

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

RAFAEL FERREIRA DA SILVA

**REGIME JURÍDICO DOS EMPREGADOS DE FUNDAÇÕES PÚBLICAS NO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Porto Alegre

2017

Rafael Ferreira da Silva

**REGIME JURÍDICO DOS EMPREGADOS DE FUNDAÇÕES PÚBLICAS NO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

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 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Área de habilitação: Direito Administrativo

Orientador: Prof. Dr. Rafael de Cás Maffini

Porto Alegre

2017

RAFAEL FERREIRA DA SILVA

**REGIME JURÍDICO DOS EMPREGADOS DE FUNDAÇÕES PÚBLICAS NO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

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 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 11 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Rafael de Cás Maffini
Orientador

Gustavo Fontana Pedrollo

Letícia Ayres Ramos

Dedico este trabalho à minha amada esposa, Priscila, que tanto me apoiou nesses árduos anos divididos entre trabalho e graduação, com a qual divido essa importante conquista.

AGRADECIMENTOS

É gratificante chegar ao fim desta etapa e poder vislumbrar uma conquista que há alguns anos parecia inalcançável. Contudo, não é algo que se consegue sozinho. Certamente, contei com apoio e companheirismo dos mais chegados, sem os quais não teria conseguido.

Agradeço a Deus por ter me dado direção em momentos nos quais já não sabia por onde ir. Sobretudo, agradeço pela forma como usou meus pais para essa tarefa, aos quais igualmente sou muito grato. Quando mais precisei - especialmente no momento em que decidi migrar da Engenharia para o Direito – pude contar com a guarida de que precisava.

Deixo, ainda, um sincero agradecimento aos professores da Faculdade de Direito, com os quais muito aprendi. Em especial, agradeço ao Professor Rafael de Cás Maffini, pelo qual fui acolhido e instruído na elaboração deste trabalho.

Aos colegas, votos de muito sucesso na carreira que se inicia e muita gratidão pelo compartilhamento de imprescindíveis materiais ao longo do curso.

Por fim, agradeço à Priscila, minha esposa, que me ajudou muito na formatação desta monografia.

Feliz é o homem que acha sabedoria, e o homem que adquire entendimento; pois melhor é o lucro que ela dá do que o lucro a prata, e a sua renda do que o ouro mais fino. (Provérbios 3:13-14)

RESUMO

O presente trabalho trata do regime jurídico dos empregados públicos fundacionais, com enfoque no Estado do Rio Grande do Sul. Busca elucidar o fato de que existem certas peculiaridades que o diferenciam do regime celetista puro, ainda que este seja o vínculo mais comumente utilizado nessas entidades da Administração Indireta. Para tanto, utilizou-se como base a jurisprudência já estabelecida. É parte do escopo analisar a exigência de inclusão das Fundações Públicas dentre os destinatários do Regime Jurídico Único, conforme dispõe o texto constitucional.

ABSTRACT

The present work concerns the legal regime of the foundational public employees, focusing on the state of Rio Grande do Sul. It intends to elucidate the fact that there are some peculiarities that differentiate it from the pure employment regime, even being this the most commonly used bond in these entities of the indirect administration. In order to that, it was used as basis the established jurisprudence. Integrates the scope to analyze the requirement to include the Public Foundations between the recipients of the Single Legal Regime, as provides for the constitutional text.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI-MC	Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar
AIRR.....	Agravo de Instrumento em Recurso de Revist
CE/RS	Constituição Estadual do Rio Grande do Sul*
CE/SP	Constituição Estadual de São Paulo
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CGU	Controladoria-Geral da União
CIENTEC.....	Fundação de Ciência e Tecnologia
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
DF	Distrito Federal
DJ.....	Diário da Justiça
DVS.....	Destaque para Votação em Separado
EC	Emenda Constitucional
LC.....	Lei Complementar
OJ.....	Orientação Jurisprudencial
PcdoB.....	Partido Comunista do Brasil
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PEC.....	Proposta de Emenda Constitucional
PGE.....	Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul
PSB	Partido Socialista Brasileiro
PT.....	Partido dos Trabalhadores
RDA.....	Revista de Direito Administrativo
RE	Recurso Extraordinário
RJU	Regime Jurídico Único
SBDI-I.....	Subseção I Especializada em Dissídios Individuais
SBDI-II.....	Subseção II Especializada em Dissídios Individuais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ.....	Superior Tribunal de Justiça
TRT4	Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO COMPREENSIVA.....	10
2 DO REGIME JURÍDICO ÚNICO	12
2.1 DEFINIÇÃO E HISTÓRICO	12
2.1.1 Considerações Gerais	12
2.1.2 Da Emenda Constitucional 19/1998	13
2.1.3 DA ADI 2135-4/DF – Retorno do RJU	15
2.2 VISÃO DOUTRINÁRIA	24
2.3 DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS.....	27
3 DAS FUNDAÇÕES EXTINTAS PELO GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	33
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	33
3.2 RJU NA CE/RS.....	36
3.3 JURISPRUDÊNCIA	37
3.4 DA SUM 390.....	39
3.5 PARECER DA PGE.....	41
3.5.1 Considerações Gerais	41
3.5.2 Estabilidade do art. 19 do ADCT	43
3.5.3 Estabilidade do art. 41 da CF	46
3.5.4 Estabilidades Provisórias	49
3.5.5 Conclusão do Parecer	50
3.6 PRECEDENTES TRT4.....	51
4 CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS.....	53
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO COMPREENSIVA

As Fundações Públicas são entidades utilizadas pelo Estado para o atendimento de diversos fins. A criação delas, como forma de descentralização administrativa, propagou-se pelas diversas esferas da Federação. Um motivo plausível à opção por tais entidades é a forma de gestão autônoma que, de certo modo, pode vir a desonerar, ainda que relativamente, o Estado de certa prestação à população.

Uma relevante discussão doutrinária é a busca do entendimento correto acerca da natureza jurídica das Fundações Públicas. Conforme será visto nesta monografia, há quem se posicione no sentido de que não é conciliável com o Estado a criação de Fundações Públicas de direito privado. Contudo, este é o caso da maioria das Fundações Públicas existentes.

A Constituição elenca as Fundações Públicas juntamente com a Administração Direta e Autárquica, como destinatárias do Regime Jurídico Único para regimento de suas relações com seus respectivos funcionários. Entretanto, através da instituição de fundações públicas de direito privado, vem à tona o questionamento se essas também são contidas pelo rol referido.

A jurisprudência, inclusive, já tem se posicionado consoante a tal tema. Para alguns tribunais, não basta a forma de criação para definir a real natureza de uma fundação. A doutrina segue a se dividir entre os que optam pela diferença entre criação e autorização; e os que entendem que isso não é suficiente para a correta distinção.

Como se pode notar, o regime jurídico dos servidores fundacionais não é um tema tão singelo. Apesar de a regra ser a contratação mediante o regime celetista, de forma alguma se pode tratar como um regime puramente trabalhista.

Passa a ganhar importância maior o tema justamente neste momento em que o Governo do Estado do Rio Grande do Sul se determinou a extinguir diversas Fundações que, segundo seu parecer, não mais atendem à necessidade pública.

Possivelmente não se analisou as peculiaridades das relações jurídicas dos servidores antes da tomada de decisão. Entrementes, passaram os julgadores das reclamações trabalhistas a manifestarem o entendimento de que se tratavam de fundações de direito público, portanto sujeitas a diversas regras constitucionais que não se destinariam a fundações públicas de direito privado.

Como já citado, as Fundações Públicas de Direito Público certamente se incluem dentre as entidades da administração indireta às quais obrigatoriamente se destina o Regime Jurídico Único. Tal obrigação esteve suspensa no período compreendido entre a promulgação da Emenda Constitucional nº 19 e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar 2135-4/Distrito Federal (ADI-MC 2135-4/DF), um intervalo de quase dez anos.

Essa questão, todavia, ainda não foi devidamente enfrentada pelo Poder Judiciário. Se às Fundações Públicas é destinado o Regime Jurídico Único - ou mais precisamente o estatutário -, deve-se definir qual a consequência para aqueles que foram contratados de forma indevida sob o regime celetista, ainda que através de concurso público.

Quanto ao Estado do Rio Grande do Sul, a situação é ainda mais delicada. Enquanto, no texto constitucional da Federação, foi suspensa a exigência de um único regime, na esfera do referido estado manteve-se intacta a exigência mediante um artigo em sua Constituição Estadual. Diante disso, pode ser considerado todo o período desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CF) até hoje como sendo cabível a aplicação de tal obrigatoriedade às Fundações Públicas de Direito Público estaduais.

Enfim, neste trabalho de conclusão de curso se busca concatenar as informações sobre o assunto, com o fim de elucidar o mais possível dentro da profundidade que se pode atingir em uma pesquisa do gênero. Não se trata de uma análise exaustiva, mas uma observação mais ampla, com o intuito de obter conhecimento suficiente para um posicionamento consciente e lógico.

2 DO REGIME JURÍDICO ÚNICO

2.1 DEFINIÇÃO E HISTÓRICO

2.1.1 Considerações Gerais

Os direitos inerentes à investidura em cargos públicos sempre foram um tema polêmico, inclusive mal visto pela sociedade em geral, sobretudo em períodos de crise, como os recentes anos. Convém ressaltar que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, importantes mudanças foram impostas, sendo algumas consideravelmente prejudiciais aos ocupantes de cargos e empregos públicos, por vezes, até questionáveis quanto ao possível desrespeito à segurança jurídica.

A Constituição Federal, ao tratar sobre os servidores públicos em sua redação original, estabeleceu a obrigatoriedade de instituição de um regime jurídico único por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.¹ Tal estipulação gera importantes deveres para os gestores públicos; o desrespeito a estes deveres, por sua vez, pode acarretar severas consequências, não somente para tais gestores, mas para o erário, sobretudo.

Como se pode observar na leitura superficial do art. 39 da CF, é estipulado um mesmo regime para a administração pública direta, para as autarquias e para as fundações públicas.² O foco de análise desta monografia reside no último item a que se refere o artigo, as fundações públicas, entidades que o Poder Público em geral tem por hábito tratar de forma diversa do que dispõe a previsão constitucional referida, preferindo contratar mediante a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT),

¹ Art. 39 da CF: 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.

² O conceito dessas será cuidadosamente abordado em seguida.

apesar de, na mesma esfera, ter regime estatutário regendo a administração direta e as autarquias.

2.1.2 Da Emenda Constitucional 19/1998

De fato, a determinação legal de um regime jurídico único em nada interessa à classe política que desde sempre regeu o país. Portanto, sem perder muito tempo, no dia 23 de agosto de 1995, o Poder Executivo apresentou a proposta da Emenda Constitucional 19, a chamada Reforma Administrativa. Na exposição de motivos interministerial, assinada pelos representantes de diversas pastas do governo então vigente, são informadas as bases da proposta.³

Dois pontos importantes mencionados são a extinção do regime jurídico único e a flexibilização da estabilidade. Acerca do primeiro, o argumento é de que a exigência do Regime Jurídico Único (RJU) “impôs pesada restrição legal à autonomia e flexibilidade de gestão imprescindíveis à administração indireta”, supostamente retroagindo a um modo de gestão antiquado. O mesmo argumento é utilizado para estender a desobrigação aos estados e municípios, para que estes possam igualmente organizar seus quadros funcionais de acordo a conveniência de seus governantes.⁴

De acordo com a exposição de motivos, a diversidade de regimes jurídicos é um facilitador à implantação de uma nova arquitetura jurídico-institucional, visando à reorganização e à modernização estrutural da administração pública brasileira. Para autarquias e fundações, sustenta-se a necessidade de regimes jurídicos alternativos que viabilizem “maior agilidade no recrutamento e dispensa de quadros”.⁵

³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Emenda Constitucional 19/1998: Exposição de Motivos Interministerial. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>>. Acesso em 27 de dezembro de 2017.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

Essas declarações deixam clara a opinião dos elaboradores da emenda acerca do instituto da estabilidade do servidor público. Não obstante, tal opinião foi disposta expressamente em trecho posterior. É proposta a flexibilização da estabilidade. Após o reconhecimento da importância histórica do instituto como ferramenta de combate “à administração patrimonialista e ao uso da demissão como instrumento político”, seguem argumentos para justificar o suposto interesse público na mudança proposta.⁶

Em suma, pretendeu-se demonstrar que a medida pode trazer modernização das técnicas de gestão, propiciando melhor eficiência e desempenho. É proposta uma utilização “diferenciada e graduada conforme as características institucionais e de gestão de cada segmento da administração”, fugindo da “indiscriminada atribuição de rígida estabilidade a todos os servidores, na administração direta nas autarquias e nas fundações”.⁷

Outro alvo importante da reforma é a criação da possibilidade de implementação do desligamento de servidores estáveis por desempenho ineficiente em suas atividades, conforme se pode constatar no texto constitucional.⁸ Ao comentar as hipóteses de perda de cargo do servidor estável, Juarez Freitas salienta a necessidade de, com relação à hipótese de demissão por insuficiência de desempenho, elaborar-se uma lei complementar. É oportuno enfatizar a relevância da observação feita há quase vinte anos, uma vez que, após tanto tempo, tem-se ainda apenas um projeto de lei do referido tema. O projeto iniciou em 1998, por iniciativa do presidente Fernando Henrique Cardoso⁹, sendo lembrado neste ano, com o apensamento do projeto de lei do senado de número 116¹⁰. A nação compartilha do desejo do autor de que “tomara não resvale para o alargamento das clássicas veredas do triunfo arbitrário”.¹¹

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Art. 41, §1º, III da CF: § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar. PLP 248/1998. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21616>>. Acesso em 27 de dezembro de 2017.

¹⁰ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 116/2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128876>>.

¹¹ FREITAS, Juarez. Boletim de Direito Administrativo. nº 7. NJD, 1998. p. 431.

Como se pode ver, a reforma administrativa, Emenda Constitucional (EC) 19, trouxe sérias modificações ao direito brasileiro. Algumas sutis, outras um tanto ostensivas e, portanto, mais notáveis, como é o caso do art. 39 da CF¹², que teve a redação do seu caput completamente transfigurada, sem que restasse a menor semelhança com o que outrora fora.¹³

2.1.3 DA ADI 2135-4/DF – Retorno do RJU

Uma alteração tão notável e importante trouxe consigo a contrariedade daqueles que, sentindo-se prejudicados, buscaram formas de restaurar a situação anterior. Isso foi possível, em agosto de 2007, através do julgamento em caráter liminar da ADI 2135-4/DF, em que foi declarada a inconstitucionalidade formal da nova redação do art. 39, conforme dada pela EC 19/98. Como dito, trata-se de inconstitucionalidade formal, fundamentada no fato de não ter sido atingido o quórum necessário para que fosse legalmente aprovada a alteração, com base no art. 60, §2º da CF.¹⁴ Como se vê na leitura da ementa, foram consideradas juridicamente irrelevantes as demais alegações de inconstitucionalidade, formais e materiais.

Contrariando a exigência legislativa, a alteração do caput do art. 39 não obteve três quintos em primeiro turno. Mesmo assim, foi mantido o texto não aprovado para votação em segundo turno, em uma tentativa de aprovar a qualquer custo o fim do regime jurídico único. Em primeiro turno faltaram apenas dez votos para que se atingisse o objetivo do governo.

¹² Art. 39 da CF: 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.

¹³ Art. 39 da CF: 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 Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁴ Art. 60, § 2º da CF: A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

A ADI 2135-4/DF, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, foi proposta pelos seguintes partidos: Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Comunista do Brasil (PcdoB) e Partido Socialista Brasileiro (PSB). Com pedido de liminar, questiona a constitucionalidade da EC 19/98. Argumentam os requerentes que o então Presidente da Câmara dos Deputados teria incluído a proposta da emenda na pauta com diversas alterações no seu conteúdo, as quais não foram discutidas em plenário.¹⁵

O Ministro Relator Néri da Silveira perpassa os argumentos apresentados pelos requerentes, fornecendo um panorama geral da questão em um relatório bastante minucioso.

Apontam diversos dispositivos que tiveram seu conteúdo alterado, assim como apontam ofensa da EC 19/98 ao princípio constitucional da isonomia. Os dispositivos apontados tratam da remuneração no serviço público. Mostram ainda que a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 173/95, que originou a emenda, teve mudanças em sua essência, com tramitação irregular.¹⁶

No dia 27 de abril de 1997, durante sessão de votação da emenda, decidiu-se que o caput do art. 39, juntamente com outros dispositivos, seria destacado para votação em separado. Ressalta-se que os dispositivos referidos careciam de 308 votos em plenário para sua aprovação, para poder integrar a emenda.¹⁷

Uma observação interessante, com o fim de justificar a votação em separado, é que, em conjunto, os artigos apontados retiram benefícios inerentes à relação estatutária do obreiro público, deixando apenas o ônus. Como exemplo, é citada a inclusão da proibição de que se busque equiparação salarial na esfera pública, o que realmente foi aprovado na emenda.¹⁸ Conforme informado, “o destaque visa,

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.135-4/DF – Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 02 de agosto de 2007. p. 4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>>. Acesso em 28 de dezembro de 2017.

¹⁶ Ibid., p. 5

¹⁷ Ibid., p. 7

¹⁸ Art. 37, XIII da CF: 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).

então manter a regra atual do regime jurídico único, alcançando todos os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional ocupantes de cargos permanentes, bem assim preservar a permissão de contratação temporária por excepcional interesse público”.¹⁹

O destaque para votação em separado nº 9 visava dar atenção especial aos seguintes dispositivos: art. 37, IX, que previa a criação do contrato de emprego público; caput do art. 39, que suprimia a regra de obrigatoriedade RJU, tratando apenas da política remuneratória e dos planos de carreira; e art. 114, inclusão do §3º, dispondo sobre o impedimento de recurso à Justiça do Trabalho em questões envolvendo servidores submetidos a contrato celetista.²⁰

A matéria separada obteve apenas 298 votos favoráveis, insuficiente, frente aos 308 necessários. Sendo assim, deveriam ser suprimidas do texto da emenda aprovada em segundo turno. Inclusive, foram retirados os art. 32 e 33 que dependiam da aprovação do caput do art. 39, o que não ocorreu.²¹

Infelizmente, o Relator fez alterações de redação em dispositivos que não foram apreciados em plenário, assim como alterações de mérito, contrariando o que foi votado.²² Não foram cumpridas exigências fundamentais para a legalidade de uma emenda constitucional. A Presidência da Câmara, por sua vez, optou por convalidar tal equívoco. Passou, inclusive, o ônus de agir aos deputados que estivessem inconformados com o desrespeito à decisão tomada em plenário, contrária à alteração do art. 39. Foram oferecidas 24 emendas de redação, as quais foram todas rejeitadas.²³

Ao comentar o pronunciamento de defesa de Moreira Franco, parlamentar relator que incluiu erroneamente o art. 39 com nova redação, o Ministro Néri da Silveira faz interessante observação acerca da redação original do dispositivo.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.135-4/DF – Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 02 de agosto de 2007. p. 8. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>>. Acesso em 28 de dezembro de 2017

²⁰ Ibid., p. 11

²¹ Ibid., p. 12

²² Ibid., p. 14

²³ Ibid., p. 18-19

Segundo ele, o RJU proposto na Constituição tem natureza implicitamente estatutária.²⁴

Conforme dispuseram os requerentes em sua petição, o Relator da emenda, Moreira Franco, ao redigir texto contrário ao aprovado, demonstrou “completo desprezo pela decisão do plenário”.²⁵ Revogou, dessa forma irregular e incoerente, a exigência constitucional pelo RJU.

Seguem apontamentos por parte dos requerentes, acerca de diversos dispositivos. Um dos aspectos levantados é a aparente exclusão do texto constitucional da necessidade de observação do princípio da isonomia no serviço público.²⁶

Dentre os argumentos para que se defira a medida liminar, especialmente com relação ao art. 39, é sustentado que em alguns municípios e estados da Federação, já se estavam alterando as respectivas leis orgânicas e constituições estaduais.²⁷ Convém observar que o Estado do Rio Grande do Sul se manteve inerte nesse sentido. A obrigatoriedade do art. 30 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul (CE/RS) pelo RJU nunca deixou de existir, desde sua promulgação. Tal observação será melhor trabalhada adiante.

Em 27 de setembro de 2001, diante das sustentações orais do advogado do PT, bem como de Gilmar Mendes, então Advogado-Geral da União, sob presidência do Ministro Marco Aurélio, decidiu-se pela suspensão da apreciação do pedido liminar.²⁸ Após o relatório, passou-se às decisões.

Em 08 de novembro de 2001, o Ministro Néri da Silveira acolhe o argumento de que o caput art. 39 não foi alterado pela EC 19/1998, uma vez que não cumpridas as exigências para sua alteração.²⁹ Ressalta, ainda, manifestação do Presidente da Câmara, Michel Temer, afirmando que, em virtude da manutenção do art. 39,

24 Ibid., p. 15

25 Ibid., p. 21

26 Ibid., p. 34-35

27 Ibid., p. 36

28 Ibid., p. 39

29 Ibid., p. 49

qualquer dispositivo que dependesse da nova redação seria, de pronto, considerado prejudicado, como de fato se fez com os art. 32 e 33.

O Ministro Relator entendeu que, de fato, não houve aprovação regular para alteração do caput do art. 39, permanecendo a exigência constitucional de um regime jurídico único comum à administração direta, autárquica e fundacional. Quanto aos demais argumentos, entendeu não haver relevância jurídica.³⁰ Posteriormente à sua manifestação, a Ministra Ellen Gracie pediu vista. Em 27 de junho de 2002, proferiu seu voto, acompanhando o Relator, suspendendo a alteração do caput do art. 39 até a decisão definitiva da ação.³¹ Na mesma data, proferiu seu voto, igualmente acompanhando o relator, o Ministro Sepúlveda Pertence, que ainda ironizou sobre a possibilidade de não estar presente ou com a memória avivada na retomada do julgamento, razão pela qual, antecipou o voto.³² O Ministro Nelson Jobim, por sua vez, pediu vista.

Em 23 de março de 2006, o Ministro Nelson Jobim proferiu seu voto. Divergindo dos demais julgadores, entende que Supremo Tribunal Federal deve buscar realizar uma análise mais objetivo do presente caso. Segundo ele, o Poder Legislativo tem uma dinâmica própria em suas decisões, o que pode ser deformado se observado sob a ótica do Poder Judiciário. A câmara tem uma relação entre maioria e minoria, cabendo ao Supremo Tribunal Federal (STF) analisar se houve abuso nessa relação.³³

Inicialmente, ele argumenta que a intenção central da PEC 173/95 era justamente a quebra do regime jurídico único.³⁴ Portanto, a observação do Relator, Néri da Silveira, fica enfraquecida, uma vez que, apesar de o Destaque para Votação em Separado (DVS) nº 9 objetivar proteger o RJU, contraria a essência da emenda, portanto, o que fora aprovado pela maioria. Praticamente todos os dispositivos da PEC tratavam de dois regimes, estatutário e celetista, como

³⁰ Ibid., p. 60

³¹ Ibid., p. 63

³² Ibid., p. 65

³³ Ibid., p. 99.

³⁴ Isso, aliás, já foi demonstrado neste trabalho quando da leitura da carta motivos da emenda.

coexistentes.³⁵ Segundo ele, a não aprovação do art. 39, conforme redigido na PEC 173/95, não excluiria a essência de que trata a mesma, a saber, a revogação do RJU.³⁶

A oposição buscou, através da técnica do destaque do art. 39, inverter a lógica democrática. Ocorre que restaram dispositivos, inclusive, referenciando ao conteúdo do artigo destacado. Tendo o substitutivo integral aprovação em dois turnos por maioria qualificada (309 e 351 votos, respectivamente), é possível compreender o regime jurídico único incluso, mormente pela leitura dos dispositivos posteriormente desconsiderados, art. 32 e 33 que referenciavam o art. 39 com nova redação. Esse é o entendimento do Ministro.³⁷

Segue o julgador em sua decisão expondo dispositivos que apontam a previsão de regime dúplice, todos aprovados em dois turnos. Demonstra-se, em seu entender, dessa forma, que foi derrubado o RJU. Dessa forma, inclusive, seria o caput original art. 39 incongruente com certos dispositivos aprovados pela EC 19/98. Isso, enfraquece o texto constitucional, cumprindo ao STF fazer o resguardo também nesse sentido.³⁸

Nesses termos, indeferiu o pedido de cautelar acerca da inconstitucionalidade da alteração do caput, discordando dos demais julgadores, Néri da Silveira, Ellen Gracie e Sepúlveda Pertence. Na mesma data, 23 de março de 2006, houve pedido de vista por parte do Ministro Ricardo Lewandowski.³⁹

Em seu voto, proferido em 22 de junho de 2006, o Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o Ministro Nelson Jobim, no sentido de não deferir a medida cautelar pretendida pelos requerentes. Um de seus argumentos é o de que não se configuraria mais o *periculum in mora*, diante do tempo decorrido desde a

³⁵ Conforme Celso Antônio de Mello, essa característica já era uma realidade mesmo antes da EC 19/98 (MELLO, op. cit. p. 254).

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.135-4/DF – Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 02 de agosto de 2007. p. 100. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>>. Acesso em 28 de dezembro de 2017.

³⁷ Ibid., p. 101.

³⁸ Ibid., p. 106.

³⁹ Ibid., p. 108.

promulgação da EC 19/98, tendo inclusive já se adaptado a legislação nos “três níveis político-administrativos da federação”.⁴⁰

Discorda, igualmente, da alegada inconstitucionalidade do art. 39 do Substitutivo. Repete os argumentos do Ministro Nelson Jobim. Segundo ele, o art. 162, VI⁴¹, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, determina que o DVS deve ser votado após a matéria principal.⁴² Nesse sentido, teria a votação sido concluída em dois turnos, conforme estipulado pelo texto constitucional.

Na mesma data, proferiu voto o Ministro Eros Grau. Entendeu por manifestar-se apenas sobre a pretendida medida cautelar referente ao art. 39, à qual indeferiu. O argumento acolhido foi justamente uma certa perda de objeto em decorrência do longo tempo transcorrido, sendo o pedido prejudicado, no seu ver.⁴³ O Ministro Joaquim Barbosa, da mesma forma, acompanhou o Ministro Ricardo Lewandowski.⁴⁴

O Ministro Sepúlveda Pertence discordou. A seu ver, a demora em julgar o pedido liminar apenas concede maior caráter de urgência à questão. Nestes termos, sustenta sua posição anteriormente defendida.⁴⁵ Assevera, ainda, que a demora não foi culpa do requerente, que não esperou dez anos da promulgação para propor a ação.⁴⁶

Após conversas dispostas na ata, o Ministro Carlos Britto se dispôs a proferir seu voto. Acompanhou o Ministro Néri da Silveira, concedendo deferimento ao

⁴⁰ Ibid., p.114.

⁴¹ Art. 162 do Regimento Interno da CD: Em relação aos destaques, serão obedecidas as seguintes normas: VI - concedido o destaque para votação em separado, submeter-se-á a votos, primeiramente, a matéria principal e, em seguida, a destacada, que somente integrará o texto se for aprovada.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.135-4/DF – Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 02 de agosto de 2007. p. 115. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>>. Acesso em 28 de dezembro de 2017.

⁴³ Ibid., p. 119

⁴⁴ Ibid., p. 120

⁴⁵ Ibid., p. 122

⁴⁶ Ibid., p. 126

pedido de medida cautelar acerca do art. 39.⁴⁷ Do mesmo entendimento participa o Ministro Marco Aurélio.⁴⁸

O Ministro Marco Aurélio ainda ironiza com um trocadilho, afirmando que acredita que não haverá outro “perdido” de vista até o julgamento.⁴⁹ Tem razão em sua manifestação, por mais irreverente que soe. Um exemplo de abuso nesse sentido é o tempo decorrido entre o pedido de vista e a manifestação acerca da liminar pelo Ministro Nelson Jobim (de 27 de junho de 2002 a 23 de março de 2006).

Passado mais de um ano, em 02 de agosto de 2007, os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio decidiram-se por acompanhar o voto do Relator Néri da Silveira.⁵⁰

Na mesma ocasião, o Ministro Gilmar Mendes apontou para a necessidade de o STF se manifestar acerca da repercussão jurídica da decisão, uma vez que já fora elaborada lei federal sobre o tema, assim como algumas em esfera estadual. A este respeito o Ministro Sepúlveda Pertence informou que, por regra, concede-se efeito *ex-nunc*.⁵¹

A Ministra Cármen Lúcia ainda ressalta que todas as normas que pretenderam se adequar à regulamentação estabelecida pela EC 19/98 sobre a inexigibilidade do RJU deverão ser refeitas na íntegra.⁵² Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio firma posição de que “até o julgamento final, os atos praticados na vigência da Emenda são preservados”.⁵³

O Ministro Sepúlveda Pertence ratifica que, com a decisão liminar, se retorna à situação anterior de Regime Jurídico Único, “com incorporação do pessoal eventualmente contratado em regime celetista no serviço público”.⁵⁴ A isso confirma

⁴⁷ Ibid., p. 124

⁴⁸ Ibid., p. 126

⁴⁹ Ibid., p. 126

⁵⁰ Ibid., p. 131-132

⁵¹ Ibid., p. 133

⁵² Ibid., p. 134

⁵³ Ibid., p. 136

⁵⁴ Ibid., p. 137

o Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que se estendem todas as consequências, inclusive a estabilidade.⁵⁵

É comum o entendimento entre os ministros de que, apesar de não se considerarem liminarmente nulas as contratações em regime diverso, durante a vigência da emenda em sua integralidade, novas contratações, após a presente decisão, não devem contrariar o art. 39, em sua redação original. Portanto, gestores públicos que houverem contratado, mediante emprego público, após a decisão liminar da ADI-MC 2135-4/DF, fazem-no assumindo o risco.⁵⁶

Por fim, na mesma data foi emitido julgamento liminar nos seguintes termos:

Medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2135/DF: O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 039, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 019, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão - como é próprio das medidas cautelares - terá efeitos ex nunc, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie, que lavrará o acórdão. Não participaram da votação a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Gilmar Mendes por sucederem respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Néri da Silveira.

(Plenário, 02.08.2007. Acórdão, DJ 07.03.2008)

Com a decisão, volta-se à redação original do texto constitucional, em que se exige a aplicação do regime jurídico único aos quadros da administração direta, das autarquias e das fundações públicas. A forma como deve ser aplicada tal exigência é discutida pela doutrina e pela jurisprudência, havendo algumas interpretações conflitantes; algo compreensível, diante das diversas variáveis e aspectos importantes em se tratando de matéria de direito administrativo.

⁵⁵ Ibid., p. 138

⁵⁶ Ibid., p. 140

2.2 VISÃO DOUTRINÁRIA

Assim como Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷, Hely Lopes Meirelles sustenta que a decisão do STF, na ADI 2135-4/DF, suspendendo a alteração do caput do art. 39 da CF, com efeito ex nunc, implica o retorno da obrigatoriedade do RJU para todos os servidores públicos abrangidos pelo texto. Ressalta, todavia, que tal regime pode ser estatutário, celetista ou administrativo especial.⁵⁸ Salienta, ainda, que não pode o ente federado optar pelo regime celetista, para seus servidores, e alterá-lo em alguns pontos. Uma vez que, por se tratar de Direito do Trabalho, está incluído como competência privativa da União.⁵⁹

Daí pode surgir um questionamento acerca da real possibilidade de se optar pela CLT, como RJU. Uma vez que a CLT não prevê diversos direitos constitucionais destinados aos servidores, é necessário que se façam adendos ao regime, contrariando o que disse o autor.

Nesse sentido se posiciona Celso Antônio Bandeira de Melo. Para ele, o esforço do legislador em detalhar o regime estatutário, nos numerosos parágrafos e incisos dos artigos 39 a 41, indica que este é o regime prioritário para os servidores previstos no caput do art. 39. Além disso, no §3º do art. 39, o legislador estende alguns direitos do art. 7 aos servidores públicos, evidenciando que o regime corrente deve ser diverso da CLT, do contrário, estaria sendo redundante ao conceder um direito já pertencente aos de vínculo empregatício.⁶⁰

As proteções inerentes ao regime institucional (estabilidade, reintegração, disponibilidade remunerada, aposentadoria diferenciada) visam resguardar o servidor do perigo de que, por falta de segurança, possa ser manejado pelos transitórios governantes em proveito de objetivos pessoais, sectários ou político-

⁵⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28. Ed. São Paulo. Malheiros, 2011. p. 168.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 38. Ed. São Paulo. Malheiros, 2012. p. 466-467.

⁵⁹ Art. 22, I da CF: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

⁶⁰ MELLO, op. cit. p. 261.

partidários. “Tais proteções representam, na esfera administrativa, função correspondente à das imunidades parlamentares na órbita legislativa e dos predicamentos da Magistratura, no âmbito jurisdicional.”⁶¹

Para ele, todavia, é errônea a interpretação de que todas as pessoas jurídicas de direito público devem optar por um único regime.⁶² A exigência do art. 39 da CF pelo RJU deve ser entendida como sendo aplicável dentro de cada esfera de poder, sem dependência vinculativa ao regime estabelecido em outra esfera. O que não deve ocorrer é a coexistência de regimes diversos entre administração direta, autárquica e fundacional no âmbito de uma mesma esfera. Podendo, entretanto, para atividades básicas, ser reservado o emprego público, uma vez autorizado pela CF.⁶³

O autor define servidor público como designação dada aos integrantes de cargos ou empregos nas pessoas jurídicas de Direito Público. É, portanto, espécie do gênero “Servidores Estatais”. Esta, sim, abarca os servidores das entidades governamentais de Direito Privado.⁶⁴

A figura do empregado público é relevante na administração indireta. Servidores Estatais de Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público devem obrigatoriamente seguir o regime trabalhista.⁶⁵ Para as Pessoas de Direito Privado, não há que se falar em regime estatutário, nelas não há cargos públicos. Aliás, para as estatais que exploram atividades econômicas, há expressa disposição no art. 173, p1, II de que se submetem os seus servidores ao regime trabalhista.⁶⁶

Não obstante, a CF admite a adoção do regime de emprego para as pessoas citadas no art. 39, como se vê nos art. 51, IV; art. 52, XIII; art. 61, p1, II,a, já na redação original. O art. 114 destina à Justiça do Trabalho as ações oriundas da relação de trabalho na administração direta e indireta, pressupondo a existência de empregados nessas esferas. Em se tratando de administração direta, autarquias e

61 Ibid., p. 261-262

62 Ibid., p. 258

63 Ibid., p. 260

64 Ibid., p. 248

65 Ibid., p. 250

66 Ibid., p. 260

fundações públicas, cabe o regime de emprego nos serviços materiais subalternos, uma vez que a área de atuação destes agentes não introduz riscos para a impessoalidade. Observa-se ainda que não se trata de regime trabalhista puro, mas afetado pela interferência de determinados preceitos de Direito Público.⁶⁷

Convém ressaltar que o regime estatutário não é composto somente de vantagens. O cargo público não é de natureza contratual, mas institucional. Nas relações contratuais, os direitos e obrigações recíprocos são imutáveis unilateralmente. Na relação estatutária, o Estado, ressalvadas as vedações constitucionais, detém o poder de alterar legislativamente as disposições do regime de contratação. Não significa que não haja direitos adquiridos no curso da relação estatutária, uma vez preenchidos os pressupostos de aquisição, os quais diferem dos da relação contratual.⁶⁸ Diversas vezes o STF se posicionou, por exemplo, ratificando que ao servidor público não assiste direito adquirido a regime jurídico.⁶⁹

A própria estabilidade do servidor público estatutário é relativa. A Controladoria-Geral da União (CGU) tem obtido louvável êxito no combate a práticas ilícitas na esfera administrativa, mais precisamente no poder executivo federal. Somente em 2016, foram expulsos 550 servidores do governo federal, sendo 445 mediante demissão, portanto, ocupantes de cargo efetivo. No intervalo entre 2003 e 2016, o relatório do governo computa 6209 expulsões, destas, 5172 mediante demissão.⁷⁰

⁶⁷ Ibid., p. 263-264

⁶⁸ Ibid., p. 256-257

⁶⁹ "O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido à regime jurídico-funcional pertinente à composição dos vencimentos ou à permanência do regime legal de reajuste de vantagem, desde que eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração, não acarretando decurso de caráter pecuniário. Precedentes." (RE 593304 AgR, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgamento em 29.9.2009, DJe de 23.10.2009)

⁷⁰ BRASIL. Governo Federal expulsa 550 servidores em 2016 por práticas ilícitas. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/01/governo-federal-expulsa-550-servidores-em-2016-por-praticas-ilicitas>>. Acesso em: 27 de dezembro de 2017.

2.3 DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS

Sendo pacífico na doutrina o entendimento de que, após a decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2135-4/DF, volta a vigor imposição do regime jurídico único, conforme determina o art. 39 da CF, é necessário analisar como se dará a aplicação da norma às fundações públicas. Afinal, as fundações públicas são contadas juntamente com a administração direta e as autarquias.

O conceito de fundação pública não é uniforme na doutrina. Há ainda que se considerar a forma aceita pela jurisprudência, uma vez que é o Poder Judiciário o responsável último pela aplicação das normas jurídicas. Diante da relevância da matéria é imprescindível que se chegue a uma conclusão acerca do conceito.

Hely Lopes Meirelles é claro ao firmar sua posição de que, quando a CF se refere a “Administração Direta, Autárquica e Fundacional”, nesse rol não inclui as Fundações Públicas de Direito Privado, uma vez que essas são apenas autorizadas por lei.⁷¹ Esse entendimento tem por fundamento o art. 37, XIX⁷², que realmente posiciona as fundações ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista, cuja instituição é autorizada por lei, diferente das autarquias, que são criadas por lei específica. Haveria, portanto, diferença de eficácia entre uma lei autorizativa e uma lei criadora. Importante observar que o texto constitucional original não dispunha dessa diferença, que foi introduzida na EC 19/98.⁷³ Originalmente, todas essas entidades eram criadas por lei específica.

Na opinião de Hely Lopes Meirelles, a nova redação do inc. XIX do art. 37 da CF, dada pela EC 19/98, restabeleceu o entendimento de que as Fundações Públicas fazem parte do rol de entidades de personalidade jurídica de Direito Privado. Este, na realidade, conforme declaração do próprio autor, sempre foi o seu

⁷¹ MEIRELLES, op. cit. p. 67.

⁷² Art. 37, XIX da CF: 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)

⁷³ Art. 37, XIX da CF, redação original: somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública.

entendimento, mesmo quando se trata de fundação mantida e criada pelo Poder Público, alterando-se apenas pelo advento da CF/88.⁷⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello busca aprofundar-se um pouco no estudo da diferença entre público e privado. A personalidade de Direito Público, segundo o autor, dota o ente da capacidade de ser titular de interesse público; a personalidade de Direito Privado, por sua vez, concede ao ente público apenas a qualificação para o exercício de atividade pública.⁷⁵

Para ele, a nova redação do art. 37, XIX, determinado que a instituição das Fundações seria autorizada por lei (tal qual Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas) é insuficiente para incluí-las no universo das pessoas jurídicas de Direito Privado, diante das muitas outras razões que induzem a entendimento diverso. O Decreto-lei 200, por exemplo, apesar de dispor que as Fundações Públicas adquiriam personalidade jurídica com a inscrição no Registro Civil, estas não se submetiam às demais disposições do Código Civil sobre as fundações.⁷⁶ Para o autor, “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as Fundações Públicas são pessoas de Direito Privado”. Equivocou-se o legislador a dispor dessa definição.⁷⁷

O autor é bastante crítico ao afirmar que, no Direito brasileiro, foram criadas diversas pessoas designadas como fundações que em nada diferiam das autarquias. A tais entidades se concedeu a designação de pessoas jurídicas de Direito Privado apenas para se evadirem dos Controles Moralizadores destinados às pessoas de Direito Público ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos.⁷⁸

Em seguida, ele enumera alguns artigos da Constituição que, em seu entender, evidenciam a intenção do legislador de aproximar conceitualmente as fundações às autarquias. No art. 37, XI⁷⁹, são incluídas as fundações, juntamente

⁷⁴ MEIRELLES, op. cit. p. 405

⁷⁵ MELLO, op. cit. p. 160-161

⁷⁶ Ibid., p. 186

⁷⁷ Ibid., p. 184

⁷⁸ Ibid., p. 184

⁷⁹ Art. 37, XI da CF: a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da

com a administração direta e autárquica, entre os entes que devem respeitar aos limites remuneratórios, diferentemente do tratamento que recebem os funcionários das empresas públicas e das sociedades de economia mista.⁸⁰

O mesmo se deu quanto ao tratamento devido ao servidor em mandato eletivo, conforme dispõe o art. 38 da CF, colocando-se em mesma categoria os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas.⁸¹ Ao tratar dos contratos públicos, no art. 22, XXVII⁸², também houve distinção entre as entidades da administração pública indireta. Novamente, o legislador posiciona as fundações ao lado da administração direta e das autarquias. Sob tais equivalências de tratamento, o autor afirma que fica evidente o caráter de Direito Público que o

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

⁸⁰ O texto original não estipulava a quem se destinavam os limites, apenas definia que a matéria haveria de ser tratada em lei. (Art. 37, XI da CF: a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito).

⁸¹ Art. 38 da CF: 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; IV - em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento; V - para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse.

⁸² Art. 22, XXVII da CF: 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).

legislador constitucional concedeu às fundações, devendo-se seguir para as mesmas o regime jurídico estatutário para seus servidores.⁸³

Acerca das semelhanças legais entre autarquias e fundações públicas, apesar de não compartilhar do mesmo entendimento, Hely Lopes Meirelles fez questão de citar o posicionamento do STF de que as fundações públicas são espécie do gênero autarquia. O autor infere que, diante da prevalência de tal orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações de direito público todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias.⁸⁴

Ele cita, como exemplo, decisão publicada na Revista de Direito Administrativo (RDA) 171, um conflito de competência de relatoria do Ministro Aldir Passarinho. O relator utilizou como base para sua decisão, o posicionamento do Ministro Moreira Alves, relator do Recurso Extraordinário (RE) nº 101.126, em que se decidiu, por unanimidade, que 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, que integram o gênero autarquia.⁸⁵ Trata-se, porém, de um julgado antigo, anterior, inclusive, à EC 19/98, que modifica consideravelmente os fundamentos constitucionais da matéria. É, todavia, relevante observar que o mesmo julgado ainda é utilizado como fundamento pela Suprema Corte, como fez a Ministra Ellen Gracie, relatora do RE Nº 381.204-RS, em 2005.⁸⁶

⁸³ MELLO, op. cit. p. 185

⁸⁴ MEIRELLES, op. cit. p. 405

⁸⁵ PASSARINHO, Aldir. Fundação - Autarquia - Legião Brasileira de Assistência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 171, p. 124-126, jan. 1988. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45716/44055>>. Acesso em: 01 Dez. 2017.

⁸⁶ RE N. 381.204-RS. RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSOR. TRIPLA ACUMULAÇÃO DE CARGOS. INVIABILIDADE. TRANSCURSO DE GRANDE PERÍODO DE TEMPO. IRRELEVÂNCIA. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. 1. Esta Corte já afirmou ser inviável a tripla acumulação de cargos públicos. Precedentes: RE 141.376 e AI 419.426-AgR. 2. Sob a égide da Constituição anterior, o Plenário desta Corte, ao julgar o RE 101.126, assentou que "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". Por isso, aplica-se a elas a proibição de acumulação indevida de cargos. 3. Esta Corte rejeita a chamada "teoria do fato consumado". Precedente: RE 120.893-AgR. 4. Incidência da primeira parte da Súmula STF nº 473: "a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos". 5. O direito adquirido e o decurso de longo tempo não podem ser opostos quanto se tratar de manifesta contrariedade à Constituição. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Esse entendimento é ratificado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma serem as Fundações Públicas nada mais que autarquias, diferindo-se apenas em sua base estrutural. As entidades de base fundacional tomam como substrato um patrimônio personalizado, ou, mais corretamente, a personificação de uma finalidade.⁸⁷

Sendo as Fundações Públicas pessoas de Direito Público com capacidade exclusivamente administrativa, equivalem-se às autarquias, devendo ser aplicado a seus servidores o mesmo Regime Jurídico destinado aos destas. A diferença na forma de criação, nas palavras do autor, deriva de pura falta de técnica por parte do legislador.⁸⁸

Há ainda que se referir que o Poder Público majoritariamente, em suas esferas, tem por hábito a instituição de Fundações Públicas de Direito Privado, ao invés de lhes conceder o caráter público. Essa escolha ocorre aparentemente de forma até mesmo indiscriminada, sem critérios claros que justifiquem a opção pela natureza e conseqüente forma de criação.

Importante ressaltar que não se tratam de Fundações Privadas, mas de entidades, em regra, mantidas pelo erário, e que executam atividades cuja responsabilidade é estatal. Acerca disso, tem se manifestado a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT4), recentemente, sobretudo nas ações correlatas à proposta de extinção de algumas fundações por iniciativa do Governo do Estado do Rio Grande do Sul.

A correta definição do conceito de Fundações Públicas é imprescindível. Se, para diferenciar uma Fundação Pública de uma Privada, basta ao gestor público mudar uma palavra em sua lei de origem, é compreensível que se chegue à atual situação em que jamais será criada fundação pública de direito público.

O art. 39 da CF ao incluir a Fundação Pública como destinatária do Regime Jurídico Único realmente impôs severo ônus à administração. Todavia, sendo esta a estipulação constitucional vigente, deve ser cumprida.

⁸⁷ MELLO, op. cit. p. 186

⁸⁸ Ibid., p. 187

Diante da indefinição conceitual, é tendência que o entendimento cabível deva ser em breve estabelecido pelo Poder Judiciário, assim que provocada sua manifestação. Já se tem alguns julgados acerca do tema, especialmente na jurisdição trabalhista, concedendo caráter de fundação pública a fundações instituídas como de direito privado.⁸⁹

Tal posicionamento altera profundamente a forma como podem ser enfrentados os conflitos envolvendo essas entidades. Se uma fundação pública de direito privado for efetivamente declarada como de direito público, isso pode implicar que se lhe estendam as diversas características inerentes à natureza pública.

Dentre essas características, inclui-se a necessidade de aplicação do Regime Jurídico Único a seus funcionários. Uma vez que passe a ser considerada pessoa jurídica de direito público, aproxima-se conceitualmente das autarquias, restando a dúvida acerca da validade dos atos administrativos anteriores, em que deu-se tratamento conforme cabível a pessoas de direito privado.

⁸⁹ 0020895-04.2014.5.04.0018 (RO)

3 DAS FUNDAÇÕES EXTINTAS PELO GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Recentemente, o governo do Estado do Rio Grande do Sul manifestou publicamente planos de extinguir algumas fundações públicas. Com a medida, visava reduzir custos ao governo, sobretudo através do desligamento dos empregados nelas lotados.

Em 16 de janeiro de 2017, foi promulgada, pelo Governo Estadual, a lei nº 14.982⁹⁰, que trata da extinção de seis fundações estaduais. O art. 1º da referida lei, estipula quais fundações estão autorizadas à extinção; são as seguintes:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a extinguir as seguintes fundações integrantes da Administração Pública Indireta do Estado do Rio Grande do Sul:

- I - Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul, criada a partir de autorização prevista na Lei n.º 6.497, de 20 de dezembro de 1972;
- II - Fundação de Ciência e Tecnologia – CIENTEC –, criada a partir de autorização prevista na Lei n.º 6.370, de 6 de junho de 1972;
- III - Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser – FEE –, criada a partir de autorização prevista na Lei n.º 6.624, de 13 de novembro de 1973;
- IV - Fundação Piratini, criada a partir de autorização prevista na Lei n.º 7.476, de 31 de dezembro de 1980;
- V - Fundação para o Desenvolvimento de Recursos Humanos – FDRH –, criada a partir de autorização prevista na Lei n.º 6.464, de 15 de dezembro de 1972; e
- VI - Fundação Estadual de Planejamento Metropolitano e Regional – METROPLAN –, criada a partir de autorização prevista na Lei n.º 6.748, de 29 de outubro de 1974.

Parágrafo único. A extinção da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul somente será implementada após a efetiva assunção dos serviços prestados pela Secretaria do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, que os executará direta ou indiretamente.

⁹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 14.982, de 16 de janeiro de 2017. **Assembléia Legislativa**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/LEI%2014.982.pdf>> Acesso em: 29 de dezembro de 2017.

Conforme consta no parágrafo único do artigo transcrito, para a Fundação Zoobotânica resta ainda a ressalva de que deve o Estado manter a prestação dos respectivos serviços ininterrupta, mesmo durante o processo de extinção. Outra estipulação importante da lei é a de que o Estado passa ser o sucessor legal das fundações, tanto para direitos quanto para eventuais obrigações.⁹¹

Isso certamente se aplica ao caso dos empregados fundacionais. Havendo passivo trabalhista, ficaria o Estado como sucessor trabalhista. Todavia, como visto, não se trata de relação celetista usual. Portanto, devem ser consideradas as especificidades dessa relação que aparentemente está entre o Regime Estatutário e o celetista, contendo elementos de ambos em convivência.

Nesse contexto, foi redigido o art. 5º da lei, especialmente o §1º, que estabelece exceções ao desligamento proposto no caput:

Art. 5º Durante o processo de extinção, os empregados do quadro de pessoal das fundações referidas no art. 1.º de que tratam a Lei n.º 14.187, de 31 de dezembro de 2012, a Lei n.º 14.509, de 4 de abril de 2014, a Lei n.º 14.437, de 13 de janeiro de 2014, a Lei n.º 14.420, de 6 de janeiro de 2014, a Lei n.º 13.955, de 23 de março de 2012, e a Lei n.º 14.497, de 3 de abril de 2014, terão seus contratos de trabalho rescindidos, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, com o pagamento das respectivas verbas rescisórias, na forma da legislação trabalhista.

§ 1º Não se aplica o disposto no “caput” aos empregados estabilizados legal ou judicialmente, os quais serão aproveitados ou colocados em disponibilidade na Administração Pública Estadual.

Ao pesquisar a forma como foram instituídas as fundações alvo de extinção, é possível constatar que se tratam de fundações de Direito Privado, analisando apenas como critério a forma de criação mediante lei autorizadora. O art. 4º do projeto da lei que autoriza a extinção de seis fundações, ao mencionar que serão rescindidos os contratos dos funcionários, ressalta, em seu §1º, que tal rescisão não

⁹¹ Art. 2º da Lei 14.982: Extintas as fundações referidas no art. 1.º desta Lei, o Estado as sucederá nos seus direitos e obrigações decorrentes de norma legal, ato administrativo, convênio ou contrato, inclusive quanto a eventuais obrigações remanescentes, bem assim nas demais obrigações pecuniárias.

atingirá aqueles que houverem sido estabilizados legal ou judicialmente, reservando a esses a hipótese de serem colocados em disponibilidade.⁹²

Isso demonstra a ciência do legislador estadual da possibilidade de que funcionários oriundos de determinado período, ou detentores de determinada condição jurídica, ainda que ocupantes de emprego em entidade instituída como sendo de direito privado, podem gozar de eventual garantia de estabilidade. Esse assunto já foi objeto de modulação pelo STF⁹³, como se verá.

A Desembargadora Cleusa Regina Halfen, ao julgar, como relatora, pela 10ª Turma Regional do TRT4, ação envolvendo como parte a Fundação Piratini, pronunciou-se acerca da natureza jurídica da mesma. Assevera que, apesar de haver sido inicialmente instituída como entidade integrante da administração pública indireta de direito privado, “sua natureza jurídica está atrelada ao direito público, uma vez que exerce atividade pública e não tem finalidade lucrativa, sendo mantida com recursos exclusivos do Estado do Rio Grande do Sul”.⁹⁴

A ação tratou da dispensa de funcionária celetista, aprovada em concurso público para emprego público junto à Fundação Piratini. A decisão do colegiado foi contrária à manifestação da relatora, que se posicionou pela necessidade de motivação da dispensa de funcionário público celetista, mesmo antes de ultrapassado o estágio probatório. Tal explanação não foi questionada pelos demais julgadores. Para eles, esteve configurada a motivação, uma vez que considerada a funcionária inapta para a função através de diversas formas de comprovação. Não foi, portanto, questionado o entendimento da relatora acerca do caráter público da fundação; apenas utilizado outro parâmetro para a decisão.

⁹² Art. 4º, §1º do PL 246: Não se aplica o disposto no caput aos empregados estabilizados legal ou judicialmente, os quais serão aproveitados ou colocados em disponibilidade na Administração Pública Estadual.

⁹³ AI 480432 AgR/SP; RE 666129/RS; AI 628.888-AgR; AI 472.685-AgR; AI-510.994-AgR

⁹⁴ TRT4 0020880-35.2014.5.04.0018 (RO) p. 4.: “FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE DO ART. 41 DA CF. ATO ADMINISTRATIVO MOTIVADO. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. A estabilidade prevista no art. 41 da CF beneficia o servidor público celetista de fundação formalmente criada como entidade de direito privado, mas atrelada à Administração Pública, pois exerce atividade pública, não têm fins lucrativos e é mantida exclusivamente com verbas públicas, sendo nulo o ato de dispensa desse servidor, sem a observância do contraditório e da ampla defesa, consoante a regra do caput do art. 37 da Constituição Federal.”

3.2 RJU NA CE/RS

Acerca da exigência constitucional de um Regime Jurídico Único comum a Administração Direta, Autarquias e Fundações, convém observar aspecto relevante na legislação estadual do Rio Grande do Sul. Além da estipulação do art. 39 da CF, vige, na esfera estadual, o art. 30 da Constituição Estadual⁹⁵, que, desde 3 de outubro de 1989, prevê a obrigatoriedade de que o Estado tenha um regime que englobe os referidos órgãos e entidades.

Tal dispositivo não sofreu alteração com a promulgação da EC 19/98, que teve como relevante efeito subtrair a obrigatoriedade do RJU pela CF. O legislador estadual, todavia, não se ateve a alterar sua legislação doméstica sobre o tema.

Ocorre que, apesar da manutenção do conteúdo do art. 30 da CE/RS, passou-se a ignorar a exigência contida no referido dispositivo, utilizando-se do resultado da EC 19/98 como fundamento a contratações em regime celetista para a administração indireta fundacional do Rio Grande do Sul. Interessante que o Estado do Rio Grande do Sul, ao promulgar seu art. 30, não somente ratificou para si a obrigação da redação original do art. 39 da CF, como foi ágil a ponto de em poucos anos instituir a Lei Complementar (LC) 10098/94 como seu Regime Jurídico Único, sob o qual abrigou os funcionários de suas fundações públicas.⁹⁶

Como não se tomou medida legislativa para modificar a redação do art. 30 da CE/RS, nunca esteve o Estado do Rio Grande do Sul desobrigado de observar o cumprimento do RJU que ele mesmo estabeleceu para os quadros de sua Administração Direta, de suas Autarquias e de suas Fundações Públicas. Trata-se de um caso de autolimitação do Estado, conforme teoria proposta por Jellinek. Para

⁹⁵ Art. 30 da CE/RS: O regime jurídico dos servidores públicos civis do Estado, das autarquias e fundações públicas será único e estabelecido em estatuto, através de lei complementar, observados os princípios e as normas da Constituição Federal e desta Constituição. (Vide Leis Complementares n.os 10.098/94 e 10.842/96)

⁹⁶ Art. 276 da LC 10.098: Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores estatutários da Administração Direta, das autarquias e das fundações de direito público, inclusive os interinos e extranumerários, bem como os servidores estabilizados vinculados à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943.

o autor, as garantias do Direito Público conduzem à sujeição do Poder do Estado às regras que ele mesmo estabeleceu.⁹⁷

Ao comentarem a CE/RS, Bruno Miragem exprime o parecer de que realmente nunca deixou de ser exigível o RJU em âmbito estadual. Afirma ainda que, por já haver um regime previsto na LC 10.098/94, somente caberia o regime estatutário, conforme previsto na referida lei.⁹⁸

Tal interpretação pode ter implicações importantes. Se os empregados fundacionais do Rio Grande do Sul fazem jus ao regime disposto na LC 10098/94, será necessário revisar a forma de tratamento dado quanto aos direitos funcionais destes. Já não se trata de pura relação trabalhista, nem mesmo semelhante à relação das empresas públicas e sociedades de economia mista com seus empregados. Talvez o ideal seria copiar o que propõe a Lei 8112, Regime Jurídico Único da União, em seu art. 243, §1º.⁹⁹ Na esfera federal, os empregos pré-existentes à instituição do RJU, foram convertidos em cargos de provimento efetivo, na data da promulgação da lei.

3.3 JURISPRUDÊNCIA

O Poder Judiciário tem se disposto a conceder o caráter de direito público às fundações instituídas como de direito privado, podendo ser considerada a necessidade de que se verifique a forma de contratação dos funcionários das respectivas entidades. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se posicionou concedendo, a servidores celetistas fundacionais do Estado de São Paulo, direitos inerentes à relação estatutária. Ao tratar sobre a “sexta parte” e o quinquênio,

⁹⁷ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. 3. reimp. Trad. Fernando de los Ríos. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 435

⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. Comentários à constituição do estado do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro : Forense, 2010. p. 205

⁹⁹ BRASIL. Lei 8112, Art. 243, § 1º: Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

previstos no art. 129 na Constituição Estadual de São Paulo (CE/SP)¹⁰⁰, a corte superior entendeu se dever tratar o conceito “servidores públicos estaduais” como expressão ampla, englobando estatutários e celetistas.¹⁰¹ Não houve plena equiparação de tratamento, mas tal decisão denota o entendimento da 1ª Turma do STJ acerca do tema.

Através da Orientação Jurisprudencial (OJ) 364¹⁰², da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) já firmou posição de que, apesar de instituída como pessoa jurídica pública de direito privado, fundações que tenham certas características podem ser tratadas como de direito público. Segundo a OJ, se a fundação é mantida pelo poder público e realiza atividades de interesse do Estado, “ainda que tenha personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza de fundação pública”.

Apesar de a OJ 364 ter como objetivo tratar sobre a estabilidade do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), é muito relevante a definição de fundação pública conferida pelo TST. Portanto, conforme entendimento atual da magistratura trabalhista, não basta que seja a fundação autorizada, ao invés de criada por lei, para que seja definida como de direito privado.

¹⁰⁰ Art. 129 da CE/SP: Ao servidor público estadual é assegurado o recebimento do adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo por quinquênio, e vedada a sua limitação, bem como a sexta-parte dos vencimentos integrais, concedida aos vinte anos de efetivo exercício, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos, observado o disposto no art. 115, XVI, desta Constituição.

¹⁰¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PARCELA "SEXTA PARTE" E QUINQUÊNIO. ART. 129 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. EXTENSÃO AO SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. Segundo a diretriz fixada na primeira parte da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 75 da SBDI-1 do TST, a parcela denominada "sexta parte", instituída pelo art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo, é devida aos servidores estaduais, celetistas e estatutários da Administração Pública direta, das fundações e das autarquias, conforme disposição contida no art. 124 da Constituição Estadual. Na mesma linha de raciocínio, a jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que o adicional por tempo de serviço, denominado quinquênio, a que se refere o artigo supramencionado, é devido ao servidor público celetista, tendo em vista que o referido preceito, ao valer-se da expressão servidor público estadual, não fez distinção entre os servidores públicos estatutários e os servidores públicos contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Violação dos arts. 37 e 39 da Constituição Federal não caracterizada. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TST - AIRR: 8249320105020044 824-93.2010.5.02.0044, Relator: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 30/10/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/11/2013)

¹⁰² OJ 364, do TST: ESTABILIDADE. ART. 19 DO ADCT. SERVIDOR PÚBLICO DE FUNDAÇÃO REGIDO PELA CLT (DJ 20, 21 e 23.05.2008). Fundação instituída por lei e que recebe dotação ou subvenção do Poder Público para realizar atividades de interesse do Estado, ainda que tenha personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza de fundação pública. Assim, seus servidores regidos pela CLT são beneficiários da estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT.

Convém observar que a referida orientação jurisprudencial, de que empregados das fundações privadas mantidas pelo Estado para fins de interesse do mesmo tem direito à estabilidade do ADCT, já é um grande avanço para a situação tais funcionários. Diante de eventual extinção das mesmas, a jurisprudência está a seu favor.

Outro direito que já é aceito como destinado a empregados contratados mediante concurso público para fundações do tipo é o da necessidade de motivação para que se efetue demissão.¹⁰³ Esse entendimento não é exclusivo para fundações, mas dever ser enfatizada sua importância. É entendimento pacífico que há o dever de motivação para que se efetue desligamento de empregados inclusive nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista. É necessária a motivação para o desligamento mesmo durante o cumprimento do período de experiência.¹⁰⁴

3.4 DA SUM 390

Em 2005, o TST promoveu a conversão das orientações jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-I e nº 22 da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-II) na Súmula 390.¹⁰⁵ Conforme disposto no primeiro inciso da súmula, incluem-se os empregados públicos das fundações públicas (juntamente com os

¹⁰³ Acórdão do processo 0021017-17.2014.5.04.0018 (RO) 01/08/2016

REINTEGRAÇÃO. NULIDADE DA DESPEDIDA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. A reclamada, na condição de fundação criada e mantida pelo poder público, está sujeita aos princípios constitucionais da Administração Pública, notadamente àqueles previstos no art. 37 da CF, devendo motivar a despedida dos seus empregados admitidos por concurso público. Não comprovada a correspondente motivação, apresenta-se viciada a despedida da reclamante, impondo o acolhimento pedido de reintegração no emprego.

¹⁰⁴ Acórdão do processo 0020588-33.2015.5.04.0271 (RO) 26/04/2017

FUNDAÇÃO HOSPITAL MUNICIPAL GETÚLIO VARGAS. TÉRMINO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. A dispensa do empregado de fundação pública admitido por concurso público deve ser motivada, diante dos princípios da impessoalidade e isonomia. Portanto, é nula a dispensa imotivada. Inteligência do art. 37, II, da CF. Recurso a que se dá parcial provimento.

¹⁰⁵ Súmula 390 do TST: ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

eventualmente existentes na administração direta e nas autarquias) como destinatários da estabilidade prevista no art. 41 da CF.¹⁰⁶

O entendimento disposto através da súmula 390 é muito abrangente. Lendo apenas seu texto, tem-se o entendimento de que todos os empregados de fundações públicas tem acesso à estabilidade do art. 41 da CF, todavia não é assim que ela é vista jurisprudência. A súmula já teve seus efeitos modulados pelo TST, através de diversos julgados.

Assim como se deu com outros dispositivos, o caput do art. 41 foi alterado na EC 19/98, deixando de ter sua redação original.¹⁰⁷ Além da majoração do tempo de estágio probatório, de dois para três anos¹⁰⁸, foi incluída sutilmente a expressão “para cargo de provimento efetivo”. Uma leitura rápida pode ser capaz de ignorar essa alteração, mas ela modifica o conceito de servidor a que se destina a estabilidade do art. 41, conforme manifestação da Primeira Turma do TST¹⁰⁹, por unanimidade.

É justamente na adição do termo “cargo de provimento efetivo”, feita pela EC 19/98, que se fundamenta o voto do Ministro Relator Walmir Oliveira da Costa. Segundo ele, os precedentes em que baseou-se a edição da Súmula 390 são decisões tomadas anteriormente à promulgação da alteração do art. 41 da CF.

¹⁰⁶ Art. 41 da CF: São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁰⁷ Art. 41 da CF: São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público. Mencionar alteração do texto original

¹⁰⁸ Se bem que, na carta de motivos da EC 19/98, é declarado que se pretendia aumentar para cinco anos.

¹⁰⁹ TST-RR-106500-15.2005.5.02.0332. RECURSO DE REVISTA. DIREITO À ESTABILIDADE. EMPREGADO PÚBLICO. ADMISSÃO POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. INEXISTÊNCIA. ART. 41 DA CF/1988. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA Nº 390, I, DO TST. I - A partir da Emenda Constitucional n.º 19/98, a redação do “caput” do art. 41 da Constituição Federal foi alterada e ganhou maior especificidade no que concerne à titularidade do direito à estabilidade, aplicando-se tão somente aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo, não sendo extensível aos empregados públicos celetistas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II – A Súmula nº 390, I, do TST, ao estabelecer que o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF, tem seu alcance limitado às situações em que os empregados públicos foram nomeados até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 19/98. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece.

Demonstra, inclusive, que não se trata de entendimento isolado da 1ª Turma, através da remissão outras decisões que ratificam sua posição.¹¹⁰

De fato, a alteração promovida no caput do art. 41 trouxe maior especificidade quanto ao destinatário da estabilidade de que trata. Conforme demonstrado pelo relator, em diversas oportunidades o STF já se manifestou acerca do tema, modulando os efeitos da Súmula 390.¹¹¹ Desse modo, apesar de sua literalidade conceder estabilidade a todos os servidores celetistas da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, a validade de tal determinação se restringe ao período compreendido entre a promulgação da CF e sua alteração pela EC 19/98.

Ainda assim, é relevante o conteúdo das decisões, pois assegura a estabilidade do art. 41 aos funcionários celetistas, contratados mediante concurso público, durante um intervalo de aproximadamente dez anos. Isso inclui os empregados das fundações públicas.

3.5 PARECER DA PGE

3.5.1 Considerações Gerais

A Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão do Estado do Rio Grande do Sul consultou à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE/RS), solicitando sua manifestação consoante à correta interpretação do art. 5º, §1º da lei das extinções. Em resposta, foi elaborado o parecer 16.950/17¹¹², de autoria do Procurador do Estado Doutor Victor Herzer da Silva, da Assessoria Jurídica e Legislativa do Gabinete da PGE/RS.

¹¹⁰ ARR - 733-92.2010.5.03.0070; RR - 430-78.2010.5.03.0070; RR - 208500-61.2007.5.15.0106

¹¹¹ AI 480432 AgR / SP; RE 666129 / RS; AI 628.888-AgR; AI 472.685-AgR; AI-510.994-AgR

¹¹² RIO GRANDE DO SUL. Parecer da PGE/RS 16.950/17. Disponível em: <<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16950.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2017.

É importante que se considere cuidadosamente o entendimento da PGE/RS acerca do caso, uma vez que se trata do órgão responsável por representar e defender o Governo judicialmente. Diante do posicionamento em determinado sentido, é possível prever qual será a abordagem em cada caso concreto.

O cerne da consulta consiste na delimitação temporal que deve o Estado dar à aplicação das estabilidades cabíveis aos empregados das fundações públicas de direito privado alvos da lei extintiva. Sobretudo, questiona-se a aplicabilidade das estabilidades do art. 19 do ADCT, do art. 41 da CF, considerada a nova redação dada pela EC 19/98, assim como as eventuais garantias de emprego, chamadas estabilidades provisórias.¹¹³

Inicialmente, o Procurador passa a analisar o contexto histórico das fundações públicas de direito privado, buscando chegar ao conceito mais aceito doutrinária e jurisprudencialmente. Ressalta o entendimento de Irene Patrícia Nohara, que entende ser cabível a existência de fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público.¹¹⁴ Do mesmo entendimento compartilha Maria Sylvia Zanella Di Pietro, considerando como último parâmetro a lei instituidora e os estatutos de cada fundação.¹¹⁵ Enfatiza, todavia, que o STF por diversas vezes se posicionou no sentido de que fundações mantidas pelo Estado e que assumem a gestão de serviço estatal são fundações de direito público.¹¹⁶

Aponta para a importância da ADI 191, em que se questiona a constitucionalidade do art. 28¹¹⁷ da Constituição Estadual. A ação foi proposta pelo Governo do Estado, tendo sido julgada procedente:

¹¹³ Ibid., p. 2

¹¹⁴ A maior parte da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores admite que haja fundação pública de direito privado, isto é, fundação instituída pelo Poder Público mas que tenha natureza jurídica privada. Trata-se, assim como no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, de ente criado pelo Estado com regime privado, mas, pelo fato de ser formado de patrimônio público, o seu regime jurídico sofre algumas derrogações de caráter público. (Direito Administrativo. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 617)

¹¹⁵ Direito Administrativo. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 490-491

¹¹⁶ Tribunal Pleno, RE 101126, Rei. Min. Moreira Alves, DJ 01.03.1985; 2a Turma, RE 21.741, Rei. Min. Maurício Corrêa, DJ 04.06.1999

¹¹⁷ Art. 28 da CE/RS: 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. (Declarada a inconstitucionalidade do dispositivo na ADI n.º 191/STF, DJ de 07/03/08).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 28 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EQUIPARAÇÃO ENTRE SERVIDORES DE FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS OU MANTIDAS PELO ESTADO E SERVIDORES DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS: INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados. 2. A norma questionada aponta para a possibilidade de serem equiparados os servidores de toda e qualquer fundação privada, instituída ou mantida pelo Estado, aos das fundações públicas. 3. Sendo diversos os regimes jurídicos, diferentes são os direitos e os deveres que se combinam e formam os fundamentos da relação empregatícia firmada. A equiparação de regime, inclusive o remuneratório, que se aperfeiçoa pela equiparação de vencimentos, é prática vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição brasileira e contrária à Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente (Tribunal Pleno, ADI 191, Rei. Min. Cármen Lúcia, DJ 07.03.2008)

Inicialmente, o parecerista relembra os pareceres 10.287, 10.668 e 14.317, em que as Procuradoras responsáveis sustentaram que empregados de fundações públicas de direito privado não fazem jus à estabilidade do art. 19 do ADCT, mas se restringem aos direitos elencados na CLT. O mesmo entendimento susteve-se em relação ao art. 41 da CF, conforme exarado no parecer 14.939, assim como na informação de nº 012/11/PP.¹¹⁸

3.5.2 Estabilidade do art. 19 do ADCT

Salienta, porém, que os referidos pareceres datam de períodos anteriores a certos posicionamentos jurisprudenciais que alteram a forma como deve ser encarada a questão. O art. 19 do ADCT¹¹⁹ passa a ser aplicável aos empregados das fundações públicas de direito privado, conforme estipula a OJ 364 do TST:

¹¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Parecer da PGE/RS. p. 7 Disponível em: <<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16950.pdf>>

¹¹⁹ Art. 19 do ADCT: 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. § 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei. § 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão,

364. ESTABILIDADE. ART. 19 DO ADCT. SERVIDOR PÚBLICO DE FUNDAÇÃO REGIDO PELA CLT (DJ 20, 21 e 23.05.2008) Fundação instituída por lei e que recebe dotação ou subvenção do Poder Público para realizar atividades de interesse do Estado, ainda que tenha personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza de fundação pública. Assim, seus servidores regidos pela CLT são beneficiários da estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT.

No âmbito da Suprema Corte, o tema se encontra suspenso, embora já se tenha eleito Recurso Extraordinário nº 716.378 como paradigma. Segundo o Procurador, todavia, já é possível supor um provável desfecho ao julgamento.¹²⁰

Em seguida, são expostos dois julgados do STF em que se nega a estabilidade do art. 19 do ADCT a empregados de Sociedades de Economia Mista e de Empresas Públicas.¹²¹ O argumento base das decisões é de que a referida estabilidade é destinada somente a funcionários da administração direta, autárquica e fundacional. A forma como se posicionou o STF leva ao entendimento de que indiferentemente do regime jurídico em que é instituída a fundação, deve ser estendida a estabilidade da regra de transição aos seus funcionários que façam jus, considerando o período estipulado no ADCT.¹²²

Nesse sentido, com relação a esse item do parecer, conclui ser cabível a aplicação do art. 19 do ADCT aos empregados das fundações públicas de direito privado. Demonstra ainda que, à época da redação original da CF, o conceito de servidores públicos englobava ocupantes de cargos efetivos e de empregos públicos.¹²³ Acerca do tema, mostra mais uma decisão relevante. Esta, do TST,

nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor. § 3o O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

¹²⁰ RIO GRANDE DO SUL. Parecer da PGE/RS n. 16950, de 10 de março de 2017. p. 8-9 Disponível em: <<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16950.pdf>> Acesso em 01 de janeiro de 2018.

¹²¹ STF. Tribunal Pleno, ADI 1301, Rei. Min. Roberto Barroso, DJ 07.04.2016; STF. Tribunal Pleno, ADI 2689, Rei. Min. Ellen Gracie, DJ 21.11.2003

¹²² RIO GRANDE DO SUL. Parecer da PGE/RS n. 16950, de 10 de março de 2017. p. 10 Disponível em: <<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16950.pdf>> Acesso em 01 de janeiro de 2018.

¹²³ Em despeito de a Constituição brasileira, já em sua redação original, mencionar "regime jurídico único", em diversas passagens, refere-se tanto a cargos quanto a empregos. Portanto, cogita-se de

acerca da Fundação de Ciência e Tecnologia (CIENTEC), uma das fundações cuja extinção foi proposta na lei 14.982/17:

VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT. ESTABILIDADE. ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. NATUREZA JURÍDICA DA FUNDAÇÃO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA - CIENTEC A Fundação de Ciência e Tecnologia CIENTEC, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, inciso XIX, 39 e 40, caput , e por isso os seus servidores são abarcados pela estabilidade especial no serviço público, regulada pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas. Violação do artigo 896 da CLT não verificada. Recurso não conhecido. (TST, SDI-1, E-RR 392.513/97.0, Rei. Min. Wagner Pimenta, DJ. 21.06.2002)

Tal entendimento se mantém vigente até então, conforme demonstra outro julgado, bastante recente, exposto pelo procurador:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. EMPREGADO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA ADMITIDO MAIS DE CINCO ANOS ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ESTABILIDADE DO ART. 19 DO ADCT. REINTEGRAÇÃO. I. Extrai-se do acórdão recorrido que a Reclamante foi admitida na Reclamada mais de cinco anos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, que a Recorrida é "fundação pública de direito privado" e que o regime contratual que vigorou entre as partes é o da CLT. II. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior, sedimentada na Orientação Jurisprudencial nº 364 da SBDI-1 do TST, é no seguinte sentido: "ESTABILIDADE. ART. 19 DO ADCT. SERVIDOR PÚBLICO DE FUNDAÇÃO REGIDO PELA CLT (DJ 20, 21 E 23.05.2008) Fundação instituída por lei e que recebe dotação ou subvenção do Poder Público para realizar atividades de interesse do Estado, ainda que tenha personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza de fundação pública. Assim, seus servidores regidos pela CLT são beneficiários da estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT". Logo, a decisão recorrida viola o disposto no art. 19 do ADCT. III. Recurso

servidores titulares de cargo e servidores ocupantes de emprego (os arts. 51, IV, 52, XIII, e 61, §1º, II, "a", mencionam "empregos", e o art. 114 também os pressupõe, tanto na Administração direta quanto na indireta), o que configura uma bifurcação fundamental, da qual se falará mais além. Sem embargo, o regime normal do servidor público, como a breve trecho melhor se dirá, indubitavelmente é o de cargo e não de emprego. Inúmeras vezes, em paralelismo com cargos e empregos, a Lei Magna fala, ainda, em "funções" (públicas), tomando a palavra em um sentido restrito, isto é, como designativo de uma forma específica de relacionamento dos titulares de cargo com o Poder Público. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 258-259)

de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST, 4a Turma, RR 30800- 95.2007.5.04.0012, Rei. Des. Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, DJ. 13.05.2016)

O parecer é claro e firme no sentido de que não é aceitável que o Governante, que deve tomar as decisões administrativas com o devido respeito ao que determinam os tribunais, aja de forma inconsequente, assumindo riscos que muito provavelmente tendem a trazer prejuízo ao erário. Com isso, fica evidente que quer dizer que não se deve demitir os empregados das fundações de direito privado que se qualifique, quanto ao período de contrato, à estabilidade prevista no art. 19 do ADCT.¹²⁴

Conclui, quanto a este tópico, o parecer no sentido de que se aplica a estabilidade do art. 19 do ADCT aos empregados admitidos até cinco de outubro de 1983, portanto, que contavam, à época da promulgação da CF/88, com no mínimo cinco anos de serviço ininterrupto. Por sua vez, aqueles que foram contratados entre cinco de outubro de 1983 e cinco de outubro de 1988 não fazem jus a essa estabilidade, posto que não preenchem seus requisitos.¹²⁵

3.5.3 Estabilidade do art. 41 da CF

Interessante a declaração do parecerista de que, se ao empregado contratado sem concurso, por ser antes da promulgação da CF/88 é concedida a estabilidade, quanto mais àquele aprovado em concurso e que cumpriu o estágio probatório deve fazer jus à estabilidade do art. 41 da CF/88.¹²⁶ Esse é o entendimento do TST, conforme demonstram julgados recentes:

¹²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Parecer da PGE/RS n. 16950, de 10 de março de 2017. p. 13 Disponível em: <<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16950.pdf>> Acesso em 01 de janeiro de 2018.

¹²⁵ RIO GRANDE DO SUL. Parecer da PGE/RS n. 16950, de 10 de março de 2017. p. 14 Disponível em: <<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16950.pdf>> Acesso em 01 de janeiro de 2018.

¹²⁶ Ibid., p. 16

RECURSO DE REVISTA. CELETISTA. FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA N° 390, I, DO TST. APLICABILIDADE. DISPENSA IMOTIVADA. IMPOSSIBILIDADE. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO DEVIDO. 1. Restou incontroverso nos autos que a reclamante fora admitida nos quadros da reclamada (FUNDAÇÃO PÚBLICA) por meio de concurso público, sendo contratada pelo regime da CLT. Depreende-se, ainda, da decisão recorrida, que a reclamante foi dispensada de forma imotivada. 2. O empregado celetista é espécie do gênero servidor público, previsto no artigo 19 do ADCT. 3. Assim, a reclamante é beneficiária da estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal, nos termos do entendimento cristalizado na Súmula n° 390, I, do TST ("O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988"), sendo devida a sua reintegração. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, 1a Turma, RR 128200-77.2006.5.02.0052, Rei. Min. Hugo Carlos Scheuermann, DJ. 28.10.2016)

O Supremo Tribunal Federal também enfrentou a questão, igualmente reconhecendo a extensão da estabilidade do art. 41 da CF/88 aos empregados de fundações públicas, ainda que de direito privado, tratando de forma diversa da destinada aos funcionários vinculados a empresas públicas e sociedades de economia mista.¹²⁷ Há, entretanto, a ressalva acerca do marco divisório legal da EC 19/98, que concede novo conceito à expressão "servidor público", passando a corresponder àquele que ocupa cargo de provimento efetivo.

CONSTITUCIONAL. EMPREGADO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO EM DATA ANTERIOR A EC 19/98. DIREITO À ESTABILIDADE. I - A estabilidade prevista no caput do art. 41 da Constituição Federal, na redação anterior à EC 19/98, alcança todos os servidores da administração pública direta e das entidades autárquicas e fundacionais, incluindo os empregados públicos aprovados em concurso público e que tenham cumprido o estágio probatório antes do advento da referida emenda, pouco importando o regime jurídico adotado. II - Agravo regimental improvido (1ª Turma, AI 628888 AgR, Rei. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 19.12.2007)

Da leitura do julgado disposto, pode-se abstrair que a data da promulgação da EC 19/98, 04 de junho de 1998, marca o limite da aplicação da estabilidade aos empregados fundacionais, ao menos como estabelecia a redação original do art. 41 da CF. A partir desta data, a estabilidade do art. 41 destina-se exclusivamente a ocupantes de cargos de provimento efetivo, portanto, excluídos os empregados

¹²⁷ Tribunal Pleno, RE 589998/PI, Rei. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 12.09.2013

públicos. Outro requisito é de que já se haja cumprido o estágio probatório no dia da promulgação da emenda.¹²⁸

A Suprema Corte realmente já se posicionou no sentido de que, cumprido o estágio probatório antes da promulgação da EC 19/98, resta adquirido o direito à estabilidade do art. 41, redação original do caput.¹²⁹ Argumenta o Procurador que “a eficácia da nova norma foi imediata e, nessa conjuntura, sobreleva-se a inexistência de direito adquirido a regime jurídico.”¹³⁰ Estaria justificada, dessa forma, a não extensão da estabilidade àqueles que, concursados a emprego público, não haviam cumprido o estágio probatório.

Tal interpretação, apesar de fundamentada, deixa descoberta a segurança jurídica daqueles que se encontravam na situação referida. Mesmo sendo aprovados em concurso, por questão meses, tiveram amputada expectativa legítima de direito. Aqui se trata de possível ofensa a um princípio constitucional que, para Almiro do Couto e Silva, é “uma das vigas mestras do Estado de Direito.”¹³¹

Ao comentar acerca da invalidação de atos administrativos, Maffini evidencia o entendimento majoritário de que as alterações devem ter eficácia ex-nunc, resguardando os direitos dos envolvidos de boa-fé.¹³² Nesse caso, não se trata

¹²⁸ RIO GRANDE DO SUL. Parecer da PGE/RS n. 16950, de 10 de março de 2017. p. 19 Disponível em: <<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16950.pdf>> Acesso em 01 de janeiro de 2018.

¹²⁹ RECURSO. Agravo de instrumento. Ofensa constitucional. Caracterização. Recurso conhecido. Deve ser conhecido agravo de instrumento quando a questão de fundo é eminentemente constitucional, mas sem que isso implique consistência do recurso extraordinário. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Ofensa ao art. 41 da Constituição Federal. Inexistência. Empregado público. Aprovação em concurso público e cumprimento do estágio probatório antes da EC 19/98. Estabilidade. Precedentes. Agravo regimental não provido. Faz jus à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, em sua redação original, o empregado público que foi aprovado em concurso público e cumpriu o período de estágio probatório antes do advento da EC nº 19/98. (1ª Turma, AI 510994 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 24.03.2006)

¹³⁰ RIO GRANDE DO SUL. Parecer da PGE/RS n. 16950, de 10 de março de 2017. p. 19 Disponível em: <<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16950.pdf>> Acesso em 01 de janeiro de 2018.

¹³¹ RDA 204/21 e 237/271. “dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio do boa-fé dos administradores ou da proteção da confiança. A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade. A segurança jurídica é geralmente classificada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. Ela é, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito”.

¹³² MAFFINI, Rafael de Cás. Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro. p. 178

necessariamente de uma invalidação de ato administrativo, mas devem ser respeitados os mesmos princípios basilares.

Enfim, apesar dos eventuais pontos conflitantes, que certamente virão a ser contestados nas cortes superiores, conclui-se dessa forma o parecer. Os empregados contratados após a EC 19/98, ou com estágio probatório incompleto em 04 de junho de 1998, não são estáveis. Já aqueles que, contratados antes da emenda, contassem com o estágio probatório cumprido na mesma data, fazem jus à estabilidade do art. 41 da CF.¹³³

3.5.4 Estabilidades Provisórias

Passa-se, então à análise das garantias de emprego, também chamadas estabilidades provisórias. Acerca do dirigente sindical e do membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), já se posicionou o TST no sentido de que, encerrando-se a atividade laborativa, inexistente justificção à manutenção da estabilidade.¹³⁴ Sequer subsiste dever de indenizar. O mesmo tratamento recebe a estabilidade pré-aposentadoria.¹³⁵

As únicas situações que importam indenização, pelo período equivalente à estabilidade legalmente estipulada, são os casos das gestantes¹³⁶ e dos acidentados.¹³⁷ A esses, todavia, de maneira nenhuma assiste o direito de ser colocado em disponibilidade ou aproveitado em outro emprego público. Apenas cabe a indenização, em razão de sua situação peculiar.¹³⁸

¹³³ RIO GRANDE DO SUL. Parecer da PGE/RS n. 16950, de 10 de março de 2017. p. 21 Disponível em: <<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16950.pdf>> Acesso em 01 de janeiro de 2018.

¹³⁴ Súmula n° 369; Súmula n° 339

¹³⁵ RIO GRANDE DO SUL. Parecer da PGE/RS n. 16950, de 10 de março de 2017. p. 23 Disponível em: <<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16950.pdf>> Acesso em 01 de janeiro de 2018.

¹³⁶ Art. 10, II, "b", do ADCT

¹³⁷ Art. 118 da Lei 8.213/91

¹³⁸ RIO GRANDE DO SUL. Parecer da PGE/RS n. 16950, de 10 de março de 2017. p. 24 Disponível em: <<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16950.pdf>> Acesso em 01 de janeiro de 2018.

3.5.5 Conclusão do Parecer

Por fim, para aqueles beneficiários das estabilidades dos art. 19 do ADCT ou do art. 41 da CF, conforme determina o artigo 5º, caput e §1º, da Lei Estadual 14.982/2017, serão aproveitados na Administração Direta estadual ou, enquanto não se vislumbrar opção, mantidos em disponibilidade remunerada.¹³⁹ Essa consequência se justifica ainda mais com a leitura do art. 2º da mesma lei, que coloca o Estado como sucessor legal das fundações em extinção:

Art. 2º Extintas as fundações referidas no art. 1.º desta Lei, o Estado as sucederá nos seus direitos e obrigações decorrentes de norma legal, ato administrativo, convênio ou contrato, inclusive quanto a eventuais obrigações remanescentes, bem assim nas demais obrigações pecuniárias.

Por cumprir o Estado a função de gerenciamento das modificações estruturais da administração pública estadual, é de entendimento do parecerista que não é conveniente que o aproveitamento se dê em outras entidades da administração indireta. Tal decisão poderia acarretar prejuízo, diante da possibilidade de questionamentos judiciais.¹⁴⁰

Como visto, não assiste nenhuma estabilidade aos empregados fundacionais com vínculo anterior à CF/88, mas não abrangidos pelo art. 19 do ADCT; assim como aos contratados por concurso após a EC 19/98, ou não estáveis até a promulgação da mesma. Para esses, seu vínculo com o poder público se assemelha ao dos empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Devem, todavia, ser desligados somente com a devida motivação, conforme decidido pelo STF:

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT.
DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE.
NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE

¹³⁹ Ibid., p. 25

¹⁴⁰ Ibid., p. 26

PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III - A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. (Tribunal Pleno, RE 589998/PI, Rei. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 12.09.2013)

3.6 PRECEDENTES TRT4

A jurisprudência do TRT4 tem tratado tais casos como sendo passíveis de aplicação indistinta das normas constitucionais destinadas às Fundações Públicas. Houve diversas decisões nesse sentido, advindas da tentativa do Governo Estadual de desligar os funcionários das fundações escolhidas por este para serem extintas recentemente.

Dentre as decisões, opta-se por expor neste trabalho uma que reúne argumentos que se repetem nas demais, como um paradigma. Julgado pela 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região, o Recurso Ordinário no processo de nº 0020895-04.2014.5.04.0018 teve, em acórdão do dia 25 de fevereiro de 2016, a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. PRELIMINARMENTE. REEXAME NECESSÁRIO. NÃO-CABIMENTO. Hipótese em que não se conhece do feito em reexame necessário. Aplicação do art. 475, § 2º, do CPC e da Súmula nº 303, item I, alínea a, do TST. Prefacial rejeitada. MÉRITO. EMPREGADO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA. DESPEDIDA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DEVIDA. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do TST é firme no sentido de que os empregados públicos celetistas da administração pública direta, autárquica ou fundacional, ainda que se encontrem em estágio probatório, não podem ser dispensados sem motivação, em observância às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Inteligência dos arts. 5º, LV, e 37, caput, da Constituição Federal. Apelo negado.

Um aspecto importante desse julgado é o fato de se tratar de Fundação Pública de Direito Privado, autorizada por lei. Entretanto, o TRT4 julga a considerando de Direito Público.

O relator, Juraci Galvão Júnior, argumenta, quanto a isso, nos seguintes termos:

“Verifica-se, portanto, que a fundação recorrente exerce atividade pública e não tem finalidade lucrativa, sendo financiada exclusivamente por verbas públicas, de sorte que, embora instituída como fundação de direito privado, tem natureza de fundação de direito público.”¹⁴¹

Reforça ainda que à Fundação Piratini se aplicam os princípios constitucionais destinados à administração pública, sobretudo os previstos no art. 37 da CF.¹⁴² Ressalta ainda o dever de contraditório, mesmo se tratando de servidor não estável. Entende ser aplicável a súmula 390 do TST, apesar de já ter-se demonstrado nesta monografia que o STF modulou os efeitos da mesma, tornando-a bastante específica.¹⁴³

Essas são as bases das decisões na esfera trabalhista. Há que se observar que na primeira instância é recorrente a aplicação da súmula referida sem a observação do que manifestou o STF. Tal situação não é agradável, uma vez que há a necessidade de recurso da parte prejudicada, aumentando o volume do Judiciário em temas que já tiveram posicionamento das cortes superiores.

Unânime, todavia, é a caracterização das fundações em questão como sendo de Direito Público. Quanto a isso, não há jurisprudência, ao menos nos Tribunais. Contudo, é importante se ater à matéria, pois, integrando o RJU, os direitos dos empregados fundacionais pode ser radicalmente alterado.

¹⁴¹ 0020895-04.2014.5.04.0018 (RO). p, 7

¹⁴² Ibid., p. 9

¹⁴³ Ibid., p. 11-12

4 CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS

A situação jurídica dos servidores fundacionais é bastante incerta. Por décadas foram tratadas suas contratações e demissões de forma muito semelhante às empresas públicas e sociedades de economia mista. Ocorre que tais entidades em muito se diferem, essas, por exemplo, visam lucro e geralmente atuam em atividades realmente lucrativas. As Fundações, por sua vez, recebem como responsabilidades atividades que, por muitas vezes, incluem somente ônus, de prestação gratuita.

Conforme foi tratado, um dos requisitos da jurisprudência para caracterização da natureza de direito público é o sustento pelo erário, o que praticamente é regra entre as fundações. Realmente, com esse requisito, dificilmente se encontrará fundação pública puramente de direito privado.

Por isso, não se deve esquecer outro requisito, que é a prestação de atividade de interesse estatal. Isso faz sentido, inclusive, ao se analisar o termo estatal, que se refere a direito público. Portanto, uma Fundação da área de saúde ou assistência social, por exemplo, de fato, não se enquadra ao caráter privado.

Destarte, pode-se entender que há uma lacuna no direito administrativo brasileiro acerca de como tratar o servidor fundacional, sobretudo aquele contratado sob o regime trabalhista. Felizmente, o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, mais precisamente em âmbito trabalhista, não tem se eximido de enfrentar tal matéria.

De fato, trata-se de tema um tanto indigesto à população, uma vez que, dependendo do posicionamento jurisprudencial, se está falando de possível grande ônus ao Poder Público. Pois, apesar de terem sido feitas contratações sob o regime celetista, mais flexível, pode ser que se tenha que entender o manto do RJU a tais servidores.

Há possibilidade de argumentos em ambos os sentidos. E certamente tal matéria será enfrentada pelo Poder Judiciário - ainda que se tenha de esperar

muitos anos. Não é possível imaginar qual será o conteúdo dessa decisão, nem mesmo sua amplitude.

Por fim, cumpre ressaltar a importância dada pelo Poder Judiciário às peculiaridades do regime de contratação no âmbito das fundações em extinção no Estado do Rio Grande do Sul. Ainda que a tendência seja da obtenção dos objetivos governamentais, a Justiça Trabalhista cumpre seu papel de guarda àqueles que mais necessitam.

Outrossim, deve-se observar a seriedade na análise feita pela PGE acerca dos questionamentos do Governo. Houve-se com responsabilidade ao considerar diferentemente cada período de contratação, bem como os requisitos para concessão das estabilidades diversas.

Restam ainda algumas etapas à consecução de uma resposta definitiva ao tema que tem inúmeras variáveis. Muitos desses aspectos, aliás, dependem de uma atenção acurada dos tribunais superiores, dada sua implicação em todos os entes da Federação. Até então, qualquer medida tomada pelos governantes pode ter como consequência futura eventual ônus que indubitavelmente será arcado pela sociedade, que sempre sustentou os deslizes administrativos daqueles em que deposita sua confiança.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda Constitucional 19/1998: Exposição de Motivos Interministerial**. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>>. Acesso em: 27 de dezembro de 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar. PLP 248/1998**. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21616>>. Acesso em 27 de dezembro de 2017.

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

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 de dezembro de 2017.

BRASIL. **Governo Federal expulsa 550 servidores em 2016 por práticas ilícitas**.

Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/01/governo-federal-expulsa-550-servidores-em-2016-por-praticas-ilicitas>>. Acesso em: 27 de dezembro de 2017.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 27 de dezembro de 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 116/2017**. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128876>>. Acesso em: 23 de dezembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.135-4/DF – Distrito Federal**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia.

Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 02 de agosto de 2007. p. 4. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>>. Acesso em 28 de dezembro de 2017.

FREITAS, Juarez. **Boletim de Direito Administrativo**. Nº 7. NJD, 1998.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. 3. reimp. Trad. Fernando de los Ríos. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

MAFFINI, Rafael de Cás. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. UFRGS, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. Ed. São Paulo. Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. Ed. São Paulo. Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Comentários à constituição do estado do Rio Grande do Sul**. Rio de Janeiro : Forense, 2010.

PASSARINHO, Aldir. **Fundação - Autarquia - Legião Brasileira de Assistência**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 171, 1988. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45716/44055>>. Acesso em: 01 Dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989**. Disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=liPguzuGBtw%3d&tabid=3683&mid=5358>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 14.982, de 16 de janeiro de 2017. **Assembléia Legislativa**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/LEI%2014.982.pdf>>. Acesso em 29 de dezembro de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Parecer da PGE/RS n. 16950**. 10 de março de 2017. Disponível em: <<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16950.pdf>>. Acesso em: 23 de dezembro de 2017.

SÃO PAULO. Constituição (1989). **Constituição do Estado de São Paulo de 1989**. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao-0-05.10.1989.html>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2017.