

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

ISADORA TIEME KÁGAWA NUNES

**FUNDAÇÕES PÚBLICAS DE DIREITO PRIVADO: UM ESTUDO SOBRE SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

Porto Alegre

2021

ISADORA TIEME KÁGAWA NUNES

**FUNDAÇÕES PÚBLICAS DE DIREITO PRIVADO: UM ESTUDO SOBRE SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado à Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Dr. José Guilherme Giacomuzzi

Porto Alegre

2021

ISADORA TIEME KÁGAWA NUNES

**FUNDAÇÕES PÚBLICAS DE DIREITO PRIVADO: UM ESTUDO SOBRE SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado à Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Dr. José Guilherme Giacomuzzi

Aprovado em: ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Me. Eunice Ferreira Nequete
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a constitucionalidade das fundações públicas de direito privado. A pesquisa buscou responder à seguinte pergunta: “as fundações públicas de direito privado criadas após a Constituição Federal de 1988 são constitucionais?” Inicialmente, optou-se por utilizar o método de estudo de caso exploratório, buscando identificar as principais questões constitucionais discutidas nos casos concretos, a partir da análise de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual. As principais questões encontradas foram as seguintes: (1) natureza jurídica das fundações públicas; (2) exigibilidade de lei complementar prévia disciplinando as áreas de atuação das fundações públicas de direito privado (art. 37, XIX, CF); e (3) aplicabilidade do regime jurídico único de pessoal a essa espécie de fundações (art. 39, *caput*, CF). A seguir, foi utilizada pesquisa doutrinária e jurisprudencial para analisar as questões identificadas. Os resultados obtidos apontam que a maioria das questões já foi decidida pelo STF de modo favorável à constitucionalidade dessas fundações, embora haja controvérsia na doutrina. Contudo, a questão da exigibilidade de lei complementar prévia ainda não foi enfrentada. Assim, ainda existe uma situação de insegurança jurídica.

Palavras-chave: Fundação Pública de Direito Privado. Fundação Estatal. Constitucionalidade.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the constitutionality of public foundations of private law. The research tried to answer the following question: "are public foundations of private law created after the 1988's Constitution constitutional?" Initially, the researcher used the exploratory case study method to identify the most present constitutional issues in concrete cases by analyzing two Direct Actions of Unconstitutionality and one State Direct Action of Unconstitutionality. The main constitutional issues identified were: (1) juridical nature of public foundations; (2) necessity of a previous complementary law defining the field of public foundations of private law (art. 37, XIX, CF); (3) submission of public foundations of private law to the unified legal regime (art. 39, caput, CF). Then was used doctrinal and jurisprudential research to examine the questions identified. The results suggest that most of the questions have already been decided by the STF, concluding for the constitutionality of these foundations, although they remain controversial in the doctrine. However, the question about the necessity of a previous complementary law has not yet been analyzed. Thus, nowadays there is still a situation of legal insecurity.

Keywords: Public Foundation of Private Law. Private State Foundation. Constitutionality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABRASUS - Associação Brasileira em Defesa dos Usuários de Sistemas de Saúde

AC - Ação Cautelar

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ARE - Recurso Extraordinário com Agravo

CF - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DL - Decreto-Lei

EC - Emenda Constitucional

IMESF - Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família

PGE-RS - Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

RE - Recurso Extraordinário

STF - Supremo Tribunal Federal

TAC - Termo de Ajustamento de Conduta

TJ-RS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

USP - Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 CONTEXTUALIZAÇÃO.....	11
2.1 TERMINOLOGIA.....	11
2.2 HISTÓRIA DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	12
2.3 FUNDAÇÕES PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	14
3 ESTUDO DE CASO.....	18
3.1 CASO ADI 4197/SE.....	19
3.2 CASO ADI 4247/RJ.....	21
3.3 CASO IMESF.....	28
3.4 QUESTÕES CONSTITUCIONAIS IDENTIFICADAS.....	37
4 DISCUSSÃO.....	39
4.1 NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS.....	39
4.2 EXIGIBILIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PRÉVIA.....	52
4.3 INCIDÊNCIA DO REGIME JURÍDICO ÚNICO.....	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

Em 17/09/2019, um importante veículo de comunicação do Estado do Rio Grande do Sul publicou a seguinte manchete: “Por ordem do STF, prefeitura de Porto Alegre fechará órgão responsável por saúde da família”.¹ A matéria se referia ao Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF), fundação pública de direito privado criada com o objetivo de prestar serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), cuja lei autorizadora foi julgada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O problema a respeito da constitucionalidade desse modelo de fundação abrange diversas entidades em todo o país, muitas das quais enfrentam ações judiciais com fundamentos semelhantes. É o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4197/SE, que ainda se encontra pendente de julgamento. Também é o caso da ADI 4247/RJ, decidida definitivamente em 03/11/2020, com o Supremo Tribunal Federal se posicionando a favor da constitucionalidade das fundações discutidas na ação. A partir desses fatos, percebeu-se a necessidade de estudar a constitucionalidade desse tipo de entidade, surgindo assim o tema deste trabalho.

As fundações públicas de direito privado são entidades da administração indireta utilizadas como instrumento de descentralização de serviços públicos, constituindo objeto de intensa divergência doutrinária. A maior parte dos autores defende que essa espécie fundacional está prevista no art. 37, XIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF), a partir da redação trazida pela controversa Emenda Constitucional (EC) 19/98, a qual instituiu a Reforma Gerencial na administração pública brasileira.²

O surgimento dessas entidades foi promovido especialmente por meio do Projeto Fundação Estatal, criado pelo Governo Federal em 2006, com participação de renomados juristas. O objetivo do projeto era o desenvolvimento de uma

¹ BUBLITZ, Juliana. **Por ordem do STF, prefeitura de Porto Alegre fechará órgão responsável por saúde da família**. GZH, Porto Alegre, 17 set. 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2019/09/por-ordem-do-stf-prefeitura-de-porto-alegre-fechara-orgao-responsavel-por-saude-da-familia-ck0nta4u806x801tgrtdshvxi.html>. Acesso em: 14 out. 2021.

² 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)

ferramenta inovadora de gestão, a ser utilizada principalmente na área da saúde, à qual foi dado o nome “fundação estatal” (uma referência às “empresas estatais”).

Na época, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar 92/2007, regulamentando a área de atuação das fundações públicas de direito privado, conforme previsão do art. 37, XIX, CF. A referida lei, contudo, gerou grande polêmica e não foi aprovada. Ao mesmo tempo, diversos Estados e Municípios criaram fundações a partir desse modelo, as quais vêm sendo objeto de questionamento sobre sua constitucionalidade.

Nesse contexto, o presente trabalho busca responder à pergunta: “*as fundações públicas de direito privado criadas após a Constituição Federal de 1988 são constitucionais?*” O objetivo geral do estudo é analisar o tratamento desse instituto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e pela doutrina, para compreender se sua criação é permitida pela Constituição Federal. Os objetivos específicos são: (a) analisar casos concretos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Diretas de Inconstitucionalidade Estaduais ajuizadas contra fundações públicas de direito privado; (b) a partir dos casos concretos, identificar as principais questões constitucionais envolvidas; (c) investigar como a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal respondem às questões encontradas. Busca-se, assim, contribuir para a compreensão da situação jurídica atual dessa espécie de fundação.

A importância desta pesquisa se justifica pela carência de estudos jurídicos sobre o tema, uma vez que a maior parte dos artigos encontrados aborda a questão sob a perspectiva das áreas da saúde e da administração. Ademais, trata-se de um tema com relevante repercussão prática, uma vez que a situação de insegurança jurídica enfrentada por essas fundações gera impactos sobre a administração pública e sobre a sociedade.

A metodologia escolhida foi uma abordagem de natureza qualitativa, utilizando-se da técnica do estudo de caso como instrumento exploratório, com o objetivo de identificar as principais questões presentes nos casos concretos. Também foi realizada seleção e análise de jurisprudência e doutrina, a partir das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com a finalidade de aprofundar a discussão sobre os problemas encontrados.

A principal razão para a escolha do estudo de caso foi a constatação de que os debates doutrinários e as discussões nos casos concretos envolvendo as fundações tinham enfoques diferentes. Dessa forma, optou-se por buscar as questões tratadas nos casos concretos, para só então aprofundá-las com base na doutrina e na jurisprudência. Ademais, as decisões a esse respeito no STF ainda são escassas, de modo que a análise da jurisprudência não seria suficiente para responder satisfatoriamente à pergunta de pesquisa. Por fim, acrescenta-se que o método escolhido permite uma análise mais aprofundada de cada processo, com suas particularidades.

Realizou-se um estudo de casos múltiplos, uma vez que o estudo de uma única ação não seria suficiente para compreender os elementos comuns da controvérsia em diferentes casos. Foram selecionados para o estudo três casos: duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) referentes a fundações estaduais, propostas perante o STF (ADI 4197/SE e ADI 4247/RJ), e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual a respeito de uma fundação municipal, proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (caso IMESF). A análise dos casos foi realizada a partir da leitura dos processos e de publicações a respeito do contexto de criação de cada fundação.

Para a pesquisa bibliográfica, foram realizadas buscas em bancos de dados online como o Repositório Digital da Fundação Getúlio Vargas (FGV), LUME - Repositório Digital da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Scientific Electronic Library Online (SciELO) e Portal de Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Também foram consultados livros disponíveis na Biblioteca do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e no sistema Minha Biblioteca. A partir dos resultados encontrados, foram selecionados os autores mais citados na bibliografia e nos processos analisados, bem como textos que tratavam especificamente sobre o tema da pesquisa.

A organização deste trabalho está dividida em três partes. Na primeira, foi realizada a contextualização do problema de pesquisa, com a exposição das opções terminológicas adotadas e uma breve análise da história das fundações públicas no direito brasileiro. A seguir, foram apresentados e analisados os casos concretos, com a identificação das principais controvérsias constitucionais. Na terceira parte, com auxílio da doutrina e da jurisprudência, foram analisadas as questões

identificadas nos casos concretos, buscando-se compreender o tratamento dispensado a esse instituto jurídico pelo STF e pela doutrina.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO

O objetivo desta seção é contextualizar o objeto de pesquisa. Assim, inicialmente serão explicitadas as escolhas terminológicas utilizadas neste trabalho, para evitar imprecisão. A seguir, será apresentada uma breve história das fundações públicas no direito brasileiro, bem como seu tratamento na Constituição Federal de 1988.

2.1 TERMINOLOGIA

Os conceitos de “fundação pública” e suas espécies são controversos no direito brasileiro. Conforme apontado por diversos autores, uma das principais razões é a imprecisão normativa da Constituição Federal de 1988, bem como da Emenda Constitucional 19/98.³ Além disso, na doutrina também são utilizados diversos termos para se referir a essas entidades, com diferentes significados a depender do autor. Assim, é necessário esclarecer a terminologia adotada neste trabalho. A discussão sobre os conceitos de “fundação pública” e suas espécies, por fazer parte do próprio objeto de pesquisa, será aprofundada posteriormente no capítulo quatro.

Optou-se pelo termo “fundação pública” para fazer referência a todas as fundações instituídas e mantidas pelo Estado, em oposição ao conceito de “fundação privada”, instituída por particular. Essa escolha se deve ao fato de ser o termo mais utilizado, tanto na doutrina como na legislação. Fabrício Motta utiliza o termo “fundação estatal”, contudo essa expressão poderia gerar ambiguidade, pois também é empregada por diversos juristas para se referir exclusivamente às fundações públicas com natureza jurídica de direito privado, tendo sido utilizada

³ Paulo Modesto, Carlos Ari Sundfeld e Juliana Bonacorsi de Palma. MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública.

Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 14, jun./jul./ago. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=274>. Acesso em: 19 out. 2021. p. 3. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Fundações estatais de direito privado: viabilidade jurídica do PLP n. 92/2007.

Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 136-169, mar./jul. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13150>. Acesso em: 19 out. 2021. p. 140. SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico das fundações governamentais. In: MONTEIRO, Vera, SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo**: introdução ao direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book* (não paginado).

inclusive como título do Projeto Fundação Estatal.⁴ Carlos Ari Sundfeld, por sua vez, defende o termo “fundação governamental”, visando a eliminar a imprecisão conceitual produzida pela palavra “pública”, porém essa expressão é pouco adotada por outros autores.⁵

Para fazer referência às fundações instituídas e mantidas pelo Estado às quais foi atribuída natureza jurídica de direito privado, o termo escolhido neste trabalho foi exclusivamente “fundações públicas de direito privado”. Na doutrina e nos projetos de lei que buscam regulamentá-las, essas entidades recebem diversas denominações. Contudo, muitas das expressões utilizadas geram ambiguidade, pois possuem mais de um sentido (“fundação estatal”, “fundação de direito privado”, “fundação privada”, “fundação paraestatal”, entre outros). O termo “fundação estatal”, conforme já explicado, também é utilizado para se referir à totalidade das fundações públicas. As expressões “fundação de direito privado” e “fundação privada”, por sua vez, geram confusão com as fundações instituídas por particulares. Já o termo “fundação paraestatal” também é utilizado para se referir às fundações de apoio. Assim, optou-se por adotar um único nome, “fundação pública de direito privado”.

Por fim, quanto às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito público, optou-se pela expressão “fundação pública de direito público”.

2.2 HISTÓRIA DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO

José Eduardo Sabo Paes aponta que a primeira fundação criada no Brasil foi a Fundação Romão de Matos Duarte, de 1738, a qual era destinada ao sustento das crianças depositadas na roda dos enjeitados da Santa Casa de Misericórdia. Essa entidade, contudo, ainda não possuía personalidade jurídica própria. Mais tarde, foram criadas diversas outras fundações, sendo apontadas como as mais antigas: Fundação Pão dos Pobres (1867), Abrigo Cristo Redentor (1923) e Fundação

⁴ MOTTA, Fabrício. **Fundações**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo**: administração pública e servidores públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 189-216. p. 193.

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico das fundações governamentais. In: MONTEIRO, Vera, SUNDFELD, CARLOS Ari (coord). **Direito administrativo**: introdução ao direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book* (não paginado).

Getúlio Vargas (1944).⁶ Por sua vez, as primeiras fundações criadas pelo Estado datam da época do Império, sendo a Universidade de São Paulo (USP) possivelmente a primeira, conforme registra Fabrício Motta⁷.

Já a normatização das fundações teve início apenas em 1916, com o surgimento do Código Civil. As fundações públicas, por sua vez, passaram a ter previsão legal expressa apenas em 1967, com a instituição do Decreto-Lei (DL) 200/67 (reforma administrativa do regime militar).⁸ Dessa forma, verifica-se que no Brasil a criação de fundações precedeu as normas a seu respeito.

Em sua redação original, o referido DL 200/67 equiparava as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participasse a União, quaisquer que fossem suas finalidades, às empresas públicas e sociedades de economia mista.⁹ Assim, segundo a doutrina, esse decreto incluiu as fundações públicas na administração indireta.¹⁰ Porém, em 1969, o Decreto-Lei 900 revogou esse dispositivo, excluindo outra vez as fundações da administração indireta.

Em 1987, o DL 200/67 foi alterado novamente e passou a prever expressamente a existência das “fundações públicas”, atribuindo-lhes pela primeira vez essa denominação. A nova redação do decreto descreveu o instituto da seguinte forma:

Fundação Pública - 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 e de outras fontes¹¹

Verifica-se, assim, que foi atribuído regime de direito privado às fundações públicas, gerando dúvidas sobre a quais entidades o dispositivo se refere. Conforme aponta Sundfeld, a utilização da palavra “pública” gerou controvérsia na doutrina,

⁶ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 174-175.

⁷ MOTTA, Fabrício. **Fundações**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: administração pública e servidores públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 189-216, p. 192.

⁸ *Ibidem*, p. 181.

⁹ Art. 4. [...] § 2º Equiparam-se às Empresas Públicas, para os efeitos desta lei, as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades.

¹⁰ MOTTA, *op. cit.*, p. 181.

¹¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**.

sendo interpretada por alguns como uma referência ao regime jurídico de direito público, apesar de a lei prever expressamente seu regime como sendo de direito privado.¹²

2.3 FUNDAÇÕES PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A controvérsia em torno do conceito de fundação pública se agravou com o advento da Constituição Federal de 1988, que também utilizou esse termo em diversas passagens, além de outras expressões semelhantes como “fundações”, “fundações instituídas e mantidas pelo poder público” e “administração fundacional”. O emprego desses termos foi realizado de modo impreciso, gerando dúvidas sobre seu significado. Além disso, em nenhum momento a Constituição tratou expressamente sobre o regime jurídico das fundações públicas, de modo que as disposições a respeito dessas entidades foram interpretadas de formas diversas pela doutrina.

Em 1998, com a EC 19/98, denominada Reforma Administrativa Gerencial, as fundações receberam novo tratamento constitucional, porém sem solucionar as ambiguidades existentes anteriormente. A referida emenda alterou o art. 37, XIX, da Constituição, da seguinte forma:

XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública; [redação original]

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 EC 19/98]¹³

Essa alteração gerou novas divergências, pois possibilitou diferentes interpretações. Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴ defende que esse dispositivo prevê somente a criação de fundações públicas de direito público; outros autores, por sua vez, afirmam que colocação das fundações ao lado das instituições de

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico das fundações governamentais. In: MONTEIRO, Vera, SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo: introdução ao direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book* (não paginado).

¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 159.

direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista) significa que a palavra “fundação” estaria se referindo somente às fundações públicas de direito privado, enquanto as fundações públicas de direito público estariam abrangidas pelo termo “autarquia”. Essa controvérsia será aprofundada no capítulo quatro.

Além disso, a exigência de Lei Complementar também gerou múltiplas interpretações a respeito de seu significado (se é obrigatória a existência de lei complementar prévia e se essa lei precisa ser nacional) e âmbito de aplicação (se é aplicável somente às fundações ou também às empresas públicas e sociedades de economia mista).¹⁵

A EC 19/98 também alterou o art. 39, *caput*, da Constituição, extinguindo a exigência de regime jurídico único na administração pública. Contudo, essa alteração foi suspensa pelo STF, em decisão liminar na ADI 2135/DF, sendo restabelecida a redação original:

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. [redação original]

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. [redação dada pela EC 19/98, cuja vigência foi suspensa pelo STF em liminar na ADI 2135/DF]¹⁶

Assim, esse artigo continuou a suscitar dúvidas a respeito de seu significado e de sua aplicabilidade às fundações públicas de direito privado. Essa controvérsia será aprofundada no capítulo quatro.

Por fim, a partir de 2006, o Governo Federal instituiu grupos de trabalho com a colaboração de diversos juristas, os quais deram origem ao Projeto Fundação Estatal.¹⁷ Esse projeto estimulou a criação de fundações públicas de direito privado como ferramenta de gestão de serviços públicos. Sua proposta era a

¹⁵ Paulo Modesto analisa a controvérsia sobre o âmbito de aplicação da exigência de lei complementar. MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 14, jun./jul./ago. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=274>. Acesso em: 19 out. 2021. p. 6.

¹⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹⁷ José dos Santos Carvalho Filho, Carlos Ari Sundfeld, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Alexandre Santos de Aragão foram consultados como colaboradores *ad hoc*. BRASIL. Ministério da Saúde, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Fundação Estatal: metas, gestão profissional e direitos preservados**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/07_0862_M.pdf. Acesso em: 14 out. 2021, p. 7-8.

criação de nova forma jurídico-institucional no seio da administração pública indireta, para atender às necessidades de flexibilidade e agilidade das áreas do Estado que executam atividades de natureza não exclusiva, ou seja, onde não é necessário o uso do poder de autoridade, tais como saúde, educação, tecnologia, cultura, esporte, turismo, dentre outras.¹⁸

Essa nova forma jurídico-institucional foi batizada de Fundação Estatal. Trata-se de uma fundação pública de direito privado, com contratação de pessoal pelo regime celetista e utilizada para prestação de serviços públicos. Conforme o projeto, essas fundações receberiam recursos por meio de contratos de gestão com o Poder Público, em vez de dotações orçamentárias, de forma que não estariam submetidas às limitações da Lei de Responsabilidade Fiscal.¹⁹

Os estudos originaram também o Projeto de Lei Complementar 92/2007, com o objetivo de regulamentar a área de atuação das fundações públicas, atendendo à previsão do artigo 37, XIX, CF. O projeto previa expressamente a possibilidade de criação de fundação pública de direito privado para prestação de serviços públicos, sem contudo especificar suas características.²⁰

O referido projeto de lei gerou intensa controvérsia, com alguns juristas questionando a possibilidade de o Estado criar fundação pública com personalidade jurídica de direito privado e a utilização dessas entidades na área da saúde. Também foi muito criticado o uso do contrato de gestão. Conforme Weichert, essas entidades continuariam sendo mantidas por recursos públicos, de modo que deveriam se submeter à Lei de Responsabilidade Fiscal.²¹ Dalmo Dallari também se manifestou contrariamente ao projeto.²²

¹⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Projeto Fundação Estatal**: perguntas e respostas. Brasília: MP, 2007. Disponível em: <http://idisa.org.br/img/File/FundacaoestatalMinPlanperguntaresposta.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021. p.3.

¹⁹ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Projeto Fundação Estatal**: perguntas e respostas. Brasília: MP, 2007. Disponível em: <http://idisa.org.br/img/File/FundacaoestatalMinPlanperguntaresposta.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021. p.13-17.

²⁰ BRASIL. **Projeto de Lei Complementar n. 19/2007**.

²¹ WEICHERT, Marlon Alberto. Fundação estatal no serviço público de saúde: inconsistências e inconstitucionalidades. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 81-97, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13148>. Acesso em: 21 out. 2021. p. 91-92.

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. Fundações estatais: proposta polêmica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 71-80, 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13147>. Acesso em: 23 out. 2021. p. 73-76.

Assim, em razão das polêmicas, o projeto de lei ainda não foi aprovado. Atualmente, além do Projeto de Lei Complementar 92/2007, também tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar do Senado 347/2018, que possui como objetivo regulamentar a área de atuação das fundações públicas de direito privado.²³

Contudo, apesar de a lei não ter sido aprovada, o Projeto Fundação Estatal prosseguiu, resultando na criação de diversas fundações públicas de direito privado por Estados e Municípios, especialmente para atuação na área da saúde. Durante entrevista realizada em 2009, o então Ministro da Saúde José Temporão afirmou que pelo menos cinco Estados já possuíam projetos em andamento e defendeu seu prosseguimento.²⁴

Durante a pesquisa, não foi possível identificar quantas fundações públicas de direito privado existem atualmente, em razão da carência de estudos sobre o tema. Contudo, verifica-se que a criação desse modelo de fundação, especialmente para atuação na área da saúde, vem crescendo. A Associação Nacional de Fundações Estatais de Saúde (ANFES), que representa essas entidades, possui atualmente 17 fundações associadas, distribuídas em nove Estados: Espírito Santo, Paraná, Paraíba, Piauí, São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Bahia e Mato Grosso do Sul.²⁵

Ressalta-se que existem ainda fundações públicas de direito privado que não fazem parte da associação, como é o caso das fundações de saúde criadas pelo Estado de Sergipe, analisadas neste trabalho. Também há entidades que atuam em outras áreas, como a Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS), criada em 2001. Assim, estima-se que esse número seja ainda maior.

Essas fundações têm enfrentado uma situação de insegurança jurídica, sendo alvo de diversas ações judiciais que questionam sua constitucionalidade. Essas ações serão analisadas mais detidamente no decorrer deste trabalho, no capítulo três.

²³ BRASIL. **Projeto de Lei Complementar n. 92/2007.**

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar n. 347/2018.**

²⁴ TEMPORÃO, José Gomes. [Entrevista cedida a] FGV PROJETOS. **Cadernos FGV Projetos.** Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/6915>. Acesso em: 21 out. 2021. p. 14-15.

²⁵ Conforme lista de associados disponível no site da ANFES. Disponível em: <https://anfes.org.br/associados/>. Acesso em: 21 out. 2021.

3 ESTUDO DE CASO

Nesta seção, será utilizado o método do estudo de casos múltiplos para analisar três processos judiciais relevantes para a compreensão do problema atual em torno das fundações públicas de direito privado. Foram escolhidas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a respeito de fundações estaduais, e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual, sobre uma fundação municipal. As duas primeiras foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 4197/SE e ADI 4247/RJ), enquanto a terceira foi proposta perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (caso IMESF).

Primeiramente, serão apresentados de forma breve o contexto de surgimento de cada fundação e os motivos que levaram à impetração das ações judiciais. A seguir, serão analisadas as petições, decisões e pareceres apresentados no curso de cada processo. A partir do estudo dos casos concretos, busca-se identificar as principais questões jurídicas a respeito da constitucionalidade desse modelo de fundação.

Registra-se que não foi possível descobrir quantas ADIs existem, seja em âmbito estadual ou no STF, uma vez que não foram encontrados dados sobre isso. Para identificar as ações que tramitam no STF, foram realizadas buscas na página de notícias do tribunal (<https://portal.stf.jus.br/listagem/listarNoticias.asp>), utilizando os termos “fundação pública”, “fundações públicas”, “fundação estatal” e “fundações estatais”. Também foram acessadas as notícias relacionadas indicadas em cada matéria. Por fim, foi feita uma busca pelo nome de cada fundação. Nos resultados encontrados, foram identificadas menções somente à ADI 4197/SE, à ADI 4247/RJ e ao caso IMESF.²⁶

²⁶ OAB questiona constitucionalidade de três fundações de saúde de Sergipe. **Notícias STF**, Brasília, 17 fev. 2009. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=103465&ori=1> Acesso em: 21 out. 2021.

PSOL contesta leis fluminenses sobre criação de fundações na área da saúde. **Notícias STF**, Brasília, 8 jun. 2009. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109298&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

STF mantém validade de contratação pela CLT em fundações de saúde do Rio de Janeiro. **Notícias STF**, Brasília, 6 nov. 2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=454828&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

LIMINAR determina continuidade dos serviços de fundação de saúde em Porto Alegre. **Notícias STF**, Brasília, 13 out. 2014. Disponível em:

Os dois primeiros casos analisados (ADI 4197/SE e ADI 4247/RJ) foram, portanto, escolhidos por serem as duas principais Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas no STF sobre o tema. O primeiro caso (ADI 4197/SE) envolve questões comuns a diversas outras ações, como a exigibilidade de lei complementar prévia. O segundo caso (ADI 4247/RJ) foi a única ação decidida definitivamente pelo STF na qual houve análise do mérito da constitucionalidade dessa espécie de fundações, além de guardar diversas semelhanças com os outros dois casos.

Por fim, o caso IMESF foi selecionado por se tratar de uma fundação municipal e porque, apesar das diversas semelhanças com os demais, teve sua análise rejeitada pelo STF. Além disso, trata-se de caso com grande repercussão prática, uma vez que resultou na reestruturação dos serviços de atenção básica em saúde no Município de Porto Alegre.

3.1 CASO ADI 4197/SE

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4197/SE foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 2009, em face das leis ordinárias 6346/2008, 6347/2008 e 6348/2008, do Estado de Sergipe, as quais autorizaram a criação da Fundação de Saúde Parreiras Horta (FSPH), da Fundação Hospitalar de Saúde (FHS) e da Fundação Estadual de Saúde (FUNESA).²⁷

A Fundação de Saúde Parreiras Horta foi fundada com o objetivo de administrar o Laboratório Central de Saúde Pública (LACEN), o Centro de Hemoterapia de Sergipe (HEMOSE) e o Serviço de Verificação de Óbitos. A Fundação Hospitalar de Saúde, por sua vez, foi instituída para gerir os hospitais e o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU). Por fim, a Fundação Estadual

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277343&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

REJEITADO pedido contra decisão do TJ-RS que invalidou lei sobre fundação municipal. **Notícias STF**, Brasília, 16 set. 2014. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=275273&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

PORTO ALEGRE questiona decisão que julgou inconstitucional lei sobre fundação municipal. **Notícias STF**, Brasília, 17 jan 2014. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=258169&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

²⁷ SERGIPE. **Lei n. 6346 de 02 janeiro de 2008.**

SERGIPE. **Lei n. 6347 de 02 janeiro de 2008.**

SERGIPE. **Lei n. 6348 de 02 janeiro de 2008.**

de Saúde foi criada para atuar na área de formação e educação permanente em saúde.²⁸

Trata-se, portanto, de fundações públicas de direito privado destinadas à prestação de serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. Essas fundações possuem regime de pessoal celetista, com contratação através de concurso público, prevendo-se ainda a possibilidade de contratação temporária mediante processo seletivo simplificado. Essas fundações foram criadas por leis ordinárias, sem a prévia edição de lei complementar estadual.

A referida ADI 4197/SE, que inclui pedido cautelar, ainda está pendente de julgamento pelo STF, tendo sido submetida ao rito do art. 12 da Lei n. 9.868, em razão da relevância da matéria.²⁹ A seguir, serão analisados os argumentos levantados pela petição inicial, bem como pelos pareceres do Advogado-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, de modo a identificar as principais controvérsias.

Os fundamentos para a proposição da ADI foram: inexistência de lei complementar prévia disciplinando a área de atuação das fundações, conforme exigência do art. 37, XIX, CF; impossibilidade da atribuição de regime jurídico de direito privado a essas entidades, uma vez que possuem natureza de direito público, da mesma forma que as autarquias; impossibilidade de sua utilização para prestação de serviços de saúde no âmbito do SUS, por se tratar de serviço público; necessidade de aplicação às fundações do regime jurídico único de pessoal previsto no art. 39, CF, o qual deve ser o regime estatutário; por fim, inconstitucionalidade da previsão de contratação temporária de pessoal para atividades permanentes, desrespeitando a exigência de concurso público prevista no art. 37, IX, CF.³⁰

O Advogado-Geral da União deixou de defender a norma e apresentou parecer reconhecendo sua inconstitucionalidade formal em razão da inexistência de lei complementar prévia, ressaltando que tal norma deve ser federal. Contudo, discordou em relação às alegações de inconstitucionalidade material, uma vez que o

²⁸ KICH, Francis Deon (Org.); SANTOS, Claudia Menezes (Org.). **A reforma sanitária e gerencial do SUS no Estado de Sergipe**. Aracaju: FUNESA, 2011. Disponível em: http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_858538200.pdf. Acesso em: 21 out. 2021.

²⁹ Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

³⁰ Art. 37. [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

ordenamento jurídico brasileiro permitiria a criação tanto de fundações públicas de direito público quanto de direito privado. Com relação à possibilidade de prestação de serviços de saúde por essas entidades, ressaltou que a Constituição Federal permite que tais atividades sejam realizadas por pessoas jurídicas de direito privado. Argumentou pelo não conhecimento da ação quanto à questão da contratação temporária, por não impugnar todos os dispositivos legais que disciplinam a matéria. Por fim, considerou prejudicada a análise quanto à adoção do regime jurídico único, em razão da inconstitucionalidade formal das entidades.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, também apresentou parecer reconhecendo a inconstitucionalidade formal das leis atacadas, em razão da inexistência de lei complementar prévia dispondo sobre suas áreas de atuação. Apontou ainda a ocorrência de inconstitucionalidade material, uma vez que as fundações que atuam na prestação de serviço público de saúde no SUS deveriam submeter-se ao regime jurídico de direito público. Assim, essas entidades estariam submetidas ao regime jurídico único, o qual deve ser estatutário. Alegou que, apesar de a Constituição Federal autorizar a prestação de serviço de saúde por entidade privada no âmbito do SUS, esta deve ocorrer apenas de forma episódica e lateral. Argumentou ainda que, além de prestar serviço público de saúde, as entidades atacadas integram a administração pública indireta, são supervisionados pela Secretaria de Saúde do Estado e recebem verba orçamentária para sua manutenção, conjunto de elementos que caracterizariam uma fundação de direito público, conforme entendimento do STF.

Verifica-se, assim, que a principal controvérsia levantada pela ADI 4197/SE gira em torno da necessidade de lei complementar prévia disciplinando a área de atuação das fundações, prevista no art. 37, XIX, CF. Também devem ser destacadas as controvérsias a respeito da natureza jurídica das fundações públicas e seu regime jurídico (se todas são de direito público ou se é possível a atribuição do regime de direito privado), sobre seu âmbito de atuação e sobre a aplicação do regime jurídico único previsto no art. 39, *caput*, CF.

3.2 CASO ADI 4247/RJ

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4247/RJ foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL em face da Lei Complementar 118/2007 e da Lei

5164/2007. As referidas leis foram promulgadas pelo Estado do Rio de Janeiro, visando à criação de fundações públicas de direito privado para atuação na prestação de serviços de saúde no SUS, sob o regime de contratação celetista.

A Lei Complementar 118/2007 estabeleceu que fundações públicas de direito privado poderiam atuar na prestação de serviços públicos de saúde. Com base nela, a Lei 5164/2007 autorizou a criação da Fundação Estatal dos Hospitais Gerais, da Fundação Estatal dos Hospitais de Urgência e da Fundação Estatal dos Institutos de Saúde e da Central Estadual de Transplante.

Logo após a edição da lei autorizadora, o governo estadual contratou a Fundação Getúlio Vargas (FGV) para elaborar o projeto de implementação dessas entidades.³¹ Esse projeto, contudo, enfrentou grande resistência. Antes mesmo que as fundações fossem efetivamente implementadas, foi protocolada a ADI 4247/RJ, questionando sua constitucionalidade. Registra-se ainda que, posteriormente, a Lei Estadual 6304/2012 unificou as três fundações, criando a Fundação Saúde do Estado do Rio de Janeiro, que atualmente atua na gestão de diversos serviços de saúde no Estado.³²

A ADI 4247/RJ foi ajuizada em 01/06/2009 e transitou em julgado em 16/03/2021. A ação foi julgada improcedente, tendo o Supremo Tribunal Federal se posicionado a favor da constitucionalidade das leis questionadas. Feita uma breve contextualização, passa-se a seguir à análise dos principais argumentos presentes no caso.

O primeiro fundamento apontado para a proposição da ADI 4247/RJ é a inconstitucionalidade da adoção do regime celetista, uma vez que as leis atacadas foram promulgadas após o STF suspender a redação do art. 39, *caput*, CF, alterada pela EC 19/98, restaurando a redação original do dispositivo: “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.”³³

O partido autor alega que, conforme o artigo mencionado, deve ser aplicado regime jurídico único de pessoal no âmbito da administração direta, autárquica e

³¹ CARÂP, Leonardo; TEMPORÃO, José Gomes. *In*: FGV PROJETOS (Org). **Estudos de Casos**: Rio de Janeiro. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/15443>. Rio de Janeiro, 2014. Acesso em: 21 out. 2021. p. 122-123.

³² RIO DE JANEIRO. **Lei n. 6304 de 28 de agosto de 2012**.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

fundacional, incluindo-se as fundações públicas de direito privado. Afirma que tal regime deve ser o estatutário, para todos os entes federativos, uma vez que a Constituição Federal atribui competência privativa à União para legislar sobre direito do trabalho. Cita como fundamento decisão da Ministra Cármen Lúcia no RE 571124/AM, ocasião em que afirmou que o regime jurídico único deve ser o estatutário, não cabendo contratação celetista no âmbito da administração pública, de modo que a competência para decidir sobre sua relação com os servidores seria da justiça comum, não da justiça do trabalho.

A seguir, argumenta que há inconstitucionalidade formal das normas atacadas. Isso porque o art. 37, XIX, da CF, exigiria a edição prévia de lei complementar nacional disciplinando o âmbito de atuação das fundações públicas. Segundo o autor, a Constituição Federal reserva à União a competência para legislar sobre normas de interesse geral. Dessa forma, a Lei Complementar 118/2007, que disciplinou a área de atuação das fundações públicas no Estado do Rio de Janeiro, padeceria de inconstitucionalidade por ter sido promulgada por ente incompetente. A inconstitucionalidade da Lei 5164/2007, por sua vez, seria decorrência lógica da invalidade da Lei Complementar 118/2007, pressuposto para sua edição.

Verifica-se, assim, duas controvérsias centrais. A primeira diz respeito ao regime jurídico único previsto no art. 39, *caput*, CF, sendo necessário definir o seu conceito e se é aplicável às fundações públicas de direito privado. A segunda diz respeito à exigência de lei complementar prevista no art. 37, XIX, CF, bem como à competência para edição da referida norma. Ressalta-se que, nesse caso, ao contrário dos demais, existe uma lei complementar prévia disciplinando a área de atuação das fundações atacadas, editada pelo próprio Estado.

A referida ação foi julgada improcedente em 03/11/2020, tendo transitado em julgado em 16/03/2021. A decisão do STF foi no sentido de que não há inconstitucionalidade material ou formal das leis atacadas, sob os seguintes fundamentos: (a) as fundações públicas podem ter personalidade de direito público ou privado; e (b) o regime jurídico único não se aplica quando adotado o regime de direito privado.

É importante destacar que, no acórdão, o STF decidiu pela constitucionalidade da lei complementar estadual que definiu a área de atuação das fundações públicas de direito privado, bem como das leis ordinárias que, fundamentadas naquela, autorizaram a instituição dessas fundações. Assim, embora

essa questão não tenha sido enfrentada expressamente no acórdão, é possível concluir que o entendimento do STF foi no sentido de que a lei complementar prevista no art. 37, XIX, CF, pode ser estadual.

O relator do acórdão foi o Ministro Marco Aurélio, cujo voto foi seguido pelos demais Ministros. Contudo, com exceção dos Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, os demais julgadores fizeram ressalvas a respeito de sua definição sobre a natureza jurídica das fundações.³⁴

Para compreender a decisão, é necessário estudar seus fundamentos. Verifica-se que não foram analisadas todas as questões levantadas, limitando-se o julgador a abordar o aspecto da natureza jurídica das fundações públicas e a aplicabilidade do regime jurídico único a essas entidades.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

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.³⁵

Tal ementa está de acordo com o voto do relator, que afirmou a natureza privada das fundações, ainda que instituídas pelo Poder Público. O voto foi redigido nos seguintes termos:

O objeto desta ação direta de inconstitucionalidade é único e diz respeito ao regime jurídico de fundação instituída por meio de ato normativo. A incongruência da alusão a fundação pública de direito privado é suplantável, no que prevalecem os contornos da lei, a revelar ser dotada de personalidade jurídica de direito privado, 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. Deu-se, ao Órgão criado, o rótulo de público, quando se tem entidade privada. 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. 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. Inexiste quer o vício formal quer o material. Julgo improcedente o pedido formalizado.³⁶

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

O relator afirma que as fundações são pessoas jurídicas de natureza privada, rejeitando o termo “públicas”. Cumpre salientar que, com exceção dos Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, os demais julgadores apresentaram em seus votos ressalvas a respeito dessa questão, ocasião em que reafirmaram o entendimento pacificado no âmbito do STF de que existem duas espécies de fundações públicas: de direito público e de direito privado.

Nesse sentido, foi o voto do Ministro Dias Toffoli, o qual afirma que as fundações criadas pelo Poder Público podem ter personalidade jurídica de direito público ou privado, nos termos do que foi decidido no RE 716378/RJ. Ressaltou que, no caso de ser adotado o regime de direito privado, a contratação deve ocorrer através do regime celetista, não sendo cabível o regime jurídico único:

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 tal regime, bem como sobre 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 tais entidades são 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 por meio da edição de atos normativos, podem ser dotadas de personalidade jurídica de direito público, caso em que elas são consideradas pela doutrina como uma espécie de autarquia, ou de direito privado.

Sendo assim, 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. [...]³⁷

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, aderiu ao voto do relator e às ressalvas feitas pelo Ministro Dias Toffoli. Em seu voto, concluiu o seguinte:

Assim, considerado que, no caso, trata-se de leis que autorizam a criação de fundações públicas para a prestação do serviço de saúde, com personalidade jurídica de direito privado, incide sobre as relações de trabalho estabelecidas com as referidas entidades o regime jurídico celetista.³⁸

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

A Ministra Cármen Lúcia também seguiu o voto do relator, com as ressalvas apresentadas pelo Ministro Dias Toffoli. Em seu voto, expressou o seguinte entendimento a respeito da natureza das fundações:

Ao contrário do que sustentado pelo Ministro Relator, entendo que nem toda fundação instituída pelo Poder Público submete-se a regime jurídico de direito privado.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 191, de minha relatoria (DJe 7.3.2008), o Plenário deste Supremo Tribunal assentou entendimento de que “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”.

Essa foi também a orientação firmada pelo Plenário deste Supremo Tribunal ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 716.378, Relator o Ministro Dias Toffoli (DJe 30.6.2020), em que fixada a seguinte tese:

“I - A qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende (i) do estatuto de sua criação ou autorização e (ii) das atividades por ela prestadas. As atividades de conteúdo econômico e as passíveis de delegação, quando definidas como objetos de dada fundação, ainda que essa seja instituída ou mantida pelo Poder público, podem-se submeter ao regime jurídico de direito privado. (...)”.³⁹

A seguir, o Ministro Ricardo Lewandowski também seguiu o voto do relator, com as ressalvas apresentadas pela Ministra Cármen Lúcia e pelo Ministro Dias Toffoli. A Ministra Rosa Weber seguiu o mesmo entendimento. O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, também limita a discussão à possibilidade de instituição do regime celetista no âmbito das fundações atacadas. Seu voto, seguindo o relator e as ressalvas da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Dias Toffoli, foi proferido nos seguintes termos:

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

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

titularidade de prerrogativas de direito público; (d) da natureza dos serviços ou das atividades desempenhadas pela entidade.⁴⁰

Assim, no julgamento do caso analisado, o STF manteve o entendimento de que é possível ao Poder Público criar fundações com regime jurídico de direito público ou de direito privado. Reiterou-se que a definição do regime depende da análise dos critérios elencados na ADI 191/RS: (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.⁴¹ Contudo, tais critérios não foram especificados, deixando certa margem de dúvida a respeito dos casos em que, apesar da atribuição por lei do regime de direito privado, seria possível constatar que o regime aplicável é o de direito público.

Foi ainda reafirmada a possibilidade de contratação de pessoal pelo regime celetista nas fundações públicas de direito privado. Ademais, reconheceu-se a possibilidade do emprego de tais entidades na prestação de serviço público de saúde no âmbito do SUS, que portanto não seria considerado uma atividade exclusiva de Estado.

No informativo de jurisprudência do STF, foi publicada a seguinte síntese do julgado:

É constitucional a legislação estadual que determina que o regime jurídico celetista incide sobre as relações de trabalho estabelecidas no âmbito de fundações públicas, com personalidade jurídica de direito privado, destinadas à prestação de serviços de saúde".⁴²

Essa decisão foi comemorada por aqueles que defendem as fundações públicas de direito privado, contudo, cabe ressaltar que o STF não enfrentou a questão da exigibilidade de lei complementar prévia. No caso em questão, já havia uma lei complementar estadual disciplinando a área de atuação das fundações, de

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 191/RS**, Relatora Cármen Lúcia, 2007.

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**, Brasília, n. 997, 26 a 30 de outubro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo997.htm>. Acesso em: 23 out. 2021.

modo que não é possível ainda afirmar que a controvérsia sobre a constitucionalidade dessas fundações está resolvida.

3.3 CASO IMESF

O terceiro caso aborda a ação movida contra a fundação Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF), criada pelo Município de Porto Alegre em 2011, com regime jurídico de direito privado. O IMESF foi instituído com o objetivo de contratar pessoal, através do regime celetista, para prestação de serviços na área da saúde da família, dentro do SUS. Assim como no caso da ADI 4197/SE, a criação dessa fundação foi autorizada por lei ordinária, sem a edição de uma lei complementar prévia.

Conforme relata Woltmann, anteriormente os serviços relacionados à estratégia de saúde da família em Porto Alegre eram contratados através de entidades terceirizadas, como a Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (FAURGS), a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público Instituto Sollus e a fundação privada Instituto de Cardiologia. Após problemas no contrato com o Instituto Sollus, em razão de desvio de verbas públicas, a Prefeitura de Porto Alegre firmou um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com os Ministérios Públicos Estadual, Federal e do Trabalho, comprometendo-se a não mais contratar profissionais sem concurso ou processo seletivo público para prestação de serviços na atenção básica em saúde. O TAC também previa a apresentação de um projeto para regularização das contratações, que culminou na criação do IMESF.⁴³

O processo de implantação do novo modelo, contudo, foi conturbado. Woltmann aponta que diversos sindicatos e entidades de movimentos sociais, organizados por meio do Fórum de Entidades em Defesa do SUS, opuseram-se à criação da fundação, por reduzir o controle social e aproximar-se do modelo adotado pela iniciativa privada, o que reduziria a qualidade dos serviços.⁴⁴

⁴³ WOLTMANN, Eduardo. **Fundações públicas de direito privado como ferramentas de gestão de serviços municipais de saúde: o caso do Município de Porto Alegre.** 2012. 112 p. TCC (Especialização em Gestão Pública Municipal), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/71792>. Acesso em: 14 out. 2021. p. 45-53

⁴⁴ WOLTMANN, Eduardo. **Fundações públicas de direito privado como ferramentas de gestão de serviços municipais de saúde: o caso do Município de Porto Alegre.** 2012. 112 p. TCC (Especialização em Gestão Pública Municipal), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/71792>. Acesso em: 14 out. 2021. p. 77-78

O Conselho Municipal de Saúde não aprovou o projeto por razões semelhantes, além do fato de não ter sido consultado previamente, como exigiria a legislação do SUS. O Conselho Nacional de Saúde também se posicionou contrariamente à criação do IMESF. Foram realizadas diversas tentativas de barrar a aprovação do projeto de lei, porém sem sucesso.⁴⁵

Poucos meses após a aprovação da lei que autorizou a criação do IMESF, essas entidades se organizaram e ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual 70046726287 perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS).

A ação foi julgada procedente em 17/06/2013. Após longa tramitação, em 04/12/2020, transitou em julgado a decisão do TJ-RS que julgou inconstitucional a lei que autorizou a criação do IMESF.⁴⁶ O processo de extinção da fundação iniciou-se após a rejeição do agravo interno do Município de Porto Alegre, em 12/09/2019. O fato foi amplamente divulgado na mídia local, ocasião em que o Prefeito Municipal expôs um novo projeto para a saúde da família no Município, envolvendo a contratação terceirizada por meio de entidades privadas.⁴⁷

Atualmente, parte do pessoal da fundação IMESF foi demitido, e o novo modelo está em processo de implantação.⁴⁸ Além disso, foi proposta pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 693/RS contra a decisão do TJ-RS que julgou a fundação

⁴⁵ WOLTMANN, Eduardo. **Fundações públicas de direito privado como ferramentas de gestão de serviços municipais de saúde: o caso do Município de Porto Alegre.** 2012. 112 p. TCC (Especialização em Gestão Pública Municipal), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/71792>. Acesso em: 14 out. 2021. p. 71

⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70046726287**, Relator Jorge Luís Dall’Agnol, 2013.

⁴⁷ BUBLITZ, Juliana. **Por ordem do STF, prefeitura de Porto Alegre fechará órgão responsável por saúde da família.** GZH, Porto Alegre, 17 set. 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2019/09/por-ordem-do-stf-prefeitura-de-porto-alegre-fechara-orgao-responsavel-por-saude-da-familia-ck0nta4u806x801tgrtdshvxi.html>. Acesso em 14 out. 2021.

ISAÍAS, Cláudio. **Com decisão do STF, Marchezan anuncia extinção do Instituto de Saúde da Família.** Correio do Povo, Porto Alegre, 17 set. 2019. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/com-decis%C3%A3o-do-stf-marchezan-anuncia-extin%C3%A7%C3%A3o-do-instituto-de-sa%C3%BAde-da-fam%C3%ADlia-1.366263>. Acesso em 14 out. 2021.

⁴⁸ BUBLITZ, Juliana. **Funcionário do IMESF começaram a ser demitidos nesta segunda pela prefeitura de Porto Alegre.** GZH, Porto Alegre, 7 dez. 2020. Disponível em: http://dopaonlineupload.procempa.com.br/dopaonlineupload/3938_ce_321674_1.pdf. Acesso em 14 out. 2021.

PORTO ALEGRE. **Decreto n. 20888 de 30 de dezembro de 2020.**

PORTO ALEGRE. **Decreto n. 21005 de 23 de abril de 2021.**

inconstitucional, contra os atos administrativos de extinção do instituto e contra a própria lei que autorizou sua criação, a qual ainda está em tramitação no STF.

Feita uma breve contextualização do caso, passa-se à análise da ação judicial que resultou na declaração de inconstitucionalidade dessa fundação. O IMESF teve sua criação autorizada pela Lei Municipal 11062/2011, a qual foi julgada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 17/06/2013, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual 70046726287.⁴⁹ A ação foi proposta pela Associação Brasileira em Defesa dos Usuários de Sistemas de Saúde (ABRASUS) e por diversos sindicatos em 16/12/2011.

Na inicial, os autores alegaram que a referida lei violaria os seguintes dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul: art. 8º, uma vez que afrontaria o art. 37, XIX, CF, norma de reprodução obrigatória pelas constituições estaduais; art. 21, parágrafo 2º, que equipara as fundações instituídas pelo Estado às autarquias; art. 30, que prevê adoção do regime jurídico único aos servidores civis do Estado, autarquias e fundações públicas; art 19, por afrontar a moralidade administrativa, uma vez que estaria desrespeitando o TAC; e art. 241, pois violaria o princípio da complementaridade da participação privada no SUS.⁵⁰ Afirmaram, ainda, que a natureza jurídica do IMESF seria de direito público, equiparando-se às autarquias, uma vez que presta serviço tipicamente público e tem seu patrimônio e autonomia administrativa vinculados ao Município de Porto Alegre.

A decisão de inconstitucionalidade, contudo, foi fundamentada exclusivamente na existência de vício formal, considerando que teria sido desrespeitada a exigência de lei complementar prévia delimitando o âmbito de atuação das fundações públicas de direito privado, prevista no art. 37, XIX, da CF (considerado norma de reprodução obrigatória nas Constituições Estaduais). A ementa do acórdão trouxe a seguinte fundamentação:

⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70046726287**, Relator Jorge Luís Dall’Agnol, 2013.

⁵⁰ Artigos da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul: Art. 8.º O Município, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, rege-se-á por lei orgânica e pela legislação que adotar, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição. [...] Art. 19. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõem, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação, da transparência e o seguinte: [...] Art. 241. A saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N.º 11.062, DE 6 DE ABRIL DE 2011, DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, QUE AUTORIZA O EXECUTIVO MUNICIPAL A INSTITUIR FUNDAÇÃO - INSTITUTO MUNICIPAL DE ESTRATÉGIA DE SAÚDE DA FAMÍLIA -IMESF. LEGITIMIDADE ATIVA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. De ser extinto o processo sem resolução do mérito em relação aos proponentes cujos interesses descritos nos estatutos não apresentam relação de pertinência com o objeto da norma controvertida. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. O Tribunal de Justiça do Estado é competente para julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual. INSTITUIÇÃO DE FUNDAÇÃO. ATUAÇÃO EXCLUSIVA NO ÂMBITO DA ESTRATÉGIA DE SAÚDE DA FAMÍLIA DE PORTO ALEGRE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). *INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. É necessária lei complementar que defina as áreas em que as fundações instituídas pelo Poder Público podem atuar. A lei complementar deve preceder a lei que autoriza a instituição de fundação. Inteligência do inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998. Preliminar de ilegitimidade ativa, por maioria, parcialmente acolhida. À unanimidade, rejeitaram as demais preliminares. No mérito, por maioria, julgaram procedente a ação.*⁵¹ [Grifo meu]

Em seu voto, o Desembargador Jorge Luís Dall’Agnol (relator) reconheceu a possibilidade de prestação de serviços de saúde por entidade de direito privado de forma complementar, no âmbito do SUS, de modo que não haveria irregularidade nesse aspecto. A seguir, fundamentou a declaração de inconstitucionalidade nos seguintes termos:

Contudo, há vício formal de inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 11.062, de 6 de abril de 2011, do Município de Porto Alegre. Isso porque a Emenda Constitucional n. 19/1998 deu nova redação ao inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal estabelecendo que “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”. É necessário, portanto, a edição de lei complementar que defina as áreas em que as fundações instituídas pelo Poder Público podem atuar. A lei complementar deve preceder a lei que autoriza a instituição de fundação pública ou fundação instituída pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito privado. Inclusive, tramita, no Câmara dos Deputados, Projeto de Lei Complementar n. 92/2007 que regulamenta o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, parte final, para definir as áreas de atuação de fundações instituídas pelo poder público. Enquanto não editada a referida lei complementar, definindo as áreas de atuação das fundações, impera reconhecer a inconstitucionalidade formal de lei que instituiu fundação para o desempenho de atividade de interesse público, como na hipótese dos autos.⁵²

⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70046726287**, Relator Jorge Luís Dall’Agnol, 2013.

⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70046726287**, Relator Jorge Luís Dall’Agnol, 2013.

Do acórdão, foram interpostos Recursos Extraordinários pelo Município de Porto Alegre e pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE-RS), aos quais foi negado seguimento pela relatora Ministra Rosa Weber nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 898455. O recurso da Procuradoria-Geral do Estado, no qual foi alegada ofensa ao art. 37, XIX, CF, foi inadmitido sob o fundamento de tratar sobre direito local, gerando ofensas apenas reflexas à Constituição Federal.⁵³ O recurso do Município de Porto Alegre foi rejeitado pela ausência de legitimidade, em razão de ter sido interposto apenas pelo Procurador do Município, quando o legitimado seria o Prefeito.⁵⁴

Por sua vez, a ABRASUS interpôs agravo contra a decisão do TJ-RS que negou seguimento ao seu Recurso Extraordinário, no qual questionava decisão do TJ-RS que excluiu os sindicatos do processo, por ilegitimidade, apesar de concordar com o mérito da ação. O agravo foi rejeitado.⁵⁵

Foi ainda proposta pelo Município de Porto Alegre a Ação Cautelar (AC) 3711/RS, com o objetivo de conferir efeito suspensivo à decisão, através da qual foi obtida decisão liminar que suspendeu os efeitos da decisão do TJ-RS e permitiu a manutenção da fundação em funcionamento ao longo dos anos.⁵⁶

Da decisão que negou seguimento ao seu Recurso Extraordinário, o Município de Porto Alegre interpôs agravo interno, o qual foi rejeitado pelo mesmo motivo (ilegitimidade ativa da Procuradoria Municipal).⁵⁷ A ABRASUS, por sua vez, interpôs agravo interno contra a decisão que rejeitou seu agravo em Recurso Extraordinário, o qual também foi rejeitado.⁵⁸ A PGE-RS, por sua vez, não recorreu.

Os agravos internos foram julgados pela Primeira Turma do STF, composta pelos ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. No julgamento do agravo interno do Município de

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 898455/RS**. Relatora Rosa Weber, 2019.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Extraordinário n. 898455/RS**. Relatora Rosa Weber, 2019.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 898455/RS**, Relatora Rosa Weber, 2019.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Cautelar n. 3711/RS**, Relatora Rosa Weber, 2014.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 898455/RS**, Relatora Rosa Weber, 2019.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Segundo Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 898455/RS**, Relatora Rosa Weber, 2019.

Porto Alegre, foi vencido o Ministro Marco Aurélio, segundo o qual deveria ser admitido o Recurso Extraordinário, para análise das questões de fundo.

A decisão foi ainda objeto de diversos embargos de declaração, os quais foram rejeitados. O processo transitou em julgado em 04/09/2020. Nos autos da AC 3711/RS, foram julgados procedentes os embargos de declaração da ABRASUS requerendo a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Assim, a relatora Ministra Rosa Weber estipulou o prazo de três meses a partir do trânsito em julgado para que a decisão final começasse a produzir efeitos.⁵⁹

Verifica-se que a questão da constitucionalidade do instituto não foi enfrentada pelo STF, sob o fundamento alegado pela relatora de que se trata de ofensa a direito local, além das questões formais no caso do recurso do Município de Porto Alegre, rejeitado pela Primeira Turma. Para melhor compreender o caso, é necessário analisar o conceito de normas da Constituição Federal de reprodução obrigatória nas Constituições Estaduais, bem como seu tratamento pela jurisprudência do STF. Não é objetivo deste trabalho analisar esse tema em profundidade, porém será necessário abordar alguns conceitos para compreender as decisões proferidas no caso IMESF.

O conceito de “normas da Constituição Federal de reprodução obrigatória nas Constituições Estaduais” foi construído pela jurisprudência do STF e pela doutrina. Segundo o Ministro Roberto Barroso:

Ratifica-se que nada impede, porém, que o Tribunal de Justiça fundamente suas conclusões em norma constitucional federal que seja “de reprodução obrigatória” pelos Estados-Membros. Assim se qualificam as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-Membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais - afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local.⁶⁰

Segundo a Constituição Federal, pertence ao STF a competência para a realização do controle abstrato de constitucionalidade de lei federal ou estadual, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como de Ação Declaratória de

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Cautelar n. 3711/RS**. Relatora Rosa Weber, 2020.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental na Reclamação 17954/PR**, Relator Roberto Barroso, 2016.

Constitucionalidade em relação a lei federal (art. 102, I, “a”, CF).⁶¹ Por sua vez, cabe aos Tribunais de Justiça o controle abstrato de constitucionalidade de leis estaduais e municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, parágrafo 2º, CF).⁶² Com relação à análise das leis municipais em face da Constituição Federal, esta é omissa. Assim, caberia somente o controle incidental de constitucionalidade, a partir da análise de casos concretos, bem como a utilização de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

No julgamento do RE 650898/RS, o STF firmou o Tema 484, reconhecendo a competência dos Tribunais de Justiça para realizar o controle abstrato de constitucionalidade de leis locais em face da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória. A tese foi proferida nos seguintes termos: “Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados”.⁶³

Esse entendimento foi mantido em julgados posteriores, como a ADI 5646/SE, que deu interpretação conforme à constituição ao art. 106, I, “c” da Constituição do Estado de Sergipe, no sentido de que o Tribunal de Justiça possui competência para julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei local, utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que sejam de reprodução obrigatória.⁶⁴

Em tais casos, segundo Pedro Lenza, seria cabível Recurso Extraordinário ao STF. Esse é o entendimento do tribunal desde a Reclamação 383/SP, na qual foi firmado entendimento no sentido da admissibilidade de Recurso Extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar seu sentido e alcance.⁶⁵

⁶¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

⁶² Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 650898/RS**, Relator Marco Aurélio, 2017

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5646/SP**, Relator Luiz Fux, 2019.

⁶⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 440.

No caso IMESF, contudo, o Recurso Extraordinário da PGE-RS não foi admitido pela relatora, sob o fundamento de que a ofensa seria limitada à legislação local, apesar de a mesma norma que fundamentou a decisão do TJ-RS (art. 37, XIX, CF) estar pendente de interpretação pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4197/SE.

Em seu Recurso Extraordinário, a PGE-RS alegou a existência de ofensa ao art. 37, XIX, da Constituição Federal, o qual foi utilizado como fundamento do acórdão que julgou a lei inconstitucional, com base no princípio da simetria. Afirmou que o referido dispositivo não exige a edição de lei complementar prévia para a instituição de fundações públicas de direito privado, uma vez que o DL 200/67 teria sido recepcionado como lei complementar pela Constituição Federal de 1988.

A decisão da relatora, Ministra Rosa Weber, que inadmitiu o recurso, foi proferida nos seguintes termos:

Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais, porquanto, no caso, a suposta ofensa somente poderia ser constatada a partir da análise da legislação infraconstitucional local (Lei Municipal nº 11.062/2011), o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

Dessarte, desatendida a exigência do art. 102, III, “a”, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência deste egrégio Supremo Tribunal Federal. Aplicação da Súmula nº 280/STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”

[...]

Por conseguinte, não merece seguimento o recurso extraordinário, consoante também se denota dos fundamentos da decisão que desafiou o recurso, aos quais me reporto e cuja detida análise conduz à conclusão pela ausência de ofensa a preceito da Constituição da República.⁶⁶

Verifica-se, assim, que uma das razões pelas quais o recurso da PGE-RS foi inadmitido pela relatora foi a necessidade de análise da legislação infraconstitucional local (lei que autorizou a instituição do IMESF). Assim, conforme o raciocínio apresentado, não seria cabível o Recurso Extraordinário quando a norma cuja constitucionalidade está sendo questionada em Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual fosse municipal ou estadual, pois exigiria análise de legislação local.

Também foi citada a Súmula 280 do STF para fundamentar a decisão, afirmando-se que não cabe Recurso Extraordinário por ofensa a direito local. Verifica-se assim que o argumento apresentado é no sentido de que o art. 37, XIX,

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 898455/RS**, Relatora Rosa Weber, 2019.

CF, deve ser considerado apenas “direito local” quando utilizado como paradigma em Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual, por se tratar de norma de reprodução obrigatória. Assim, nesses casos a interpretação da norma não mais seria objeto de competência do STF, limitando-se aos Tribunais de Justiça.

Ressalta-se que a constitucionalidade da lei que autorizou a criação do IMESF não foi apreciada pelo pelo STF, uma vez que a Procuradoria-Geral do Estado não interpôs recurso da decisão da relatora que negou seguimento ao seu Recurso Extraordinário.

O Recurso Extraordinário do Município de Porto Alegre, por sua vez, também discutia esse ponto, contudo não foi admitido em razão da ilegitimidade ativa. Nas razões do recurso, o Município também apresentou argumento no sentido de que o DL 200/67 foi recepcionado pela CF, de modo que já existiria uma norma com força de lei complementar disciplinando a área de atuação das fundações públicas. Alegou ainda que não há necessidade de uma lei complementar prévia para a criação de fundações públicas, uma vez que o inciso XIX do art. 37, CF, seria uma norma de eficácia contida e não de eficácia limitada, de forma que não dependeria da edição da referida lei complementar para produzir efeitos. Questionou, por fim, o fato de que o TJ-RS não especificou se seria exigida lei complementar prévia para a criação de qualquer fundação pública ou somente de fundações públicas de direito privado.

Cabe ainda mencionar a existência de ações semelhantes, também julgadas pelo TJ-RS e utilizadas como fundamento da decisão do caso IMESF, que receberam tratamento diverso. É o caso do RE 1067052/RS, referente à Fundação de Saúde Pública de Novo Hamburgo. Apesar de o Recurso Extraordinário não ter sido admitido por fundamentos semelhantes (falta de legitimidade do Procurador Municipal), o processo foi sobrestado pelo relator, Ministro Roberto Barroso, por reconhecer que a controvérsia é similar à discutida na ADI 4197/SE (de sua relatoria, ainda pendente de julgamento).⁶⁷ Cita-se ainda o caso da Fundação Hospitalar Getúlio Vargas, de Sapucaia/RS, que após a impetração da Reclamação 16646/RS ao STF teve o acórdão que declarou sua inconstitucionalidade anulado pelo Ministro Celso de Mello, por basear-se exclusivamente em ofensa ao art. 37,

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no Recurso Extraordinário n. 1067052/RS**. Relator Roberto Barroso, 2019.

XIX, da Constituição Federal. Nesse último caso, não houve menção à Constituição Estadual na ementa do acórdão do TJ-RS.⁶⁸

Esse tipo de decisão pode produzir interpretações diversas para o mesmo dispositivo em cada Estado da Federação, gerando uma situação de insegurança jurídica, especialmente para as fundações municipais. O risco de insegurança jurídica decorrente desse julgado foi reconhecido pelo Ministro Roberto Barroso, relator da ADPF 693/RS, como fundamento do despacho que admitiu a ação.⁶⁹

Por fim, quanto às questões jurídicas identificadas no caso, verifica-se que a questão central é a exigibilidade de lei complementar prévia para a criação dessa espécie de fundação, assim como na ADI 4197/SE e ADI 4247/RJ.

3.4 QUESTÕES CONSTITUCIONAIS IDENTIFICADAS

A partir dos casos analisados, foi possível identificar três controvérsias constitucionais principais, presentes em todos os processos: (a) natureza jurídica das fundações públicas; (b) exigibilidade de lei complementar prévia para a instituição de fundações públicas de direito privado; (c) aplicação do regime jurídico único de pessoal a essa espécie de fundações. Assim, essas foram as questões escolhidas para análise no próximo capítulo deste trabalho.

Na doutrina, por sua vez, destaca-se que a principal controvérsia identificada foi a respeito da natureza jurídica das fundações públicas e a possibilidade de aplicação do regime jurídico de direito privado a essas entidades. Também foi verificada grande divergência a respeito do conceito de regime jurídico único e de sua aplicação. A questão da exigibilidade de lei complementar, por sua vez, não foi muito explorada, tendo sido encontrados poucos trabalhos sobre o assunto.

Por fim, registra-se que outras questões que foram identificadas não serão aprofundadas, por não serem pontos centrais das discussões jurisprudenciais atuais e pelas limitações deste trabalho. A primeira é a controvérsia a respeito da área de atuação das fundações públicas de direito privado, com alguns autores questionando a possibilidade da atuação de entidades com regime jurídico de direito privado no SUS. O segundo ponto é a discussão trazida por alguns autores a

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 16646/RS**, Relator Celso de Mello, 2014.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 693/RS**, Relator Roberto Barroso, 2021.

respeito dos mecanismos de controle aplicáveis a esse modelo de fundação. Esses temas poderão ser explorados em futuras pesquisas.

4 DISCUSSÃO

Neste capítulo, serão analisadas as questões identificadas anteriormente, com auxílio da doutrina e da jurisprudência do STF. Primeiramente, será investigada a questão da natureza jurídica das fundações públicas, que é o ponto mais polêmico na doutrina e também está presente nas ações analisadas. A segunda questão estudada será a exigibilidade de lei complementar prévia para a criação das fundações públicas de direito privado, que é o ponto mais controverso nos processos analisados. Por fim, será abordada a questão da aplicabilidade do regime jurídico único a essa modalidade de fundação, bem como seu conteúdo, que também é objeto de grande discussão doutrinária.

Busca-se aprofundar a compreensão de cada um desses problemas, comparando os argumentos de diferentes posições doutrinárias. Ao final, pretende-se identificar os argumentos predominantes atualmente.

4.1 NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS

A questão da natureza jurídica das fundações públicas é um dos temas mais controversos do direito administrativo. Assim, este trabalho não tem o objetivo de esgotar essa discussão. Pretende-se realizar uma comparação entre os principais argumentos doutrinários e identificar a posição atual da jurisprudência do STF a respeito.

Para compreender melhor o problema, é preciso retomar a história das fundações criadas e mantidas pelo Estado no direito brasileiro. Quando essas instituições começaram a surgir, ainda não havia normas a seu respeito. Assim, inicialmente, a natureza jurídica das fundações públicas era um tema tratado somente pela doutrina, surgindo muitas divergências. Quando o tema finalmente foi disciplinado na legislação, com o Decreto-Lei 200/67, as discussões se intensificaram, uma vez que o tratamento foi superficial, trazendo mais dúvidas do que respostas. O problema se aprofundou com as sucessivas alterações nesse dispositivo (em 1969 e 1987), ora retirando, ora incluindo essas entidades na administração indireta, produzindo novos questionamentos em relação ao regime jurídico aplicável.

É desse período a controvérsia entre a corrente monista e a corrente dualista na doutrina administrativista brasileira. A primeira, representada por Hely Lopes Meirelles, afirmava que as fundações possuiriam sempre natureza jurídica de direito privado, fossem instituídas pelo Estado ou por particulares.⁷⁰ A segunda, por sua vez, representada por Celso Antonio Bandeira de Mello e José Cretella Júnior, defendia ser possível a criação, pelo Estado, de fundações de direito público, as quais seriam uma espécie de autarquia (a outra espécie seriam as autarquias corporativas).⁷¹

Verifica-se que, na época, não havia dúvida sobre a possibilidade de o Estado instituir fundação pública com personalidade jurídica de direito privado. A dúvida recaía apenas sobre a possibilidade de atribuição de regime de direito público a essas entidades. O Tribunal Federal de Recursos, predecessor do atual Superior Tribunal de Justiça, defendia a posição monista, enquanto o Supremo Tribunal Federal passou a se posicionar a favor da corrente dualista, classificando as fundações de direito público como uma espécie de autarquia. Ressalta-se que, na época, as fundações públicas ainda eram um tema tratado somente no âmbito infraconstitucional.

No julgamento do RE 101126/RJ, de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 24/10/1984, analisando a possibilidade de acumulação de cargos públicos pelos funcionários das fundações públicas, o STF proferiu o seguinte entendimento, que demonstra a adoção da posição dualista:

- 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 espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o parágrafo. 2. do art. 99 da constituição federal.⁷²

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 348

⁷¹ CRETILLA JÚNIOR, José. Regime Jurídico das Fundações Públicas no Brasil. In: **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 90, p. 459–469, 1967. DOI: 10.12660/rda.v90.1967.31034. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31034>. Acesso em: 18 out. 2021. p. 466.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 152.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 101126/RJ**, Relator Moreira Alves, 1984.

Essa controvérsia foi praticamente extinta com o advento da Constituição Federal de 1988, que passou a prever as fundações públicas como integrantes da administração indireta, determinando a aplicação de diversas regras de direito público a essas entidades. A utilização do termo “fundação pública” gerou controvérsia, com alguns autores defendendo que a palavra “pública” fazia referência ao regime jurídico de direito público, enquanto outros alegavam que abrangeria todas as fundações instituídas pelo Estado.⁷³

Apesar dos problemas, a Constituição Federal de 1988 conseguiu pacificar as dúvidas quanto à possibilidade de atribuição do regime de direito público às fundações criadas e mantidas pelo Estado. Até mesmo Hely Lopes Meirelles, principal representante da corrente monista, passou a reconhecer a natureza pública dessas fundações, afirmando que passaram a submeter-se ao regime de direito público: “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 entidades paraestatais”⁷⁴.

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiram novos questionamentos, passando então a doutrina a discutir se estaria mantida a possibilidade de criação de fundação com regime jurídico de direito privado pelo Estado. Também se passou a discutir se as fundações públicas instituídas anteriormente sob regime de direito privado teriam mantido essa qualidade ou se convertido ao regime de direito público (fenômeno de publicização das fundações).

Em 1998, a Emenda Constitucional 19/98, também chamada de Reforma Administrativa Gerencial, trouxe nova redação a diversos dispositivos da Constituição Federal que tratam da administração pública. Contudo, as alterações mantiveram a imprecisão no tratamento do tema.

Conforme aponta Paulo Modesto, após a EC 19/98 a Constituição continuou mencionando as fundações ora ao lado das entidades de direito público, ora ao lado das entidades de direito privado. Assim, manteve-se a incerteza sobre seu regime jurídico.⁷⁵

⁷³ Carlos Ari Sundfeld analisa essa polêmica. SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico das fundações governamentais. *In*: MONTEIRO, Vera, SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo: introdução ao direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book* (não paginado).

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 311

⁷⁵ MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 14,

Um dos dispositivos alterados pela EC 19/98 foi justamente o art. 37, XIX, da CF. A nova redação excluiu o adjetivo “pública”, mencionando somente o termo “fundação”, e indicou que sua criação seria autorizada por lei, da mesma forma que as empresas públicas. As autarquias, por outro lado, seriam criadas diretamente pela lei, sem necessidade de registro dos seus atos constitutivos. Leia-se a redação do dispositivo abaixo, para uma comparação entre sua redação antes e depois da emenda:

XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública; [redação original]

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 EC 19/98]⁷⁶

A partir dessa nova redação, na qual as fundações estão previstas ao lado das entidades de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), parcela da doutrina passou a afirmar que a Constituição Federal estaria prevendo expressamente a possibilidade de criação de fundações públicas com regime jurídico de direito privado. Essa posição dualista é defendida por Maria Sylvia Zanella di Pietro, Odete Medauar, Carlos Ari Sunfeld, José Eduardo Sabo Paes, Paulo Modesto, Federico Matos, Fabrício Motta e Lenir Santos.⁷⁷ José Eduardo

jun./jul./ago. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=274>.

Acesso em: 19 out. 2021. p. 3-4.

⁷⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

⁷⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989736/>. Acesso em: 19 out. 2021. p. 536.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 84
SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico das fundações governamentais. *In*: MONTEIRO, Vera, SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo: introdução ao direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book* (não paginado).

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 179.

MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 14, jun./jul./ago. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=274>.

Acesso em: 19 out. 2021. p. 8.

MATOS, Federico Nunes. Fundações públicas de direito privado: breve ensaio sobre o exercício da função administrativa sob regime de direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 207–242, set./dez. 2015. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58742>. Acesso em: 23 out. 2021.

MOTTA, Fabrício. Fundações. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: administração pública e servidores públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 189-216. p. 197.

Sabo Paes inclui o autor José Cretella Júnior dentro dessa corrente.⁷⁸ Contudo, Fabrício Motta deixa de classificá-lo dessa forma, uma vez que o referido autor não trata expressamente sobre essas entidades, tendo defendido somente a possibilidade de criação de fundações públicas de direito público.⁷⁹

Para a corrente dualista, as fundações públicas com natureza jurídica de direito privado permanecem vinculadas ao Estado e se submetem a um regime administrativo mínimo, que é um conjunto de regras de direito público que incide sobre todas as entidades integrantes da administração indireta. Ao se referir às pessoas jurídicas criadas pelo Estado com regime de direito privado, Maria Sylvia Zanella di Pietro destaca que

No entanto, tais pessoas nunca se sujeitam inteiramente ao direito privado. O seu regime jurídico é híbrido, porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público, tendo em vista especialmente a necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal, que as criou para atingir determinado fim de interesse público.⁸⁰

No mesmo sentido, Carlos Ari Sunfeld afirma que estariam mantidos os controles essenciais, através de um regime administrativo mínimo, mesmo com a atribuição de personalidade jurídica de direito privado:

A verdade é que, no direito brasileiro contemporâneo, os controles realmente essenciais estão ligados, não à personalidade de direito público, mas à personalidade Governamental. É esta, não aquela, que determina a incidência do regime administrativo mínimo, incluindo os deveres de licitar e fazer concurso público, por exemplo⁸¹

Contudo, a interpretação dualista não é unânime. Celso Antônio Bandeira de Mello é o principal jurista a defender que a nova redação do inciso não permite

SANTOS, Lenir. Da reforma do Estado à reforma da gestão hospitalar federal: algumas considerações. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v.29, n.17, p.371-381, set./dez. 2005. Disponível em:

https://docvirt.com/asp/acervo_cebes.asp?Bib=SAUDEDEBATE&PASTA=V.29%2C+N.71+-+set&pesq=&x=85&y=11. Acesso em: 20 out. 2021. p. 377.

⁷⁸ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 179
⁷⁹ op. cit., p. 194

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989736/>. Acesso em: 19 out. 2021. p. 528.

⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico das fundações governamentais. In: MONTEIRO, Vera, SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo: introdução ao direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book* (não paginado).

concluir que a Constituição permitiu a criação, pelo Estado, de fundação com natureza jurídica de direito privado. O autor defende que, pelo contrário, a Constituição atribuiu natureza de direito público a todas as fundações públicas, as quais seriam uma espécie de autarquia:

Hoje, a questão não pode mais suscitar dúvidas, porquanto a Constituição, ao se referir especificamente aos servidores das “fundações públicas”, deixou claro que as considerava como pessoas de direito público, pois determinou que seus servidores, tanto como os da Administração direta e autárquica (art. 37, XI), ficariam submetidos ao mesmo teto remuneratório (isto é, aos subsídios dos ministros do STF). Ou seja, ao contrário do que fez para pessoas de Direito Privado da Administração indireta (sociedades de economia mista e empresas públicas), não levou em conta, para inclusão nesse limite, o fato de receber ou não de União, Estados, Distrito Federal e Municípios recursos para custeio em geral ou para despesas de pessoal.⁸²

O autor acrescenta ainda que a Constituição Federal equiparou o regime das fundações ao da administração direta e das autarquias no art. 22, XXVII (sobre a obrigatoriedade de licitação) e no art. 38 (que trata das restrições aos servidores que exercerem mandato eletivo).⁸³ Também cita o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal, que estende a estabilidade aos servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas, o que não fez em relação às entidades de direito privado.⁸⁴ Assim, conclui que às fundações públicas seria aplicável o regime jurídico de direito público:

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 159-160.

⁸³ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior; [...]

⁸⁴ Art. 19 do ADCT da CF: Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

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 ela 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 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.⁸⁵

Assim, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, juntamente com a EC 19/98, resolveu um problema, mas gerou outro. Dessa forma, coube ao Supremo Tribunal Federal decidir qual a interpretação mais adequada dos dispositivos constitucionais que tratam das fundações. O STF vem adotando a posição dualista, afirmando que ainda é possível a criação e existência de fundações públicas de direito privado, ao lado das fundações públicas de direito público, conforme se verifica no julgamento da ADI 191/RS, de 29/11/2007, com relatoria da Ministra Cármen Lúcia.⁸⁶

No caso citado, o STF analisou a constitucionalidade do art. 28 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, que prevê a equiparação entre os funcionários de todas as fundações instituídas e mantidas pelo Estado e os servidores das “fundações públicas”, nos seguintes termos: “Art. 28. Aos servidores das fundações instituídas e mantidas pelo Estado são assegurados os mesmos direitos daqueles das fundações públicas, observado o respectivo regime jurídico.”⁸⁷

Conforme a interpretação do STF, esse artigo prevê a equiparação dos funcionários das fundações criadas ou mantidas pelo Estado com regime de direito privado aos servidores das fundações submetidas ao regime de direito público (denominadas, no dispositivo atacado, de “fundações públicas”). Para o STF, esse dispositivo seria inconstitucional, uma vez que o art. 37, XIII, da CF, veda a equiparação de qualquer espécie remuneratória no serviço público (registra-se que, apesar de a redação desse dispositivo ter sido alterada desde a promulgação da

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 161

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 191/RS**, Relatora Cármen Lúcia, 2007.

⁸⁷ RIO GRANDE DO SUL. [Constituição (1989)] **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**.

Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, o STF entendeu que não teria havido alteração de sentido).⁸⁸ O julgado recebeu a seguinte ementa:

EMENTA: 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 é contrária à Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.⁸⁹

No voto vencedor, a ministra Cármen Lúcia afirmou que, após a EC 19/98, que trouxe nova redação do inciso XIX do art. 37, a Constituição Federal voltou a prever a possibilidade de existência de fundações públicas de direito público e de direito privado.⁹⁰ Além disso, afirma a ministra, as fundações às quais o Estado atribuiu regime de direito privado, já existentes anteriormente à CF/88, não teriam perdido essa característica:

Entretanto, permaneceram, nos diferentes quadros da Administração Pública, não poucas fundações de direito privado, e a elas não se aplicava o regime de direito público, nem a seus servidores regime jurídico-administrativo.

Criadas como tais - mesmo quando instituídas pelo ente público - não tiveram a sua transformação em pessoas de direito público quando do advento da Constituição de 1988.

6. Aquela orientação constitucional alterou-se pela Emenda Constitucional n. 19/98, pela qual se retornou ao entendimento antes adotado, possibilitando-se a existência de fundações de direito privado no âmbito da Administração Pública. [...]⁹¹

⁸⁸ Art. 37. (...) XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 191/RS**, Relatora Cármen Lúcia, 2007.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 191/RS**, Relatora Cármen Lúcia, 2007.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 191/RS**, Relatora Cármen Lúcia, 2007.

Esse posicionamento, contudo, não foi unânime. No voto vencido, o Ministro Carlos Brito afirmou que a nova redação do art. 37, XIX, da CF, não permite concluir que o Estado pode instituir fundação com regime jurídico de direito privado. Pelo contrário, afirma que “a Constituição Federal conferiu o tratamento jurídico rigorosamente igualitário às fundações e às autarquias”.⁹² Registra ainda sua discordância em relação à tese de que as fundações públicas com regime jurídico de direito público são uma espécie de autarquias, pois a seu ver essas entidades se diferenciam por sua função: as autarquias se destinariam a atividades exclusivamente públicas, enquanto as fundações seriam utilizadas para atividades que constituem dever do Estado, mas podem ser prestadas também por particulares (saúde, educação, etc.).⁹³ Ressalte-se que a questão da equiparação entre fundações públicas de direito público e autarquias não foi definida pelo STF nesse caso, havendo grande divergência entre os Ministros.

Observa-se que, durante a discussão, os Ministros utilizam os termos “fundação pública” e “fundação privada” para se referir às diferentes espécies de fundação que integram a administração pública. O termo “fundação pública” é usado para se referir às fundações públicas de direito público. Por sua vez, o termo “fundação privada” faz referência a toda e qualquer fundação instituída ou mantida pelo Estado, com regime de direito privado, incluindo as fundações públicas de direito privado.

Contudo, apesar da diferença terminológica, fica clara a distinção realizada entre as fundações públicas com regime jurídico de direito privado e aquelas submetidas ao regime de direito público. Assim, segundo a decisão do STF na ADI 191/RS, para identificar se uma fundação pública é de direito público ou privado seria necessário analisar os seguintes critérios: (a) forma como foram criadas, (b) opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, (c) titularidade de poderes e (d) natureza dos serviços por elas prestados.⁹⁴ Verifica-se, assim, que a diferenciação entre essas duas espécies de fundação continua relacionada ao tipo de função exercida, sem, contudo, haver uma definição clara de quais atividades cabem às

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 191/RS**, Relatora Cármen Lúcia, 2007.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 191/RS**, Relatora Cármen Lúcia, 2007.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 191/RS**, Relatora Cármen Lúcia, 2007.

fundações públicas de direito público e quais podem ser exercidas pelas fundações públicas de direito privado.

Outra ocasião em que o STF enfrentou a questão da natureza jurídica das fundações públicas, após a Constituição Federal de 1988, foi no julgamento do RE 716378/RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidido em 07/08/2019, com repercussão geral. Esse caso trata sobre a extensão da estabilidade especial do art 19 do ADCT (relativa aos servidores que não prestaram concurso público) aos empregados de fundação pública com regime jurídico de direito privado, a partir de uma ação movida por funcionários da Fundação Padre Anchieta.⁹⁵ No julgamento, o STF entendeu que a referida estabilidade se limitaria aos servidores de fundação pública de direito público, fixando a seguinte tese:

I - A qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende (i) do estatuto de sua criação ou autorização e (ii) das atividades por ela prestadas. As atividades de conteúdo econômico e as passíveis de delegação, quando definidas como objetos de dada fundação, ainda que essa seja instituída ou mantida pelo Poder público, podem-se submeter ao regime jurídico de direito privado. II - A estabilidade especial do art. 19 do ADCT não se estende aos empregados das fundações públicas de direito privado, aplicando-se tão somente aos servidores das pessoas jurídicas de direito público.⁹⁶

Verifica-se, assim, que o STF reconheceu mais uma vez a possibilidade de existência de ambas as espécies de fundações públicas no ordenamento jurídico brasileiro. Novamente, foi estabelecido como critério de distinção entre essas duas modalidades de fundação a atividade exercida. Segundo o STF, as fundações públicas de direito privado poderiam exercer atividades de conteúdo econômico e as passíveis de delegação. Por outro lado, atividades cuja execução a Constituição exige que seja realizada pelo Estado (como os serviços públicos de saúde e educação) e aquelas que envolvam o exercício do poder de polícia deveriam ser prestadas somente por entidade de direito público. Contudo, o rol de atividades não foi definido com clareza, gerando dúvidas com relação a sua interpretação, conforme se verifica na ementa do julgado:

⁹⁵ Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 716378/RJ**, Relator Dias Toffoli, 2019.

3. Segundo a jurisprudência da Corte, a qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende de dois fatores: i) do estatuto de sua criação ou autorização e ii) das atividades por ela prestadas. Não há na Constituição Federal o elenco das atividades que definiriam qual o regime jurídico a ser aplicado a uma determinada fundação pública. Entretanto, existem alguns pressupostos lógico-jurídicos que devem ser utilizados como critérios discriminadores.

4. Não pode a Administração Pública pretender que incida um regime jurídico de direito privado sobre uma entidade da administração indireta que exerça atividade constitucionalmente estatal – ainda que formalmente o tenha feito –, mais especificamente, um serviço público (lato sensu) que parte da doutrina denomina de serviço público próprio, seja porque essa atividade está definida na Constituição Federal como uma obrigação a ser executada diretamente (como são as atividades públicas de saúde, higiene e educação, v.g.), seja porque ela deve ser exercida com supremacia de poder, como é o caso do exercício do poder de polícia e da gestão da coisa pública. Essas atividades são essenciais, não podem ser terceirizadas, não podem ser delegadas a particulares e, portanto, devem se submeter a regras eminentemente publicísticas, o que afasta a possibilidade da incidência de um regime jurídico de direito privado sobre elas.

5. Por outro lado, as atividades de cunho econômico (respeitados os arts. 37, inciso XIX, e 173 da CF, esse com a redação dada pela EC nº 19/1998) e aquelas passíveis de delegação, porque também podem ser executadas por particulares, ainda que em parceria com o Estado, a toda evidência, se forem definidas como objetos de fundações, ainda que sejam essas instituídas ou mantidas pelo Poder Público, podem se submeter ao regime jurídico de direito privado caso as respectivas fundações também tenham sido instituídas como entes privados.⁹⁷

Apesar de não especificar claramente qual a área de atuação permitida a cada uma dessas entidades, nesse julgamento o STF delimitou de forma mais precisa as características das fundações públicas de direito privado e suas distinções em relação às fundações públicas de direito público. As fundações públicas de direito público foram novamente equiparadas às autarquias e denominadas de “fundações autárquicas”. Por sua vez, quanto às fundações públicas com natureza jurídica de direito privado, foi reconhecida a incidência do regime administrativo mínimo, conforme se verifica do trecho da ementa a seguir:

6. O art. 19 do ADCT da Constituição de 1988 tem abrangência limitada aos servidores civis da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, entre os quais não se encontram os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista (ADI nº 112, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 24/8/1994, Plenário, DJ de 9/2/1996; ADI nº 1.808-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 1º/2/1999, Plenário, DJ de 1º/6/2001; e RE nº 208.046, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 3/2/1998, Primeira Turma, DJ de 24/4/1998). Em face do quadro delineado acima, o termo “fundações públicas” deve ser compreendido, segundo a jurisprudência da Corte, como fundações autárquicas sujeitas ao regime jurídico de direito público.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 716378/RJ**, Relator Dias Toffoli, 2019.

7. A Fundação Padre Anchieta é enquadrada em outra categoria jurídica, submetida aos ditames do regime privado, com as derrogações do direito administrativo, de forma assemelhada à sujeição imposta às empresas estatais, em especial porque sua finalidade institucional é a promoção de atividades educativas e culturais por intermédio de rádio, televisão ou outras mídias. Portanto, como não incide o art. 19 do ADCT da Constituição de 1988 sobre os empregados das fundações públicas de direito privado, há que se reconhecer a legalidade da demissão sem justa causa.⁹⁸

Em 2020, o STF enfrentou mais uma vez a questão da natureza jurídica das fundações públicas, no julgamento da ADI 4247/RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.⁹⁹ Essa decisão já foi apresentada anteriormente, no capítulo de estudo de caso. No julgamento, o STF rejeitou a Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e afirmou a constitucionalidade das leis estaduais que autorizaram a criação de fundações públicas de direito privado para prestação de serviço de saúde no âmbito do SUS, bem como da lei complementar estadual que definiu suas áreas de atuação.

Conforme já apresentado, apesar da ementa equivocada, que reproduziu o voto do relator Marco Aurélio, os demais Ministros (com exceção dos Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso) discordaram de sua fundamentação. Os votos dos Ministros que divergiram do relator reiteraram a tese fixada na ADI 191/RS, segundo a qual as fundações públicas podem ter natureza jurídica de direito público ou privado, a depender das atividades realizadas. Esse foi o entendimento do Ministro Dias Toffoli:

Por outro lado, é cediço na realidade administrativa brasileira que as fundações, em que pese terem sido autorizadas pelo estado por meio da edição de atos normativos, podem ser dotadas de personalidade jurídica de direito público, caso em que elas são consideradas pela doutrina como uma espécie de autarquia, ou de direito privado. Quanto à possibilidade de o poder público instituir fundações que se submetem a 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. Cármen Lúcia, cuja ementa transcrevo: [...] ¹⁰⁰

No mesmo sentido, o voto do Ministro Gilmar Mendes: “Acompanho o Relator quanto à improcedência do pedido, com as ressalvas trazidas pelo Ministro Dias

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 716378/RJ**, Relator Dias Toffoli, 2019.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

Toffoli, no tocante ao fundamento relativo à diferenciação entre fundações públicas de direito público e fundações públicas de direito privado.”¹⁰¹ Da mesma forma, o voto da ministra Cármen Lúcia, proferido nos seguintes termos:

Acompanho, com ressalvas, o voto do Ministro Relator, acatando os fundamentos também expostos no voto do Ministro Dias Toffoli.

Ao contrário do que sustentado pelo Ministro Relator, entendo que nem toda fundação instituída pelo Poder Público submete-se a regime jurídico de direito privado.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 191, de minha relatoria (DJe 7.3.2008), o Plenário deste Supremo Tribunal assentou entendimento de que “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”.

Essa foi também a orientação firmada pelo Plenário deste Supremo Tribunal ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 716.378, Relator o Ministro Dias Toffoli (DJe 30.6.2020), em que fixada a seguinte tese:

“I - A qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende (i) do estatuto de sua criação ou autorização e (ii) das atividades por ela prestadas. As atividades de conteúdo econômico e as passíveis de delegação, quando definidas como objetos de dada fundação, ainda que essa seja instituída ou mantida pelo Poder público, podem-se submeter ao regime jurídico de direito privado. (...)”.¹⁰²

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, seguiu o mesmo entendimento e apontou ainda que seria vedado às fundações públicas de direito privado a atuação em “atividades estatais típicas”, sem, contudo, especificar quais seriam essas atividades:

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.¹⁰³ [grifo meu]

Percebe-se que no julgamento da ADI 4247/RJ, novamente, não foram especificadas quais seriam as atividades permitidas. Contudo, o STF passou a

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

prever expressamente a possibilidade de atuação das fundações públicas de direito privado na prestação de serviço público de saúde no SUS, hipótese que não era aceita anteriormente. Além disso, julgou constitucional a criação de fundação pública com natureza jurídica de direito privado após a Constituição Federal de 1988 e após a EC 19/98.

Assim, conclui-se que, embora controversa na doutrina, já está pacificada na jurisprudência a questão da possibilidade de o Estado instituir fundação pública com natureza jurídica de direito privado após a Constituição Federal de 1988, tendo em vista as decisões do STF na ADI 4247/RJ, RE 716378/RJ e ADI 191/RS. Além disso, a doutrina majoritária também aceita a existência de ambas as espécies de fundações públicas. Contudo, a discussão sobre o significado do art. 37, XIX, da CF, está longe do fim, uma vez que ainda restam controvérsias sobre a exigibilidade ou não de lei complementar prévia para a criação das fundações públicas de direito privado, questão que será analisada a seguir.

4.2 EXIGIBILIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PRÉVIA

O ponto mais controverso nos casos concretos analisados, embora pouco explorado pela doutrina, é a exigibilidade ou não de lei complementar prévia disciplinando a área de atuação das fundações públicas de direito privado. Essa exigência foi o fundamento da declaração de inconstitucionalidade da lei que autorizou a criação do IMESF, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A mesma questão está presente também nos outros dois casos analisados.

A origem da controvérsia está na redação atual do art. 37, XIX, da CF, que origina interpretações conflitantes nesse ponto:

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; [grifo meu]¹⁰⁴

A primeira parte da divergência diz respeito à abrangência da necessidade de lei complementar. Para alguns autores, essa exigência se aplicaria apenas às

¹⁰⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

fundações públicas de direito privado; para outra corrente, a expressão “neste último caso” se referiria também às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os defensores da primeira corrente afirmam que nesse dispositivo as fundações públicas de direito público já estariam incluídas no vocábulo “autarquia”, uma vez que seriam uma espécie destas, portanto o termo “fundação” faria referência exclusivamente às fundações públicas de direito privado. Assim, a exigência de lei complementar prévia se aplicaria somente a essa última espécie de fundação.¹⁰⁵

A segunda corrente, defendida por Maria Coeli Simões Pires, afirma que a referida lei complementar deve definir a área de atuação das fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.¹⁰⁶ Em contraponto, Paulo Modesto afirma que já existe previsão de lei ordinária disciplinando a área de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 173, parágrafo 1º, CF, que prevê a criação do estatuto da empresa pública).¹⁰⁷ Assim, o autor conclui que, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, a exigência do art. 37, XIX, da CF, não se aplicaria a essas entidades.¹⁰⁸

O STF, por sua vez, já se manifestou no sentido de que não é necessária uma lei complementar que defina as áreas de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista, concluindo que o inciso XIX do art. 37, CF, se refere

¹⁰⁵ MATOS, Federico Nunes de. Fundações públicas de direito privado: breve ensaio sobre o exercício da função administrativa sob regime de direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 207–242, set./dez. 2015. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58742>. Acesso em: 23 out. 2021. p. 231.

MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 14, jun./jul./ago. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=274>.

Acesso em: 19 out. 2021. p. 5-6.

MOTTA, Fabrício. Fundações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: administração pública e servidores públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 189-216. p. 200.

SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico das fundações governamentais. In: MONTEIRO, Vera, SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo: introdução ao direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008. E-book (não paginado).

¹⁰⁶ *apud* MOTTA, Fabrício. Fundações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: administração pública e servidores públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 189-216. p. 200-201.

¹⁰⁷ Art. 173. [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

¹⁰⁸ MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 14, jun./jul./ago. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=274>.

Acesso em: 19 out. 2021. p. 6.

somente às fundações, conforme decisão proferida nos autos da ADI 4895/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgada em 07/12/2020. A ação trata sobre a constitucionalidade da lei que autorizou a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH).¹⁰⁹

A segunda parte da controvérsia analisada diz respeito à necessidade da edição de uma lei complementar prévia para a instituição de fundações públicas de direito privado. Alguns autores defendem que a Constituição Federal de 1988 teria recepcionado o DL 200/67 como lei complementar, da mesma forma que ocorreu com o Código Tributário Nacional. Assim, segundo essa corrente, o DL 200/67, que permanece vigente, já delimita a área de atuação desse tipo de fundação, de modo que seria desnecessária a edição de uma nova lei complementar. Existiria, portanto, a possibilidade de criação de novas fundações públicas de direito privado após a Constituição Federal de 1988, alterada pela EC 19/98, desde que respeitando as áreas de atuação previstas pelo DL 200/67 (ou seja, apenas para atividades que não exijam prestação por entidade de direito público).

Esse é o entendimento de José Eduardo Sabo Paes:

A ausência de lei complementar definindo as áreas de atuação das fundações públicas de natureza jurídica de direito privado não impede o funcionamento ou a criação de fundações, vez que continua vigente o art. 5º, IV, Decreto-Lei n.º 200/1967, que define as Fundações Públicas de direito privado, porque não destaca ou conflita ele com a Constituição, vez que tal norma (ordinária) já disciplinava o tema com o advento da norma constitucional do inciso IXX do art. 37, foi por ela o referido Decreto-Lei n.º 200/1967 recepcionado. Há, portanto, a possibilidade legal do Poder Executivo instituir fundação pública de direito privado até que a lei complementar prevista no art. 37, inciso XIX, da CF, seja editada.¹¹⁰

No mesmo sentido são os argumentos defendidos por Carlos Ari Sunfeld, Lenir Santos e Fabrício Motta.¹¹¹

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4895/DF**, Relatora Cármen Lúcia, 2020.

¹¹⁰ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 199

¹¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico das fundações governamentais. In: MONTEIRO, Vera, SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo: introdução ao direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book* (não paginado).

SANTOS, Lenir. Da reforma do Estado à reforma da gestão hospitalar federal: algumas considerações. **Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v.29, n.17, p.371-381, set./dez. 2005. Disponível em:

https://docvirt.com/asp/acervo_cebes.asp?Bib=SAUDEDEBATE&PASTA=V.29%2C+N.71+-+set&pe sq=&x=85&y=11. Acesso em: 20 out. 2021. p. 378.

MOTTA, Fabrício. **Fundações**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: administração pública e servidores públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 189-216. p. 201

Durante a pesquisa doutrinária, não foram encontrados autores que defendam expressamente a posição contrária. Observou-se que existem poucos trabalhos jurídicos a esse respeito, sendo que, entre os textos encontrados, todos foram escritos por autores que defendem a possibilidade de instituição dessas fundações. Contudo, o argumento contrário, defendendo a obrigatoriedade de lei complementar prévia, foi o principal fundamento identificado nas ações judiciais analisadas, que questionam a constitucionalidade dessas fundações.

Segundo esse argumento, a edição de lei complementar prévia disciplinando a área de atuação das fundações públicas de direito privado é condição obrigatória para que novas dessas entidades possam ser criadas. Assim, segundo essa interpretação, as fundações criadas após a EC 19/98 padeceriam de vício de inconstitucionalidade formal, uma vez que ainda não foi editada a lei complementar exigida pelo art. 37, XIX, da CF.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou definitivamente sobre essa questão. Contudo, no julgamento da ADI 4247/RJ, o tribunal decidiu pela constitucionalidade da lei complementar do Estado do Rio de Janeiro que definiu a área de atuação das fundações públicas de direito privado em âmbito local, bem como das leis ordinárias que, com base nela, autorizaram a criação dessas entidades. Assim, é possível concluir que, segundo o STF, a lei complementar que define a área de atuação das fundações públicas de direito privado pode ser estadual, não havendo necessidade de uma lei nacional.

Contudo, ainda não é possível afirmar que a questão da exigibilidade de lei complementar foi pacificada. Resta saber se é obrigatória a prévia edição de uma lei complementar para a criação de novas fundações ou se isso não seria necessário. Assim, seria possível concluir se são constitucionais as leis que autorizaram a instituição de fundações públicas de direito privado sem a edição de uma lei complementar disciplinando sua área de atuação. Essa questão ainda está pendente de análise pelo STF nos autos da ADI 4197/SE.

Também permanece indefinida a questão dos municípios, uma vez que o art. 24, parágrafo 3º, da CF, dispõe que na ausência de lei federal sobre normas gerais os Estados podem editar suas próprias normas, porém não estende essa competência aos Municípios.¹¹² Como o STF não se manifestou sobre esse ponto no

¹¹² Art. 24. [...] § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

acórdão, ainda não é possível afirmar se os Municípios também poderiam editar sua própria lei complementar, ou se somente os Estados possuiriam essa competência.

Assim, conclui-se que a questão da exigibilidade de lei complementar prévia ainda não está pacificada no direito brasileiro, uma vez que o STF não se posicionou definitivamente sobre a controvérsia. Contudo, já foi afirmada a possibilidade de criação de fundação pública de direito privado se houver lei complementar estadual disciplinando previamente suas áreas de atuação.

Por fim, resta ainda analisar a questão da aplicabilidade do regime jurídico único a essa modalidade de fundação, o que será objeto da próxima seção deste trabalho.

4.3 INCIDÊNCIA DO REGIME JURÍDICO ÚNICO

Outro ponto controverso nos casos analisados é a possibilidade de contratação pelo regime celetista nas fundações públicas de direito privado. A origem da divergência é a redação original do *caput* do art. 39 da Constituição Federal, o qual prevê a aplicação de um regime jurídico único à administração direta, às autarquias e às fundações públicas: “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*.”¹¹³ [grifo meu]

Desde a promulgação da Constituição de 1988, esse dispositivo vem produzindo diversas interpretações. Em nenhum momento, o texto constitucional define o conceito de “regime jurídico único”, de modo que as interpretações da doutrina são múltiplas. Ademais, verifica-se novamente a imprecisão normativa da Constituição ao tratar das fundações, uma vez que não especifica a qual espécie de fundação pública o artigo se refere. Assim, surgiram dois problemas: qual o conteúdo do regime jurídico único e qual o seu âmbito de aplicação.

Trata-se de uma das questões mais presentes nos processos analisados, pois as leis questionadas autorizaram a criação de fundações públicas de direito privado com regime contratual celetista. Para os autores das ações judiciais, essa previsão seria inconstitucional, uma vez que o art. 39, *caput*, da CF, impõe a obrigatoriedade da adoção do regime jurídico único para essas entidades, e esse regime seria o

¹¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

estatutário. Alegam, assim, que o termo “fundações públicas” nesse dispositivo estaria se referindo a todas as fundações instituídas e mantidas pelo Estado e que o conteúdo do regime jurídico único é estatutário.

Antes de aprofundar a discussão, é importante mencionar que esse dispositivo foi alterado pela EC 19/98, a qual excluiu qualquer menção ao regime jurídico único da Constituição. Contudo, em 02/08/2007, o STF concedeu liminar na ADI 2135/DF, suspendendo a eficácia do novo dispositivo e determinando o retorno à vigência da redação original, com fundamento em vício formal de sua tramitação. A referida ADI possui como relator originário o Ministro Néri da Silveira, teve como relatora do acórdão da liminar a Ministra Ellen Gracie e atualmente está sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia.¹¹⁴

Passa-se agora à análise das diferentes interpretações que a redação original desse dispositivo, novamente em vigor, gerou na doutrina e na jurisprudência. Primeiramente, será analisado o conceito de regime jurídico único. Após, será estudada a necessidade de sua aplicação às fundações públicas de direito privado.

Florivaldo Dutra de Araújo registra que, ao longo da história da administração pública brasileira, os servidores chamados de “estatutários” (regidos por estatuto próprio e com garantia de estabilidade) conviviam com outra espécie de funcionários, chamados de “extranumerários” (que estavam excluídos do regime estatutário e não tinham estabilidade). O autor aponta que, especialmente a partir dos anos 60, passou-se a adotar o regime celetista de forma crescente na administração pública, solidificando-se assim a coexistência dos regimes celetista e estatutário. Até que, por fim, a Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão de um “regime jurídico único” para os funcionários públicos.¹¹⁵

Contudo, ao não especificar o significado da expressão “regime jurídico único”, o texto constitucional deu origem a interpretações diversas. Surgiram assim as seguintes correntes: (1) a primeira, representada por Adílson Abreu Dallari, Hely Lopes Meirelles, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Antônio Augusto Anastasia e atualmente também por Maria Sylvia Zanella di Pietro, que afirma que o regime

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2135/DF**, Relatora Ellen Gracie, 2007.

¹¹⁵ DE ARAÚJO, Florivaldo Dutra. Os regimes jurídicos dos servidores públicos no Brasil e suas vicissitudes históricas. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, p. 143-169, jan./jul., 2007. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/32/30>. Acesso em: 20 out. 2021. p. 146

jurídico único é o estatutário;¹¹⁶ (2) a segunda, representada por José dos Santos Carvalho Filho e anteriormente também por Maria Sylvia Zanella di Pietro, segundo a qual cada ente pode escolher qual regime jurídico único adotar (celetista ou estatutário);¹¹⁷ (3) a terceira, representada por Toshio Mukai, segundo a qual o regime deve ser único para cada tipo de entidade, dentro de cada ente federativo (um regime para a administração direta, outro para as autarquias e um terceiro para as fundações);¹¹⁸ (4) por fim, a quarta, representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual o regime a ser adotado depende da função desempenhada, sendo exigido o regime jurídico único (que seria o estatutário) apenas para as atividades típicas de Estado, enquanto para funções acessórias seria possível a adoção do regime celetista.¹¹⁹

Assim, verifica-se que para alguns autores a expressão “regime jurídico único” se refere somente ao regime estatutário. Para outros, por sua vez, abrange também o regime celetista, cabendo a cada ente federativo a escolha por uma das duas alternativas.

Para a primeira corrente, uma análise conjunta dos dispositivos da Constituição Federal permitiria concluir que a expressão “regime jurídico único” é uma referência ao regime estatutário. Para esses autores, o fato de a Constituição fazer referência a “empregos públicos” decorre apenas da necessidade de abordar

¹¹⁶ DALLARI, Adílson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 46.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Regime jurídico único dos servidores públicos na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991. p. 40.

ANASTASIA, Antônio Augusto *apud* ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Os regimes jurídicos dos servidores públicos no Brasil e suas vicissitudes históricas. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, p. 143-169, jan./jul., 2007. Disponível em:

<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/32/30>. Acesso em: 20 out. 2021. p. 160.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 46.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989736/>. Acesso em: 19 out. 2021. p. 692.

¹¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024982/>. Acesso em: 20 out. 2021. p. 661.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *apud* ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Os regimes jurídicos dos servidores públicos no Brasil e suas vicissitudes históricas**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 50, p. 143-169, jan./jul., 2007. Disponível em:

<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/32/30>. Acesso em: 20 out. 2021. p. 160.

¹¹⁸ MUKAI, Toshio. **Administração pública na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 62.

¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 104.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 214-217.

as situações já constituídas, uma vez que à época de sua promulgação ainda existiam diversos funcionários públicos submetidos ao regime celetista. Tal previsão, portanto, não seria suficiente para afirmar que o texto constitucional autorizou a criação de novos empregos públicos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta os seguintes argumentos para justificar sua interpretação de que o regime jurídico único deve ser o estatutário: (a) como o regime estatutário já é obrigatório para determinadas carreiras (membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Delegados, etc.), permitir a adoção do regime celetista possibilitaria uma duplicidade de regimes dentro de um mesmo ente federativo; (b) a aplicação do regime celetista seria um desrespeito ao princípio da autonomia político-administrativa, uma vez que somente a União possui competência para legislar sobre esse regime; (c) o art. 39 da Constituição, no parágrafo 2º, estende aos servidores públicos alguns dos direitos atribuídos aos trabalhadores celetistas, o que não faria sentido caso tais servidores já fossem submetidos ao regime trabalhista.¹²⁰

No mesmo sentido são os argumentos defendidos por Adílson Dallari, que afirma o seguinte:¹²¹

Discordando de todos, entendemos que o regime jurídico único a ser utilizado pela administração centralizada e autárquica (compreendida nesta as fundações públicas) para o pessoal permanente, é o regime estatutário, exatamente por ser o regime próprio, típico e adequado para a administração pública, mas que somente pode ser utilizado por pessoas jurídicas de direito público, como é exatamente o caso das entidades referidas no art. 39.¹²²

Di Pietro também adota o argumento de que, para que o regime possa ser único, ele precisa ser estatutário, uma vez que as carreiras típicas de Estado exigem esse tipo de regime. A autora explica sua mudança de posicionamento da seguinte forma:

Embora tenhamos entendido, em edições anteriores, que esse regime pode ser o estatutário ou celetista, reformulamos agora tal entendimento, para

¹²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Regime jurídico único dos servidores públicos na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991. p. 35-40.

¹²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Fundações estatais: proposta polêmica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 71-80, 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13147>. p. 47-49.

¹²² DALLARI, Adílson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 46.

defender a tese de que o regime estatutário é que deve ser adotado, tendo em vista que as carreiras típicas de Estado não podem submeter-se a regime celetista, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 2.310 (pertinente ao pessoal das agências reguladoras). Ainda que para atividades-meio o regime celetista fosse aceitável, o vínculo de natureza estatutária se impõe em decorrência da exigência de que o regime jurídico seja único.¹²³

Por fim, Hely Lopes Meirelles também defende que o regime jurídico único deve ser estatutário:

A constituição vigente institui regime jurídico único para os servidores civis da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional, o que significa ter afastado o regime trabalhista, utilizado por algumas Administrações para a contratação de seu pessoal para certas atividades.¹²⁴

Por outro lado, Toshio Mukai, que defende a possibilidade de escolha por um regime jurídico único celetista ou estatutário, aponta que a Constituição Federal de 1988 faz diversas referências aos servidores celetistas, de modo que não seria possível concluir ser permitido somente o regime estatutário. O autor conclui que

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 único 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, Estado-Membro ou Município, além do Distrito Federal) escolher qual o regime jurídico único que, por lei própria, desejará adotar; se, por exemplo, determinado Estado-Membro ou Município entender de adotar o regime estatutário, será este o "regime jurídico único" vigente para sua Administração Direta, ou autárquica, ou fundacional; se outro Estado-Membro ou Município adotar o regime celetista, *poderá haver um regime jurídico único estatutário, por exemplo, na Administração Direta e outro único celetista na autárquica ou na fundacional.*¹²⁵ [grifo meu]

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, também defende a possibilidade de escolha do regime único a ser adotado, estatutário ou celetista, sob o fundamento de que a Constituição não definiu o seu conceito. Contudo, discordando da interpretação de Toshio Mukai, expõe seu posicionamento da seguinte forma:

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989736/>. Acesso em: 19 out. 2021. p. 692.

¹²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 355.

¹²⁵ MUKAI, Toshio. **Administração pública na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 62.

De qualquer modo, pensamos que o Constituinte nem quis obrigar à adoção exclusiva do regime estatutário, nem, por outro lado, desejou admitir a cisão de regimes entre a Administração Direta, de um lado, e as autarquias e fundações de direito público, de outro. No primeiro caso, não houve expresso mandamento constitucional que conduzisse àquela conclusão; no segundo, a cisão retrataria uma ruptura na lógica criada para a unicidade do regime. Por via de consequência, reiterando pensamento que já adotávamos em edições anteriores, *consideramos que a intentio do Constituinte foi a de que o regime de pessoal fosse apenas único, seja o estatutário, seja o trabalhista [...]* com o que se poderia evitar os velhos confrontos entre servidores da mesma pessoa federativa, tendo por alvo normas diversas estabelecidas por cada um daqueles regimes.¹²⁶ [grifo meu]

Verifica-se assim que, ao não especificar o conceito de regime jurídico único, a Constituição Federal deu origem a interpretações diversas. Dessa forma, coube ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de interpretar o art. 39, *caput*, da CF, definindo qual seria o conteúdo do referido regime.

O STF recentemente enfrentou o tema na ADI 5615/SP, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, julgada em 28/05/2020.¹²⁷ No julgamento, discutiu-se a constitucionalidade de leis estaduais que previam a contratação celetista para funcionários da Universidade de São Paulo (USP), considerada pelo STF uma autarquia em regime especial. A decisão foi no sentido de que, por não haver lei definindo um regime jurídico único para os servidores do Estado de São Paulo, seria possível a contratação celetista. O fundamento foi a interpretação de que o regime jurídico único pode ser celetista ou estatutário, a critério de cada ente federativo, podendo ser utilizados ambos enquanto não for editada lei definindo qual o regime único escolhido. A decisão originou a seguinte ementa, que está de acordo com a fundamentação do voto vencedor (do relator):

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGIME JURÍDICO DO FUNCIONALISMO PÚBLICO. LEIS COMPLEMENTARES 1.074/2008 E 1.202/2013 DO ESTADO DE SÃO PAULO. CRIAÇÃO DE EMPREGOS PÚBLICOS NA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 39, CAPUT, DA CF. UNICIDADE DE REGIME. IMPROCEDÊNCIA. 1. Compete a cada Ente federativo estipular, por meio de lei em sentido estrito, o regime jurídico de seus servidores, escolhendo entre o regime estatutário ou o regime celetista, sendo que a Constituição Federal não excluiu a possibilidade de ser adotado o regime de emprego público (celetista) para as autarquias. 2. Para que haja produção completa dos efeitos do art. 39 da CF, é indispensável que o Ente federativo edite norma específica instituindo o

¹²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024982/>. Acesso em: 20 out. 2021. p. 661.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5615/SP**, Relator Alexandre de Moares, 2020.

regime jurídico de seus servidores da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas. 3. No caso do Estado de São Paulo, não foi editada norma específica instituindo o regime jurídico dos servidores estaduais. A Lei paulista 10.261/1968, a qual dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do Estado, não pode ser considerada para esse fim, pois foi editada sob a Constituição de 1967, que não continha essa exigência, e ela própria trata de restringir o seu alcance, quando estabelece, em seu art. 2º, que aquelas normas “não se aplicam aos empregados das autarquias, entidades paraestatais e serviços públicos de natureza industrial”. 4. A ausência da lei instituidora de um único regime de servidores na Administração Direta, autárquica e fundacional, apesar de se mostrar como uma situação constitucionalmente indesejável, não possui o condão de censurar as normas que estipularem um ou outro regime enquanto perdurar essa situação de mora legislativa. 5. Ação julgada improcedente.¹²⁸

Conforme o relator, Ministro Alexandre de Moraes, “O tema central da presente ação, portanto, gira em torno do alcance da expressão ‘regime jurídico único’, disposta no caput do art. 39 da Carta Magna.”¹²⁹ Ao fundamentar sua decisão, afirma que

A leitura que faço a respeito do alcance do caput do art. 39 da Constituição Federal, portanto, é no sentido de que compete a cada Ente federativo estipular, por meio de lei em sentido estrito, o regime jurídico de seus servidores, escolhendo entre o regime estatutário ou o regime celetista. Tenho que a intenção do constituinte foi de evitar disparidades entre servidores que atuam numa mesma realidade dentro de uma mesma estrutura federativa, sobretudo em razão dos postulados de igualdade, consagrados pela Lei Maior.¹³⁰

No julgamento, foram vencidos os Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin, que votaram pela inconstitucionalidade da norma, com modulação dos efeitos da decisão. Conforme o voto do Ministro Edson Fachin, a menção da CF aos “cargos”, “empregos” e “funções” públicas faz referência às situações estabelecidas anteriormente à sua promulgação. Além disso, afirma que a demora do Estado de São Paulo em editar lei instituindo o regime jurídico único de seus servidores não justifica que seja aceita a contratação celetista em uma autarquia, enquanto os servidores da administração direta possuem regime estatutário, o que seria contrário à Constituição. O Ministro Fachin ressaltou ainda que uma das preocupações do

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5615/SP**. Relator Alexandre de Moraes. Julgado em: 28 mai. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5078733>. Consulta em: 22 out. 2021.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5615/SP**. op. cit.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5615/SP**. op. cit.

juízo era a manutenção dos atuais empregados da USP, votando assim pela inconstitucionalidade com modulação dos efeitos da decisão.¹³¹

Contudo, apesar do precedente estabelecido na ADI 5615/SP, ainda não é possível afirmar que o STF possui uma interpretação pacificada sobre o conceito de regime jurídico único. Essa decisão, apesar de seu conteúdo polêmico, não foi tratada como relevante pelo STF, não sendo publicada nas notícias e nos informativos de jurisprudência que compilam os principais julgados. Assim, a referida decisão gerou pouca repercussão. Ademais, o caso foi pouco debatido pelos Ministros no julgamento, não sendo explicitada a mudança de entendimento. É o caso da Ministra Cármen Lúcia, que votou com o relator sem fazer ressalvas, mas anteriormente já havia afirmando o entendimento de que o regime jurídico único é estatutário (em seu voto na Reclamação 5381/AM, reiterado na decisão do RE 571124/AM):

Então, Excelência, pedi este aparte apenas para enfatizar que a doutrina e a jurisprudência sempre fizeram referência ao fato de que a relação jurídico-administrativa não comportava nada de regime celetista, máxime em se tratando de situações posteriores à Constituição de 1988, em cuja norma, inicialmente redigida no artigo 39, não se poderia ter senão o regime estatutário ou o regime jurídico-administrativo.¹³²

Dessa forma, apesar dos fundamentos expressos na decisão da ADI 5615/SP, ainda não é possível afirmar que o STF possui uma interpretação definida sobre o conceito de regime jurídico único.

Após analisar o seu conteúdo, é necessário compreender o âmbito de aplicação do regime jurídico único: se deve ser adotado por todas as fundações públicas (incluindo aquelas com regime jurídico de direito privado) ou se é aplicável somente às fundações públicas com regime jurídico de direito público.

Quanto a esse ponto, também existe divergência doutrinária. A questão gira em torno principalmente do significado da expressão “fundações públicas” no *caput* do art. 39, da CF. Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o regime jurídico único deve ser aplicado a todas as fundações públicas, pois se aplica a elas o

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5615/SP**, Relator Alexandre de Moraes, 2020.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 5381/AM**, Relator Carlos Brito, 2008
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 571124/AM**, Relatora Cármen Lúcia, 2009.

mesmo regime das autarquias.¹³³ A corrente majoritária, contudo, ao reconhecer a existência das fundações públicas de direito privado, exclui essas entidades da incidência do regime jurídico único (Maria Sylvia Zanella di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho, Carlos Ari Sundfeld, Fabrício Motta, José Eduardo Sabo Paes, Lenir Santos, entre outros).¹³⁴ Para esses autores, essa espécie de fundação está sujeita ao regime de contratação celetista, por sua própria natureza de direito privado.

No mesmo sentido, Adílson Dallari, que, apesar de considerar que o regime jurídico único deve ser estatutário, exclui de sua incidência as fundações públicas de direito privado.¹³⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto também entende que o regime jurídico único não se aplica a essas entidades.¹³⁶

Dessa forma, verifica-se que coube mais uma vez ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de interpretar o *caput* do art. 39, CF, de modo a definir o âmbito de aplicação do regime jurídico único. Ao enfrentar o tema na ADI 4247/RJ, sobre fundações criadas pelo Estado do Rio de Janeiro (já analisada anteriormente), o STF concluiu que é possível a contratação celetista em fundações públicas de direito privado, uma vez que não se submetem ao regime jurídico único.¹³⁷

Conforme o Ministro Dias Toffoli, em seu voto na ADI 4247/RJ, o qual foi seguido pela maior parte dos demais julgadores:

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 159-161

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989736/>. Acesso em: 19 out. 2021. p. 543.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024982/>. Acesso em: 20 out. 2021. p. 583.

SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico das fundações governamentais. *In*: MONTEIRO, Vera, SUNDFELD, CARLOS Ari (coord). **Direito administrativo: introdução ao direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book* (não paginado).

MOTTA, Fabrício. **Fundações**. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: administração pública e servidores públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 189-216. p. 195.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 183-189.

SANTOS, Lenir. Da reforma do Estado à reforma da gestão hospitalar federal: algumas considerações. **Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v.29, n.17, p.371-381, set./dez. 2005. Disponível em:

https://docvirt.com/asp/acervo_cebes.asp?Bib=SAUDEDEBATE&PASTA=V.29%2C+N.71+-+set&pesq=&x=85&y=11. Acesso em: 20 out. 2021. p. 379.

¹³⁵ DALLARI, Adílson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 44

¹³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Regime jurídico único dos servidores públicos na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 1991. p. 44

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**, Relator Marco Aurélio, 2020.

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 tal regime, bem como sobre sua natureza ou extensão, direciona-se às pessoas jurídicas de direito público.

[...]

Sendo assim, 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.¹³⁸

Assim, observa-se que a decisão do STF no caso foi no sentido de que o regime jurídico único não é aplicável às fundações públicas de direito privado. Essa decisão reafirmou a diferença de regimes entre as fundações públicas de direito privado e as pessoas jurídicas de direito público, já afirmada nos autos da ADI 191/RS e do RE 716378/RJ, mencionados anteriormente.

Na primeira ação, ADI 191/RS, o STF entendeu que não seria possível a equiparação entre os funcionários de todas as fundações instituídas ou mantidas pelo Estado do Rio Grande do Sul (incluídas as fundações públicas de direito privado) aos servidores das fundações públicas de direito público, conforme previa a Constituição Estadual.¹³⁹ No segundo caso, RE 716378/RJ, o tribunal entendeu que os funcionários das fundações públicas de direito privado possuíam regime celetista, não se aplicando a eles as mesmas garantias previstas aos servidores das pessoas jurídicas de direito público, como a estabilidade prevista no art. 19 do ADCT da Constituição Federal.¹⁴⁰

Com base no exposto, conclui-se que ainda não é possível afirmar que o STF possui interpretação pacificada sobre o conteúdo do regime jurídico único, embora no recente julgamento da ADI 5615/SP tenha sido adotado o entendimento de que a Constituição não exige que seja o regime estatutário. Com relação ao seu âmbito de aplicação, verifica-se que o STF entende que o regime jurídico único não se estende às fundações públicas de direito privado, sendo aplicável somente às pessoas jurídicas de direito público, conforme decidido na ADI 4247/RJ. Essa decisão

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**. Relator Marco Aurélio, 2020.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 191/RS**. Relatora Cármen Lúcia. Julgado em: 29 nov. 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1493745>. Acesso em: 19 out. 2021.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 716378/RJ**. Relator Dias Toffoli. Julgado em: 7 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4312969>. Acesso em: 20 out. 2021.

reiterou a existência de diferenças entre o regime de pessoal das fundações públicas de direito privado e das pessoas jurídicas de direito público, já afirmada anteriormente pelo STF nos autos da ADI 191/RS e do RE 716378/RJ.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema das fundações públicas é, como já afirmado, um dos assuntos mais controversos do direito administrativo, não sendo possível portanto esgotá-lo no âmbito desta pesquisa. Ao longo deste trabalho, buscou-se responder ao problema de pesquisa através da análise do tratamento conferido ao instituto das fundações públicas de direito privado pela jurisprudência do STF e pela doutrina.

Com base nos casos analisados e na pesquisa jurisprudencial e doutrinária, concluiu-se que a questão sobre a natureza e o regime jurídico das fundações públicas já está pacificada no âmbito do STF, o qual reconhece a possibilidade de atribuição do regime jurídico de direito público ou privado a essas entidades. Da mesma forma, a doutrina majoritária também reconhece a possibilidade de o Estado instituir ambas as espécies de fundações.

A questão da exigibilidade de lei complementar prévia definindo a área de atuação das fundações públicas de direito privado, por sua vez, está pendente de definição pelo STF, nos autos da ADI 4197/SE. Contudo, no julgamento da ADI 4247/RJ, o STF já declarou a constitucionalidade de lei complementar estadual que definiu a área de atuação das fundações públicas de direito privado em âmbito local, bem como das leis ordinárias estaduais que, com base nela, autorizaram a criação de fundações dessa espécie. Assim, conclui-se que o STF considerou que a lei complementar prevista no art. 37, XIX, da CF, pode ser estadual. Todavia, ainda não foi definida a situação das fundações públicas de direito privado criadas sem a edição prévia de uma lei complementar, tampouco se seria permitido aos municípios a edição da referida lei.

Por fim, a questão sobre o conceito de regime jurídico único permanece indefinida na doutrina e na jurisprudência, embora o STF tenha decidido recentemente no sentido de que esse regime não precisa ser estatutário, nos autos da ADI 5615/SP. Com relação ao seu âmbito de aplicação, contudo, já foi pacificado pelo STF que o regime jurídico único não se aplica às fundações públicas de direito privado, que se submetem à contratação celetista, reiterando o entendimento de que o regime de pessoal dessas entidades é diferente daquele aplicável às pessoas jurídicas de direito público, conforme decisão na ADI 4247/RJ.

Assim, com base nos resultados obtidos, foi possível concluir que a maioria das questões analisadas, embora permaneçam sendo objeto de divergência

doutrinária, encontram-se pacificadas no âmbito do STF. Entretanto, ressalta-se que não foi possível encontrar uma resposta definitiva para o problema de pesquisa, uma vez que a questão da exigibilidade de lei complementar prévia ainda está pendente de análise pelo STF, nos autos da ADI 4197/SE.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Os regimes jurídicos dos servidores públicos no Brasil e suas vicissitudes históricas. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, p. 143-169, jan./jul., 2007. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/32/30>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Fundação Estatal: metas, gestão profissional e direitos preservados**. Brasília, DF: Editora do Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/07_0862_M.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Projeto Fundação Estatal: perguntas e respostas**. Brasília, DF: MP, 2007. Disponível em: <http://idisa.org.br/img/File/FundacaoestatalMinPlanperguntaresposta.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021.

BUBLITZ, Juliana. Por ordem do STF, prefeitura de Porto Alegre fechará órgão responsável por saúde da família. **GZH**, Porto Alegre, 17 set. 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2019/09/por-ordem-do-stf-prefeitura-de-porto-alegre-fechara-orgao-responsavel-por-saude-da-familia-ck0nta4u806x801tgrtdshvxi.html>. Acesso em: 14 out. 2021.

BUBLITZ, Juliana. Funcionário do IMESF começaram a ser demitidos nesta segunda pela prefeitura de Porto Alegre. **GZH**, Porto Alegre, 7 dez. 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2020/12/funcionarios-do-imesf-comecaram-a-ser-demitidos-nesta-segunda-pela-prefeitura-de-porto-alegre-ckif12wmt008h019wivhrgf7g.html>. Acesso em: 14 out. 2021.

CARÂP, Leonardo; TEMPORÃO, José Gomes. *In*: FGV PROJETOS (Org). **Estudos de Casos**: Rio de Janeiro. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/15443>. Rio de Janeiro, 2014. Acesso em: 21 out. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024982/>. Acesso em: 20 out. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. Regime Jurídico das Fundações Públicas no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 90, p. 459–469, 1967. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31034>. Acesso em: 18 out. 2021.

DALLARI, Adílson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Fundações estatais: proposta polêmica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 71-80, 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13147>. Acesso em: 23 out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989736/>. Acesso em: 19 out. 2021.

ISAÍAS, Cláudio. Com decisão do STF, Marchezan anuncia extinção do Instituto de Saúde da Família. **Correio do Povo**, Porto Alegre, 17 set. 2019. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/com-decis%C3%A3o-do-stf-marchezan-anuncia-extin%C3%A7%C3%A3o-do-instituto-de-sa%C3%BAde-da-fam%C3%ADlia-1.366263>. Acesso em 14 out. 2021.

KICH, Francis Deon (Org.); SANTOS, Claudia Menezes (Org.). **A reforma sanitária e gerencial do SUS no Estado de Sergipe**. Aracaju: FUNESA, 2011. Disponível em: http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_858538200.pdf. Acesso em: 21 out. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMINAR determina continuidade dos serviços de fundação de saúde em Porto Alegre. **Notícias STF**, Brasília, 13 out. 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277343&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

MATOS, Federico Nunes de. Fundações públicas de direito privado: breve ensaio sobre o exercício da função administrativa sob regime de direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 207–242, set./dez. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58742>. Acesso em: 23 out. 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 14, jun./jul./ago. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=274>. Acesso em: 19 out. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Regime jurídico único dos servidores públicos na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991.

MOTTA, Fabrício. Fundações. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: administração pública e servidores públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MUKAI, Toshio. **Administração pública na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

OAB questiona constitucionalidade de três fundações de saúde de Sergipe. **Notícias STF**, Brasília, 17 fev. 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=103465&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Fundações estatais de direito privado: viabilidade jurídica do PLP n. 92/2007. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 136-169, mar./jul. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13150>. Acesso em: 19 out. 2021.

PORTO ALEGRE questiona decisão que julgou inconstitucional lei sobre fundação municipal. **Notícias STF**, Brasília, 17 jan 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=258169&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

PSOL contesta leis fluminenses sobre criação de fundações na área da saúde. **Notícias STF**, Brasília, 8 jun. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109298&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

REJEITADO pedido contra decisão do TJ-RS que invalidou lei sobre fundação municipal. **Notícias STF**, Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=275273&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

SANTOS, Lenir. Da reforma do Estado à reforma da gestão hospitalar federal: algumas considerações. **Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v.29, n.17, p.371-381, set./dez. 2005. Disponível em:

https://docvirt.com/asp/acervo_cebes.asp?Bib=SAUDEDEBATE&PASTA=V.29%2C+N.71+-+set&pesq=&x=85&y=11. Acesso em: 20 out. 2021.

STF mantém validade de contratação pela CLT em fundações de saúde do Rio de Janeiro. **Notícias STF**, Brasília, 6 nov. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=454828&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico das fundações governamentais. *In*: MONTEIRO, Vera, SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito administrativo: introdução ao direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book* (não paginado).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**, Brasília, n. 997, 26 a 30 de outubro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo997.htm>. Acesso em: 23 out. 2021.

TEMPORÃO, José Gomes. [Entrevista cedida a] FGV PROJETOS. **Cadernos FGV Projetos**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/6915>. Acesso em: 21 out. 2021.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Fundação estatal no serviço público de saúde: inconsistências e inconstitucionalidades**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 81-97, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13148>. Acesso em: 21 out. 2021.

WOLTMANN, Eduardo. **Fundações públicas de direito privado como ferramentas de gestão de serviços municipais de saúde: o caso do Município de Porto Alegre**. 2012. 112 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Gestão Pública Municipal), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/71792>. Acesso em: 14 out. 2021.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm#view. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar n. 19/2007**. Regulamenta o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, parte final, para definir as áreas de atuação de fundações instituídas pelo poder público. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=36008>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar n. 347/2018**. Regulamenta o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, para definir as áreas de atuação das fundações estatais constituídas como pessoa jurídica de direito privado. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134034>. Acesso em 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 898455/RS**. Relatora Rosa Weber. Julgado em: 12 set. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4804282>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental na Reclamação n. 17954/PR**. Relator Roberto Barroso. Julgado em: 20 out. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4590794>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Segundo Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 898455/RS**. Relatora Rosa Weber. Julgado em: 12 set. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4804282>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Extraordinário n. 898455/RS**. Relatora Rosa Weber, 2019. Julgado em: 20 mar. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4804282>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 191/RS**. Relatora Cármen Lúcia. Julgado em: 29 nov. 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1493745>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4247/RJ**. Relator Marco Aurélio. Julgado em: 3 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2680930>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4895/DF**. Relator Marco Aurélio. Julgado em: 7 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4351459>. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5646/SP**. Relator Luiz Fux. Julgado em: 07 fev. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5121585>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 693/RS**. Relator Roberto Barroso. Julgado em: 28 jun. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5935912>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Reclamação n. 16646/RS**. Relator Celso de Mello. Julgado em: 31 out. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4487573>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. **Recurso Extraordinário n. 1067052/RS**. Relator Roberto Barroso. Julgado em: 15 mar. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5241545>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Cautelar n. 3711/RS**. Relatora Rosa Weber. Julgado em: 19 jun. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4630440>. Acesso em 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Cautelar n. 3711/RS**. Relatora Rosa Weber. Julgado em: 8 out. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4630440>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2135/DF**. Relator Néri da Silveira. Relatora do acórdão Ellen Gracie. Julgado em: 2 ago. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 5381/AM**. Relator Carlos Brito. Julgado em: 17 mar. 2008. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=540721>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 898455/RS**. Relatora Rosa Weber. Julgado em: 20 mar. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4804282>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 101126/RJ**. Relator Moreira Alves. Julgado em: 24 out. 1984. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=193482>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 571124/AM**. Relatora Cármen Lúcia. Julgado em: 6 mai. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2576206>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 650898/RS**. Relator Marco Aurélio. Julgado em: 01 fev. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4115555>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 716378/RJ**. Relator Dias Toffoli. Julgado em: 7 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4312969>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 898455/RS**. Relatora Rosa Weber. Julgado em: 20 mar. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4804282>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da república, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

PORTO ALEGRE. **Decreto n. 20888 de 30 de dezembro de 2020**. Regulamenta o processo de encerramento do Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF). Porto Alegre: Prefeitura de Porto Alegre, 2011. Disponível em: http://dopaonlineupload.procempa.com.br/dopaonlineupload/3789_ce_309890_1.pdf. Acesso em: 21 out. 2021.

PORTO ALEGRE. **Decreto n. 21005 de 23 de abril de 2021**. Regulamenta o processo de encerramento do Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF). Porto Alegre: Prefeitura de Porto Alegre, 2011. Disponível em: http://dopaonlineupload.procempa.com.br/dopaonlineupload/3789_ce_309890_1.pdf. Acesso em: 21 out. 2021.

PORTO ALEGRE. **Lei Municipal n. 11.062 de 6 de abril de 2011.** Autoriza o Executivo Municipal a instituir, conforme determina, o Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF), revoga a Lei nº 10.861, de 22 de março de 2010, e dá outras providências. Porto Alegre: Prefeitura de Porto Alegre, 2011.

Disponível em:

<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000031623.DOCN.&l=20&u=%2Fnetahml%2Fsirel%2Fsimples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>. Acesso em: 21 out. 2021.

RIO DE JANEIRO. **Lei n. 6304 de 28 de agosto de 2012.** Dispõe sobre a incorporação da Fundação Estatal dos Institutos de Saúde e da Fundação Estatal dos Hospitais Gerais pela Fundação Estatal dos Hospitais de Urgência, e altera a denominação da Fundação Estatal dos Hospitais de Urgência para Fundação Saúde do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa, 2012.

Disponível em:

<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/e9589b9aab9cac8032564fe0065abb4/49449c6af501a29683257a6a005c0939?OpenDocument>. Acesso em: 22 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70046726287.** Relator Jorge Luís Dall’Agnol.

Julgado em: 17 jun. 2013. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&comarca=&numero_processo=70046726287&numero_processo_desktop=ADI70046726287&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em 18 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em:

<http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=AixRs5bbgtw%3d&tabid=3683&mid=5359>. Acesso em: 21 out. 2021.

SERGIPE. **Lei n. 6346 de 02 janeiro de 2008.** Disponível em:

<https://al.se.leg.br/Legislacao/Ordinaria/2008/O63462008.pdf>. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação de Saúde “Parreiras Horta” - FSPH, e dá providências correlatas. Aracaju: Assembleia Legislativa, 2008. Acesso em: 21 out. 2021.

SERGIPE. **Lei n. 6347 de 02 janeiro de 2008.** Disponível em:

<https://al.se.leg.br/Legislacao/Ordinaria/2008/O63472008.pdf>. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação Hospitalar de Saúde - FHS, e dá providências correlatas. Aracaju: Assembleia Legislativa, 2008. Acesso em: 21 out. 2021.

SERGIPE. **Lei n. 6348 de 02 janeiro de 2008.** Disponível em:

<https://al.se.leg.br/Legislacao/Ordinaria/2008/O63482008.pdf>. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação Estadual de Saúde - FUNESA, e dá providências correlatas. Aracaju: Assembleia Legislativa, 2008. Acesso em: 21 out. 2021.