Estes, segundo o texto original do art. 39 da Constituição, que foi restaurado pela liminar, é que estão forçosamente sob o regime jurídico único.

(...) A Constituição prevê dois modelos de organização para administração pública brasileira. O regime único se aplica a apenas um deles. Há dois tipos de entidades estatais: as públicas e as privadas. Nas entidades estatais públicas é que estão os servidores públicos estatutários, que ocupam cargos públicos, cujo regime de trabalho é de natureza pública (é o regime único). Já nas entidades estatais privadas (empresas estatais e fundações estatais de direito privado) não há cargos, mas empregos, com regime de natureza trabalhista. Quando editada a Constituição de 1988, surgiu alguma polêmica sobre fundações. Algumas pessoas chegaram a supor que a Constituição tivesse acabado com as fundações estatais privadas e que só admitiria as fundações estatais públicas. Mas o STF resolveu a dúvida já há alguns anos quando, interpretando a Constituição, decidiu que continuava a existir a fundação estatal privada. Tendo sido aclarada essa questão, o resto é consequência (...)."

### c. Da Ausência de Inconstitucionalidade Material da Lei nº 5.164 de 2007

Através de tudo que se expôs, é forçoso constatar que o Autor se equivoca ao pretender fazer crer que com o deferimento parcial da medida cautelar na Ação Direta por Inconstitucionalidade 2135 "tem-se o retorno do texto original e com ele, a exigência de um regime jurídico único de contratação de servidores para a administração direta, as autarquias e as fundações públicas, em todas as esferas de poder de todas as entidades federativas"

Já se cabalmente demonstrou linhas atrás o manifesto equívoco das premissas teóricas suscitadas na exordial. Observa-se desde já, nesse passo, que o regime jurídico único estatutário nunca foi previsto expressamente. E mesmo que assim fosse, haveria que se excluir sua incidência sobre as fundações públicas de direito privado, como exaustivamente aqui já se expôs.

De forma a delinear melhor o tema acerca do regime jurídico único, faz-se sensato transcrever posicionamento doutrinário de TOSHIO MUKAI, trazido por MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO:

"(...) Então como interpretar o artigo 39? Só há uma interpretação possível. Se a disposição impõe um regime jurídico único e pode haver dois regimes (o estatutário e o celetista) só se pode entender que o "regime jurídico uno" está referido ali em relação à Administração Direta, à autárquica e à fundacional. E, se podem existir dois regimes, é porque caberá a cada esfera de Governo (União e cada Estado-Membro ou Município, além do Distrito Federal) escolher qual o regime jurídico único que, por lei própria, desejará adotar; se, por exemplo, um determinado Estado-Membro ou Município

entender de adotar o regime estatutário, será esse o regime jurídico único. Vigorante para a sua Administração Direta, ou autárquica ou fundacional; se outro Estado-Membro ou Município adotar o regime celetista, poderá haver um regime único estatutário, por exemplo, na Administração Direta e outro celetista na autarquia ou na fundacional (...)"<sup>6</sup>.

Admitir a possibilidade de que, ao se referir ao regime jurídico único, quis o legislador constituinte estabelecer o regime estatutário – o que se admite somente a título eventual –, abarca transgressões desastrosas à segurança jurídica. Assume-se o risco de, aceitando a inconstitucionalidade da Lei 5.164 de 2007, afastar os princípios diretores da Administração Pública moderna, que criou institutos diversos em busca de uma necessidade de dinâmica para os serviços por ela prestados, a fim de que funcionem de forma mais eficiente e célere.

Uma análise simplificada dos termos suscitados na peça inicial induz à falaciosa conclusão, principalmente ao se ter em conta o método interpretativo utilizado, pautado somente pela literalidade do texto.

Ao operador do direito cabe instrumentalizar, com base um feixe principiológico que orienta a Administração Pública, a interpretação das normas constitucionais que permita o desenvolvimento de sua evolução material – ou mutação constitucional<sup>7</sup>.

Nesse sentido, demonstra ANDRÉ RAMOS TAVARES que a interpretação evolutiva é "a operação destinada a reconstruir o direito dinamicamente, na medida das exigências cambiantes que a realidade social manifesta"<sup>8</sup>. Nesse diapasão, o apelo histórico se mostra com força para servir de força interpretativa em Constituições que, conforme a brasileira, contemplam diversas finalidades, diversas entre si. A preferência por uma finalidade ou outra não se dá na Constituição, e sim em uma escolha que pertence ao momento histórico vivido<sup>9</sup>.

Nas palavras de LUIS ROBERTO BARROSO, é dever do intérprete analisar a norma não somente sob a perspectiva do legislador originário, mas principalmente questionar qual a vontade autônoma que emana da própria lei. Sobre a interpretação evolutiva, aduz o doutrinador se tratar de "(...) um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente do constituinte (...)"<sup>10</sup>.

Sem sombras de dúvida, é o que se vislumbra no presente caso.

Apesar de bastar sustentação doutrinária que não vislumbra, nem mesmo anteriormente à Constituição Federal, a obrigatoriedade de regime jurídico único às fundações públicas de direito privado, ainda mais após o próprio legislador constituinte derivado - que tem legitimidade conferida pelo povo para se fazer representar nas escolhas legislativas, através da Emenda Constitucional nº 19 de 1998 - extinguir essa obrigatoriedade.

<sup>6</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Administração Pública Estadual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90.

<sup>7</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p.86, com base na doutrina de ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto Costituzionale: Il Sistema delle Fonti del Diritto*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1998.

<sup>8</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p.83.

<sup>9</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p.83.

<sup>10</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.146.

O julgamento de procedência da presente Ação representaria verdadeiro retrocesso social, a gerar problemas em segmento dos mais importantes da Administração Pública Estadual, qual seja, a saúde.

E a esta tão delicada área, revela-se dispensável fazer análises mais detidas diante não somente do quadro social que se apresenta pungente a todo cidadão, mas também se demonstra carente através dos esforços empreendidos pelo Estado para fazer suprir o que seja necessário, ao alcance das possibilidades fáticas.

#### V. Dos Precedentes Jurisprudenciais. Julgamento da Representação por Inconstitucionalidade 90/2008

No que concerne aos entendimentos consagrados na jurisprudência pátria, cabe ainda assinalar que a legislação estadual ora atacada já foi objeto de apreciação pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Frise-se, nesse particular, que no julgamento da Representação por Inconstitucionalidade 90 de 2008, o Colendo Órgão Especial julgou extinto o processo, sendo certo que até a presente data não vigora qualquer decisão judicial que venha a contestar a adoção do regime celetista previsto para as “fundações estaduais de Saúde”.

Apenas *ad argumentandum tantum*, no tocante à afirmação autoral de que os artigos 44 e 45 da Lei Estadual nº 5.164 de 2007 encontram-se com eficácia suspensa por decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cumpre esclarecer que o aludido *decisum* se fulcrou em reconhecimento de inconstitucionalidade meramente formal dos dispositivos citados, uma vez que foram incluídos na redação original do projeto de lei por emenda parlamentar, padecendo de vício de iniciativa por ser matéria reservada ao Chefe do Executivo. Nenhuma inconstitucionalidade material foi reconhecida em sede de liminar.

#### VI. Da efetivação do Princípio da Eficiência e do Controle Externo das Fundações Governamentais de Direito Privado

Não obstante as críticas feitas na exordial quanto ao modelo de fundação instituído pela Lei nº 5.164 de 2007, o que se persegue com essa forma de descentralização administrativa é privilegiar a máxima eficiência na prestação dos serviços públicos de saúde e como corolário natural o atendimento ao interesse público.

O Princípio da Eficiência somente restará observado se as diretrizes e prioridades dos administradores forem respeitadas, dentro da reserva da legalidade. Nesse contexto, cabe sublinhar que as fundações governamentais de Direito Privado também estão submetidas a controle e fiscalização por parte do Poder Público. Nas palavras de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

“(…) Como sucede com as pessoas da Administração Indireta, as fundações públicas, qualquer que seja a sua natureza, sujeitam-se a controle pela respectiva Administração Direta. Esse controle pode ser exercido sob três prismas: 1) o controle político, que decorre da relação de confiança entre os órgãos de controle e os dirigentes da entidade controlada (esses são indicados e nomeados por aqueles); 2) O controle administrativo, pelo qual a Administração Direta fiscaliza se a fundação está desenvolvendo atividade consoante com os fins para os quais foi instituída; e 3) controle financeiro, exercido pelo Tribunal de Contas, tendo a

entidade o encargo de oferecer sua prestação de contas para apreciação por aquele Colegiado (artigos 70 e 71, II da CF).”

Desta forma, ao contrário dos argumentos tecidos na inicial, que falaciosamente aduz “a intenção do Poder Público Estadual de trespassar à iniciativa privada a atribuição estatal de prestar serviço de saúde”, em verdade, o Estado busca alcançar o melhor interesse público no serviço de saúde, atendendo ao interesse coletivo, mas sem se afastar do controle e fiscalização desta prestação.

#### VII. Ausência dos Requisitos Ensejadores da Liminar Postulada

Cumprido, por derradeiro, tecer breves considerações sobre a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

O artigo 273 do Código Processual Civil exige, para a concessão da tutela antecipada, a presença concomitante dos seguintes requisitos: (i) prova inequívoca das alegações autorais; (ii) verossimilhança da alegação; (iii) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso do direito de defesa do réu; (iv) a reversibilidade do provimento antecipado.

Dessa forma, se ausente qualquer desses pressupostos, não se haverá de antecipar os efeitos da tutela de mérito.

No presente caso, o pedido autoral não merece prosperar, vez que ausentes dois requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* consiste na probabilidade de existência do direito afirmado pela parte autora, a ser verificada pelo Juiz no caso concreto. Nesse sentido, como já salientado no corpo da presente peça de bloqueio, é certo que as alegações autorais carecem de qualquer verossimilhança.

Não obstante a ausência do *fumus boni iuris*, que, por si só, impediria a concessão da medida pleitada, o *periculum in mora* também não se faz presente no caso em tela, já que não caracterizada a iminência de dano irreparável ou de difícil reparação para a efetividade de um futuro provimento jurisdicional.

Neste ponto, mister se faz ressaltar a lição de ALEXANDRE CÂMARA (*Lições de Direito Processual Civil*, Vol. III, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2001, p. 32):

“Esta iminência de dano irreparável (ou de difícil reparação), tradicionalmente denominada *periculum in mora*, não é capaz de afetar o direito substancial, mas gera perigo, tão-somente, para a efetividade do processo. As situações de perigo para o direito substancial são protegidas através de outra modalidade de tutela jurisdicional, chamada tutela antecipatória, nos termos do que dispõe o art. 273, I, do Código de Processo Civil. Há assim, dois tipos de situação de perigo: a que gera risco de dano irreparável (ou de difícil reparação) para o direito substancial, e a que provoca risco de dano (também aqui irreparável ou de difícil reparação) para a efetividade do processo. No primeiro caso, adequada será a tutela antecipatória; no segundo, a tutela cautelar.”

Repetindo: quanto ao primeiro requisito, as razões expendidas ao longo desta digressão demonstram, a toda evidência, a inexistência do *fumus boni iuris*.

No que concerne ao segundo, destaque-se que, passados dois anos da publicação da legislação ora impugnada, não há que se falar mais em “perigo na demora”, pois tal efeito se exauriu totalmente diante de sua longa vigência.

Na verdade, há a ocorrência de *periculum in mora* inverso, pois o deferimento da liminar, ao impor a suspensão de efeitos do referido dispositivo, traria insegurança jurídica à sociedade.

Observa-se, assim, que deve imperar a presunção de constitucionalidade de que se reveste a sistemática normativa ora impugnada. Por ser princípio que rege a interpretação constitucional, deve sempre ser levado em consideração pelo intérprete da lei.

Neste ponto, vale transcrever a lição de LUIS ROBERTO BARROSO:

*“(...) A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes. No tocante ao controle de constitucionalidade por ação direta, a atuação do Judiciário deverá ser ainda mais contida. É que, nesse caso, além da excepcionalidade de rever atos de outros Poderes, o Judiciário desempenha função atípica, sem cunho jurisdicional, pelo que deve atuar parcimoniosamente (...).”<sup>11</sup>*

Portanto, no presente caso, além da natural presunção de constitucionalidade de que toda norma se reveste, ressalta-se o fator temporal, passados dois anos da sua entrada em vigor. É neste pautamento que se funda a ausência do *periculum in mora* para o deferimento de liminar na presente demanda.

### VIII. Conclusão.

Diante de todo o exposto, confia o Estado do Rio de Janeiro no julgamento de improcedência do pedido.

Protesta pela produção de todas as provas em Direito admitidas.

E. Deferimento.

Rio de Janeiro, 11 de agosto de 2009.

**CHRISTIANO DE OLIVEIRA TAVEIRA**  
Procurador do Estado

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 177.