

29/11/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 191-4 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : MANOEL ANDRE DA ROCHA E OUTROS
REQUERIDO : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 28 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EQUIPARAÇÃO ENTRE SERVIDORES DE FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS OU MANTIDAS PELO ESTADO E SERVIDORES DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS: INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados.

2. A norma questionada aponta para a possibilidade de serem equiparados os servidores de toda e qualquer fundação privada, instituída ou mantida pelo Estado, aos das fundações públicas.

3. Sendo diversos os regimes jurídicos, diferentes são os direitos e os deveres que se combinam e formam os fundamentos da relação empregatícia firmada. A equiparação de regime, inclusive o remuneratório, que se aperfeiçoa pela equiparação de vencimentos, é prática vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição brasileira e contrária à Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas



taquigráficas, por unanimidade, **em julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade**, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 29 de novembro de 2007.

Carmen Lúcia etus Relator
CÁRMEN LÚCIA - Relatora

29/11/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 191-4 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : MANOEL ANDRE DA ROCHA E OUTROS
REQUERIDO : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL

R E L A T Ó R I O**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Rio Grande do Sul, em 18.1.1990, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Constituição do Rio Grande do Sul, que dispõe:

"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".

2. Afirma o Autor que o poder constituinte decorrente, outorgado aos Estados para que elaborassem suas Constituições (art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), teria sido exercido, no caso em exame, em desrespeito aos princípios instituídos na Constituição da República, em especial os previstos em seus arts. 25, 37 a 42.

Alega que o art. 37, inc. XIII, da Constituição teria vedado "a vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público", e que o dispositivo impugnado padeceria do vício de inconstitucionalidade, ao "equipar[ar] os direitos dos servidores das fundações instituídas ou mantidas pelo Estado aos das fundações públicas" (fl. 7) *J*

Sustenta que, "ao atribuir [aos servidores das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público] os 'mesmos' direitos, e, pois, o 'status', de servidor público (...), [o art. 28 da Constituição Estadual] ofenderia as regras constitucionais reguladoras da função pública, especialmente as que condicionam o ingresso à prévia aprovação em concurso público (CF/88, art. 37, II) e, de outro lado, desde que os direitos outorgados corressem à conta da entidade a que se ligue o servidor, invadiria a esfera de competência da União, a quem, compete legislar sobre Direito Civil e do Trabalho (CF/88, art. 22, I)" (fl. 8, grifos no original).

Pediu a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Constituição do Rio Grande do Sul.

3. Em suas informações, prestadas em 20.3.1990, a Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul afirmou que "todas as fundações instituídas pelo Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, com a finalidade precípua de serviço público, mantidas com os recursos do Erário, constitu[ir-se-iam] em fundações de Direito Público" (fl. 39).

4. O Advogado-Geral da União defendeu a constitucionalidade da norma impugnada, devendo-se acentuar, entretanto, que, naquele momento (30.11.1994), era entendimento prevalecente a sua obrigação de atuar nesse exclusivo sentido.

5. O Procurador-Geral da República opinou pela procedência do pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Constituição do Rio Grande do Sul, porque a norma impugnada teria generalizado "as fundações criadas, igualando-as em direitos, sem distinguir a fundação privada da pública" (fl. 58), o que afrontaria a Constituição brasileira.

6. Em 24.6.2006, vieram-me os autos conclusos *pl*

É o relatório, do qual deverão ser encaminhadas cópias aos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei n. 9.868/1999 c/c o art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). *J*

29/11/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 191-4 RIO GRANDE DO SULV O T O**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Como relatado, cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, na qual se questiona a validade constitucional do art. 28 da Constituição do Rio Grande do Sul, ao argumento de afronta aos arts. 37, inc. XIII, e 22, inc. I, da Constituição da República.

2. Assevera o Autor, basicamente, ofensa às regras da não-vinculação "ou equiparação de vencimentos, para efeito de remuneração de pessoal do serviço público" (redação original do art. 37, inc. XIII, da Constituição da República) e a usurpação de competência privativa da União para legislar sobre direito civil e direito do trabalho (fl. 9).

3. De se registrar, inicialmente, que a norma originária do art. 37, XIII, da Constituição da República foi alterada com o advento da Emenda Constitucional n. 19/1998, passando a ter o seguinte teor:

"XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;"

A despeito da mudança processada, é certo que ao equiparar, sem distinções, os servidores das fundações instituídas e mantidas pelo Estado do Rio Grande do Sul aos servidores das fundações públicas, garantindo a eles identidade de direitos, entre eles os relativos à remuneração, o art. 28 da Constituição gaúcha parece ter desrespeitado aquela norma constitucional. *d*

4. 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. Nesse sentido, ao tratar da natureza jurídica das fundações, Celso Antônio Bandeira de Mello pondera que:

"Saber se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Público ou de Direito Privado é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 168).

Hely Lopes Meirelles ensina que:

"...a Constituição da República de 1988, encampando a doutrina existente, (instituiu) as denominadas fundações públicas, ora chamando-as de 'fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público'...ora de 'fundação pública'... ora de 'fundações mantidas pelo Poder Público'...ora simplesmente de 'fundação'... Com esse tratamento a Carta da República transformou essas fundações em entidades de Direito Público, integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das empresas governamentais. Nesse sentido, já decidiu o STF, embora na vigência da constituição anterior, que 'tais fundações são espécie do gênero autarquia'. Não entendemos como uma entidade (fundação) pode ser espécie de outra (autarquia) sem se confundirem esses conceitos. Todavia, a prevalecer essa orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações de direito público todas as normas, direitos e restrições pertinentes às

autarquias" (MEIRELLES, Hely Lopes - Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 356).

5. A interpretação e aplicação daquele dispositivo, nos tempos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, levaram à distinção entre fundações simplesmente instituídas pelo Poder Público e aquelas mantidas pelo Poder Público, às quais se atribuiu, em geral, natureza de direito público e regime jurídico idêntico.

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

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

6. Aquela orientação constitucional alterou-se pela Emenda Constitucional n. 19/98, pela qual se retornou ao entendimento antes adotado, possibilitando-se a existência de fundações de direito privado no âmbito da Administração Pública. Daí o comentário que se tem, agora, na obra de Hely Lopes Meirelles (edições posteriores ao advento daquela Emenda), onde se observa: "A EC 19/98 deu nova redação ao inc. XIX do art. 37 da CF, deixando transparecer ter voltado ao entendimento anterior de que a fundação é entidade com personalidade jurídica de direito privado: 'somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação'. A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de Direito Privado): a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de Direito Privado. E mais: lei complementar deverá definir as áreas em que

poderá atuar a fundação, não podendo essa figura jurídica servir de panacéia para qualquer atividade que a Administração pretenda efetuar com relativa autonomia" (Idem, ibidem).

7. Há de se acentuar que, na data da promulgação da Constituição gaúcha, mesmo que as fundações existentes no Rio Grande do Sul prestassem serviços públicos e tivessem sido instituídas e fossem mantidas pelo Poder Público, conforme assinalado pela Assembléia Legislativa Estadual (fl. 42), não se pode afirmar que todas fossem indistintamente de direito público e, menos ainda, que todas as fundações criadas após 4.10.1990, data da promulgação da Constituição gaúcha) viessem a ter exclusivamente aquela natureza jurídica.

8. Daí porque se há de ter ser a norma do art. 28 da Constituição gaúcha demasiadamente abrangente, pois não distingue a natureza e sequer as funções a serem exercidas pelas fundações instituídas ou mantidas pela Administração Estadual. Mas assegura aos seus servidores os mesmos direitos daqueles vinculados a fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público sob o regime de direito público, sem os ônus, deveres e responsabilidades a que esses se subsumem.

9. A norma questionada aponta, portanto, para a possibilidade de serem equiparados aos das fundações públicas os servidores de toda e qualquer fundação privada, desde que instituída ou mantida pelo Estado.

Ter-se-ia, então, estabelecido inequívoco quadro de desonomia, que não se coaduna com os princípios constitucionais e que, por isso mesmo, não pode se manter.

10. Nem mesmo se pode cogitar de conferir interpretação conforme à Constituição à norma impugnada. É que, na assentada de 19.12.1995, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.344-MC/ES, Rel. Min. Moreira Alves, o Plenário fixou o seguinte entendimento: *J*

"EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de medida liminar. Par. 1. do artigo 71 da Lei Complementar n. 46, de 31 de janeiro de 1994, do artigo 2. da Lei Complementar n. 48, de 19 de abril de 1994, e artigo 1. da Lei Complementar n. 50, de 18 de julho de 1994, todas do Estado do Espírito Santo. (...) Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente. - Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar 'para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal', técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade 'sem redução do texto' em decorrência de este permitir 'interpretação conforme a Constituição'. - Ocorrência, no caso, quer do 'periculum in mora', quer da conveniência da suspensão requerida." (DJ 19.4.1996, grifos nossos).

11. Também não se é de desconhecer que a aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição ao caso vertente, poderia - e certamente conduziria - à equiparação do regime jurídico dos servidores das fundações privadas aos das fundações públicas, em que pese se ter, na parte final do art. 28 em questão, a expressa referência "observado o respectivo regime jurídico".

Ora, dessemelhante o regime jurídico não haveria como se dar tratamento igual no sentido de serem "assegurados aos servidores (das fundações instituídas e mantidas pelo Estado) os mesmos direitos das fundações públicas...". porque o regime jurídico diz respeito ao conjunto de direitos, deveres e responsabilidades a que se submetem os servidores *d*

Logo, sendo os regimes diversos, diferentes são os direitos e deveres que se combinam e formam os fundamentos da relação empregatícia de cada qual.

Daí porque a norma está a garantir - ainda que não de forma direta, mas sempre de forma taxativa e insuperável - a igualação do regime remuneratório, o que se aperfeiçoa pela equiparação de vencimentos, prática, obviamente, vedada pela Constituição brasileira (art. 37, inc. XIII) e contrária ao que se põe como assentado na Súmula 339 e na pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Especialmente quanto à equiparação de regimes remuneratórios, a vedação em que esbarra a norma posta em questão é taxativa e insuplantável no sistema constitucional vigente, como, se tem, por exemplo, nos seguintes julgados:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ISONOMIA. VENCIMENTOS. SÚMULA 339/STF. 1. A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que "continua em vigor, em face da atual Constituição, a Súmula 339 --- '[n]ão cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia' ---, porquanto o § 1º do artigo 39 da Carta Magna é preceito dirigido ao legislador, a quem compete concretizar o princípio da isonomia, considerando especificamente os casos de atribuições iguais ou assemelhadas, não cabendo ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador". Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE 402.364-AgR/PA, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 18.5.2007).

Na mesma linha de entendimento: RE 459.672-AgR/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 7.12.2006; RE 475.915-AgR/CE, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 17.11.2006; RE 410.244-AgR/PI, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 22.9.2006; AI 579.338-AgR/CE, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 4.8.2006; AI 255.601-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda

Pertence, Primeira Turma, DJ 30.6.2006; RE 463.530-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 2.6.2006; RE 422.152-AgR/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 12.5.2006; RE 409.613-AgR/CE, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 24.3.2006; e AI 446.485-AgR/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 24.2.2006.

Na assentada de 20.8.1996, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.434-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO (ART. 101) - EQUIPARAÇÃO, EM VENCIMENTOS E VANTAGENS, ENTRE PROCURADORES DO ESTADO E PROCURADORES AUTÁRQUICOS - ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 37, XIII; ART. 39, § 1º E ART. 61, § 1º, II, C) (...)

VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE EQUIPARAÇÕES REMUNERATÓRIAS. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - tendo presente a vedação constitucional inscrita no art. 37, XIII, da Carta da República - tem repellido, por incompatível com a Lei Fundamental, qualquer ensaio de regramento equiparativo, que, em tema de remuneração, importe em outorga, aos agentes estatais, de iguais vencimentos e/ou vantagens atribuídos a categoria funcional diversa, ressalvadas, unicamente, as hipóteses previstas no próprio texto constitucional. A regra inscrita no art. 39, § 1º, da Constituição - considerada a igualdade ou a similitude do conteúdo ocupacional de determinados cargos públicos - permite que se dispensa, aos servidores estatais que os titularizam, tratamento remuneratório isonômico, desde que esses cargos situem-se na estrutura central do mesmo Poder ou, então, que a relação de comparação se estabeleça entre agentes administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, excluídos, em consequência, do alcance normativo da cláusula constitucional em referência, os servidores vinculados às entidades que integram a administração indireta ou

descentralizada. - A isonomia de vencimentos e vantagens com os Procuradores do Estado (administração direta), outorgada aos Procuradores que atuam nos órgãos jurídicos das autarquias e fundações públicas estaduais (administração indireta), vulnera, no plano material, a cláusula inscrita no art. 37, XIII, da Constituição, que veda a equiparação e a vinculação de vencimentos, para efeito de remuneração de pessoal do serviço público. Precedentes: ADIn 120-AM, Rel. Min. MOREIRA ALVES (mérito) e ADIn 112-BA, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA (mérito)" (DJ 22.11.1996).

E,

"EMENTA: (...) 2. É ociosa a busca em velhas leis do fundamento legal para estender por norma administrativa, a servidores de um Tribunal, a vantagem funcional atribuída aos seus por resoluções das Casas do Congresso Nacional, dado ser incontroverso que leis de equiparação ou vinculação automática de vencimentos, quando não originariamente inconstitucionais, terão sido revogadas por inconstitucionalidade superveniente desde pelo menos a Carta de 1967. II. Isonomia constitucional vs proibição de equiparação ou vinculação de vencimentos. 3. O art. 39, § 1º, da Constituição - "A Lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário..." - é princípio explicitamente dirigido ao legislador e, portanto, de efetividade subordinada à sua observância recíproca pelas leis de fixação dos vencimentos dos cargos de atribuições iguais ou assemelhadas: é que a Constituição mantém a proibição, vinda de 1967, de vinculações ou equiparações de vencimentos (CF 88, art. 37, XIII), o que basta para elidir qualquer ensaio - a partir do princípio geral da isonomia - de extrair, de uma lei ou resolução atributiva de vencimento ou vantagens determinadas a um cargo, força bastanted

para estendê-los a outro cargo, por maior que seja a similitude de sua posição e de suas funções. 4. Daí que, segundo a invariável orientação do STF, o princípio constitucional da isonomia do art. 39, § 1º não elide o da legalidade dos vencimentos do servidor público, mas, ao contrário, dada a proibição pelos textos posteriores da equiparação ou vinculação entre eles, reforça a Súmula 339, fruto da jurisprudência já consolidada sob a Constituição de 1946, que não continha tal vedação expressa. III. Regime jurídico único, isonomia e privilégios setoriais: eventuais resultantes constitucionais. IV. Considerações laterais sobre a grave situação - retratada nos estudos técnicos que o motivaram e à qual buscou dar solução o ato questionado: esmagamento dos recursos humanos da máquina judiciária federal, resultante do ponto crítico no particular do regime de Poderes, no qual o Judiciário vê-se impotente na confluência dos fogos cruzados das resoluções do Legislativo, de um lado, e das medidas provisórias do Executivo, do outro" (ADI 1.776-MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 26.5.2000).

No mesmo sentido: ADI 2.831-MC/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 28.5.2004; ADI 955/PB, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 25.8.2006; ADI 752/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; e ADI 196/AC, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 20.9.2002.

12. Pelo exposto, voto pela inconstitucionalidade do art. 28 da Constituição do Rio Grande do Sul, julgando procedente a ação proposta.

29/11/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 191-4 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

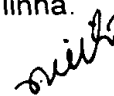
O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhora Presidente, acompanho o voto da eminente Relatora.

A matéria chegou a suscitar muitas controvérsias na doutrina, mas, efetivamente, como disse a Ministra **Cármem Lúcia**, com a Emenda Constitucional nº 19, na realidade, restabeleceu-se a possibilidade da instituição de fundações sob o regime privatista, porque se retirou a expressão “fundações de direito público” e colocou-se as fundações ao lado da sociedade de economia mista e das empresas públicas.

Com essa perspectiva, evidentemente o dispositivo que determina a equiparação das fundações ditas de direito privado, Sua Excelência indicou corretamente ser uma expressão bastante equívoca, mas adotada com aquelas de direito público, significa uma violência à disciplina constitucional do artigo 37, XIII.

Por essas razões e louvando o estudo de nossa eminente colega e excepcional administrativista, acompanho-a em toda a linha.



29/11/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 191-4 RIO GRANDE DO SUL

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 191

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) -

Senhora Presidente, queria apenas esclarecer mais um dado que não apresentei expressamente aqui.

Fiz referência à Emenda Constitucional n. 19, Ministro Menezes Direito, mas é certo que, quando veio a Constituição de 1988, o constituinte encontrou um quadro, um retrato em que havia fundações de direito privado com servidores empregados, celetistas, e não se conseguiu destruir isso de uma hora para outra, até porque não havia como se fazer.

O retorno que a Emenda Constitucional n. 19 fez foi exatamente porque continuavam existindo fundações que eram instituídas e não mantidas, pagas com dinheiro público e tinham empregados e tudo o mais. Existiam fundações instituídas, durante algum tempo, mantidas, e com servidores submetidos ao regime da CLT. Portanto, diferentes das fundações públicas. As fundações ditas de direito público são essas que o Hely Lopes

ADI 191 / RS

Meirelles diz que, estranhamente, chamavam-se equiparadas às autarquias e que algumas constituições estaduais até mantinham essa terminologia: fundações autárquicas. O que era uma *contradictio in terminis*.

De toda a sorte, isso continuou prevalecendo até que, em 1998, o constituinte reformador resolveu que não; era melhor verificar que, de fato, existiam essas diferenciações e era preciso mantê-las, porque não havia como submeter todas ao Regime Jurídico Único do servidor público, previsto inicialmente no *caput* do artigo 39 da Constituição.

Daí o retorno que realmente apanha, no Estado do Rio Grande do Sul, uma realidade que nunca chegou a ser inteiramente mudada, porque havia fundações de direito privado com servidores sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e os servidores públicos.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Na minha perspectiva, foi esse o sentido de meu voto.

Com a Emenda Constitucional nº 19, de fato, já se manteve a possibilidade de o poder público criar fundações tanto de Direito Privado como de Direito Público, porque depende do regime que a lei complementar expressamente determinar.

Por esse motivo que, no dispositivo, no tocante às fundações, colocou-se a oração subordinada de acordo com a lei complementar, que vai determinar o seu alcance, o seu regime.

mul-

ADI 191 / RS

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - E o *caput*, inclusive, do artigo 37, que, inicialmente, era "A administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados" mudou agora para dizer "A administração pública direta ou indireta", e retirou-se, na Emenda Constitucional n. 19, a referência ao fundacional para dizer que, eventualmente, ela faz parte da administração, mas com um outro regime.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:
Esse é o alcance que se deu ao dispositivo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Mas agradeço as observações.

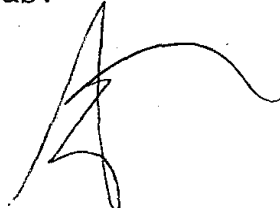
29/11/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 191-4 RIO GRANDE DO SULV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, também louvo o belo voto da eminente Ministra Cármen Lúcia, agora esclarecido pelas achegas do eminente Ministro Carlos Alberto Direito, e acompanho integralmente o voto da Relatora.

Verifico que há fundações com regime diferenciado; o que se tenta, neste caso, no dispositivo impugnado, é fazer uma equiparação artificial entre vencimentos e vantagens dos servidores destas instituições distintas.



Supremo Tribunal Federal

29/11/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 191-4 RIO GRANDE DO SULVOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, também acompanho o voto da eminente Relatora.

Quero apenas fazer uma observação. Apreendi com o meu Professor no Largo de São Francisco, Silvio Marcondes, imenso comercialista, que escreveu um notável artigo sobre as fundações, que existem autarquias fundacionais, pessoas jurídicas de direito público, e as fundações, pessoas jurídicas de direito privado.

Esse é um texto do Professor Silvio Marcondes que, talvez, tenha ficado esquecido, mas considerou pela primeira vez, com o exame primoroso da doutrina alemã, a figura das fundações.

Queria só anotar essa questão, em homenagem a esse eminente Professor do Largo de São Francisco.



29/11/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 191-4 RIO GRANDE DO SULVOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, também louvo o belo voto da Ministra Cármen Lúcia, bem secundada pelas contribuições do Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito e, depois, pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau.

Começo minha intervenção - pretendo seja breve -, lembrando que, de fato, o dispositivo objeto, alvo da ADI faz a distinção entre fundação de direito privado e fundação de direito público ao dizer:

"Aos servidores das fundações instituídas e mantidas pelo Estado são assegurados os mesmos direitos daqueles das fundações públicas, observado o respectivo regime jurídico".

Está a dizer que esses servidores das primeiras fundações são servidores de fundações não-públicas, porque o paradigma é um tipo de fundação pública.

Vou repetir:

"Aos servidores das fundações instituídas e mantidas pelo Estado" - sem o adjetivo, fundações públicas - "são assegurados os mesmos direitos daqueles das fundações" - agora sim, adjetivadas - "públicas".

Então, o dispositivo não escamoteou a realidade; ele está a laborar num campo de nítida distinção entre fundações instituídas e mantidas pelo Estado, em caráter público ou com personalidade de direito público, e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, em pé de igualdade ou de condições com qualquer

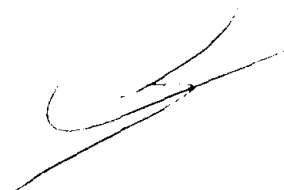


ADI 191 / RS

particular. Qualquer instituidor que personaliza juridicamente um patrimônio e assim institui uma fundação. Porque o substrato das fundações é realmente um patrimônio que obtém uma personalização jurídica.

Porém, não vou subscrever, peço vênua para dizê-lo, todos os fundamentos do judicioso voto da Relatora, porque, muito particularmente, entendo que o Estado somente pode instituir fundação para prestar atividade que constitua dever do Estado; dever dele, Estado instituidor. E o campo próprio, propício, adequado para o Estado atuar fundacionalmente é o da saúde, da educação e da cultura, ou seja, nesses três campos constitutivos de deveres estatais, porém franqueados à iniciativa privada, porque são atividades mistamente públicas e privadas: saúde, educação e cultura. Nesses campos mistamente públicos e privados, o Estado se faz presente não pelas suas autarquias, mas pelas suas fundações. Quando a atividade é pública, o Estado pode prestá-la ou pela administração direta ou pela autárquica. Quando a atividade é mistamente pública e privada, o Estado atua mediante as fundações. É a distinção que faço pessoalmente - claro que a doutrina não tem corroborado esse ponto de vista -, objeto de escritos e conferências da minha lavra.

Entendo mais: quando a Constituição, nos incisos XIX e XX do artigo 37, exige autorização legislativa específica para a criação de autarquia, instituição de empresa pública, sociedade de economia mista, fundação e subsidiárias das empresas estatais, penso que, nesses dois dispositivos, a Constituição laborou no campo do **numerus clausus**, enumeração fechada, taxativa. O Estado somente pode instituir - e ainda, assim, mediante lei específica - essas entidades e não outras. Quais são as entidades? Autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, em **numerus clausus**. O Estado não pode instituir outro



ADI 191 / RS

ente, não pode personalizar outro ente, juridicamente falando, senão um desses. Essa enumeração, portanto, é fechada ou taxativa.

Agora, entendo que, a despeito da edição da Emenda Constitucional nº 19/98, não ficou franqueado ao Estado optar pela instituição de uma fundação pública e uma fundação privada. Nesse último caso, como se particular fosse. Não. O Estado somente pode instituir fundações públicas, e essas fundações não são autarquias. Autarquias constituem uma categoria de pessoa jurídica, pública; fundações constituem outra categoria de pessoa jurídica. Não há falar, a meu sentir, com todas as vênias, de autarquia fundacional nem de fundação autárquica. Eu não baralho, não misturo as coisas. Penso que a Constituição falou de modo distinto das duas realidades, porque não quer o baralhamento delas.

De outra parte, Ministra Cármen Lúcia, Vossa Excelência, com acuidade visual, intelectual, que lhe é própria, observou que já não se fala, no artigo 37, de administração fundacional; e que, de fato, a Constituição, quando, no inciso XIX, listou as entidades passíveis de criação por lei específica, lei do Estado, evidente, fez essa distinção entre autarquia e todas as outras entidades, dizendo que as autarquias serão criadas diretamente pela lei, enquanto as outras entidades serão criadas mediante autorização legislativa - está correta essa distinção -; sugerindo, sinalizando que as fundações decaíram de **status**, porque ficaram niveladas às empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que são detentoras de personalidade jurídica meramente privada.

Porém, se fizermos uma interpretação não apenas solteira, mas casada ou sistemática da Constituição; aliás, Juarez Freitas, nosso amigo comum, diz, com propriedade, que toda interpretação jurídica ou é sistemática ou não é interpretação. Por que digo isso? Porque, em diversas passagens da Constituição, as



ADI 191 / RS

fundações são rigorosamente equiparadas às autarquias, em numerosas passagens. Por exemplo, no inciso XXVII do artigo 22, está dito:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União"(...)

Depois é que vem a menção às empresas públicas e sociedades de economia mista. Vale dizer, a Constituição conferiu o tratamento jurídico rigorosamente igualitário às fundações e às autarquias.

No artigo 40 - para não ir muito longe -, a Constituição repetiu esse tratamento rigorosamente paritário entre as fundações e as autarquias, dizendo:

"Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário"(...)

Deixando claro que somente os servidores da administração direta, de uma banda, e, de outra banda, de autarquias e fundações são investidos em cargos de provimento efetivo.

Então, os servidores de fundação são investidos em cargos de provimento efetivo tanto quanto os servidores autárquicos e os da administração direta. A Constituição está cheia, recamada desse tipo de tratamento igualitário entre as fundações e as autarquias, sem que em nenhuma passagem dela se faça a distinção entre fundação de direito público e fundação de direito privado. Não existe isso na Constituição; não consigo ver.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Porque fundação de direito público é autarquia, Ministro.



ADI 191 / RS

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não é pacífico. Disse a Vossa Excelência que o meu ponto de vista, quanto às fundações, não é corroborado pela doutrina. Tive esse cuidado.

Agora, vejo uma contradição nos termos, à luz de uma interpretação sistemática, falar de autarquia fundacional e de fundação autarquizada ou autárquica.


O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Mas ninguém fala em fundação autarquizada. Autarquia fundacional é uma expressão clássica na doutrina desde o artigo do Silvio Marcondes. O Professor Celso Antonio usa exatamente a mesma expressão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não ignoro isso, Excelência. Estou apenas dizendo que meu ponto de vista não coincide com o da doutrina. A meu sentir, a Constituição separa autarquia de fundação. Em todas essas diversas passagens que estou lendo, não separa atoamente, mas intencionalmente. Autarquia não é fundação; fundação não é autarquia.

Vamos para a natureza jurídica das coisas. Vamos usar um pouco de filosofia, de lógica. O que é uma autarquia? Qual o seu substrato? Autarquia é um serviço público, típico, personalizado. O que é fundação? Um patrimônio público, personalizado.

Então, são coisas diferentes. Se atentarmos para a natureza jurídica de uma instituição e de outra, do substrato factual de uma e de outra, chegaremos à conclusão de que são coisas distintas.

Que o intérprete não una o que a Constituição desuniu. A Constituição separou autarquia de fundação. Não nos compete contrariar a essa vontade objetiva da Constituição, que foi de separar as coisas.



ADI 191 / RS

Mas essa minha intervenção, que se fez muito mais longa do que pretendia, em nada desmerece o voto da Ministra Cármen Lúcia. A conclusão a que chego é exatamente igual a da Ministra, embora com outros fundamentos.

Por isto assento, com toda tranqüilidade intelectual, a procedência da ação direta de inconstitucionalidade. Considero procedente a ação porque tenho por inconstitucional o seu dispositivo-alvo, o seu dispositivo-objeto.

É como voto.



29/11/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 191-4 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, penso que a discussão sobre a dualidade, sob o ângulo do Estado, considerado o Estado, de fundações públicas e fundações privadas não se faz necessária para o julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade.

Em outra oportunidade, definiremos, porque houve a supressão, com a Emenda Constitucional nº 19/98, do vocábulo que se seguia à referência às fundações públicas. Não se repetiu, com a Emenda Constitucional nº 19/98, esse último vocábulo: "públicas".

Agora, penso que o preceito contém duas incoerências. A primeira - e, aí, vislumbro que o legislador gaúcho teve presente a dualidade - é que há alusão, em termos de paradigma, às fundações públicas, e se remete à equiparação dos servidores das fundações instituídas e mantidas pelo Estado - então, não são públicas - aos servidores das fundações públicas. Segunda: determina-se, mesmo assim, após essa igualização, a observação do respectivo regime jurídico. E cada regime jurídico tem parâmetros próprios.

Acompanho Sua Excelência, a relatora, entendendo que se estabeleceu equiparação a conflitar com a Constituição Federal, sem adentrar, no entanto, o campo de saber se temos a dualidade, ou não, quanto a autarquias e fundações. Não se faz necessário o deslinde dessa questão.

Julgo procedente o pedido formulado.



29/11/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 191-4 RIO GRANDE DO SUL

À revisão de aparte do Senhor Ministro CELSO DE MELLO.

E X P L I C A Ç Ã O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Senhora Presidente, se me permite apenas, a partir de uma palavra do Ministro Celso de Mello, deixar um dado a mais.

Quando a Constituinte incluiu as fundações no *caput* do artigo 37 - o que veio a ser retirado -, teve em conta exatamente a circunstância de que, como disse Vossa Excelência, desde a década de 60, proliferaram fundações e muitas delas foram criadas pelas administrações públicas para que pudessem ser contratados servidores - empregados, no caso, - sem concurso público e para que elas não tivessem de fazer licitações de serviços, os quais, depois, eram emprestados "à administração direta".

Em razão disso, com essa proliferação, pretendeu-se, num primeiro momento, que todas elas voltassem ao regime de direito público, porque esses vícios seriam eliminados. Como vi, uma vez, o Senhor Franco Montoro dizer que, se as leis não conseguem formatar os fatos, não posso simplesmente dizer pior para os fatos. Preciso fazer com que o Direito tente dar uma solução dentro daquilo que é

ADI 191 / RS

possível. Daí por que a Emenda Constitucional n. 19 voltou e estabeleceu o acatamento obrigatório de todos os princípios. Isso que Vossa Excelência vem de dizer, quer dizer, discussões como aquela da Fundação Anchieta e das Fundações de Pesquisa, muitas vezes, não são desejadas pelos governantes, pelos administradores, porque emperra, um pouco, na hora de contratações de serviços que são muito especializados, mas acontece e continuará acontecendo. No caso típico, é o gaúcho. *W*

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 191-4

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

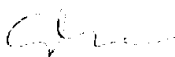
ADV.: MANOEL ANDRE DA ROCHA E OUTROS

REQDO.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do voto da Relatora. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Plenário, 29.11.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso do Mello, Marco Aurélio, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


Luiz Tomimatsu
Secretário