

Em 11 de abril de 2007.

Processo nº E-08/3010/07

Projeto de Lei Complementar – Autorização para Criação de Fundações Públicas – Forma – Personalidade Jurídica – Penhorabilidade – Regime Jurídico dos Servidores

Senhora Procuradora-Geral,

I

A Secretaria de Estado de Saúde solicita o exame do Projeto de Lei Complementar que “regulamenta”¹ o inciso XIX do art. 37 da Constituição, parte final, para definir as áreas de atuação das fundações públicas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, cabendo à lei específica a sua instituição.

O PLC prevê autorização para a instituição de fundações pelo Poder Público Estadual para os setores de educação, assistência social, saúde, ciência e tecnologia, meio ambiente, cultura, desporto, turismo, comunicação e previdência complementar do servidor público, sendo vedada a instituição de fundações para o exercício de atividades que exijam o exercício do poder de autoridade do Estado.

É fixada a personalidade jurídica de direito privado, que deve ser submetida a registro civil, mas integra a Administração Indireta, tendo patrimônio e receita próprios, podendo celebrar contrato de gestão, onde se fixará meta de desempenho e critérios para a transferência de bens, pessoas e recursos por aquele instrumento.

Como consequência da personalidade de direito privado, seu patrimônio se submete ao regime de direito privado e, conseqüentemente, pode ser penhorado, embora o PLC estabeleça que o magistrado deva considerar a possibilidade de continuidade dos serviços essenciais.

Igualmente derivando da personalidade de direito privado, o regime de pessoal é o trabalhista, na forma da CLT.

1 A expressão não é a mais adequada, já que o verbo regulamentar é mais compatível com as ações previstas no art. 84, IV, CF, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo. Melhor seria substituir por “dispõe sobre” ou “disciplina”.

II

1. O conceito de fundação

O conceito de fundação como *patrimônio afetado a uma finalidade* já foi examinado por esta PGE no Parecer nº 6/91-MJVS e no Ofício nº 22/87 – ENL, da lavra do ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro EUGÊNIO NORONHA LOPES.

Diante da proposta de previsão de um regime jurídico de direito privado, com a conseqüente possibilidade de penhora de patrimônio dessas entidades, deve ser cogitada a possibilidade de instituição de fundação pública por mera instituição de capital; em outras palavras, o patrimônio afetado pode ser uma quantidade de recursos destacados do orçamento para a constituição do capital social da fundação.

2. Distinção entre fundações públicas de direito público e de direito privado.

Vem de longa data a controvérsia sobre o regime jurídico das fundações públicas.

De um lado, HELY LOPES MEIRELLES² já aduzia que estas só poderiam ter personalidade de direito privado:

São pessoas jurídicas de Direito Público ou pessoas jurídicas de Direito Privado, devendo a lei definir as respectivas áreas de atuação, conforme o inc. XIX do art. 37 da CF, na nova redação dada pela EC 19/98. No primeiro caso elas são criadas por lei, à semelhança das autarquias, e no segundo a lei apenas autoriza sua criação, devendo o Poder Executivo tomar as providências necessárias à sua instituição.

(...)

Nos últimos tempos, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo - educação, ensino, pesquisa, assistência social etc. -, com a personificação de bens públicos e fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir personalidade pública a essas entidades, a ponto de a própria Constituição da República de 1988, encampando a doutrina existente, ter instituído as denominadas fundações públicas, ora chamando-as de “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVII), ora de “fundação pública” (arts. 37, XIX, e 19 das “Disposições Transitórias”), ora de “fundações mantidas

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 61.

pelo Poder Público” (art. 37, XVII), ora, simplesmente, de “fundação” (art. 163, II).

Com esse tratamento, a Carta da República transformou essas fundações em entidades de Direito Público, integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das empresas governamentais. Nesse sentido, já decidiu o STF, embora na vigência da Constituição anterior, que “tais fundações são espécie do gênero autarquia”. Não entendemos como uma entidade (fundação) possa ser espécie de outra (autarquia) sem se confundirem nos seus conceitos. Todavia, a prevalecer essa orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações públicas todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias.

Na atualização da sua obra³, se fixou a orientação de que as fundações ficaram ao lado das demais pessoas jurídicas de direito privado da Administração:

A EC 19/98 deu nova redação ao inc. XIX do art. 37 da CF, deixando transparecer ter voltado ao entendimento anterior de que a fundação é entidade com personalidade jurídica de Direito Privado: “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”. A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de Direito Privado): a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de Direito Privado. E mais: lei complementar deverá definir as áreas em que poderá atuar a fundação, não podendo essa figura jurídica servir de panaceia para qualquer atividade que a Administração pretenda efetuar com relativa autonomia.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁴ cuidava de definir que as fundações públicas são de direito público, o que, na verdade, implica que são autarquias:

Em rigor, as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm. É que, como se sabe, as pessoas jurí-

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 319-320.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 171-172.

dicas, 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 finalidade”.

A Constituição referiu-se às fundações públicas em paralelismo com as autarquias, portanto como se fossem realidades distintas, porque simplesmente existem estes nomes diversos, utilizados no Direito brasileiro para nominar pessoas jurídicas estatais. Seus objetivos foram pragmáticos: colhê-las seguramente nas dicções a elas reportadas, prevenindo que, em razão de discussões doutrinárias e interpretações divergentes, pudessem ficar à margem dos dispositivos que as pretendiam alcançar. Além do mais, um texto constitucional não é o lugar adequado para solver debates taxinômicos.

Uma vez que as fundações públicas são pessoas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa, resulta que são autarquias e que, pois, todo o regime jurídico dantes exposto, como o concernente às entidades autárquicas, aplica-se-lhes integralmente.

Deveras, os sujeitos em questão delas se estremam apenas na forma de criação, e isto, tão-só, por pura falta de técnica, dantes do legislador e hoje também da Emenda Constitucional 19, a qual, diga-se de passagem, é um modelo de impropriedades jurídicas.

Essa a orientação fixada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 115.134, em julgamento realizado no dia 08/04/1988, antes da Constituição de 1988, tendo como Relator o Ministro CARLOS MADEIRA:

Vê-se, assim, que não só por sua fonte de recursos, como pela aplicação deles em serviços de assistência educacional, a Fundação Nacional do Estudante *exerce funções peculiares ao Poder Público*.

Não há dúvida, pois, que a Fundação, de conformidade com a formulação jurisprudencial desta Corte, tem natureza de fundação pública. Como acentuou o Ministro Moreira Alves no voto proferido no RE 101.126, no Tribunal Pleno, não tem sentido que sociedade de economia mista e empresas públicas, que são

meras pessoas de direito privado, integrem a Administração Indireta, tendo seus empregados inúmeras restrições por equiparação a 'servidores públicos, e as fundações de direito público, que são inequivocamente pessoas jurídicas de direito público, mantidas por verbas orçamentárias, sob a fiscalização direta do Poder Público, sujeitas ao Tribunal de Contas, criadas para execução de atividades públicas descentralizadas, não pertençam a essa Administração Indireta, sob fundamento único de que, por serem fundações, têm de ser pessoas jurídicas de direito privado, que, no entanto, não se submetem às normas do Código Civil relativas às fundações' (RTJ 113/331).

Esse entendimento foi mantido pela Corte Suprema, no Recurso Extraordinário nº 215.741, em julgamento realizado no dia 30/03/1999, pela 2ª Turma, tendo o Ministro MAURÍCIO CORRÊA como relator, agora já sob a égide da Constituição de 1988:

Ementa: Recurso Extraordinário. Fundação Nacional de Saúde. Conflito de competência entre a Justiça federal e a Justiça comum. Natureza Jurídica das Fundações instituídas pelo Poder Público. 1. A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público. 2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Federal. Artigo 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figura como parte *fundação pública, tendo em vista sua situação jurídica conceitual assemelhar-se, em sua origem, às autarquias*. 3. Ainda que o artigo 109, I da Constituição Federal, não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a competência da Justiça Federal.

Já DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁵ retoma a orientação de que as fundações públicas são de direito privado:

São as entidades paraestatais que revestem a forma de fundações, sendo, portanto, pessoas jurídicas de direito privado, nas quais, recursos total ou parcialmente públicos são personificados e afetados a atividades específicas impróprias do Estado, nota-

damente no campo do ordenamento social, por delegação legal. Embora o Estado possa instituir fundações privadas, estritamente na forma definida pelo Código Civil, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, nos seus arts. 4º, II, d, e 5º, IV, com a redação que lhes deu a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, estabeleceu uma modalidade especial - a fundação pública - em que apenas as formalidades de instituição se regem pelo Direito Civil (escritura pública de constituição e inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas), submetendo-se, nos demais assuntos, totalmente as normas de Direito Administrativo, peculiares à respectiva entidade política matriz.

A fundação pública é, portanto, por definição da legislação citada, "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio, gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União (...)" (leg. cit., art. 5º, IV), lamentando-se o emprego legal da expressão "funcionamento custeado", tão pouco precisa, que mais soa como um jargão tecnocrata, inadequadamente inserido.

Cabe, pois, retomar proposição já fixada em outra oportunidade⁶, para reafirmar que:

Diante da polêmica, cumpre firmar posicionamento no sentido da inexistência de discricionariedade para instituir entidades na Administração Indireta. Afinal, cada uma delas tem uma vocação. A autarquia é reservada a funções tipicamente estatais, ou seja, aquelas que, embora comportem uma maior autonomia, exijam, para o atendimento do interesse público, o exercício de autoridade e o conseqüente poder de império estatal; é o caso das atividades de polícia administrativa e de regulação estatal das atividades privadas.

As empresas estatais são vocacionadas a atividades comerciais ou industriais do Estado, previstas nos arts. 173 e 175 da Constituição Federal, sendo certo que as empresas de economia mista, por captarem recursos ou a gerência junto ao setor privado, envolvem a necessidade da busca do lucro, o que não é um imperativo nas empresas públicas.

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 264.

6 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 165/177.

Já as fundações, conforme a correta definição do art. 5º, do Decreto Lei nº 200/67, com a redação dada pela Lei nº 7.596, de 10.04.1987 (acolhida pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro em seu art. 77, § 2º, IV), têm personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sendo criadas, em virtude de autorização legislativa (e não por lei), para o *desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgão ou entidades de direito público*, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Não se pode pretender interpretar que o constituinte tenha previsto, no art. 37, XIX, CF, quatro formatos distintos que possam ser utilizados para a mesma finalidade, com absoluta discricionariedade do administrador público. Tanto mais que, ao atribuir a personalidade de direito público, estar-se-á retirando uma função do regime comum e atribuindo uma série de prerrogativas, privilégios e limitações à função que, se desenvolvida por qualquer particular, não a exigiriam.

A opção pela personalidade de direito público deve ser indispensável, posto que opera redução de direitos do particular que se relaciona com a entidade, o que, no campo patrimonial, processual e contratual, por exemplo, é nítido.

Nessa linha, inclusive, foi elaborado no âmbito desta PGE⁷ um anteprojeto de lei complementar definindo uma metodologia para a descentralização de atividades e criação de entidades no âmbito da Administração Indireta. Ali se propôs que:

Art. 1º. A autorização da instituição de empresas públicas, de sociedades de economia mista, bem como a criação de subsidiárias e a participação em empresas privadas pelo Estado do Rio de Janeiro, nos termos dos incisos XIX e XX do art. 37 e dos arts. 173 e 175 da Constituição da República Federativa do Brasil, serão disciplinadas por esta Lei Complementar.

§ 1º. É vedada a instituição de empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias para as hipóteses em que esta lei complementar exija criação de autarquia ou fundação.

⁷ O Processo E-14/016848/2005 cuida de dar atendimento à atribuição prevista na Resolução nº 2063/2005, que constitui grupo de trabalho para o exame de anteprojeto de lei desenvolvido no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho. Formulada consulta pública, sem críticas ou sugestões, o processo foi remetido ao Gabinete Civil, que o restituiu, sob a alegação de que estava prestes a se encerrar o mandato da Governadora. Diante do retorno do feito e objetivando um aprimoramento das sugestões apenas iniciadas nestes autos, sugeriu-se a oitiva da Procuradoria da JUCERJA, que, pela expertise dos doutos colegas que a integram, poderá, em muito contribuir, com críticas e sugestões sobre os rumos a serem tomados neste tema. A íntegra pode ser consultada no site <http://www.pge.rj.gov.br>, na sessão de consulta pública.

§ 2º. Para os fins desta lei complementar, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada e uso de autoridade estatal, com vistas à imposição de limites ao exercício da liberdade privada.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo de pessoas jurídicas de direito público, instituída com autorização em lei para a exploração de atividade econômica, de caráter comercial ou industrial de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em lei.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, instituída com autorização em lei para a exploração de atividade econômica, de caráter comercial ou industrial de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à entidade da Administração Pública.

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades no âmbito do ordenamento social, que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado, integral ou majoritariamente, por recursos públicos.

3º No caso do inciso III do parágrafo anterior, quando a atividade for submetida a regime de monopólio estatal, o controle caberá apenas à Administração Direta, em caráter permanente.

4º - As entidades mencionadas nos incisos II e IV do §2º adquirem personalidade jurídica mediante a inscrição do ato constitutivo no registro competente.

5º - Não se aplicam as disposições do Código Civil às entidades de que trata o inciso IV.

Essa a linha adotada pelo PLC, que parece ser a mais adequada com a vocação do instituto em exame.

O ideal, contudo, seria que, no âmbito do Gabinete Civil, fossem incorporadas tais sugestões, de modo a se disciplinar, no âmbito da Administração Pública Estadual, os critérios para descentralização da atividade administrativa.

3. O artigo 37, inciso XIX, parte final:

3.1. A abrangência do artigo 37, inciso XIX, parte final

A proposição acima leva a uma outra discussão, qual seja, a de submeter também a criação de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista à lei complementar de que trata a parte final do art. 37, XIX, CF:

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).

A discussão tem especial interesse para o caso em exame, tendo em vista que o PLC, a exemplo do que já se sugeria no âmbito da disciplina da criação de empresas estatais, veda a instituição de fundações para o desempenho de atividades que exijam o exercício do poder de autoridade do Estado.

Aliás, essa “correção de rumos”, que ensejaria uma verdadeira e desejável “Reforma Administrativa”, já vinha sendo proposta por esta Procuradoria Geral do Estado desde 1991, quando o ilustre jurista e Procurador do Estado do Rio de Janeiro DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, no Ofício nº 45/91-DFMN, produziu valioso pronunciamento, a partir de estudos desenvolvidos na Procuradoria Administrativa (PG-7, hoje extinta, após sua aposentadoria), levando em conta os atos constitutivos e objetivos das fundações, concluindo por recomendar quais as entidades que deveriam conservar o regime de direito privado e quais aquelas que deveriam ser submetidas ao regime de direito público, como era o caso da Fundação DER, que exercia, com personalidade de direito privado, inequívoco poder de polícia, típico da personalidade autárquica.

Mais uma vez, cabe avançar no exame do PL, reafirmando conclusões já fixadas em outra oportunidade⁸:

Na verdade, a solução está na própria Constituição, na parte final do próprio dispositivo citado, que estabelece a necessidade de uma lei complementar dispor sobre as áreas de atuação não só das fundações, como, ainda, das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Muito se tem interpretado que a expressão “neste último caso” só se referiria às fundações.

Na verdade, o último caso do dispositivo é o segundo caso, dos dois ali mencionados. No primeiro caso, a lei cria a autarquia; no segundo, a lei autoriza a criação de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações; neste último caso, a lei complementar vai dispor sobre as áreas em que o Poder Público pode abrir mão da autoridade e das prerrogativas a ele inerentes para valer-se da flexibilidade do setor privado, atuando, excepcionalmente, em espaços reservados à sociedade e à iniciativa privada. (o grifo não é do original)

Podem, pois, nesta sede, ser estabelecidos limites à criação de autarquias e empresas estatais onde se exige a execução da atividade por meio de fundação pública.

3.2. Lei Complementar Nacional ou Estadual.

Poderia surgir discussão sobre a legitimidade da iniciativa estadual em decorrência da inteligência de que a lei complementar referenciada na Constituição Federal seria uma lei *nacional*, emanada, pois, do Congresso Nacional e não da Assembleia Legislativa dos Estados.

Essa linha poderia ser amparada na competência da União para legislar sobre direito civil e comercial, já que o dispositivo, como dito, trata de autorizar a Administração Pública a assumir personalidade jurídica de direito privado.

Na verdade, a linha aqui proposta é no sentido de que a norma constitucional cuida de definir critérios para a organização dos aparelhos administrativos em cada entidade federada; não é norma de direito privado, mas, ao contrário, de direito público, especificamente, de direito administrativo, inserindo-se no âmbito da autonomia de cada entidade federada.

Cabe, pois, no âmbito estadual, um juízo acerca de que, à luz da respectiva realidade administrativa, funções podem ensejar o despojamento da autoridade para a assunção de personalidade de direito privado, o que, a rigor, também não deveria ser visto como uma discricionariedade absoluta; isto porque onde não é necessária a prática de atos de autoridade e não é cabível a exploração comercial ou industrial de uma atividade, notadamente, as atividades do ordenamento social, só cabe falar na criação de fundações (de direito privado).

É o que parece presente nos setores escolhidos pelo PLC para que seja autorizada a descentralização de atividades para a forma fundacional.

Nesse passo, também se impõe esclarecer que os setores indicados no PLC são meramente autorizados a serem desenvolvidos sob a forma de fundação, não parecendo existir nem mandamento nem impedimento para que algumas atividades também sejam desenvolvidas sob a forma autárquica; é o caso, por exemplo, da proposta de transformação da FEEMA, IEF e SERLA em Instituto sob a forma autárquica⁹, já que exercem um poder de polícia em defesa do meio ambiente.

⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 165/177.

⁹ O Projeto de Lei de criação do Instituto Estadual do Ambiente foi objeto dos Processos Administrativos nº E-14/5546/2007 e E-07/000209/2007.

4. O regime jurídico único estatutário e a proposta de regime celetista

Importante problema a enfrentar é a previsão do regime celetista para os servidores das fundações públicas. Isto porque a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 82, e a Lei Estadual nº 1.698, de 23 de agosto de 1990, disciplinam um regime jurídico único estatutário.

Assim, haverá quem sustente que a lei complementar violaria o regime estatutário constitucionalizado.

Na verdade, a matéria também parece de fácil equacionamento, demonstrando que o regime jurídico único para os servidores de fundações públicas de direito privado não se sustenta.

Com efeito.

A Constituição da República, na sua redação original, previa, em seu art. 39, a obrigatoriedade de adoção de um regime jurídico único para todos os servidores públicos de cada entidade federada. É bem verdade que a tese nunca foi pacífica e não havia consequências para o não atendimento da regra constitucional (tanto que o Estado de São Paulo jamais o instituiu e nenhuma autoridade foi por isso punida; ao revés, a não implementação por este grande Estado da Federação foi um dos fatores que levaram à supressão do dispositivo).

TOSHIO MUKAI¹⁰, por exemplo, advogava a tese da existência de diferentes regimes jurídicos únicos para cada entidade de uma Administração Pública:

Então como interpretar o disposto no art. 39? Só há uma interpretação possível. Se a disposição impõe um regime 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 autárquica ou na fundacional

Essa linha doutrinária, por si só, já resolveria o problema proposto no PLC, adotando-se para a administração fundacional estadual o regime jurídico único celetista.

10 MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 62.

Contudo, na lição do jurista e Procurador do Estado do Rio de Janeiro SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES¹¹, o dispositivo constitucional impunha o mesmo regime para todas as entidades dentro da mesma esfera da Federação:

Os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional estão, em realidade, ligados e subordinados à mesma Administração Pública. Assim, não podem ser tratados diferentemente em seus direitos e deveres.

Na verdade, o que se tem, diante da substituição da redação original do art. 39, CF (em face das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 19)¹², suprimindo a obrigatoriedade do regime jurídico único, é uma flagrante inconstitucionalidade superveniente da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Ao deixar de vincular todas as entidades da Federação por um comando constitucional de organização administrativa, o tema do regime jurídico de servidores é matéria que deve ser tratada em sede de lei, que reclama iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. É fácil perceber que a Constituição Estadual exclui tal participação na iniciativa e na sanção ou veto, violando, pois, o princípio da separação dos poderes.

O fato de não ser simples, do ponto de vista político, obter tal interpretação autêntica do Poder Legislativo, mediante aprovação de proposta de emenda constitucional, não exclui a possibilidade da provocação do controle concentrado de constitucionalidade ou mesmo da edição de ato administrativo formal do Governador do Estado declarando a inconstitucionalidade da norma e os motivos pelos quais se deixa de dar a ela cumprimento.

Resolvida esta etapa, restaria, ainda, a questão da lei ordinária, que ficaria ultrapassada pela existência de uma lei complementar competente para disciplinar a matéria das fundações, que, tendo personalidade jurídica de direito privado, não pode ter seu pessoal submetido ao regime de cargos públicos, mas, sim de empregos. Neste sentido já era a proposição do citado Ofício nº 45/91-DFMN, no qual DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO já considerava que somente os servidores de fundações de direito público (autarquias, de fato, com apenas a denominação de fundação) é que poderiam ser enquadrados no regime jurídico único, sendo nulo o enquadramento em tal regime dos servidores de fundações de direito privado – confira-se a minuta de decreto constante do anexo do citado ofício (que segue anexo a este parecer).

11 NEVES, Sérgio Luiz Barbosa Neves. *Regime Jurídico Único e os Servidores Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991, p. 40.

12 Deve ser feita menção, contudo, quanto ao fato de que a própria validade da Emenda Constitucional nº 19/98 é debatida no Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135, sob o argumento, dentre outros, de vício no processo legislativo, por ofensa ao parágrafo 2º do artigo 60 da Constituição da República. O julgamento conta com cinco votos pela concessão da cautelar e retomada do regime jurídico único e três votos pela manutenção do regime múltiplo, estando o processo concluso com o ministro Cezar Peluso. Faltam votar, ainda, os Exmos. Srs. Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso.

5. A impossibilidade de transformação de cargos em empregos públicos

O PLC não cogita nem há possibilidade de transformação dos cargos já existentes em empregos públicos.

Cumpra mencionar o paradigma do âmbito federal, conforme disciplina pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Expressa o referido diploma legal:

Art. 1º. O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.

§ 1º. Leis específicas disporão sobre a criação dos empregos de que trata esta Lei no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, bem como sobre a transformação dos atuais cargos em empregos.

§ 2º. É vedado:

I – submeter ao regime de que trata esta Lei:

a) (VETADO)

b) cargos públicos de provimento em comissão;

II – alcançar, nas leis a que se refere o § 1º, servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, às datas das respectivas publicações.

§ 3º. Estende-se o disposto no § 2º à criação de empregos ou à transformação de cargos em empregos não abrangidas pelo § 1º.

Acolheu a referida lei o argumento construído pela doutrina no sentido de que a transformação dos cargos em empregos por lei específica deve respeitar o direito adquirido daqueles que já ingressaram no serviço e ocupam cargos públicos. Em outras palavras, apesar de as vantagens decorrentes das disposições estatutárias não serem asseguradas em face da reforma legislativa, é intangível o patrimônio jurídico do servidor, em especial o direito adquirido e o regime jurídico estatutário para aquele que ingressou o quadro funcional sob a vigência da disciplina da Lei nº 8.112/80.

Não se faz registro de qualquer ação concentrada de inconstitucionalidade abordando tais dispositivos. Tampouco existe qualquer menção sobre a transformação de cargos em empregos na jurisprudência.

Isso, no entanto, pode gerar problemas de continuidade se atividades hoje centralizadas forem descentralizadas para a forma fundacional, sob o regime celetista (pelo menos até a realização dos concursos públicos e provimento dos empregos).

A solução é idealizada no próprio PLC, que admite a cessão de pessoal para as fundações criadas a partir da sua aprovação, preservando, assim, o regime dos servidores e a continuidade dos serviços públicos.

Claro que, nesta opção, há sempre o risco de se alegar que, em função da necessidade de observância do princípio da isonomia, os empregados públicos pleiteiem os mesmos direitos dos estatutários.

Registre-se, no entanto, que os regimes jurídicos se compõem de prestações, direitos e obrigações distintas, não sendo viável tal equiparação; os paradigmas trabalhistas devem ser considerados no mesmo regime e para condições idênticas de trabalho.

6. Penhorabilidade dos bens da Fundação Pública de Direito Privado

Uma das consequências da assunção de personalidade jurídica de direito privado pelas fundações instituídas pelo Poder Público é a explicitação da penhorabilidade do seu patrimônio.

Quando se trata de pessoa jurídica de direito público, seu patrimônio, por disposição constitucional, é considerado bem público e, portanto, inalienável, imprescritível e impenhorável, salvo após autorização legislativa para a desafetação.

Embora a ideia de autorização legislativa para a desafetação de bens públicos só devesse ser aplicada (por óbvio) a bens afetados, esta é exigida, inclusive, para os bens dominicais, que, em tese, constituiriam o patrimônio livre da Administração.

No caso, por exemplo, de hospitais, escolas, laboratórios, estádios e parques, tais bens são afetados a uma finalidade pública, sendo definidos como bens de uso especial, vinculados à prestação de algum serviço público ou de interesse público.

Deste raciocínio têm se aproveitado, também, as fundações públicas, já que, enquanto “reina a controvérsia”, têm conseguido evitar a penhora de seus bens argumentando tratar-se de patrimônio público.

Com a explicitação de que os bens da fundação pública são de direito privado, certamente haverá problemas em continuar sustentando tal tese.

Poder-se-ia argumentar que tal tema – da possibilidade de penhora de tal patrimônio – é de lei federal, seja de direito civil, seja de direito processual civil e, ademais, não exigiria lei complementar.

Data venia, ainda que o PLC silenciasse a respeito, a consequência continuaria sendo a mesma, sendo o dispositivo mera interpretação autêntica, norma de segundo grau explicitadora de um regime implícito à personalidade jurídica de direito privado.

O silêncio ou omissão não são, pois, saídas para solucionar o problema.

Até porque, ainda na linha da sugestão de uma verdadeira reforma administrativa, que se inicia com medidas como essa, a adoção do regime de direito público apenas para se valer de prerrogativas processuais, contratuais e patrimoniais é um desvio de finalidade, que desigualta ilegitimamente relações da Administração Pública com o particular, em tempos em que o Direito Administrativo não mais se funda nas relações de supremacia, mas, ao revés, se consolida cada vez mais em relações de cidadania e de dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, se não é indispensável o uso da autoridade para atendimento eficiente das funções públicas, não é legítimo o uso da personalidade jurídica de direito público. É isso que faz, acertadamente, o projeto de lei complementar em exame.

Vale notar que o PLC também cuida de dispor que as fundações prestadoras de serviços públicos essenciais não devem ter afetadas as suas atividades. Nesse ponto, o PLC nada mais faz do que explicitar o que já decorre da doutrina e é reconhecido pela jurisprudência que é a garantia da continuidade dos serviços públicos, como fundamento para afastamento da possibilidade de penhora de bens afetados à sua prestação.

Não se trata de dispor sobre processo civil ou sobre atuação do magistrado, não se legitimando as teses de violação de competência normativa ou de separação de poderes, já que, mais uma vez, é mera interpretação autêntica, norma de segundo grau que não cria qualquer direito ou obrigação que já não estivessem contemplados no ordenamento jurídico (expressão mais ampla que a de regra jurídica).

Claro, também, que os imóveis citados no exemplo supra (escolas e hospitais, entre outros) poderiam continuar na propriedade do Poder Público e, mediante o contrato de gestão, ser cedidos para a utilização pela fundação, ficando, assim, mantida a sua condição de bens públicos, garantindo-se a continuidade do serviço público (e não haveria, aí, nenhum desvio de finalidade na medida, eis que já se reconhece proteção a tal patrimônio afetado).

III

Por todo o exposto, entende-se que o PLC é constitucional, trata de matéria de competência estadual, observando a forma legislativa preconizada pela Constituição e põe fim a controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que em nada contribuíam para a segurança jurídica ou para o aprimoramento dos serviços públicos.

O tema deve ser submetido à Casa Civil para ciência e definição das diretrizes a serem adotadas.

É o parecer, s.m.j.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

VISTO

Aprovo o Parecer nº 12/2007-MJVS, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. Marcos Juruena Villela Souto, que concluiu pela constitucionalidade do projeto de lei complementar que disciplina o regime jurídico das fundações públicas, atribuindo-lhes personalidade jurídica de direito privado. Em decorrência disso, o regime de pessoal e de patrimônio da entidade é, naturalmente, o de direito privado, submetendo-se os servidores à CLT e o patrimônio à penhora.

A matéria é de competência estadual, de iniciativa do Executivo e não invade competência de outros poderes ou entidades federadas.

A título de contribuição, junto ao presente processo nova versão da minuta do Anteprojeto de Lei, com alterações de forma, preservado o conteúdo original, aprovado por esta PGE.

À Casa Civil, para fixação das diretrizes que devem ser adotadas para o tema em exame.

Rio de Janeiro, 18 de abril de 2007.

LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do Estado