

07/08/2019

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**RECTE.(S)** : **FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA - CENTRO PAULISTA DE RÁDIO E TV EDUCATIVAS**  
**ADV.(A/S)** : **JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL E OUTRO(A/S)**  
**RECDO.(A/S)** : **JOSÉ ANGEL ARIAS**  
**ADV.(A/S)** : **ANTONIO LUCIANO TABELLI E OUTRO(A/S)**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**EMENTA**

**Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho. Direito Constitucional. Ação trabalhista. Demanda de servidor da Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas - pelo reconhecimento de sua estabilidade no emprego em razão do disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Discussão acerca do alcance da referida norma constitucional. Matéria passível de repetição em inúmeros processos, com repercussão na esfera de interesse de inúmeros trabalhadores. Reconhecida a inaplicabilidade do dispositivo constitucional aos empregados das fundações públicas de direito privado que não exerçam atividades típicas de Estado. Ausência de estabilidade calcada nesse fundamento constitucional. Recurso provido.**

1. O assunto corresponde ao Tema nº 545 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na **internet**, cuja descrição é a seguinte: “recurso extraordinário com agravo em que se discute se empregados da Fundação Padre Anchieta - Centro Paulista de Rádio e TV Educativas têm direito à estabilidade excepcional de que trata o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT”.

2. Segundo a jurisprudência predominante na Corte Suprema, a aposentadoria espontânea somente dá causa à extinção do contrato de trabalho se ocorrer o encerramento da relação empregatícia. Nesse

**RE 716378 / SP**

contexto, é constitucional o entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 361, primeira parte, da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho. Esse entendimento, no entanto, não altera a questão fundamental posta no apelo extremo e que deu ensejo ao reconhecimento da repercussão geral.

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

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

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

**RE 716378 / SP**

regime jurídico de direito privado caso as respectivas fundações também tenham sido instituídas como entes privados.

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

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

8. Recurso extraordinário provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, apreciando o Tema nº 545 da gestão por temas da repercussão geral, em dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli (Presidente), vencidos os Ministros Rosa Weber, Edson Fachin, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Também, por maioria,

**RE 716378 / SP**

vencidos, parcialmente, o Ministro Lewandowski e, integralmente, o Ministro Marco Aurélio, acordam os Ministros em fixar a seguinte tese: “1. A qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende (i) do estatuto de sua criação ou autorização e (ii) das atividades por ela prestadas. As atividades de conteúdo econômico e as passíveis de delegação, quando definidas como objetos de dada fundação, ainda que essa seja instituída ou mantida pelo Poder Público, podem se submeter ao regime jurídico de direito privado. 2. A estabilidade especial do art. 19 do ADCT não se estende aos empregados das fundações públicas de direito privado, aplicando-se tão somente aos servidores das pessoas jurídicas de direito público”.

Brasília, 7 de agosto de 2019.

MINISTRO DIAS TOFFOLI  
Presidente

01/10/2014

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**RECTE.(S)** : **FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA - CENTRO PAULISTA DE RÁDIO E TV EDUCATIVAS**  
**ADV.(A/S)** : **JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL E OUTRO(A/S)**  
**RECDO.(A/S)** : **JOSÉ ANGEL ARIAS**  
**ADV.(A/S)** : **ANTONIO LUCIANO TABELLI E OUTRO(A/S)**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Cuida-se de recurso extraordinário interposto pela Fundação Padre Anchieta - Centro Paulista de Rádio e TV Educativas - em face de José Angel Arias, com amparo na alínea a do permissivo constitucional, buscando a reforma de acórdão proferido pela Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, o qual foi assim ementado:

**“RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. EMPREGADO DETENTOR DE ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. REINTEGRAÇÃO.** Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 361, primeira parte, da SBDI-1, na aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação". Por outro lado, o servidor público detentor de estabilidade somente pode ser dispensado nas hipóteses estabelecidas no artigo 41, § 1º, da Constituição da República. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento” (fl. 355).

O recorrente opôs embargos de declaração (fls. 564/565), os quais foram rejeitados pelo tribunal **a quo** em aresto assim condensado:

**RE 716378 / SP**

**“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO.** As razões dos embargos de declaração revelam o inconformismo da parte com a decisão que foi contrária aos seus interesses. Todavia, a mera irresignação com o conteúdo do acórdão embargado não constitui hipótese de cabimento do recurso, que se restringe àquelas previstas nos artigos 535 do Código de Processo Civil e 897-A da Consolidação das Leis do Trabalho. A decisão apta a ensejar a oposição de embargos de declaração é aquela que contém omissão, contradição, obscuridade ou manifesto equívoco, no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, o que não ocorreu no presente caso. Embargos de declaração que se rejeitam” (fl. 570).

Interposto o recurso extraordinário (fls. 577/610) e apresentadas as correspondentes contrarrazões (fls. 615/619), o apelo, inicialmente, teve seu seguimento negado pelo TST (fls. 623/624).

Com o manejo do agravo para destrancamento do recurso principal (fls. 625/629), os autos foram recepcionados nesta Corte como o ARE nº 659.039, tendo sido submetido o feito à análise de reconhecimento da repercussão geral de sua matéria de fundo.

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, reconheceu a presença de transindividualidade do debate travado no mérito do recurso, como se pode observar abaixo:

**“DIREITO DO TRABALHO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO TRABALHISTA. SERVIDOR DA FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA QUE DEMANDA O RECONHECIMENTO DE SUA ESTABILIDADE NO EMPREGO, EM RAZÃO DO DISPOSTO NO ART. 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. DISCUSSÃO ACERCA DO ALCANCE DA REFERIDA NORMA CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DE INTERESSE DE**

**RE 716378 / SP**

INÚMEROS TRABALHADORES. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL” (fl. 664).

Determinei a conversão do recurso extraordinário com agravo em recurso extraordinário, ocorrendo a reatuação da demanda sob a presente numeração.

O assunto corresponde ao Tema nº 545 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na **internet**, cuja descrição é a seguinte: “recurso extraordinário com agravo em que se discute se empregados da Fundação Padre Anchieta - Centro Paulista de Rádio e TV Educativas - têm direito à estabilidade excepcional de que trata o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT”.

Sustenta a recorrente a existência de violação do art. 5º, incisos II e XXXVI, da parte permanente da Constituição Federal, bem assim do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, afirmando que o instituto da estabilidade excepcional não se aplica aos empregados das fundações de direito privado. Argumenta, ainda, que a decisão recorrida agride a coisa julgada estabelecida em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na qual foi reconhecido o caráter privatístico da constituição e do funcionamento das referidas fundações.

Em seguida, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral da República. O **Parquet** opinou pela improcedência do recurso extraordinário, dado o caráter público da Fundação Padre Anchieta, a qual é mantida com subvenções do Poder Público estadual e presta atividades de cunho educacional e cultural, consideradas serviços públicos tipicamente estatais (fls. 670/675).

Por fim, admiti o Estado de São Paulo no feito na condição de **amicus curiae**, o qual requereu o provimento do apelo extremo, com a finalidade de se firmar a impossibilidade de aplicação do art. 19 do ADCT aos empregados das fundações governamentais de direito privado (fls. 643/652).

É o relatório.

01/10/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO

VOTO

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

O assunto corresponde ao Tema nº 545 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet, cuja descrição é a seguinte: “recurso extraordinário com agravo em que se discute se empregados da Fundação Padre Anchieta - Centro Paulista de Rádio e TV Educativas - têm direito à estabilidade excepcional de que trata o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT”.

Precede o julgamento em testilha uma breve contextualização.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, ora recorrido, e manteve a sentença mediante a qual se indeferira o pedido de reintegração no emprego fundado na alegada ocorrência da estabilidade prevista na Constituição da República, sob o fundamento de que a aposentadoria espontânea do reclamante teria extinguido o contrato de trabalho. Consignaram-se, então, os seguintes fundamentos, a saber:

"O artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República prevê que os servidores públicos civis da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, assim como da administração direta, autárquica e fundacional em exercício há cinco anos quando da promulgação, têm assegurada a estabilidade no emprego, ou seja, não podem ser dispensados sem motivação.

(...) Indubitavelmente, ostenta natureza de fundação de direito público.

Contudo, essas circunstâncias não subvertem a realidade que permeia a situação descrita nos autos.

A aposentadoria espontânea é causa natural da extinção do contrato de trabalho. Conceitualmente, por essência, significa o direito à inatividade remunerada. Eis porque quando consumada, a ruptura do vínculo opera-se *pleno jure*,

**RE 716378 / SP**

automaticamente.

Nesse sentido, aliás, o artigo 453 consolidado combinado com o inciso III do artigo 20 da Lei 8.036/90.

Bem por isso, para destacar os efeitos intrínsecos do instituto, é que sobreveio a Lei 6.204/75, alterando a redação primitiva do precitado artigo celetista. O novo diploma veio precisamente para sepultar a discussão ora ressuscitada e que à época lavrava fundo na jurisprudência.

A interpretação histórica dá a exata medida da *mens legis* e reforça a inteligência lógica e sistemática convergindo na mesma direção.

Em reforço dessa conclusão, o cancelamento da Súmula nº 21 do TST (Resolução 30/94) e o entendimento consagrado no verbete nº 177 dos precedentes jurisprudenciais da SDI-TST.

Nessa moldura, o fato de o reclamante à época da aposentadoria por tempo de serviço 23.02.1995 (...) ter ou não estabilidade no emprego, à luz do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, não tem qualquer relevância.

De outro lado, não há como se concluir que o relacionamento que se aperfeiçoou em seqüência à aposentadoria pudesse conferir ao trabalhador a estabilidade prevista no artigo 41 da Carta Política.

Para que o autor fosse detentor de estabilidade, seria de rigor que o segundo contrato de trabalho fosse precedido de aprovação em concurso público, a teor do artigo 37, II, do diploma constitucional.

Logo, embora esse contrato gere direito ao pagamento de todos os direitos trabalhistas, o que foi observado pela demandada, à luz do artigo 41 da Constituição Federal, não tem o postulante, direito à estabilidade perseguida" (fls. 264/267).

Resumindo, o Tribunal Regional do Trabalho manteve o indeferimento do pedido de reintegração no emprego baseado na tese da estabilidade constitucional, sob o fundamento de que a aposentadoria espontânea teria extinguido o contrato de trabalho. Entretanto, podemos

**RE 716378 / SP**

observar que nesse acórdão se enfrentou diretamente a questão do art. 19 do ADCT e se sustentou que a estabilidade só seria alcançada caso o reclamante houvesse sido aprovado em concurso público quando da nova contratação, após sua aposentadoria.

Nas razões do recurso de revista, o reclamante sustentou, em síntese, que a Turma do Tribunal Regional deixou de adequar a decisão ao comando constitucional do art. 7º, inciso I. Ressaltou que os §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT teriam sido declarados inconstitucionais pelo STF e que a interpretação dada pela Corte Regional a essas regras estaria a violar, frontalmente, o citado dispositivo constitucional. Sustentou, enfim, que a aposentadoria espontânea não teria extinguido o contrato de trabalho e que, portanto, ele mereceria ser reintegrado ao emprego, em especial **por ser detentor da estabilidade prevista no art. 19 do ADCT da Constituição da República.**

Segue importante trecho do acórdão em que se deu provimento ao recurso de revista:

**“Ficou registrado no acórdão regional que o reclamante era detentor da estabilidade prevista no artigo 19 do ADCT da Constituição da República, que se aposentou em 1995 e que foi dispensado sem justa causa em 2005.**

**Desse modo, afastada a tese de extinção do contrato de trabalho, em decorrência da aposentadoria, e não havendo controvérsia a respeito da estabilidade no emprego nem da dispensa imotivada, conclui-se pela ilegalidade da despedida do trabalhador, fazendo jus, portanto, à reintegração, diante da nulidade da dispensa, visto que gozava da estabilidade, prevista no artigo referido artigo 19 do ADCT, nos termos da jurisprudência atual e iterativa desta Corte.**

(...)

Ante o exposto, entendo que o Tribunal Regional afrontou o artigo 7º, I, da Constituição Federal, porquanto a aposentadoria espontânea não enseja a extinção do contrato de trabalho, razão por que conheço do recurso de revista.

**MÉRITO**

**RE 716378 / SP**

A conseqüência lógica do conhecimento do recurso por violação do artigo 7º, I, da Constituição Federal é o seu provimento.

Assim, dou provimento ao recurso de revista interposto pelo reclamante para declarar nulo o ato de sua dispensa e condenar a reclamada a reintegrá-lo no emprego, no cargo exercido ao tempo da ruptura, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos e vantagens correspondentes, observados os benefícios a que teria jus como se em atividade estivesse, tudo conforme se apurar em regular liquidação. A reintegração deve ser efetivada em até dez dias do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de multa cominatória equivalente a 1/30 do salário mensal devido, por dia de atraso no cumprimento da obrigação de fazer, ora imposta. Devem ser deduzidos os valores pagos pela reclamada a título de verbas rescisórias e de indenização de 40% do FGTS. Juros, correção monetária, descontos fiscais e previdenciários na forma da legislação especial (artigo 39 da Lei 8.177/91) e Súmulas nºs 368 e 381 desta Corte Superior" (fls. 556/559).

Não só pela leitura desse trecho do acórdão, como pelo que foi relatado no recurso extraordinário interposto, refuto desde já qualquer suspeita sobre o caráter imediato da controvérsia constitucional debatida nos autos.

É certo que, em relação aos empregados da Fundação Padre Anchieta, há precedentes das Turmas do Supremo Tribunal Federal atestando possível ofensa reflexa à Constituição Federal quando em análise os acórdãos da Corte Superior Trabalhista que vinham assegurando a estabilidade prevista no art. 19 do ADCT aos empregados da comentada fundação, a saber: AI nº 239.048-AgR, Rel. Min. **Nelson Jobim**, Segunda Turma; AI nº 209.205, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, Primeira Turma; e RE nº 205.693/SP-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, DJe de 28/5/10.

Contudo, esse posicionamento não se coaduna com o matiz nitidamente constitucional do conflito, já que a natureza jurídica do ente

**RE 716378 / SP**

governamental com o qual é estabelecido o vínculo celetista é fator preponderante e nuclear para a configuração ou não da estabilidade no emprego, ou seja, para a possibilidade ou não de a empregadora efetuar a demissão sem justa causa.

Remonto às justificativas que apresentei quando da apreciação da existência de repercussão geral:

“A matéria suscitada no recurso extraordinário, acerca da efetiva existência, em favor dos funcionários da recorrente, da aludida estabilidade, com suas consequências quanto à eventual dispensa desses empregados, é de índole eminentemente constitucional, pois diz respeito à correta exegese da norma do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

A questão posta apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo relevante para todos os demais servidores da recorrente que se encontrem na mesma situação do ora recorrido, sendo certo que há em curso, neste Supremo Tribunal Federal, diversas outras ações similares em que se controverte esse mesmo ponto.

Cuida-se, portanto, de discussão que tem o potencial de repetir-se em inúmeros processos, sendo atinente, por conseguinte, aos interesses de muitos servidores e, também, de várias outras entidades similares à recorrente, a recomendar uma tomada de posição definitiva desta Suprema Corte sobre o tema.”

O conflito imediato com a Carta Federal é requisito antecedente para a atestação da ocorrência de repercussão geral, nos termos dos arts. 323 e 324, § 2º, do Regimento Interno da Corte, tendo sido confirmada sua existência nos autos.

Também há que se salientar, de forma preambular, que não se analisarão neste caso questões que exijam revolvimento de aspectos fáticos.

Não há dúvida de que o recorrido foi admitido aos quadros da

**RE 716378 / SP**

fundação, registrado no cargo de operador de microfone em 13 de abril de 1981, aposentado em 1995 e demitido sem justa causa em 5 de outubro de 2005. Consta, também, que a parte recorrente se aposentou espontaneamente, mas não houve quebra de continuidade do vínculo jurídico entre as partes, na medida em que a Justiça do Trabalho reconheceu que houve continuidade da relação empregatícia.

Assim sendo, há que se rememorar que, segundo a jurisprudência predominante nesta Corte Suprema, a aposentadoria espontânea somente dá causa à extinção do contrato de trabalho se ocorrer o encerramento da relação empregatícia. Nesse sentido, segue a ementa da ADI nº 1721/DF, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgada em 11/10/06:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da ‘*relevância e urgência*’ dessa espécie de ato normativo.

2. Os *valores sociais do trabalho* constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da *Ordem Econômica*, que tem por finalidade *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*, e, por um dos seus princípios, a busca do *pleno emprego* (artigo 170, *caput* e inciso VIII); c) base de toda a *Ordem Social* (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade.

**RE 716378 / SP**

3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente).

4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o *segurado* do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador.

5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum.

6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.

7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97.”

Esse entendimento foi reafirmado na ADI nº 1770/DF, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgada em 11/10/2006; no RE nº 466.518, Rel. Min. **Ayres Britto**, DJ de 10/11/06; no RE 478.693, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, DJ de 28/11/06; no AI nº 519.942, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, DJ de 6/2/07; e no AI nº 533.610-AgR, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJ de 24/8/07.

Portanto, nesse ponto, não há motivos para se modificar a decisão objurgada. Aliás, mostra-se evidente que a aplicação dessa jurisprudência já consolidada na Corte Suprema gera consequências no tocante às verbas

**RE 716378 / SP**

trabalhistas. Entretanto, ela não gera, por si só, o direito à pretendida estabilidade, mesmo porque o fundamento apresentado pela parte autora fora a aplicação do art. 19 da ADCT, como se extrai da exordial e dos acórdãos mencionados.

Há que se analisar, portanto, sob a égide constitucional, se a estabilidade fixada no art. 19 da ADCT se aplicaria ou não às fundações públicas de direito privado. Aliás, dentre os diversos temas tormentosos enfrentados pela doutrina administrativa brasileira, um deles se refere à dicotomia existente entre as fundações sujeitas ao regime público e as fundações que, apesar de instituídas pelo poder público, são reguladas pelo direito privado, com a presença de algumas derrogações publicísticas.

A fundação tem origem no âmbito do direito privado, constituindo um patrimônio destacado, com personalidade jurídica. Por meio dela, se busca atingir finalidades socialmente relevantes, na forma do atual do art. 62, parágrafo único, do Código Civil e do antigo art. 24 do Código de Beviláqua. No Brasil, embora o direito português tenha sido a fonte de inspiração nesse tema (BAPTISTA, Cristina Paula Casal. **As fundações no Direito português**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 15 e seguintes), legalmente, só se ouviu falar sobre as fundações no início do século XX, quando a Lei nº 173 de 10/9/1903 conferiu personalidade jurídica a entidades sem fins lucrativos científicas e religiosas.

A fundação, como ente autônomo, é uma criação não de Roma, mas de Bizâncio, onde apareceram as instituições genericamente denominadas de **pieae causae**, ou seja, os estabelecimentos de misericórdia como hospitais, orfanatos, asilos e outros de natureza assistencial (ARBULO, José del Campo. **Ley de fundaciones**. Centro de Fundación: Madrid, 1996, p. 24).

Embora as fundações tenham sua origem na ideia de filantropia ou de mecenato e tenham se delineado formalmente e de maneira mais ampla na Idade Moderna, depois do Renascimento e da Reforma, somente ao final do século XVIII e nos séculos XIX e XX elas se expandiram e se consolidaram. Durante a segunda metade do século XX,

**RE 716378 / SP**

“em contraste com os países socialistas, onde as fundações desapareceram por incompatíveis com o princípio de que o Estado e o Partido são as únicas fontes de bem-estar público, verifica-se uma expansão de fundações na Europa e nos Estados Unidos, sendo duas circunstâncias: de uma parte, as empresas, motivadas pelos incentivos tributários e em reavaliação de seu papel social, sobrepõem-se aos particulares no momento de constituir novas fundações, e, de outra, mudança de concepção dos fins que devam ter uma fundação, que do campo da caridade se deslocam para o campo da ciência de investigação, da cultura, dos direitos humanos, do meio ambiente etc” (PAES, José Eduardo Sabo. Fundações: origem e evolução histórica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, nº 140, out./dez., 1998, p. 46).

Não só houve uma ampliação no espectro das atividades realizadas pelas fundações privadas, como também, veremos a seguir, o poder público passou a instituir fundações públicas não só para a realização de serviços públicos próprios, mas também impróprios.

Sob a égide do regime constitucional anterior, o Decreto-Lei nº 200/67, um dos pilares legislativos da estrutura administrativa brasileira, inicialmente era silente sobre as fundações criadas pelo Poder Público.

Com a edição do Decreto-Lei nº 900/69, estabeleceu-se que:

“Art . 2º Não serão instituídas pelo Poder Público novas fundações que não satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos e condições:

a) dotação específica de patrimônio, gerido pelos órgãos de direção da fundação segundo os objetivos estabelecidos na respectiva lei de criação;

b) participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalentes a, no mínimo, um terço do total;

c) objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não

**RE 716378 / SP**

possam ser satisfatoriamente executados por órgão da Administração Federal, direta ou indireta;

d) demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações”.

Verifica-se que foi justamente nesse interregno entre 1967 e 1969 que foi autorizada a criação da Fundação Padre Anchieta, por meio da Lei estadual nº 9.849, de 26 de setembro de 1967.

Por sua vez, seguiram-se legislações que alteraram o regime jurídico principalmente das fundações federais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi estabelecida, inicialmente, a necessidade de uma legislação específica para a criação de fundações públicas. **Vide:**

“Art. 37.

(...)

XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública”.

Após a reforma administrativa promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98, houve a modificação do art. 37, XIX, cuja redação passou a ser a seguinte:

“Art.37

(...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

Antes da Constituição de 1988, a figura da fundação instituída e mantida pelo Estado foi muito utilizada como instrumento para a prestação de serviços de interesse público de cunho não econômico.

**RE 716378 / SP**

Algumas eram criadas como tais e outras eram transformadas de autarquias para fundações públicas, sob regime jurídico de direito privado. Conforme bem relatado por Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti,

“[Muitos festejaram] aquela espécie de ente como forma de prestação de serviços, sem as peias do regime de direito público [tese privatista, majoritária, sobretudo nas década de sessenta, após decreto-lei nº 900/69, e de setenta]. Progressivamente, a doutrina publicista brasileira, defendida a partir de Celso Antônio Bandeira de Mello, ganhou fôlego. Digladiavam-se os autores a partir de dois posicionamentos. O primeiro defendendo a natureza tipicamente privada das fundações instituídas e mantidas pelo Estado do segundo defendendo serem meras espécies do gênero autarquia” (**As fundações públicas e a reforma do Estado**. Disponível na internet no sítio eletrônico do Planalto).

Fato de relevo é que **o advento da Constituição Federal não alterou a natureza jurídica das fundações anteriormente instituídas, mesmo que o pudesse fazer o constituinte originário**. Nesse sentido, já assentou esta Corte:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL. INSTITUIÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO DISPOSTO NOS INCISOS XIX E XX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1.988. SUJEIÇÃO AO DECRETO-LEI N. 900/69. IMPOSSIBILIDADE. FINALIDADES EMINENTEMENTE PRIVADAS. AUSÊNCIA DE FUNÇÃO PECULIAR E EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO OU DE ATRIBUIÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICÁ-LA COMO ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. DESNECESSIDADE DE CRIAÇÃO POR LEI. BANCO DO BRASIL. ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DOTADA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO

**RE 716378 / SP**

PRIVADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCEBÊ-LO COMO PODER PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO DO TCU QUANDO A DETERMINAÇÃO DEPENDE DA VONTADE DE TERCEIRO. **1. A Fundação Banco do Brasil - FBB foi instituída em 16 de maio de 1.986, anteriormente à vigência do disposto nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição de 1.988. Também não era vigente a Lei n. 7.596/87. Não poderia, portanto, sujeitar-se a preceitos normativos inexistentes à época de sua criação. (...) 4. O Banco do Brasil, entidade da Administração Indireta dotada de personalidade jurídica de direito privado, voltada à exploração de atividade econômica em sentido estrito, não pode ser concebida como poder público. 5. A determinação do TCU, no sentido de que o impetrante providencie junto ao chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional, é inexecutável. O impetrante não pode ser compelido a fazer o que depende da vontade de terceiro. Segurança concedida” (MS nº 24.427, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 24/11/06).**

Segundo a jurisprudência da Corte, a qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende de dois fatores: i) do estatuto de sua criação ou autorização e ii) das atividades por ela prestadas. Confira-se:

“EMENTA: ACUMULAÇÃO DE CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO. NEM TODA FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO É FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. ÀS FUNDAÇÕES, INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO, QUE ASSUMEM A GESTÃO DE SERVIÇO ESTATAL E SE SUBMETEM A REGIME ADMINISTRATIVO PREVISTO, NOS ESTADOS-MEMBROS, POR LEIS ESTADUAIS SÃO FUNDAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO, E, PORTANTO, PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. - TAIS FUNDAÇÕES SÃO ESPÉCIE DO GÊNERO AUTARQUIA,

**RE 716378 / SP**

APLICANDO-SE A ELAS A VEDAÇÃO A QUE ALUDE O PARÁGRAFO. 2. DO ART. 99 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÃO, PORTANTO, CONSTITUCIONAIS O ART. 2º, PARÁGRAFO 3º DA LEI 410, DE 12 DE MARÇO DE 1981, E O ART. 1º. DO DECRETO 4086, DE 11 DE MAIO DE 1981, AMBOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO” (RE nº 101.126/RJ, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Moreira Alves**, DJ de 1º/3/85).

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIVERSIDADE DO RIO DE JANEIRO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CONDENAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ART. 109, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A Fundação Universidade do Rio de Janeiro tem natureza de fundação pública, pois assume a gestão de serviço estatal, sendo entidade mantida por recursos orçamentários sob a direção do Poder Público, e, portanto, integrante da Administração Indireta. 2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Federal. Art. 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figure como parte fundação instituída pelo Poder Público Federal, uma vez que o tratamento dado às fundações federais é o mesmo deferido às autarquias. 2.1. Embora o art. 109, I da Constituição Federal não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é no sentido de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, está sujeita a entidade, fazem dela espécie do gênero autarquia e, por isso, são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo Governo Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE nº 127.489/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**, DJ de 6/3/98).

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

**RE 716378 / SP**

FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA FEDERAL E A JUSTIÇA COMUM. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. 1. A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público. 2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Federal. Artigo 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figura como parte fundação pública, tendo em vista sua situação jurídica conceitual assemelhar-se, em sua origem, às autarquias. 3. Ainda que o artigo 109, I da Constituição Federal, não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a competência da Justiça Federal” (RE 215.741/SE, Segunda Turma, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**, DJ de 4/6/99).

“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,

**RE 716378 / SP**

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" (ADI nº 191/RS, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 7/3/08).

Embora a dicotomia entre público e privado possa gerar conclusões não muito ortodoxas, parece não haver dúvida de que algumas fundações públicas podem ser submetidas ao regime jurídico de direito público, como outrora sustentado por Otto von Mayer (**Le Droit Administratif Allemand**. Paris: Giard & Brière, 1906. p. 268), acompanhado por outro publicista germânico, Ernst Forsthoff (**Traité de Droit Administratif Allemand**. Bruxelas: Émile Bruylant, 1969. p. 679). Assim como podemos ter fundações submetidas a um regime parcial de direito público, como admitido no direito francês, distintamente do que é aplicado às corporações públicas, ou seja, aos entes públicos, como se extrai do trabalho coletivo escrito por Andre de Laubadère, Jean-Claude Venezia e de Yves Gaudemet (**Traité de Droit Administratif**. Tomo I. Paris: LGDJ, 1988. p. 222).

Quanto ao nosso sistema jurídico, bem ponderou a jurista Odete Medauar sobre a coexistência do regime dual:

"[A]parecem , na doutrina e na jurisprudência, afirmações no sentido de que as fundações públicas são espécies do gênero autarquia, sendo, portanto, autarquias. Parece melhor aceitar que, embora possam ter semelhanças com as autarquias, as fundações foram criadas nas últimas décadas por iniciativa do Poder Público são uma nova forma de descentralização por serviço, um novo tipo de pessoa administrativa (...). Parece estranho uma entidade ser tida como espécie de outra [autarquia] sem se confundirem nos seus conceitos (...). Trata-se, portanto de outra entidade, como prevê a legislação brasileira. Mesmo distanciando-se das características das fundações apontadas no direito civil, sobretudo por faltar ,

**RE 716378 / SP**

muitas vezes a reserva de patrimônio destinada a um fim. O ordenamento intitulou-as fundações públicas, como entidades da Administração indireta, que realizam atividades que o Poder Público assume para atendimento de fins de interesse geral” (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. São Paulo: RT, 1998. p. 87).

Não se mostra correto, como afirmam alguns, sustentar que o Supremo Tribunal Federal estaria a manter uma “jurisprudência dúbia” em relação às entidades da administração pública indireta de direito privado. O que a Corte Suprema vem pronunciando é que as fundações criadas, instituídas e/ou mantidas pelo poder público podem ter, dependendo do regime jurídico imposto pelo art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, feições diferentes, a depender, também, da análise concreta da atividade escolhida. Os critérios são aqueles já elencados nos julgamentos dantes referidos.

Há na Constituição Federal o elenco das atividades que definiriam qual o regime jurídico a ser aplicado a uma determinada fundação pública? A resposta se mostra evidentemente negativa. Entretanto, existem alguns pressupostos lógico-jurídicos que devem ser utilizados como critérios divisores, ou melhor, discriminadores.

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

**RE 716378 / SP**

privado sobre elas.

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

O fato é que, como bem alertado por Paulo Modesto,

“[a] ausência de uma norma geral em matéria de organização administrativa permitiu e permite que em cada lei ordinária se redefina conceitualmente as entidades da administração indireta do Estado. A lei específica que cria ou autoriza a criação de entidade pública pode estabelecer disciplina que vale casuisticamente para aquela entidade criada ou autorizada, mas não para as demais, em aspectos sensíveis, com o âmbito de autonomia da entidade, a composição dos seus quadros dirigentes e o controle ou supervisão de sua atuação pela Administração Direta. O risco constante de fragmentação e fluidez dos arranjos organizacionais, ao contrário de ser algo positivo, terminou por produzir grave confusão no próprio legislador, no administrador, na jurisprudência dos Tribunais e entre juristas, gerando incerteza e ineficiência no que se refere ao **modus operandi** específico de cada tipo de entidade, o seu regime jurídico predominante e a sua forma de relacionamento com os órgãos de controle interno e externo. Falta um quadro normativo nítido do regime jurídico das entidades públicas e sobre soluções originais, desencontros conceituais e mal entendidos em matéria essencial para o funcionamento regular e ágil da Administração Pública” (“As Fundações Estatais de Direito Privado e o Debate sobre a nova estrutura orgânica da Administração Pública”. In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 14, jun./jul./ago.,

**RE 716378 / SP**

2008).

A exigência de que se verifique qual o regime jurídico real a ser aplicado ao caso concreto para se concluir sobre a natureza jurídica dessa ou daquela fundação pública, se de direito público ou de direito privado, já foi objeto de alerta de renomados administrativistas:

“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**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 168).

“(...) 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).

**RE 716378 / SP**

A análise do caso particular da Fundação Padre Anchieta, além de retratar um problema normativo, reflete uma questão decorrente do referido processo histórico de construção da estrutura administrativa do Estado brasileiro.

A Lei estadual nº 9.849/67 denota a natureza privada da fundação, já que, ao autorizar sua instituição, não teve o condão de iniciar a personalidade jurídica da entidade, inaugurada somente com o registro do respectivo estatuto, como ocorre com as demais fundações sujeitas ao regime privado. **Vide:**

“Artigo 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma Fundação destinada a promover atividades educativas e culturais através do rádio e da televisão.

Parágrafo único - A Fundação de que trata este artigo, com a denominação de Fundação ‘Padre Anchieta’ - Centro Paulista de Rádio e TV - Educativa, terá autonomia administrativa e financeira e seu prazo de duração será indeterminado.

(...)

Artigo 4º - No ato da constituição da Fundação ‘Padre Anchieta’, Centro Paulista de Rádio e TV Educativa o Estado será representado pelo Secretário do Governo e seus estatutos deverão ser aprovados por decreto do Governador.”

Por sua vez, os recursos necessários para a manutenção e o desenvolvimento das atividades da Fundação Padre Anchieta proviriam tanto da esfera pública como do capital privado, somados aos frutos de sua atuação midiática. Confira-se:

“Artigo 6º - Constituirão recursos financeiros da Fundação:

I - as dotações que lhes forem destinadas pelos poderes públicos;

II - as receitas oriundas de suas atividades ou de seus bens patrimoniais;

**RE 716378 / SP**

- III - os saldos dos exercícios findos;
- IV - doações, legados e subvenções; e
- V - outras receitas.

Parágrafo único - Os bens e direitos da Fundação serão utilizados exclusivamente na consecução de seus objetivos, permitida, entretanto, a subrogação de uns e outros para a obtenção de rendas destinadas ao mesmo fim.”

O ponto central da discussão, porém, é definir se a fundação em comento exerce serviço estatal típico ou goza de poderes ou prerrogativas próprias do Poder Público.

Conforme estabelecido em seu estatuto social, a finalidade da Fundação recorrente é a promoção de atividades educativas e culturais via rádio, televisão ou outras mídias, com a produção e a emissão de programas de caráter educativo e informativo, mantendo estrita vinculação com os objetivos (?) culturais. A Fundação conta com aportes de recursos oriundos do Governo do Estado de São Paulo, mediante dotação orçamentária específica, bem como com receitas próprias para o cumprimento de sua missão.

De acordo com informações obtidas nos autos e no próprio site da recorrente, a Fundação Padre Anchieta é um complexo de mídia eletrônica composto pela TV Cultura, a TV Rá Tim Bum, a Univesp TV, o Canal MultiCultura, as rádios Cultura FM e Cultura Brasil e o Portal CMAIS. A Fundação atua, ainda, na produção de conteúdo multimídia na área educacional junto a secretarias municipais, estaduais e ministérios federais.

A análise detida dos objetivos institucionais da entidade nos leva à conclusão de que ela não exerce atividade estatal típica, na medida em que se presta para explorar atividades de rádio e televisão pautadas em objetivos educacionais e culturais. Eis o teor da lei paulista:

“Artigo 2º - À Fundação ‘Padre Anchieta’- Centro Paulista de Rádio e TV-Educativa, na consecução de seus objetivos, caberá:

**RE 716378 / SP**

I - operar estações de Rádio e TV-Educativa;

II - produzir em seus próprios estúdios, mediante aquisição, adaptação ou dublagem de material de transmissão, tele-aulas, aulas televisionadas, programas educativos, culturais e artísticos, ao vivo, em 'video-tape', ou cinescópio atingindo o rádio, no que a êste fôr aplicável; e

III - distribuir suas programações através dos sistemas universitários estadual, nacional e internacional de Rádio e TV-Educativa."

Ora, tanto no atual regime constitucional como no anterior, a exploração dos serviços de telecomunicação pelo Estado poderia se dar diretamente ou por meio de concessão pública.

Deixa de ser caracterizado como serviço público próprio, já que, apesar da alta relevância social, não implica o exercício de qualquer poder de polícia tendente à limitação das liberdades dos cidadãos. Por conseguinte, era plenamente viável que o Estado de São Paulo instituisse fundação de natureza privada para a exploração de parte desse complexo comunicacional, na área de rádio e televisão. Dispõe a Constituição Federal de 1988:

"Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal."

No mais, a finalidade educativa e cultural da entidade, longe de ser própria dos entes estatais, transformou-se, após o ano de 1988, em objetivo a ser perseguido por todas as emissoras de rádio e televisão na exploração desse serviço público. **Vide:**

"Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

**RE 716378 / SP**

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Tendo em vista esse quadro, verifico que a atividade desempenhada pela Fundação Padre Anchieta não é caracterizada como serviço estatal típico, entendido como aquele que só pode ser exercido por pessoas de direito público.

É fundação sujeita ao regime de direito privado, cuja conformação se assemelha mais à das empresas públicas e das sociedades de economia mista do que à das autarquias. Não foi por outra razão que a lei que autorizou sua instituição definiu o regime de pessoal como sendo o celetista, **in verbis**:

“Artigo 7º - Todo pessoal admitido para a prestação de serviços de qualquer natureza, da Fundação, estará sujeito ao regime da legislação trabalhista”.

Aliás, vê-se que a Fundação Padre Anchieta se utiliza de regulamento próprio para a contratação de pessoal para as funções relacionadas às áreas de atividade-fim.

Também há que se salientar que a controvérsia constitucional ora em apreciação demanda a definição do alcance do instituto da estabilidade excepcional previsto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cuja redação é a seguinte:

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

**RE 716378 / SP**

no serviço público”.

Com a modificação do regime constitucional em 1988, a regra de ingresso no serviço público (**lato sensu**) tornou-se mais rigorosa do que aquela estabelecida no regime constitucional anterior, no qual se exigia apenas a prestação de um único concurso público como condição de acesso inicial aos cargos de provimento efetivo, sem que essa exigência fosse reclamada para o ingresso nas fileiras dos empregos públicos. **Vide** trecho da Constituição de 1967, na redação dada pela EC nº 1/69:

“Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.”

Com a tentativa de equacionar a situação de transição entre os ordenamentos constitucionais, o constituinte originário deferiu estabilidade aos que ingressaram no serviço público sem a observância do art. 37 da parte permanente da Constituição Federal.

Segundo a jurisprudência desta Corte, aqueles que laboravam para os entes políticos e suas autarquias havia mais de cinco anos quando da promulgação da Constituição Federal gozam de estabilidade. Observe-se:

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO . CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. SERVIDORES AUTÁRQUICOS. ESTABILIDADE DO ART. 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE nº 681.730/SP-ED, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 4/10/12).

**RE 716378 / SP**

“SERVIÇO PÚBLICO – ESTABILIDADE – ARTIGO 19 DO ADCT. A estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias requer tempo de serviço, à época da promulgação da Carta de 1988, igual a cinco anos. RELAÇÃO JURÍDICA – CLT – CESSAÇÃO. A cessação de relação jurídica regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, no tocante a servidor público que não detenha a estabilidade, prescinde da formalização de processo administrativo e, portanto, do contraditório” (RE nº 289.321/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 2/6/11).

O conteúdo jurídico da estabilidade e suas consequências jurídicas foram bem desenvolvidos pela boa doutrina:

“A efetividade é uma qualidade do provimento de determinados cargos públicos (...). A forma de provimento pode voltar-se à interinidade ou à definitividade. Nesse caso, o provimento é qualificado como efetivo. A estabilidade é uma qualidade jurídica do vínculo administrativo estabelecido entre a pessoa estatal e o servidor nomeado para o cargo de provimento efetivo.

A estabilidade é uma qualidade jurídica do vínculo administrativo estabelecido entre a pessoa estatal e o servidor nomeado para o cargo de provimento efetivo. (...) Não é qualquer vínculo jurídico firmado entre a pessoa estatal e o servidor ocupante de cargo público de provimento efetivo que se adjectiva como estável, pois somente se chega a essa condição pelo atendimento de exigências constitucionais e de condições infraconstitucionais. (...)

A estabilidade concerne a um vínculo firmado entre o servidor público e a entidade estatal. Mas (...) não é qualquer servidor que pode ver aquele elo qualificado pela estabilidade, mas somente o que assim se tem constitucionalmente definido.

A Constituição da República afirma, categoricamente, que somente ‘os servidores nomeados para cargo de provimento

**RE 716378 / SP**

efetivo em virtude de concurso público' podem vir a adquirir a condição de parte da relação estabilizada. Há de ser servidor titular de cargo público de provimento efetivo" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 246-253).

A diferenciação, no entanto, entre estabilidade e efetividade acabou por ser reconhecida por esta Corte, que deixou bem claro que a estabilidade não geraria automaticamente a efetividade.

Restou, aliás, pacificado o entendimento de que a efetividade é o atributo do cargo, enquanto a estabilidade é a aderência ao serviço público quando há o preenchimento de determinadas condições fixadas em lei. Nesse contexto, na aplicação do art. 19 do ADCT, o servidor público, quando preenchidas as condições fixadas no dispositivo, será estável mas não efetivo, ou seja, terá o direito de permanecer no serviço público, no cargo em que fora admitido, mas não será incorporado à carreira, não terá direito à progressão funcional, tampouco terá direito aos benefícios dos integrantes dos cargos criados por lei dentro de uma determinada carreira. Essa é a posição prevalente na Corte:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTADUAL ADMITIDO SEM CONCURSO PÚBLICO E REDISTRIBUÍDO PARA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO. EFETIVAÇÃO POR RESOLUÇÃO DA MESA. FORMA DERIVADA DE INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO. DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO PELA MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ILEGALIDADE DO ATO QUE DECLAROU A NULIDADE DA INVESTIDURA DO SERVIDOR. IMPROCEDÊNCIA. EFETIVIDADE E ESTABILIDADE. 1. Servidor contratado para o cargo de carreira integrante do Poder Executivo estadual e redistribuído para a Assembléia Legislativa do Estado. Efetivação por ato da Mesa Legislativa. Forma derivada de investidura em cargo público. Inobservância ao artigo 37, II, da Constituição Federal.

**RE 716378 / SP**

1.1. O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, indispensável para o cargo ou emprego isolado ou de carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o de carreira, só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até seu final, pois, para estes, a investidura se dará pela forma de provimento que é a 'promoção'. 1.2. Estão banidas, pois, as formas de investidura antes admitidas - ascensão e transferência -, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso. 1.3. O preceito constitucional inserto no art. 37, II, não permite o 'aproveitamento', uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira, sem o concurso público exigido. Precedente. 2. Efetividade e estabilidade. Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso de tempo. 3. Estabilidade: artigos 41 da Constituição Federal e 19 do ADCT. A vigente Constituição estipulou duas modalidades de estabilidade no serviço público: a primeira, prevista no art. 41, é pressuposto inarredável à efetividade. A nomeação em caráter efetivo constitui-se em condição primordial para a aquisição da estabilidade, que é conferida ao funcionário público investido em cargo, para o qual foi nomeado em virtude de concurso público. A segunda, prevista no art. 19 do ADCT, é um favor constitucional conferido àquele servidor admitido sem concurso público há pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição. Preenchidas as condições insertas no preceito transitório, o servidor é estável, mas não é efetivo, e possui somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido, todavia sem incorporação na carreira, não tendo direito a progressão funcional nela, ou a desfrutar de benefícios

**RE 716378 / SP**

que sejam privativos de seus integrantes. 3.1. O servidor que preencher as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela Administração Pública, mas não é efetivo. Não é titular do cargo que ocupa, não integra a carreira e goza apenas de uma estabilidade especial no serviço público, que não se confunde com aquela estabilidade regular disciplinada pelo art. 41 da Constituição Federal. Não tem direito a efetivação, a não ser que se submeta a concurso público, quando, aprovado e nomeado, fará jus à contagem do tempo de serviço prestado no período de estabilidade excepcional, como título. 4. Servidor estável 'ex vi' do art. 19 do ADCT, redistribuído para Assembléia Legislativa e efetivado na carreira por ato da Mesa Legislativa. Anulação. Ilegalidade e existência de direito adquirido. Alegação improcedente. Súmula 473/STF. 4.1. O ato de 'redistribuição' ou 'enquadramento', assim como o de 'transferência' ou 'aproveitamento', que propiciou o ingresso do servidor na carreira, sem concurso público, quando esse era excepcionalmente estável no cargo para o qual fora contratado inicialmente (art. 19, ADCT), é nulo, por inobservância ao art. 37, II, da Constituição Federal. Legítimo é o ato administrativo que declarou a nulidade da Resolução da Mesa da Assembléia Legislativa, que efetivou o agente público, pois a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos (Súmula 473). A Constituição Federal não permite o ingresso em cargo público - sem concurso. Recurso extraordinário conhecido e provido, para cassar a segurança concedida" (RE nº 167.635/PA, Segunda Turma, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**, DJ de 7/2/97).

"7. A norma do art. 19 do ADCT da Constituição brasileira possibilita o surgimento das seguintes situações:

a) o servidor é estável por força do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e não ocupa cargo de provimento efetivo;

**RE 716378 / SP**

b) o servidor que se tornou estável nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ocupa cargo de provimento efetivo após ter sido aprovado em concurso público para o provimento deste cargo;

c) o servidor ocupa cargo de provimento efetivo em razão de aprovação em concurso público e é estável nos termos do art. 41 da Constituição da República.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre essas hipóteses e, quanto às listadas nos itens *a* e *b*, firmou o entendimento de que, independentemente da estabilidade, a efetividade no cargo será obtida pela imprescindível observância do art. 37, inc. II, da Constituição da República” (ADI nº 114, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 26/11/09, Plenário, DJe de 3/10/11).

Podemos, portanto, inferir que a exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de Direito Administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia, como se decidiu:

“O constituinte, todavia, inseriu no art. 19 do ADCT norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores não concursados da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, quando da promulgação da CF, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção à regra da exigência de concurso para o ingresso no serviço público já estabelecida no ADCT federal. Precedentes: ADI 498, Rel. Min. **Carlos Velloso** (DJ de 9/8/1996), e ADI 208, Rel. **Min. Moreira Alves** (DJ de 19/12/2002), entre outros” (ADI nº 100, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 9/9/2004, Plenário, DJ de 1º/10/2004.).

No mesmo sentido: RE 356.612-AgR, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 31/8/10, Segunda Turma, DJe de 16/11/10; ADI nº 88, Rel.

**RE 716378 / SP**

Min. **Moreira Alves**, julgamento em 11/5/2000, Plenário, DJ de 8/9/2000; ADI nº 289, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 9/2/07, Plenário, DJ de 16/3/07; ADI nº 125, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 9/2/07, Plenário, DJ de 27/4/07.

Esta Corte firmou jurisprudência também no sentido de que

"[o] destinatário do artigo 19 do ADCT da Constituição, no tocante ao requisito do exercício, na data da promulgação da Carta Magna, há pelo menos cinco anos continuados, é aquele que esteja vinculado a uma das pessoas jurídicas de direito público ali relacionadas na qualidade de servidor público, embora não admitido na forma regulada no art. 37 da parte permanente da Constituição, sem hiatos quanto a essa relação jurídica, ainda que a títulos diversos, desde que se sucedam sem solução de continuidade" (RE 154.258-MG, Rel. Min. **Moreira Alves**, julgado em 5/11/96).

Também nesse sentido: RE nº 190.488-ED, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 18/3/08, Segunda Turma, DJe de 18/4/08.

Em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista, há precedentes do Supremo Tribunal Federal que afastam expressamente a possibilidade de reconhecimento da estabilidade especial. Confira-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PAR. 3º DO ART. 4º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 233/2002, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. TRANSFERÊNCIA OU APROVEITAMENTO DE FUNCIONÁRIOS DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA ESTADUAIS EM LIQUIDAÇÃO PARA CARGOS OU EMPREGOS DE ENTIDADES E ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. EXIGÊNCIA DO CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II DA CF. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. NORMA INTRODUZIDA POR EMENDA PARLAMENTAR. INICIATIVA DE LEI RESERVADA AO PODER EXECUTIVO. VEDAÇÃO DE EMENDA QUE IMPORTE NO AUMENTO DA

**RE 716378 / SP**

DESPESA PREVISTA. A hipótese em questão não se encontra abarcada pelo disposto no art. 19, caput do ADCT, que só concedeu a estabilidade excepcional aos servidores públicos da administração direta, autárquica e das fundações públicas, ficando excluídos, dessa forma, os empregados das sociedades de economia mista. Conforme sedimentada jurisprudência deste Supremo Tribunal, a vigente ordem constitucional não mais tolera a transferência ou o aproveitamento como formas de investidura que importem no ingresso de cargo ou emprego público sem a devida realização de concurso público de provas ou de provas e títulos. Precedentes: ADI nº 1.350, Rel. Min. Celso de Mello e ADI nº 231, Rel. Min. Moreira Alves. Inconstitucionalidade formal do dispositivo impugnado, tendo em vista tratar-se de matéria atinente à organização do regime de pessoal do Estado, ocupando-se de tema de interesse de setor específico do funcionalismo estadual, cuja elaboração normativa, sem a iniciativa do Governador, afronta a reserva legislativa àquele atribuída pelo art. 61, § 1º, II, c, da CF. Precedente: ADI nº 805, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI nº 2.689/RN, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 21/11/03).

“EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 25, 37, II, 41, 42 E 173, § 1º, DA PARTE PERMANENTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ASSIM COMO AOS ARTS. 11, 25 E 19 DO A.D.C.T. ESTABILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. MEDIDA CAUTELAR.

1. O art. 6 do A.D.C.T. da Constituição do Estado do Amazonas estabelece:

‘Art. 6º. Os servidores públicos civis do Estado e dos Municípios, da administração direta e indireta, em

**RE 716378 / SP**

exercício na data da promulgação da Constituição da República, há, pelo menos, cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no artigo 109, desta Constituição, são considerados estáveis no serviço público, contando-se o respectivo tempo de serviço como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.'

2. A um primeiro exame, o dispositivo impugnado parece violar os artigos da C.F./88 e de seu A.D.C.T., apontados na inicial, pois acaba permitindo que sejam estabilizados, sem concurso público, até "servidores" das sociedades de economia mista, das empresas públicas e das demais entidades de direito privado sob o controle direto ou indireto do Estado e Municípios, inclusive sob a forma de participação acionária, em face do que conjugadamente dispõe o art. 105, parágrafo 1º, incisos II, III e V, da mesma Constituição estadual.

3. Está, portanto, satisfeito o requisito da plausibilidade jurídica da A.D.I. ('*fumus boni iuris*').

4. Assim, também, o do '*periculum in mora*', este avaliado, não só em razão de possível demora no processo e julgamento, mas, igualmente em face do alto interesse da Administração Pública do Estado em que ela se realize com observância da Constituição Federal.

5. Medida cautelar deferida, para suspensão, '*ex-tunc*', da eficácia da norma impugnada, até o julgamento final da Ação.

6. Essa suspensão não impede que, no Estado do Amazonas, seja cumprido o art. 19 do A.D.C.T. da Constituição Federal de 1988.

7. Maioria de votos" (ADI nº 1.808/AM-MC, Relator o Ministro **Sydney Sanches**, DJ de 1º/6/01).

Nesse mesmo sentido:

"O art. 19 do ADCT da Constituição de 1988 tem abrangência limitada aos servidores civis da União, dos

**RE 716378 / SP**

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entre eles não se compreendendo os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. CF, arts. 39 e 173, §1º (ADI nº 112, Rel. Min. **Néri da Silveira**, julgada em 24/8/94, Plenário, DJ de 9/2/96.).

**Vide também:** RE nº 208.046, Rel. Min. **Octavio Gallotti**, julgado em 3/2/98, Primeira Turma, DJ de 24/4/98.

Em face do quadro delineado acima, deve o termo “fundações públicas” ser compreendido, segundo a jurisprudência da Corte, como fundações autárquicas sujeitas ao regime jurídico de direito público. Sobre a necessidade de se analisar, no caso concreto, a natureza jurídica real da fundação, há que se relembrar o teor do julgamento da ADI nº 191, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, cuja ementa transcrevo em parte:

“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.”

Como ressaltado anteriormente, a Fundação Padre Anchieta é enquadrada em outra categoria jurídica, a qual está submetida aos ditames do regime privado, com as derrogações do direito administrativo, de forma assemelhada às empresas estatais. Os

**RE 716378 / SP**

empregados da Fundação Padre Anchieta pertencem ao regime da legislação trabalhista.

A estabilidade especial do art. 19 do ADCT não se harmoniza com os direitos e deveres previstos na legislação trabalhista, em especial ao regime de proteção definido pelo Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), consagrado no art. 7º, inciso III, da CF/88, o qual foi criado como forma de compensar a demissão imotivada do trabalhador celetista, em contraste com o direito de estabilidade da CLT, não incidindo na espécie, também, o disposto no art. 41 da CF.

Os referidos regimes de proteção são incompatíveis, daí porque o art. 19 do ADCT só se aplica aos servidores públicos, aos servidores de pessoas jurídicas de direito público. Essa dedução é corroborada pelo fato de não haver uma única menção nos autos de que a recorrente tenha, após a Constituição Federal de 1988, realizado a transformação dos empregos em cargos públicos, ocupados automaticamente pelos antigos servidores celetistas, até porque essa mutação seria imprescindível para a devida adequação do quadro de pessoal da fundação ao disposto no art. 39 da Constituição.

Como o recorrido não se beneficiou dessa estabilidade, há que se concluir que era possível sua demissão sem justa causa, não tendo ocorrido, igualmente, afronta ao art. 7º, inciso I, da Constituição Federal.

Seguem, pois, as teses de repercussão geral:

**1) A qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende (i) do estatuto de sua criação ou autorização e (ii) das atividades por ela realizadas. As atividades de cunho econômico e as passíveis de delegação, quando definidas como objetos de fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, submetem-se ao regime jurídico de direito privado.**

**2) A estabilidade especial do art. 19 do ADCT alcança somente os servidores das pessoas jurídicas de direito público, não se estendendo, portanto, aos empregados das fundações públicas de direito privado.**

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso extraordinário para reconhecer a legalidade da demissão sem justa causa e afastar a decisão**

**RE 716378 / SP**

**favorável à reintegração da parte recorrida, determinando o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho, para que prossiga no julgamento do recurso como de direito.**

É como voto.

01/10/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO

**DEBATE**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Senhora Presidente, só um esclarecimento do eminente Relator, porque, na verdade, o recurso é da fundação.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Sim.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – O que concluiu o TST? Ele concluiu, na linha do definido por esta Suprema Corte, que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho de forma automática.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Mas ele se aposentou e continuou trabalhando na fundação. Posteriormente foi demitido sem justa causa.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Sim. Exatamente por isso. Em primeiro e segundo graus, o juízo foi de improcedência. Entendeu-se que, como a aposentadoria espontânea extingue automaticamente o contrato de trabalho, para que tivesse qualquer pretensão à reintegração no emprego, com base no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, teria ele que se ter submetido a concurso público. Tanto que o recurso de revista – pelo que examinei, posso até estar equivocada – foi do empregado. O que ele alegava, basicamente, era afronta ao art. 7º, I, da Constituição.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Conforme minha leitura do recurso de revista, em suas razões, ele alegou o art. 19 do ADCT. O voto do Relator do acórdão do recurso de revista - aqui também lido - foi fundamentado no art. 19 do ADCT.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Foi o Ministro, agora aposentado, Pedro Paulo Manus, um ilustre paulista, não sei se paulistano também. Enfim, achei interessantíssimo, porque nem sequer apreciou pelo enfoque do art. 19. Isso ficou muito claro, pelo menos na

**RE 716378 / SP**

minha visão, no exame do acórdão lavrado ao julgamento dos embargos de declaração. O Ministro diz com todas as letras – eu estava, aqui, até tentando fazer a leitura do acórdão –: o enfoque foi outro. Só queria ter bem a compreensão desses fatos, não quero polemizar com relação a isso. Na verdade, diz o acórdão dos embargos de declaração...

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Ele se aposentou em 95, mas continuou trabalhando. Não foi a aposentadoria que rompeu o vínculo.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Não foi.**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Ele foi demitido sem justa causa.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Sim, em 2005.**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Ele entrou na Justiça pedindo consectários legais e a reintegração. E o TST deu a reintegração por conta do art. 19 do ADCT. Bom, essa foi a leitura que fiz.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Na verdade, o que diz o TST ao apreciar os embargos de declaração: esta Turma conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamante no que concerne ao tema e, no mérito, deu-lhe provimento, explicitando as razões dessa decisão. Nas razões dos embargos declaratórios, a embargante – que, no caso, é a fundação – sustenta que a decisão foi omissa no que se refere ao segundo fundamento utilizado pelo Tribunal Regional para afastar a pretensão de reintegração do reclamante. Qual seja, que ele fora contratado pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho e, portanto, não seria beneficiário da garantia prevista no art. 19 do ADCT. No seu entender, isso afastaria o pedido de garantia de emprego. Pugna para que se imprima efeito modificativo. E, aí, diz o Ministro Manus: razão alguma assiste à embargante. Em primeiro lugar, o fundamento primordial para o indeferimento do pedido de reintegração do reclamante foi o entendimento relativo à extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea.**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

**RE 716378 / SP**

Mas não foi isso que...

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Estou lendo.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Mas há dois acórdãos.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Leio o de embargos de declaração: o fundamento relativo à estabilidade prevista no art. 19...

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Aí, é um contexto geral. Embargos de declaração não substituem o outro, com a devida vênia.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – ...foi considerado irrelevante – só complementa – pela Corte de origem.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Mas os embargos de declaração também não podem prejudicar a parte que embargou. Seria uma **reformatio in pejus**. Então, não existe mais o que foi falado antes? Só existe aquilo que foi falado nos declaratórios? Com a devida vênia, Ministra.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Não, em absoluto, Ministro Toffoli. Ao contrário. O que disse o TST? O fundamento não foi esse, porque o Regional disse que pouco importava...

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

O que quero dizer é que o que li está no acórdão. Fundamento no art. 19.

O fundamento da demissão por aposentadoria não existe no mundo fático, porque ele se aposentou muito antes e continuou com o vínculo de emprego.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - E quanto a isso, está de acordo com o Supremo. Não há discussão.

Então, esse segundo dado que a Ministra Rosa argui...

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Só queria que ficasse bem claro que, na verdade, o indeferimento no primeiro e no segundo grau não se fez a partir da interpretação do art. 19, porque o próprio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região adotou, como tese, que se tratava de uma fundação pública.

**RE 716378 / SP**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Por isso a Fundação só recorre agora, porque ela só sucumbiu no TST. Ela não tinha como recorrer da decisão do juiz na origem, nem da do TRT, porque ela foi vitoriosa. Foi o TST que determinou a reintegração, porque ele havia perdido nas instâncias ordinárias. E essa reintegração, com a devida vênia, não se deu dentro de acordo com a jurisprudência do Supremo, segundo o qual a aposentadoria não implica o rompimento do vínculo de emprego, porque ele se aposentou em 99 e continuou empregado até 2005. Durante seis anos ele continuou trabalhando para a Fundação após a aposentadoria. Ele foi demitido sem justa causa em 2005, quando entrou com o pedido de reintegração. Esses são os dados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A meu ver, entrou bem.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

A Fundação só poderia recorrer nessa ocasião. O único momento em que ela sucumbiu foi no julgamento no TST. Ela não poderia fazer debate do art. 19 em um recurso contra a decisão do juiz trabalhista, porque ela não sucumbiu. Ela não poderia fazer o debate do art. 19, recorrendo do TRT para o TST, porque ela não sucumbiu. Ela só pôde fazer esse debate durante o julgamento no TST e, agora, no recurso extraordinário, com a devida vênia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ela foi vencida, justamente, considerado o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Na verdade, eu nem cheguei na questão de fundo... De forma alguma digo que há preclusão, não estou me referindo à falta de interesse. Só considero importante que os fatos fiquem definidos. Esse debate é relevantíssimo, saber se o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias alcança ou não empregado de uma fundação pública. Não há dúvida alguma, ele era empregado regido pela legislação do trabalho em 1988, com um contrato por tempo superior a cinco anos de serviço. Também não discuto a personalidade jurídica de direito privado da Fundação Padre Anchieta.

**RE 716378 / SP**

Não há dúvida alguma que se trata de fundação pública de direito privado, pelo menos na minha ótica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que é uma incongruência, terminológica, pelo menos. O artigo 19 não distingue o regime.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Essa é a grande questão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Esse é o núcleo da discussão que o Ministro Dias Toffoli põe.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Então, quero deixar claro à Ministra **Rosa Weber**, se ela tem alguma preocupação quanto à modificação do entendimento acerca do rompimento do vínculo de emprego pela aposentadoria, que isso não está em jogo aqui de maneira alguma.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Isso não está em jogo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Não, não tenho a menor preocupação. Essa é a posição do Supremo Tribunal Federal em ADI com todas as letras.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E já foi declarado que não rompe.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Aí seria brigar aqui também contra os fatos, porque ele se aposentou em 1999 e continuou trabalhando até 2005. A demissão sem justa causa ocorreu em 2005.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Não, Ministro Dias Toffoli, se alguma preocupação eu tenho, ela diz respeito a um sem número de ações trabalhistas sobre esse tema, julgadas com base numa orientação do Tribunal Superior do Trabalho consubstanciada numa OJ, em que, com todas as letras, se diz da aplicabilidade do art. 19 do ADCT às fundações públicas, com personalidade jurídica de direito privado, mas integrantes do gênero fundações públicas. Essa é minha preocupação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por isso é que se deve

**RE 716378 / SP**

abrir o embrulho.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Os recursos extraordinários aqui não eram admitidos, não eram conhecidos, por se tratar de matéria infra, conforme o voto que Vossa Excelência, de uma maneira extremamente minuciosa, relatou. Não coloco essas questões. Parece-me, pelo menos, que se trata de uma questão absolutamente residual a esta altura, porque a grande discussão aqui parece ser a natureza jurídica da Fundação Padre Anchieta. Este aqui é 81...

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Não acho que seja uma questão residual. Não estou aqui a julgar só olhando... Isso aqui vai sinalizar uma organização de Estado e uma possibilidade de organização de Estado.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - E que, como Vossa Excelência diz no voto, com consequências, porque pelo menos fixa uma orientação.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

A Fundação Padre Anchieta não é a única que se caracteriza por ter essa natureza jurídica instituída antes da Constituição de 1988.

**01/10/2014**

**PLENÁRIO**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**RECTE.(S)** : **FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA - CENTRO PAULISTA DE RÁDIO E TV EDUCATIVAS**  
**ADV.(A/S)** : **DÉBORAH CABRAL SIQUEIRA DE SOUZA E OUTRO(A/S)**  
**RECDO.(A/S)** : **JOSÉ ANGEL ARIAS**  
**ADV.(A/S)** : **ANTONIO LUCIANO TABELLI E OUTRO(A/S)**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**VISTA**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Senhora Presidente, faço outra sugestão: peço vista regimental. Justifico ser em razão de pesquisa a qual preciso fazer com relação à jurisprudência do Supremo, especificamente quanto ao art. 19. Então trago algo mais elaborado.

É um pedido de vista breve. Volta logo à pauta.



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

RECTE.(S) : FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA - CENTRO PAULISTA DE RÁDIO E TV EDUCATIVAS

ADV.(A/S) : DÉBORAH CABRAL SIQUEIRA DE SOUZA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : JOSÉ ANGEL ARIAS

ADV.(A/S) : ANTONIO LUCIANO TAMBELLI E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Decisão:** Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que dava parcial provimento ao recurso, antecipou o pedido de vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Falaram, pela Fundação Padre Anchieta - Centro Paulista de Rádio e TV Educativas, o Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos, e, pelo *amicus curiae* Estado de São Paulo, o Dr. Thiago Luís Sombra. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), em viagem oficial à República da Coreia para participar do 3º Congresso Mundial sobre Justiça Constitucional. Presidência, em exercício, da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 01.10.2014.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte  
Assessora-Chefe do Plenário

01/08/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO

## VOTO VISTA

**A Senhora Ministra Rosa Weber:** Senhora Presidente, trata-se de recurso extraordinário da Fundação Padre Anchieta contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, da lavra do hoje aposentado Ministro Pedro Paulo Manus, por meio do qual, afastada a tese da extinção automática do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea, foi reconhecida a estabilidade do art. 19 do ADCT ao ora recorrido, empregado que em 1988 já contava com mais de 5 anos de serviços à recorrente e que, após a aposentadoria, continuou a trabalhar para ela, de forma ininterrupta, até a despedida sem justa causa em 2005.

Em suas razões recursais, a Fundação alega que o reconhecimento da estabilidade excepcional a celetista de fundação de direito privado implica ofensa aos incisos II e XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e ao art. 19 do ADCT, e afronta, ainda, à coisa julgada material formada em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo quanto à natureza jurídica da entidade.

Rememoro que a matéria em debate é objeto do Tema nº 545 da Repercussão Geral, assim descrito: “recurso extraordinário com agravo em que se discute se empregados da Fundação Padre Anchieta - Centro Paulista de Rádio e TV Educativas têm direito à estabilidade excepcional de que trata o art. 19 do ADCT - ADCT”.

Transcrevo a ementa da repercussão geral reconhecida:

“DIREITO DO TRABALHO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO TRABALHISTA. SERVIDOR DA FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA QUE DEMANDA O RECONHECIMENTO DE SUA ESTABILIDADE NO EMPREGO, EM RAZÃO DO DISPOSTO NO ART. 19 DO ADCT. DISCUSSÃO ACERCA DO ALCANCE DA REFERIDA NORMA CONSTITUCIONAL.”

O Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet

**RE 716378 / SP**

Branco, opina pelo não provimento do recurso extraordinário, à compreensão de que detentora de natureza autárquica a Fundação Padre Anchieta, por ser mantida com subvenções do Poder Público estadual e prestar atividades de cunho educacional e cultural, consideradas serviços públicos tipicamente estatais (fls. 670/675).

O voto do eminente Relator, Ministro Dias Toffoli, é no sentido do provimento parcial do recurso extraordinário, ao entendimento de que, a despeito de consonante a decisão recorrida com a jurisprudência desta Casa quanto à não extinção automática do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea, inaplicável o art. 19 do ADCT a empregados de fundações públicas de direito privado como a Ré.

No que tange à não extinção automática do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea quando ausente solução de continuidade nos serviços, a matéria foi pacificada nesta Suprema Corte ao julgamento da ADI 1721/DF, como bem destacado pelo Relator.

A questão que reputei merecedora de maior reflexão – até porque eminentemente polêmica - diz respeito à inserção de empregado da Fundação Padre Anchieta com mais de cinco anos de serviços em 1988<sup>1</sup> na área de incidência do art. 19 do ADCT da CF de 1988, a ensejar, diante da pacífica despedida sem justa causa em 05.10.2005, o direito à reintegração no emprego e consectários, considerada a estabilidade nele assegurada.

Relembro o teor desse preceito do ADCT:

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

§ 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.

---

1 Admitido o Recorrido em 13.4.1981.

**RE 716378 / SP**

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, 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."

Incontroversos os dados fáticos pertinentes ao contrato de trabalho e presente a literalidade do texto, a solução da controvérsia situa-se na caracterização, ou não, da Fundação Padre Anchieta como fundação pública nos moldes nele previstos.

Anoto desde logo que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que sempre prestigiei, está consolidada na Orientação Jurisprudencial nº 364, de seguinte teor:

"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."

Ainda que nas instâncias ordinárias e no recurso de revista, no presente feito, a lide tenha sido decidida sob a ótica da extinção automática do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea, firmou-se a premissa da condição de fundação pública da ora recorrente e, conseqüentemente, da inserção dos respectivos empregados no campo de incidência do art. 19 do ADCT.

O tema da natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público é altamente polêmico, reitero, remontando ainda à década de 60. Para efeitos didáticos, e em linhas gerais, podem ser resumidas em três as correntes que então se formaram a respeito: (1) uma primeira a defender

**RE 716378 / SP**

a natureza privada das fundações instituídas pelo Poder Público; (2) uma segunda a afirmar a personalidade jurídica de direito público dessas entidades; e (3) e uma terceira a defender a possibilidade de tais fundações serem de direito público ou de direito privado, na dependência de presentes, ou não, nos atos constitutivos da entidade, prerrogativas públicas.

Esta Suprema Corte acabou perfilhando o último entendimento, dualista<sup>2</sup>, conforme se extrai do julgamento do RE 101.126 / RJ, sob a égide do texto constitucional anterior<sup>3</sup>:

“EMENTA: - ACUMULAÇÃO DE CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO. NEM TODA FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO E FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. - AS FUNDAÇÕES, INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO, QUE ASSUMEM A GESTÃO DE SERVIÇO ESTATAL E SE SUBMETEM A REGIME ADMINISTRATIVO PREVISTO, NOS ESTADOS-MEMBROS, POR LEIS ESTADUAIS SÃO FUNDAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO, E, PORTANTO, PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. - TAIS FUNDAÇÕES SÃO ESPÉCIE DO GÊNERO AUTARQUIA, APLICANDO-SE A ELAS A VEDAÇÃO A QUE ALUDE O PARÁGRAFO. 2. DO ART. 99 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. - SÃO, PORTANTO, CONSTITUCIONAIS O ART. 2º, PARÁGRAFO 3º DA LEI 410, DE 12 DE MARÇO DE 1981, E O ART. 1º. DO DECRETO 4086, DE 11 DE MAIO DE 1981,

---

2 Já perfilhou o STF, antes, tese distinta, de que as fundações instituídas por lei não mais integravam a Administração Indireta, por força do Decreto-lei 900/69 (CJ 6073 MG, Relator Min. Cordeiro Guerra, Tribunal Pleno, DJ 02-07-1977; CJ 6.175-7-RJ, Tribunal Pleno Rel. Min. Djaci Falcão, DJ 07.06.1979 e RE 75315, Relator Min. Djaci Falcao, Primeira Turma, DJ 04-05-1973).

3 Depreendida tal compreensão também das decisões proferidas ao julgamento da ADI 2794, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2006, DJ 30-03-2007 e do RE 381204, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 11-11-2005.

**RE 716378 / SP**

AMBOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.” (RE 101126, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/1984, DJ 01-03-1985.)

O reconhecimento da natureza de direito público da fundação instituída pelo Poder Público, com base nesses e em outros critérios, foi reiterado pelo Pleno deste Tribunal ao decidir conflito de competência envolvendo a Legião Brasileira de Assistência:

“CONFLITO DE JURISDIÇÃO. NATUREZA JURÍDICA DA LEGIAO BRASILEIRA DE ASSISTENCIA- É A L.B.A., EM FACE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL A ELA RELATIVA, FUNDAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, E, PORTANTO, PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO QUE INTEGRA O GENERO AUTARQUIA, NOS TERMOS DO DECIDIDO POR ESTA CORTE, COM RELAÇÃO A FUNDAÇÕES DA MESMA NATUREZA PERTENCENTES AO ÂMBITO ESTADUAL (RE 101126 - RTJ 113/314 E SEGS). - ASSIM SENDO, O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DAS CAUSAS DE QUE ELA PARTICIPA COMO AUTORA, RE, ASSISTENTES OU OPOENTE SÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CONFLITO DE JURISDIÇÃO CONHECIDO, DECLARANDO-SE A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL SUSCITANTE.” (CJ 6650, Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/1987, DJ 07-08-1987.)

Decisão similar, “*Na linha da jurisprudência da Corte (...)*”, foi proferida no conflito de competência envolvendo a Fundação Centro de Formação do Servidor Público – FUNCEP:

“CONFLITO DE JURISDIÇÃO. FUNDAÇÃO INSTITUIDA PELO PODER PÚBLICO, COM A FINALIDADE DE EXECUTAR PROGRAMAS INERENTES AO SERVIÇO PÚBLICO, COM PATRIMÔNIO E DOTAÇÕES

**RE 716378 / SP**

ORCAMENTARIAS TRANSFERIDOS DA ADMINISTRAÇÃO CENTRALIZADA. NATUREZA AUTARQUICA QUE SE LHE RECONHECE FIXANDO A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAR AS CAUSAS DO SEU INTERESSE, INCLUSIVE AS RELATIVAS AO SEU PESSOAL. CONFLITO DE JURISDIÇÃO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE A JUSTIÇA FEDERAL.” (CJ 6728, Relator Min. CARLOS MADEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/1988, DJ 26-08-1988.)

Consoante esses julgados<sup>4</sup>, as fundações instituídas pelo Poder Público que executam serviço público “e se submetem a regime administrativo previsto em lei”<sup>5</sup> constituem espécies do gênero autarquia.

Essa jurisprudência foi reafirmada por ocasião da decisão proferida na ADI 191/RS, cuja ementa estabelece literalmente o seguinte:

“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

---

4 Em igual linha, a decisão no CJ 6742, Min. Célio Borja, DJ 17-03-1989.

5 Outros critérios foram invocados no RE 232982 AgR, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 25-06-2004.

**RE 716378 / SP**

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.” (ADI 191, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgada em 29/11/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008, destaqui.)

Do acórdão proferido no RE 101.126/RJ e das decisões que o sucederam emergem basicamente dois **requisitos** para a determinação da natureza de direito público da fundação pública e conseqüente sujeição ao regime administrativo: *i*) criação por lei; e *ii*) desempenho de serviço estatal.

A definição, portanto, da natureza jurídica, de direito público ou de direito privado, das fundações públicas instituídas/mantidas pelo Estado estaria a depender, consoante a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, da presença, ou não, dos referidos requisitos examinados caso a caso.

Segundo o entendimento do Relator, a identificação da natureza jurídica de tais fundações é imprescindível à solução da presente lide, porque, considerado que a expressão “fundações públicas”, presente no art. 19 do ADCT, alcança apenas as fundações de direito público, os empregados das fundações públicas de direito privado não teriam direito à estabilidade excepcional nela prevista.

O preceito em debate, contudo, não estabelece tal distinção, como visto à leitura do seu teor.

Entendo que essa regra, por sua própria dicção e à luz da jurisprudência desta Casa, não se aplica às empresas públicas e às sociedades de economia mista:

“O art. 19 do ADCT da Constituição de 1988 tem abrangência limitada aos servidores civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entre eles não se compreendendo os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Constituição Federal, arts. 39 e

**RE 716378 / SP**

173, par. 1º.” (STF, ADI 112, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/1994, DJ 09-02-1996).

“Ementa: Direito Constitucional e Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Estabilidade Excepcional para Servidores Públicos Civis Não Concursados. Impossibilidade de Extensão a Empregados de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Precedentes. 1. A Constituição Federal de 1988 exige que a investidura em cargos ou empregos públicos dependa de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista na lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF/88). 2. **O constituinte originário inseriu norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores públicos civis não concursados 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, que contassem com pelo menos cinco anos ininterruptos de serviço público (art. 19 do ADCT), não estando incluídos na estabilidade os empregados das sociedades de economia mista e das empresas públicas.** 3. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção prevista no art. 19 do ADCT a empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesse sentido: ADI 498, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI 2.689, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie; ADI 100, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie; ADI 125, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, entre outros. 4. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.” (ADI 1301, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016, destaquei.)

Óbice algum, contudo, existe à incidência do artigo 19 do ADCT às fundações públicas, ainda que de natureza jurídica de direito privado,

**RE 716378 / SP**

porque inexistente categorização, nessa norma, das fundações públicas, se de direito público ou de direito privado, sendo a expressão “fundações públicas” gênero de que são espécies ambas. É o que emerge do seguinte julgado:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. - O inciso I do artigo 30 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais é inconstitucional por haver ampliado o disposto no "caput" do **artigo 19 do ADCT da Constituição Federal que só concede a estabilidade excepcional aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas.** - O mesmo, porém, não ocorre com o inciso II desse mesmo artigo. - Inconstitucionalidade do "caput" e do parágrafo único do artigo 31 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais por ofensa ao princípio constitucional da necessidade de concurso público de provas ou de provas e de títulos para a investidura em cargo ou emprego público, sem discriminações. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 30 e do artigo 31, e seu parágrafo único, todos do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais.” (ADI 88, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2000, DJ 08-09-2000, destaqueei.)

Reforça a compreensão perfilhada doutrina no sentido de que sempre que a Constituição Federal emprega a expressão “fundações públicas” ou os termos “fundação” ou “fundacional” está se referindo a ambas as espécies de fundação, ausente distinção entre fundações públicas de direito privado e de direito público<sup>6</sup>:

“A regra da imunidade tributária prevista no art. 150, §2º,

---

6 FURTADO, Lucas. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fortium, 2010, p. 203-4.

**RE 716378 / SP**

do texto constitucional, por exemplo, deve ser-lhe aplicável ainda que se trate de fundação pública de Direito Privado, haja vista a **Constituição não estabelecer, nesta e em várias outras hipóteses, qualquer distinção entre fundação pública de Direito Público e de Direito Privado**. O mesmo vale para a vedação de acumulação de cargos ou empregos públicos (CF, art. 22, XXVII), para a obrigatoriedade de realização de licitação (CF, art. 22, XXVII), para a necessidade de contratação de pessoal por meio de concurso público (CF, art. 37, II), que são alguns exemplos de situações em que a Constituição Federal determina a aplicação de normas de Direito Público, independentemente de se tratar de fundação pública de Direito Público ou de Direito Privado”<sup>7</sup>

Rememoro, a propósito, preceitos da Constituição da República a respeito:

**Imunidade tributária:**

“Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços uns dos outros;

(...)

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às **fundações** instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”

**Obrigatoriedade de realização de licitação:**

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas,

---

7 FURTADO, Lucas. ob. cit., p. 203-4, destaquei.

**RE 716378 / SP**

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;”

**Concurso Público e vedação de acumular cargos ou empregos públicos:**

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II- a investidura em cargo ou **emprego público** depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, **fundações**, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;”

A ausência de diferenciação, no texto constitucional, como dito, entre fundações públicas com personalidade de direito público e fundações públicas com personalidade de direito privado, conduz ao entendimento de que a expressão usada no art. 19 do ADCT se refere ao gênero, a abranger, essas duas espécies. É cediço que onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Ressalto, também em reforço à compreensão adotada, que, ao julgamento do ARE 709246 / SP, a Primeira Turma entendeu que a autora, ex-assistente de produção na Fundação Padre Anchieta, enquadrava-se na

**RE 716378 / SP**

condição de anistiada nos moldes do *caput* do art. 8º do ADCT, “*porém esse reconhecimento não lhe confere o direito a ser readmitida*”, “*porque não preencheu a hipótese fática constante da limitação imposta pelo texto constitucional, uma vez que foi demitida em 1969, dez anos antes do termo inicial fixado pela norma constitucional*”. Ao concluir pela ausência do direito da anistiada com base na data da demissão, sem alusão ao fato de ser a Fundação Padre Anchieta de direito público ou privado, é certo que o Colegiado considerou o termo “*fundações*”, constante do § 5º do art. 8º do ADCT, como gênero, tal como decido agora em relação ao artigo 19 também do ADCT. A leitura da fundamentação evidencia essa compreensão:

“Quanto à afronta ao art. 8º, §§ 1º, 2º e 5º, do ADCT, igualmente, não assiste razão à recorrente. Isso, porque, apesar de o *caput* do art. 8º ter concedido anistia aos que foram perseguidos por atos de exceção no período compreendido entre 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da CF/88, o § 5º restringiu o direito de readmissão aos que foram atingidos a partir de 1979. Leia-se:

“Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo aos atingidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

RE 716378 / SP

[...]

§ 5º - A anistia concedida nos termos deste artigo aplica-se aos servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, bem como em decorrência Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, ou por motivos exclusivamente políticos, **assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979, observado o disposto no § 1º.**" (Sem negrito no original.)

Com efeito, não há que se confundir o direito de terem asseguradas as promoções, na inatividade, como se estivessem no serviço ativo, àqueles que, punidos ou demitidos por motivos exclusivamente políticos, no período acima mencionado, com o direito a readmissão no cargo àqueles que foram punidos ou demitidos a partir de 1979."<sup>8</sup> (sublinhei)

Não bastasse, é encampado pela doutrina o entendimento de que a expressão "fundações públicas" se identifica com a expressão "fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público". Essa a lição de José Afonso da Silva:

---

8 "EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ANISTIA. ART. 8º, § 5º, DO ADCT. DIREITO À READMISSÃO RESTRITO AOS QUE SOFRERAM ATOS DE EXCEÇÃO A PARTIR DE 1979. PRECEDENTES. 1. A autora enquadra-se na condição de anistiada prevista no caput do art. 8º do ADCT, porém esse reconhecimento não lhe confere o direito a ser readmitida. Isso porque não preencheu a hipótese fática constante da limitação imposta pelo texto constitucional, uma vez que foi demitida em 1969, dez anos antes do termo inicial fixado pela norma constitucional. 2. A ocorrência de novo ato de exceção em 1980 não foi objeto de discussão no acórdão recorrido. 3. Agravo interno a que se nega provimento." (ARE 709246 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 17/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 09-03-2017 PUBLIC 10-03-2017, destaquei.)

RE 716378 / SP

“Numas duas vezes, a Constituição emprega a expressão *fundação pública* ou *fundações públicas*. Na maior parte das vezes, contudo, emprega a expressão *fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*. Parece-nos, porém, que **essas expressões são empregadas no mesmo sentido**, tendo, assim, como fundações públicas aquelas instituídas e mantidas pelo Poder Público.”<sup>9</sup>

Confirmam essa percepção as disposições do Decreto-lei nº 200/67, com as alterações que lhe foram impostas, uma vez que “as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União”, a que esse diploma legal se reporta originalmente, foram subsequentemente denominadas, pela Lei nº 7.596, de 1987 – ainda, portanto, sob a égide da Constituição Federal de 1967 e da Emenda Constitucional de 1969 –, de fundações públicas, adotada essa expressão, em alguns momentos, também pela Constituição Federal de 1988.

A amplitude, enfim, da expressão “fundações públicas” e o fato de a Fundação Padre Anchieta ter sido instituída pelo Estado - e continuar sendo mantida por esse ente - impõem concluir que o Autor, empregado da Fundação Padre Anchieta, com mais de cinco anos de serviços a ela prestados na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, faz jus à estabilidade excepcional do artigo 19 do ADCT.

Ainda que se considerasse inaplicável tal preceito a todas as fundações públicas, incidente, ao revés, apenas às fundações de direito público, a conclusão no sentido da aplicação da estabilidade extraordinária nele prevista aos empregados da Recorrente subsistiria por ostentar essa – à luz dos critérios, delineados por este Plenário, para a definição da natureza jurídica de tais fundações – características de fundação de direito público, não obstante designada sua natureza, na lei que autorizou sua criação, como sendo de direito privado.

Consiste a categoria jurídica das fundações – independentemente do

---

9 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed., rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 656.

**RE 716378 / SP**

regime a que submetida – em patrimônio personalizado, “afetado a uma finalidade específica e não lucrativa definida pela vontade do instituidor, submetido a controle e fiscalização do Poder Público”<sup>10</sup>. Esse patrimônio personalizado – ou “personificação de uma finalidade” – é o “substrato básico” das fundações, que as contrapõe às corporações, associações e sociedades, cujo “substrato básico” é a associação de pessoas<sup>11</sup>.

A intensa controvérsia que se estabeleceu, ainda no período que antecedeu a atual Constituição Federal, a respeito da natureza jurídica desses entes decorreu da **origem privada das fundações**. Efetivamente, o fato de o direito privado ter sido o berço de tais entidades desencadeou a polêmica em torno da sua criação pelo Poder Público<sup>12</sup>.

Em resumo histórico sobre a gênese das fundações em nosso país, José Eduardo Sabo Paes assinala indícios das entidades denominadas “mãos mortas” ainda à época das ordenações manuelina e afonsina<sup>13</sup>, quando Romão de Matos Duarte separou parte de seu patrimônio para compor um “fundo” para exclusivamente auxiliar os “expostos na ‘roda’”. Paes se refere à Lei 173, de 10 de setembro de 1893, como marco legal da entidade fundacional no Brasil e ao Código Civil de 1916 como o diploma que consolidou, no ordenamento jurídico positivo, “o instituto fundacional como pessoa jurídica de direito privado, dotada de um patrimônio composto por bens livres, destinados a uma finalidade social determinada”.

A origem de tais entes certamente influenciou o tratamento que lhes conferiu o Decreto-lei 200/67 que, em momento algum lhes reconheceu personalidade jurídica de direito público.

10 MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública. Revista de direito público e regulação. Coimbra - Portugal, nº 4, nov/2009, p. 76.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 190.

12 COTRIM NETO, A.B. Da fundação instituída pelo Estado – Uma autarquia. Revista de Direito Público, vol. 74, ano XVIII, abril-junho de 1985, p. 85 e PAES, José Sabo. Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social, p. 207.

13 PAES, ob. cit., p. 202.

**RE 716378 / SP**

De fato, na redação original do Decreto-Lei nº 200/67, que trouxe profundas alterações à organização administrativa federal, “as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades”, eram equiparadas às empresas públicas (art. 4º, § 2º).

Por ocasião da edição do Decreto-Lei nº 900/1969, foram expressamente excluídas tais fundações do âmbito da Administração Indireta (art. 3º)<sup>14</sup> e introduzidos requisitos e condições para a criação de novas fundações pelo Poder Público (art. 2º).

Esse artigo 3º foi revogado pelo Decreto-Lei nº 2.299/1986, o qual deu nova redação ao § 2º do artigo 4º do Decreto-Lei nº 200/67: “As fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União integram também a Administração Federal indireta”, para os efeitos que especificava.

Em 10 de abril de 1987, a Lei nº 7.596 revogou esse dispositivo e classificou como fundações públicas as “fundações que passaram a integrar a Administração Federal Indireta, por força do disposto no § 2º do artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67 [...]”<sup>15</sup>, que passou a ostentar, nos pontos pertinentes ao debate, a seguinte redação:

**“Art. 4º A Administração Federal compreende:**

....

**II - A Administração Indireta**, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) **fundações públicas** (Incluída pela Lei nº 7.596/1987).

---

14 Art. 3º - “Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal [...]”.

15 A autorização para a criação da Fundação antecede também o Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, que previu requisitos e condições – referindo-se à criação por lei – para a instituição de fundações pelo Poder Público.

**RE 716378 / SP**

Parágrafo único - As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.'

Art. 5º - Para os fins desta lei, considera-se:

(...)

**IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado**, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (Incluído pela Lei nº 7.596/1987).

(...)

**§ 3º - As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas**, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)."

Não obstante a disciplina imposta pelo Decreto-Lei 200/67 - da qual se depreende, ressalvado o período de vigência do Decreto-Lei 900/69, que, quando instituídas e/ou mantidas pelo Poder Público as fundações compõem a Administração Indireta -, essas podem ser dotadas de personalidade jurídica de direito privado ou de direito público, hipóteses em que serão regidas, respectivamente, por um regime jurídico híbrido – em que incidentes regras do direito privado com as derrogações do direito público<sup>16</sup> – ou por normas exclusivamente de direito público.

---

16 Efetivamente, incide às entidades dotadas de personalidade governamental – ainda que não de direito público – “o regime administrativo mínimo”, uma vez que “possuem traços distintos e a elas se aplicam normas de natureza pública” (PAES, ob. cit.). Aplicam-se normas de direito público às fundações governamentais a fim de adequá-las “a sua situação especial de pessoa da Administração Indireta” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2016, p. 558).

**RE 716378 / SP**

Corroborando esse entendimento lição de A. B. Cotrim Neto, segundo a qual as “fundações de iniciativa estatal, conquanto em regime de direito privado, antecederam as autarquias no Brasil, para serem substituídas por estas, ‘como meio de descentralização administrativa’”<sup>17</sup>.

Enfim, esse o pano de fundo legal existente à época da criação da entidade em exame.

No plano jurisprudencial, a identificação da personalidade jurídica das fundações estatais pressupõe, como já dito, a aferição da **forma de criação** e da “**natureza dos serviços** por elas prestados”, examinados tais aspectos caso a caso, à luz, entre outros, das normas instituidoras/criadoras da entidade.

É dizer, as diretrizes inscritas na lei criadora da fundação pública ou autorizadora da sua instituição, bem como no seu estatuto, é que determinarão o regime a governá-la, dependendo a **sujeição ao regime administrativo** da opção do legislador por um feixe de regras, dentre as existentes no conjunto total do ordenamento, determinantes da submissão da entidade a normas de direito administrativo, de índole publicística, típicas do direito público, derogadoras das normas do direito comum.

O primeiro pressuposto, concernente à **forma de criação**, não se mostra definitivo, no presente debate, relevando o registro de que autorizada a constituição da recorrente em 1967, antes, portanto, da Constituição Federal de 1988<sup>18</sup>, que, no inciso XIX de seu art. 37, introduziu a exigência de criação da autarquia - ou fundação de natureza autárquica - por lei. Em reforço a esse entendimento o MS 24427-5 DF:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL. INSTITUIÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO DISPOSTO NOS INCISOS XIX E XX DO ART. 37 DA

---

17 COTRIM NETO, ob. cit., p. 84.

18 A autorização para a criação da Fundação antecede também o Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, que previu requisitos e condições – referindo-se à criação por lei – para a instituição de fundações pelo Poder Público.

**RE 716378 / SP**

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1.988. SUJEIÇÃO AO DECRETO-LEI N. 900/69. IMPOSSIBILIDADE. FINALIDADES EMINENTEMENTE PRIVADAS. AUSÊNCIA DE FUNÇÃO PECULIAR E EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO OU DE ATRIBUIÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICÁ-LA COMO ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. DESNECESSIDADE DE CRIAÇÃO POR LEI. BANCO DO BRASIL. ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DOTADA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCEBÊ-LO COMO PODER PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO DO TCU QUANDO A DETERMINAÇÃO DEPENDE DA VONTADE DE TERCEIRO. 1. A Fundação Banco do Brasil - FBB foi instituída em 16 de maio de 1.986, anteriormente à vigência do disposto nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição de 1.988. Também não era vigente a Lei n. 7.596/87. Não poderia, portanto, sujeitar-se a preceitos normativos inexistentes à época de sua criação. 2. O art. 2º do decreto-lei n. 900/69 estabelecia os requisitos e condições para a instituição de fundações pelo Poder Público. A inserção dessas fundações no quadro da Administração Indireta operou-se mercê do disposto no art. 1º do decreto-lei n. 2.229/86 e no art. 1º da Lei n. 7.596/87, nos termos dos quais a fundação pública será instituída para o desenvolvimento de atividades estatais que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público. [...]. 5. A determinação do TCU, no sentido de que o impetrante providencie junto ao chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional, é inexecutável. [...]. Segurança concedida.” (MS 24427-5 DF, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2006, DJ 24-11-2006.)

Colhe-se da doutrina a respeito que a reserva de lei, expressa nesse inciso desde a sua primeira redação, é de grande importância, porque veio a preencher uma lacuna no direito constitucional positivo brasileiro, não obstante o fato de que a doutrina já apontava a sua existência

**RE 716378 / SP**

implícita.

Há que apreciar, nessa linha, a natureza dos serviços prestados, sendo imperativa, à identificação da fundação pública, **o desempenho de serviço estatal**, que pode ser definido como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Assim, reconhecida, em abstrato, pela presença dos requisitos definidos por esta Corte, **a natureza pública da fundação recorrente**, aplicável sem dúvida aos servidores de seu quadro de pessoal o mesmo regime jurídico das autarquias.

Aqui breve retrospectiva das decisões proferidas nas instâncias anteriores se impõe, para pontuar que outro o enfoque pelo qual basicamente decidida a lide até então.

Em primeiro grau, concluiu-se pela improcedência dos pedidos de nulidade da despedida e de reintegração no emprego, ao entendimento de que inconfundível a rescisão do pacto laboral por iniciativa do empregador com a extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria. Deferidas apenas diferenças de salário e reflexos decorrentes de reajustes normativos inobservados. Na fundamentação da sentença assentou-se, *verbis*:

“01. Sobre as alegações de que, a ré é uma fundação de direito privado, o art. 37, da Constituição Federal, estabelece os princípios gerais aplicáveis à “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, abrangendo, destarte, os servidores públicos que, dão efetividade à ação administrativa. A regra constitucional supra, não alude à modalidade de personalidade jurídica do ente fundacional, mas à origem, isto é, à instituição da entidade. Do contrário, forçosamente, teria que, aludir ao tipo de personalidade jurídica da fundação. Note-se que, em relação às entidades da Administração Pública (Indireta), às quais, se aplica o regime jurídico das entidades

**RE 716378 / SP**

privadas, a Constituição Federal, alude apenas à empresa pública e à sociedade de economia mista (art. 173, parágrafo primeiro, II), não aludindo à fundação, nos moldes da ré. Assim sendo, dentro do contexto dos autos, não beneficia a ré as alegações constantes de fls. 69 e seguintes, nem tampouco, a legislação estadual invocada pela demandada. **Resta averiguar se o autor faz jus à estabilidade reivindicada.**

2. **A jubilação voluntária**, por tempo de serviço, como é o caso do autor, vigente a partir de 23/02/95 (documento n.º 22, do volume de documentos do autor), **rompe o contrato de trabalho** e elide o pagamento de verbas tais como, aviso prévio, indenização por tempo de serviço, prevista na CLT, indenização de 40% sobre o FGTS, etc. O fundamento legal para tal raciocínio, encontra-se, em primeiro lugar, no disposto no caput, do art. 453, da CLT, *in verbis*: “No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente”. Com efeito, se na hipótese legal supra, não será computado no tempo de serviço do empregado, quando da sua readmissão, os períodos trabalhados, no caso de **aposentadoria**, é porque esta **constitui modalidade de extinção do vínculo empregatício, que apaga todo o tempo anterior de prestação de labor.**

Discorrendo sobre os efeitos da aposentadoria no contrato de trabalho, JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO, em comentário ao art. 49, da Lei n. 8.213/91 (aplicável à jubilação do reclamante), vigente à época da relação de emprego, sustenta o seguinte:

(...)

Reitere-se que, **a aposentadoria voluntária, em quaisquer de suas modalidades, salvo a aposentadoria por invalidez, porque involuntária, põem fim ao contrato de trabalho .**

(...)

A exegese supra se aplica à Administração Pública, Direta

**RE 716378 / SP**

e Indireta, não se confundindo com modalidades de rescisão do pacto laboral por iniciativa do empregador.

**Aliás, é para evitar tal ruptura é que foi instituída a estabilidade a que, alude o art. 19, do ADCT,** de sorte que, a mesma não se confunde com a cessação do contrato de trabalho, por aposentadoria.

Igual raciocínio se aplica em relação ao art. 18, do ADCT, da Constituição Paulista.

Não se invoquem os § 1º e 2º, do art. 453, da CLT, os quais, estão com a eficácia suspensa, na forma das decisões liminares, exarada na ADIns n.º 1.770-4, datada de 14.05.98 e n.º 1.721-3, datada de 19.12.97, respectivamente e de toda a sorte não se referem ou se aplicam ao disposto no caput, do art 453, consolidado.

Repita-se, a aposentadoria voluntária, ou seja, a pedido, em quaisquer de suas modalidades, salvo a aposentadoria por invalidez, porque involuntária, põem fim ao contrato de trabalho.

No caso de prosseguimento da prestação de serviços, por parte do jubilado, verificar-se-á novo contrato de trabalho.

Assim sendo, em relação ao período trabalhado pelo reclamante, após a aposentadoria, não incide o disposto no art. 19, do ADCT, o qual beneficiava apenas 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

(...)” (fls. 147-50, destaquei.)

O Juízo de primeiro grau afastou, outrossim, a estabilidade prevista no art. 41 da CF/88, relativamente ao período subsequente à jubilação, porquanto não demonstrado o cumprimento da exigência prevista nessa regra constitucional, não se aplicando, pois, à espécie o entendimento

**RE 716378 / SP**

consubstanciado na Súmula 390/TST<sup>19</sup>.

Ao exame dos embargos de declaração opostos pelo Autor, esclareceu-se:

“O Juízo se pronunciou explicitamente sobre o tema da estabilidade constitucional (item 02 do julgado).

Com a aposentadoria, rompeu-se o vínculo empregatício e, conseqüentemente, a estabilidade de que o autor era portador, antes e após a jubilação.

Note-se que, em relação ao período subsequente à aposentadoria (novo contrato de trabalho), o autor não provou ter preenchido os requisitos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (fls. 149) para fins de estabilidade.

Nada existe para ser retificado” (fl. 159).

O Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, por sua vez, ao julgamento dos recursos ordinários das partes, afastou a nulidade do julgado por omissão, por compreender devidamente apreciadas as questões atinentes à natureza jurídica da Ré e à estabilidade do Autor, concluindo, no mérito, pelo não provimento de ambos os apelos.

Relativamente a esse último tema, a Corte regional consignou que o fato de a Ré ostentar natureza de fundação de direito público não subverteria a realidade que permeia a situação descrita nos autos<sup>20</sup>,

---

19 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.

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001).

20 P. 23, vol. 1, parte 2.

**RE 716378 / SP**

consistente na extinção automática do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea, sendo, pois, irrelevante, o fato de o reclamante à época da aposentadoria por tempo de serviço (...) ter ou não estabilidade no emprego, à luz, do artigo 19 do ADCT da Constituição Federal (...). Eis a fundamentação na fração de interesse:

“3. O instituto da estabilidade tem por finalidade obstar a dispensa arbitrária ou imotivada de trabalhadores.

O artigo 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República prevê que os servidores públicos civis da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, assim como da administração direta, autárquica e fundacional em exercício há cinco anos quando da promulgação, têm assegurada a estabilidade no emprego, ou seja, não podem ser dispensados sem motivação.

No que pertine à natureza jurídica da reclamada, malgrado a conceituação doutrinária atribuindo à fundação a natureza de pessoa jurídica de direito privado, a realidade é que a Carta Política de 1.988 alçou à categoria de entidade de direito público aquela instituída pelo Poder Público para a prossecução de objetivos de interesse coletivo como a promoção de atividades educativas e culturais através da rádio e televisão que marca a atividade da ré. A Fundação criada pelo Estado que fornece subsídios orçamentários para a respectiva manutenção é "fundação pública" na forma em que destacada nos artigos 71, II, III, e IV, 169, § único, 150, § 2º, 22, XXVIII e 37, XIX da Constituição Federal e 19 do Ato das Disposições Constituições Transitórias ("Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros, 25ª edição, páginas 329/330).

**A reclamada foi criada através de lei específica, mantida por recursos provenientes do Poder Público, goza de isenção de tributos estaduais e tem por finalidade o interesse da coletividade. Indubitavelmente, ostenta natureza de fundação de direito público.**

Contudo, essas circunstâncias não subvertem a realidade que permeia a situação descrita nos autos.

RE 716378 / SP

A aposentadoria espontânea é causa natural da extinção do contrato de trabalho. Conceitualmente, por essência, significa o direito à inatividade remunerada. Eis porque quando consumada, a ruptura do vínculo opera-se *pleno jure*, automaticamente.

Nesse sentido, aliás, o artigo 453 consolidado combinado com o inciso III do artigo 20 da Lei 8.036/90.

Bem por isso, para destacar os efeitos intrínsecos do instituto, é que sobreveio a Lei 6.204/75, alterando a redação primitiva do precitado artigo celetista. O novo diploma veio precisamente para sepultar a discussão ora ressuscitada e que à época lavrava fundo na jurisprudência.

A interpretação histórica dá a exata medida da *mens legis* e reforça a inteligência lógica e sistemática convergindo na mesma direção.

Nem caminha em trilha oposta a norma previdenciária vigente à época do jubilamento do autor, cujo alcance há de ser perquirido em harmonia com as demais preexistentes. De se observar que o desligamento do empregado continua a ser o marco normal para o início do benefício (artigo 49, I, “a” da Lei 8.213/91). A possibilidade do respectivo requerimento com a permanência no emprego é simples alternativa desburocratizante (alínea “b” do mesmo inciso), mormente diante do notório e significativo tempo que medeia entre o encaminhamento do pedido e a final aprovação.

Em reforço dessa conclusão, o cancelamento da Súmula nº 21 do TST (Resolução 30/94) e o entendimento consagrado no verbete nº 177 dos precedentes jurisprudenciais da SDI-TST.

**Nessa moldura, o fato de o reclamante à época da aposentadoria por tempo de serviço (23.02.1995 – doc. nº 22 - 1º volume de documentos) ter ou não estabilidade no emprego, à luz do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, não tem qualquer relevância.**

De outro lado, não há como se concluir que o relacionamento que se aperfeiçoou em sequência à

**RE 716378 / SP**

aposentadoria pudesse conferir ao trabalhador a estabilidade prevista no artigo 41 da Carta Política.

Para que o autor fosse detentor de estabilidade, seria de rigor que o segundo contrato de trabalho fosse precedido de aprovação em concurso público, a teor do artigo 37, II do diploma constitucional.

Logo, embora esse contrato gere direito ao pagamento de todos os direitos trabalhistas, o que foi observado pela demandada, à luz do artigo 41 da Constituição Federal, não tem o postulante, direito à estabilidade perseguida.

**Não se vislumbra, portanto, qualquer ilegalidade na respectiva dispensa imotivada, não havendo de se falar em reintegração no emprego e pagamento de salários vencidos e vincendos.**

Incensurável o julgado” (fls. 264-7, destaquei).

Dessa decisão ambas as partes interpuseram recurso de revista. Ao apelo do Reclamante, o único admitido, a Sétima Turma do TST conheceu, por violação do artigo 7º, I, da CF/88 - configurada ante a compreensão, do Tribunal de origem, de que a aposentadoria espontânea enseja a extinção do contrato de trabalho - , e, no mérito, deu-lhe provimento para declarar a nulidade da despedida e condenar a Reclamada a reintegrar o Reclamante no cargo exercido ao tempo da ruptura, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos e das vantagens correspondentes, observados os benefícios a que faria jus como se em atividade estivesse (fl. 310, vol. 2) e deduzidos os valores pagos a título de verbas rescisórias e de indenização de 40% do FGTS. Os fundamentos desse acórdão, no particular, foram os seguintes:

“O excelso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn nº 1.721-3/DF, em 11/10/2006, declarou a inconstitucionalidade do artigo 453, §§ 1º e 2º, da CLT, por afronta ao artigo 7º, I, da Constituição Federal e contrariedade aos valores sociais do trabalho. Nessa mesma assentada, ficou estabelecido que a aposentadoria espontânea não extingue o

**RE 716378 / SP**

contrato de trabalho.

Em virtude disso, esta Corte cancelou a Orientação Jurisprudencial nº 177 da SBDI-1 e passou a adotar em inúmeros precedentes o posicionamento da mencionada ADIn, de que a aposentadoria previdenciária constitui um benefício e o direito a ele decorre da relação do segurado com o Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguridade Social, sem provocar a extinção da relação de emprego.

Aliás, esse entendimento está sedimentado na Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1 desta Corte, de seguinte teor:

"A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral." (Grifei.)

Logo, não mais se discute a possibilidade de extinção dos contratos de trabalho pela aposentadoria espontânea.

Pois bem. Ficou registrado no acórdão regional que o reclamante era detentor da estabilidade prevista no artigo 19 do ADCT da Constituição da República, que se aposentou em 1995 e que foi dispensado sem justa causa em 2005.

Desse modo, afastada a tese de extinção do contrato de trabalho, em decorrência da aposentadoria, e não havendo controvérsia a respeito da estabilidade no emprego nem da dispensa imotivada, conclui-se pela ilegalidade da despedida do trabalhador, fazendo jus, portanto, à reintegração, diante da nulidade da dispensa, visto que gozava da estabilidade, prevista no artigo referido artigo 19 do ADCT, nos termos da jurisprudência atual e iterativa desta Corte.

Citem-se, nesse sentido, os seguintes precedentes:

(...)

Ressalte-se que o reclamante opôs embargos de declaração com vistas ao prequestionamento do artigo 7º, I, da Constituição da República, o que atrai o entendimento contido na Súmula nº 297, III, desta Corte.

**RE 716378 / SP**

Ante o exposto, entendo que o Tribunal Regional afrontou o artigo 7º, I, da Constituição Federal, porquanto a aposentadoria espontânea não enseja a extinção do contrato de trabalho, razão por que conheço do recurso de revista.

**MÉRITO**

A consequência lógica do conhecimento do recurso por violação do artigo 7º, I, da Constituição Federal é o seu provimento.

Assim, dou provimento ao recurso de revista interposto pelo reclamante para declarar nulo o ato de sua dispensa e condenar a reclamada a reintegrá-lo no emprego, no cargo exercido ao tempo da ruptura, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos e vantagens correspondentes, observados os benefícios a que teria jus como se em atividade estivesse, tudo conforme se apurar em regular liquidação. A reintegração deve ser efetivada em até dez dias do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de multa cominatória equivalente a 1/30 do salário mensal devido, por dia de atraso no cumprimento da obrigação de fazer, ora imposta. Devem ser deduzidos os valores pagos pela reclamada a título de verbas rescisórias e de indenização de 40% do FGTS. Juros, correção monetária, descontos fiscais e previdenciários na forma da legislação especial (artigo 39 da Lei 8.177/91) e Súmulas nºs 368 e 381 desta Corte Superior” (fls. 556v–8v).

Opostos embargos de declaração pela Reclamada, foram rejeitados nos seguintes termos:

“Razão alguma assiste à embargante.

Em primeiro lugar, saliente-se que o fundamento primordial para o indeferimento do pedido de reintegração do reclamante foi o entendimento relativo à extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea. O fundamento relativo à estabilidade prevista no artigo 19 do ADCT foi considerado irrelevante, pela Corte de origem. Mesmo assim foi devidamente examinado por esta Turma, consoante transcrições

**RE 716378 / SP**

abaixo, ocasião em que, inclusive, transcreveu-se jurisprudência desta Corte a respeito da questão.

Com efeito, veja-se o que disse o Tribunal Regional a respeito da questão relativa à estabilidade do artigo 19 do ADCT, devidamente transcrita no acórdão ora recorrido, à fl. 556: "(...) o fato de o reclamante à época da aposentadoria por tempo de serviço 23.02.1995 - doc. nº 22 - 1º volume de documentos) ter ou não estabilidade no emprego, à luz do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, não tem qualquer relevância." (Grifei).

Ora, se tal questão tivesse relevância para o desfecho da lide, o recurso de revista poderia ter sido conhecido também por violação do referido artigo 19, devidamente invocado pelo reclamante, uma vez que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o servidor celetista também é beneficiário da referida estabilidade. No entanto, da simples leitura do acórdão regional, transcrito às fls. 554-verso/556-verso, constata-se que a decisão regional veio fundamentada na questão da extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria do reclamante. Considerou, assim, a existência de um "segundo contrato", no qual haveria necessidade de submissão a concurso público para que o reclamante tivesse direito à estabilidade. Aquela estabilidade relativa ao "primeiro contrato" não estava em discussão, porque, segundo o Tribunal Regional, aquele contrato já fora extinto, em face da superveniência da aposentadoria espontânea.

Não obstante isso, esta Turma teve o cuidado de examinar a matéria também pelo ângulo da estabilidade do artigo 19 do ADCT, consoante se extrai dos fundamentos adotados por esta Turma às fls. 557/558:

‘Desse modo, afastada a tese de extinção do contrato de trabalho, em decorrência da aposentadoria, e não havendo controvérsia a respeito da estabilidade no emprego nem da dispensa imotivada, conclui-se pela ilegalidade da despedida do trabalhador, fazendo jus, portanto, à reintegração, diante da nulidade da dispensa, visto que gozava da estabilidade,

RE 716378 / SP

prevista no artigo referido artigo 19 do ADCT, nos termos da jurisprudência atual e iterativa desta Corte.'

Não se constata a alegada omissão e, portanto, não há possibilidade alguma de se imprimir efeito modificativo ao julgado.

A embargante deve observar que as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração estão restritas àquelas previstas nos artigos 535 do CPC e 897-A da CLT, isto é, quando há omissão, contradição ou obscuridade no julgado, o que não é o caso dos autos.

Assim, não há nenhum vício a ser sanado.

[...]

Pelo exposto, rejeito os embargos de declaração."

A **forma de criação** da Fundação Padre Anchieta, reitero, é definitiva para o julgamento da lide. Certo é que a Lei 9.849/1967 tão somente autorizou sua instituição, e não a criou diretamente, e o artigo 1º do Decreto nº 50.191/1968, com as alterações do Decreto nº 11.184/1978<sup>21</sup>, consigna tratar-se, a entidade, de pessoa jurídica de direito privado.

Com efeito, foi criada com o fim de "*promover atividades educativas e culturais através do rádio e da televisão*" ( Lei 9.849/67, art. 1º), podendo, para alcançar esse objetivo, "*I - operar estações de Rádio e TV Educativa; II - produzir em seus próprios estúdios, mediante aquisição, adaptação ou dublagem de material de transmissão, tele-aulas, aulas televisionadas, programas educativos culturais e artísticos, ao vivo, em "video-tape", ou cinescópio, atingindo o rádio, no que a este for aplicável; e III - distribuir suas programações através dos sistemas universitários estadual, nacional e internacional de rádio e TV educativa*". Vedada expressamente, ainda, no parágrafo único, a exploração da Rádio e TV Educativa com finalidades comerciais.

Definir serviços públicos é, no dizer de Marçal Justen Filho, "definir

---

21 Artigo 1.º - A Fundação "Padre Anchieta" - Centro Paulista de Rádio e Televisão Educativa, pessoa jurídica de direito privado instituída e assim denominada pela Lei Estadual n. 9849 de 26 de setembro de 1967, terá por finalidade precípua a promoção de atividades educativas e culturais através do rádio da televisão.

**RE 716378 / SP**

a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado à livre iniciativa dos particulares<sup>22</sup>”, encontrando-se tais limites e funções estabelecidos pela concepção política cristalizada na Constituição de cada país.

A Constituição de 1967<sup>23</sup> dispunha, em seu art. 8º, XV, “a”, que competia à União “explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão”, os serviços de telecomunicações, prevendo, ainda, no § 2º do seu art. 166, que a lei poderia estabelecer “outras condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão”.

Na esfera infraconstitucional, aqueles serviços foram regulados pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/1962)<sup>24</sup>, complementado e modificado pelo Decreto-Lei nº 236/1967. Ao julgamento da ADI 561-8, esta Corte considerou recepcionado pelo texto constitucional de 1967 e pela atual Constituição o referido Código (ADI 561 MC, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 23-03-2001).

O aludido Código classificou os serviços de radiodifusão como um tipo de serviço de telecomunicações<sup>25</sup> “destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão” (Lei nº 4.117/1962, art. 6º). Estabeleceu, outrossim, que tais serviços “serão executados diretamente pela União ou através de concessão, autorização ou permissão”, cabendo a outorga da concessão ou permissão ao Presidente da República (Lei nº 4.117/1962, art. 32 e 34, § 1º).

A titularidade desses serviços públicos não foi, assim, alterada, mantida, ao contrário, tanto na Constituição de 1967/1969, quanto na CF/88, a possibilidade de delegação, prevendo, a alínea “a” do inciso XII do artigo 21 da Lei Fundamental em vigor, que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os

22 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. - 12ª ed. rev., atual. e ampliada. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 555.

23 Em vigor a partir de março de 1967.

24 Não revogados pela Lei nº 9.47/1997 os preceitos relativos à radiodifusão (art. 215).

25 Regulados atualmente pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

**RE 716378 / SP**

serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens<sup>26</sup>.

Não obstante a titularidade dos serviços de radiodifusão – coincidentes com aqueles desenvolvidos pela Fundação Padre Anchieta, antes transcritos – seja da União, esses podem ser prestados pelo próprio Poder Público federal ou por meio de pessoas alheias ao seu “aparelho administrativo”<sup>27</sup>, observado, atualmente, o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal (CR, art. 223)<sup>28</sup>.

Esta Suprema Corte, ao exame da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451, ajuizada pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão - ABERT, decidiu no sentido de que são públicos os serviços de rádio e televisão:

“EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997. [...] Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de “restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei” (inciso III do art. 139). 7. O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. **O rádio e a televisão, por**

26 Antes da EC 8/95, constava do inciso XII, “a”, do art. 21, verbis: “os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações”.

27 MELLO, ob. cit., p. 709 e 714-715. No mesmo sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 479.

28 CF, Art. 223 - Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

**RE 716378 / SP**

**constituírem serviços públicos, dependentes de “outorga” do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos.** Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo. [...] 10. Medida cautelar concedida para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo.” (ADI 4451 MC-REF, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe de 24-08-2012. destaquei.)

Em face da citada decisão, em que debatida a liberdade de imprensa, não subsiste posicionamento contrário, que retire dos serviços de radiodifusão, em que se enquadram o rádio e a televisão, a qualidade de públicos.

O maior respaldo para essa compreensão, como visto, reside no próprio texto constitucional, que evidencia ser do Poder Público a titularidade da exploração, mesmo que executado o serviço público, mediante concessão. Para Wimmer e Pieranti, “*O uso do instrumento jurídico da concessão (no caso da televisão e das emissoras de rádio em ondas médias e curtas), historicamente aplicado aos serviços públicos, corrobora essa condição*”<sup>29</sup>.

A respeito desse aspecto, vale invocar, mais uma vez, o posicionamento desses pesquisadores, segundo o qual a corrente majoritária dos autores pesquisados defende que a Constituição

---

29 WIMMER, Miriam e PIERANTI, Octavio Penna. *Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional*. Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación [www.eptic.com.br](http://www.eptic.com.br), vol. XI, n. 1, enero – abril / 2009. Disponível em <<https://seer.ufs.br/index.php/eptic/article/download/156/131>>. Acesso em 26.06.2017.

RE 716378 / SP

caracteriza como serviços públicos determinadas atividades do artigo 21, “cuja exploração compete à União, podendo ocorrer sua delegação a particulares mediante instrumentos como a concessão, a permissão ou, dependendo da corrente teórica, a autorização do Poder Público. Esse é o caso dos serviços previstos no artigo 21 da atual Constituição Federal, entre os quais se incluem os serviços de telecomunicações e de radiodifusão (AGUILLAR, 1999; GROTTI, 2000; SILVA, 2001; MEIRELLES, 2004)”<sup>30</sup>.

Anoto, nessa quadra, em reforço à ideia de relevância social do serviço prestado, trecho de artigo da Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, publicado em 2014, segundo o qual “A TV Cultura, em São Paulo, é a emissora que mais se aproxima do conceito público segundo os pesquisadores analisados, tanto em questão de conteúdo, quanto no quesito administrativo, afinal, nasceu com administração independente, inspirada nos moldes da British Broadcasting Corporation (BBC). Além de possuir o perfil administrativo mais independente dentre as TVs e rádios públicas do país, a TV Cultura também teve um papel crucial na história do desenvolvimento da radiodifusão ao contribuir para o desenvolvimento da televisão pública e educativa nacional”<sup>31</sup>.

De outro lado, a concessão e a permissão dos serviços públicos, nos moldes do art. 37, XI, da CF, constitui uma das principais formas de gestão de tais serviços, certo que, “Quando a Constituição fala em execução direta, tem-se que entender que abrange a execução pela Administração Pública direta [...] e indireta [...], que abrange entidades com personalidade jurídica própria, como as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas”<sup>32</sup>.

Sendo a promoção de atividades educativas e culturais, por meio de rádio e televisão, **serviço público**, objeto de concessão, a qual constitui uma das formas de **gestão dos serviços**, tem-se como atendido o requisito

30 WIMMER, Miriam e PIERANTI, Octavio Penna. ob. cit.

31 CURADO, Camila e DEL BIANCO, Nélia. O Conceito de Radiodifusão Pública na visão de pesquisadores brasileiros. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2014/resumos/R9-0802-1.pdf>. Acesso em 28.6.2017.

32 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. - 29ª ed. Rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2016, p. 150.

**RE 716378 / SP**

“**desempenho de serviço estatal**” a que se reportam os precedentes desta Corte.

Assinalo, em acréscimo ao que assentado, a presença de um terceiro critério, referido no recurso extraordinário RE 101.126-2, que pacificou o tema no âmbito desta Corte, qual seja, manutenção da fundação por verbas orçamentárias. Nesse recurso, ao contrapor as entidades de direito privado e de direito público, o Relator assentou literalmente:

“[...] não tem sentido que sociedades de economia mista e empresas públicas, que são meras pessoas de direito privado, integrem a Administração Indireta [...] e as fundações de direito público, que são inequivocamente pessoas jurídicas de direito público, com patrimônio público, mantidas por verbas orçamentárias, sob a fiscalização direta do Poder Público, sujeitas aos Tribunais de Contas, criadas para a execução de atividades públicas descentralizadas, não pertençam a essa Administração Indireta [...].”

No conflito de jurisdição CJ 6650-3 RS, foi a LBA reconhecida como sendo de direito público, entre outros motivos, por serem seus serviços mantidos mediante “recursos orçamentários anualmente incluídos no orçamento da União” (Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/1987, DJ 07-08-1987). Ainda nesse sentido as decisões proferidas no CJ 6728, Relator Min. CARLOS MADEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/1988, DJ 26-08-1988; no CJ 6742, Min. Célio Borja, DJ 17-03-1989; no RE 232982 AgR, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 18/05/2004, DJ 25-06-2004 e no RE 127489, Relator Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 25/11/1997, DJ 06-03-1998. Da fundamentação desse último acórdão consta trecho que corrobora a consideração do referido critério para a definição da natureza da fundação instituída pelo Poder Público:

“[...] Como acentuou o Pleno, não faz sentido sociedade de economia mista e empresas públicas, que são meras pessoas de

**RE 716378 / SP**

direito privado, integrarem a Administração Indireta, tendo seus empregados inúmeras restrições por equiparação a ‘servidores públicos’, e **as fundações de direito público, que são inequivocamente pessoas jurídicas de direito público, mantidas por verbas orçamentárias**, sob a fiscalização direta do Poder Público, sujeitas ao Tribunal de Contas, criadas para a execução de atividades públicas descentralizadas, não pertencerem a essa Administração Indireta [...]” .

Na mesma linha a decisão proferida no RE 215741:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA FEDERAL E A JUSTIÇA COMUM. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. 1. **A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público.** 2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Federal. Artigo 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figura como parte fundação pública, tendo em vista sua situação jurídica conceitual assemelhar-se, em sua origem, às autarquias. 3. Ainda que o artigo 109, I da Constituição Federal, não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a competência da Justiça Federal.” (RE 215741, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 30/03/1999, DJ 04-06-1999.)

Reporto-me ainda ao voto do Ministro Marco Aurélio no MS 24427-5 DF em que referida a necessidade de manutenção da fundação pelo Poder Público:

**RE 716378 / SP**

“Sociedades mantidas pelo poder público são aquelas pessoas jurídicas de direito privado reveladas, por exemplo, pelas sociedades de economia mista. Mas, no tocante às fundações, requer-se mais: que sejam realmente, mantidas pelo poder público.” (MS 24427-5 DF, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2006, DJ 24-11-2006.)

Na doutrina há igualmente respaldo para esse entendimento.

À apreciação dos critérios eleitos por esta Suprema Corte para a identificação da dita fundação de direito público Carvalho Filho assevera que “o único fator do qual se pode extrair pequeno elemento de diferenciação” entre fundações de direito público e de direito privado “[...] reside na origem dos recursos, admitindo-se que serão fundações estatais de direito público aquelas cujos recursos tiverem previsão própria no orçamento da pessoa federativa e que, por isso mesmo, sejam mantidas por tais verbas, ao passo que de direito privado serão aquelas que sobreviverem basicamente com as rendas dos serviços que prestem e com outras rendas e doações oriundas de terceiros”.

Alexandre Santos de Aragão também afirma a hegemonia do critério alusivo à origem dos recursos e José Sabo Eduardo Paes, ao se reportar ao regime orçamentário, financeiro e contábil da fundação de direito privado, que denomina de estatal, assinala:

“A fundação estatal não integra o Orçamento Geral da União como unidade orçamentária. Suas rendas são oriundas das receitas que auferir da prestação de serviços e do desenvolvimento de suas atividades, bem como por doações, conforme dispuser a lei ordinária que autorizar sua instituição.

O relacionamento entre fundação estatal e o Poder Público, no tocante à lei orçamentária anual, dá-se, exclusivamente, sob a forma de prestação de serviços, com base em contrato estatal de serviços, que tem por objeto a contratação de serviços e a fixação de metas de desempenho para a entidade.

**RE 716378 / SP**

A fundação estatal não terá recursos assegurados para o seu funcionamento nos orçamentos fiscal e de seguridade social, como ocorre com os entes de direito público instituídos pelo Estado, inclusive no que tange à folha de pessoal. A fundação estatal arca com o ônus de sua própria folha de pagamento, incluídas as despesas decorrentes da remuneração dos eventuais servidores requisitados de outros órgãos.”

Concluo, pois, também sobre esse viés, pela qualificação da ora recorrente como fundação pública, cujos recursos financeiros são constituídos por “*dotações que lhes forem destinadas pelos poderes públicos*” e outras receitas (Lei 9.849/67, art. 6º) .

Acrescento que, embora a Fundação conte com receitas próprias para a consecução dos seus objetivos, depende significativamente do aporte de recursos públicos, conforme se verifica da conclusão das “Notas explicativas da Administração às demonstrações contábeis Exercícios findos em 31 de dezembro de 2015 e 2014”, encartada no “Relatório dos Auditores Independentes sobre as Demonstrações Contábeis”:

“Sem ressaltar nossa opinião, chamamos a atenção para o fato de a Fundação Padre Anchieta apresentar, em 31 de dezembro de 2015, passivo circulante em excesso ao ativo circulante no montante de R\$ 21.297.973, bem como déficits acumulados de R\$ 33.723.693. Essas condições, juntamente com o fato de que os recursos oriundos do Governo do Estado de São Paulo representam parte significativa nas receitas da Fundação Padre Anchieta, e caracterizam uma dependência financeira da Fundação Padre Anchieta com o Governo do Estado de São Paulo, conforme mencionado na Nota Explicativa nº 1, indicam a existência de incerteza quanto à capacidade de continuidade operacional da entidade bem como o fato de que a habilidade de continuidade das operações da Fundação Padre Anchieta depende do contínuo recebimento das dotações do Governo do Estado de São Paulo, destacando-se a tendência desde a edição da Lei nº 9.849 de 26 de setembro de 1967 e do

**RE 716378 / SP**

decreto nº 61.802 de 14 de janeiro de 2016 da consignação pelo Estado dos recursos necessários para a Entidade”.<sup>33</sup>

O caráter público da Fundação exsurge, ainda, do artigo 10 da Lei 9.849/67 e do artigo 25 do Estatuto, em que se estipulou a reversão dos seus bens e direitos, ressalvado o “Solar Fabio Prado”<sup>34</sup>, ao patrimônio do Estado de São Paulo, no caso de extinção.

Ponto, por fim, o abalizado magistério doutrinário de Diógenes Gasparini<sup>35</sup> e Fernanda Marinela<sup>36</sup>, em que afirmada a natureza de fundação pública da Fundação Padre Anchieta.

Não diviso, por outro lado, com a devida vênia do Relator, incompatibilidade do art. 19 do ADCT com o regime trabalhista. Diversas decisões desta Casa – *v.g.* o RE 289321 – consagram o entendimento de que a estabilidade prevista nesse dispositivo alcança os servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional regidos pela legislação trabalhista – os empregados públicos –, espécie do gênero servidores públicos, como o são os servidores estatutários, detentores de cargos públicos. É o que deflui, de resto, do parágrafo 2º do referido preceito.

Contemplado o Autor pela estabilidade em debate, sua dispensa dependia de processo administrativo por meio do qual assegurados contraditório e ampla defesa. *Contrario sensu*, o seguinte precedente:

---

33 Disponível em:

<[http://publicador.tvcultura.com.br/upload/fpa/sic/20160511131258\\_20160511-demonstracoes-cont-beis-2015-14.pdf](http://publicador.tvcultura.com.br/upload/fpa/sic/20160511131258_20160511-demonstracoes-cont-beis-2015-14.pdf)>. Acesso em: 29.07.2017.

34 Estatuto, artigo 25 - “A Fundação terá duração indeterminada e, no caso de extinção eventual, mediante deliberação do Conselho Curador, reverterão seus bens e direitos ao patrimônio do Estado de São Paulo, salvo o ‘Solar Fabio Prado’ que passará para o patrimônio da Universidade de São Paulo”.

35 GASPARINI, Diógenes. Fundação – pública ou privada – natureza jurídica. BDA – Boletim de Direito Administrativo – abril/90.

36 MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo – 10ª ed. São Paulo : Saraiva, 2016, p. 189.

**RE 716378 / SP**

“SERVIÇO PÚBLICO – ESTABILIDADE – ARTIGO 19 DO ADCT. A estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias requer tempo de serviço, à época da promulgação da Carta de 1988, igual a cinco anos. RELAÇÃO JURÍDICA – CLT – CESSAÇÃO. A cessação de relação jurídica regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, no tocante a servidor público que não detenha a estabilidade, prescinde da formalização de processo administrativo e, portanto, do contraditório.” (RE 289321, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe de 02-06-2011.)

Nessa linha de fundamentação, não vislumbro na decisão recorrida qualquer afronta aos preceitos constitucionais apontados pela recorrente, pelo que, rogando vênua ao eminente Relator e, na linha do parecer do Subprocurador Geral da República Paulo Gustavo Gonet Branco, **nego provimento** ao recurso extraordinário.

**É como voto.**

01/08/2019

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

APARTE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministra Rosa Weber, Vossa Excelência permite um aparte?

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Agora mesmo, Ministro Marco Aurélio, com muito prazer eu o ouço.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A premissa de seu voto é que se trata de fundação de direito público.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Pública. É, eu faço a distinção. Eu entendo que o gênero é fundação pública, mas que a fundação pública, gênero, comporta duas espécies: uma de natureza jurídica privada e a outra de natureza jurídica pública.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas Vossa Excelência não entende que surge incoerência em admitir-se não as duas espécies apenas, fundação pública e fundação de direito privado, mas uma fundação pública de direito privado?

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Um terceiro?

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Não sou eu, isso é doutrina e jurisprudência. Não preciso nem invocar a jurisprudência trabalhista. É a minha compreensão, Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência assenta que é uma fundação pública?

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - E digo mais a Vossa Excelência: tudo depende. E aí nós entramos em uma discussão - eu não quis ler o meu voto porque ele é muito extenso: como se define a natureza jurídica da fundação?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não pela Constituição em si, por subsídios passados pelo Estado.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Seria por criação direta pela lei ou pela autorização à sua instituição. Esse seria um critério. O outro critério seria o desempenho de serviço público, que eu entendo

**RE 716378 / SP**

aqui que se fez.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tem-se pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos e, nem por isso, enquadram-se como pessoas jurídicas de direito público.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - É, nisso Vossa Excelência tem toda razão. Só que eu estou me referindo a um conceito, a um conceito de fundação pública, que é um conceito de direito administrativo. Neste conceito, eu entendo abarcadas também aquelas fundações cuja criação foi autorizada por uma lei e elas assim se constituíram. No caso da Fundação Padre Anchieta, tem uma peculiaridade: ela é anterior à sua criação, como eu destaquei antes. É bem anterior. Se bem me recordo, é de 1981.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A Fundação “Padre Anchieta” – Centro Paulista de Rádio e TV Educativa foi constituída pelo Poder Executivo estadual em razão de prévia autorização dada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, que editou, para tanto, a Lei nº 9.849, de 26/09/1967.**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - É de 1967? Mais antiga ainda. A lei estadual autorizou a sua criação e ela foi assim criada. E o decreto regulamentador a define como pessoa jurídica de direito privado. Por isso até se invoca uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo no sentido de que ela tem a natureza de pessoa jurídica de direito privado. Essa é uma situação. Este aspecto, para mim, não afasta a incidência do art. 19 do ADCT, justamente porque eu entendo que ela se insere no gênero fundação pública, e este gênero é o contemplado pelo art. 19 do ADCT.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência me permite um aparte, até corroborando o raciocínio de Vossa Excelência? Além desse apoio doutrinário que Vossa Excelência está trazendo de forma muito segura e muito esclarecedora, a meu ver, as contrarrazões trazidas aqui pelo recorrido trazem um amparo legislativo

**RE 716378 / SP**

para a argumentação de Vossa Excelência. Ele diz o seguinte, e isso é fato incontestável:

O art. 1º, I, da referida Lei 7.596, de 10 de abril de 1987, incluiu as fundações públicas entre as categorias de entidades compreendidas na Administração Indireta, prevendo-as no inciso II do art. 4º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

O famoso Decreto-lei nº 200 que promoveu a reforma administrativa de 67.

E ainda o inciso II do citado art. 1º dessa Lei 7.596/87 acrescentou o inciso IV ao art. 5º do também citado Decreto-Lei nº 200/67 para incluir entre as fundações de direito público:

IV - Fundação pública - A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, [...].

Que é o caso da fundação. E aí ele conclui da seguinte maneira: A recorrente é uma fundação pública com personalidade jurídica de direito privado, tal e qual estabelecido pela Lei 7.596/87, que modificou o Decreto-lei nº 200, na forma como eu acabei de ler.

E aí diz o seguinte: O fato de a recorrente ter sido constituída por escritura pública não é óbice à sua caracterização como fundação pública, já que toda a fundação pública adquire personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no registro civil das pessoas jurídicas.

Portanto, além de Vossa Excelência trazer, a meu ver, um amparo doutrinário muito seguro, nós temos uma lei que estabelece, com muita clareza, essas distinções que Vossa Excelência está fazendo e que permitem, a meu ver - e já adianto meu ponto de vista -, incluir a Fundação Padre Anchieta na categoria de fundações públicas, ainda que tenha, digamos assim, uma natureza privada, porquanto tenha sido inscrita no registro apropriado.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Eu agradeço ao Ministro Lewandowski. Como é uma matéria já conhecida, eu terminei

**RE 716378 / SP**

não querendo fazer a leitura do voto, que tem mais de quarenta laudas. Eu suprimi, mas, às folhas 14, 15 e 16, eu faço todo um exame do Decreto-Lei nº 200 e vou examinando a legislação, naturalmente também observando esses subsídios que foram trazidos pelas partes no processo.

01/08/2019

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

**ESCLARECIMENTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhor Presidente, eu parti, desde a primeira frase que disse, afirmando a condição de celetista do recorrido. Não há dúvida de que o quadro pessoal da Fundação Padre Anchieta está submetido à legislação trabalhista.

O que afirmo, até porque admiti que se trata de uma fundação de direito privado, e, sendo uma fundação de direito privado, seria difícil entender que seu quadro pessoal estivesse submetido ao regime estatutário, é que o regime é o celetista.

A tese não é essa, a minha tese é de que: embora pessoa jurídica de direito privado, ela é uma fundação pública e integra o gênero fundação pública; e, por isso, está sim inserida na área de incidência do art. 19 do ADCT da Constituição de 1988. Essa compreensão foi reafirmada em tantas decisões na Justiça do Trabalho que foi constituída em orientação jurisprudencial.

É o voto, pedindo todas as vênias a Vossa Excelência, reconhecendo que não é uma matéria tranquila.

01/08/2019

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**RECTE.(S)** : **FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA - CENTRO PAULISTA DE RÁDIO E TV EDUCATIVAS**  
**ADV.(A/S)** : **JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL E OUTRO(A/S)**  
**RECDO.(A/S)** : **JOSÉ ANGEL ARIAS**  
**ADV.(A/S)** : **ANTONIO LUCIANO TABELLI E OUTRO(A/S)**  
**AM. CURIAE.** : **ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**OBSERVAÇÃO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Se me permite uma observação, Ministro Dias Toffoli.

É interessante, porque a jurisprudência da Corte se firmou, com relação às sociedades de economia mista e às empresas públicas, no sentido da inaplicabilidade a elas – embora integrantes da Administração Indireta do Estado – do art. 19 do ADCT.

Ocorre que nós não estamos tratando de sociedade de economia mista e nem de empresas públicas, nós estamos tratando de fundações públicas. No caso, não há dúvida de que se trata de uma fundação. Aí vem a questão da conceituação.

Mas o que eu observo – e esse o comentário que agora, mais uma vez, repensando sobre o tema, me ocorre – é que nós temos evoluído no sentido de reconhecer que empresas públicas e sociedades de economia mista, embora dotadas de personalidade de direito privado, quando exercem serviços públicos, têm um regime jurídico diverso daquelas sociedades de economia mista e empresas públicas que exercem atividade econômica propriamente dita. É o caso, por exemplo, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Então é interessante ver os movimentos da jurisprudência, que, muitas vezes, em última análise, afastam a forma para se atentar à essência, ao conteúdo. É uma jurisprudência que eu endosso, com todo o

**RE 716378 / SP**

respeito.

01/08/2019

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Senhor Presidente, eminentes Pares, principio por subscrever a observação de Sua Excelência no sentido de registrar que este julgamento já iniciou há algum tempo, inclusive antes do meu ingresso no Tribunal, o que me levou a fazer o exame da matéria e, nos termos do § 2º do art. 134, declarar-me esclarecido para fins de participar da respectiva deliberação.

Do estudo que fiz, não destoo do reconhecimento, embora com sentido diverso, de que a direção do núcleo central da polêmica converge para delimitar as possibilidades de incidência do art. 19 do ADCT. Como se sabe, o teor do dispositivo, que me permito apenas relembrar, prevê que:

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

O tema fundamentalmente, portanto, é saber se se aplica ou não esta estabilidade no caso daqueles que, preenchidas as condições do art. 19, estavam nesta específica fundação, que é a Fundação Padre Anchieta, também denominada pela lei respectiva de Centro Paulista de Rádio e TV Educativa.

O exame que fiz, Senhor Presidente, vou juntar declaração de voto nessa direção, vai - e peço todas as vênias a Vossa Excelência - no sentido da conclusão da eminente Ministra Rosa Weber, que abriu divergência em relação a esta aplicabilidade ou inaplicabilidade, como sustentado pelo voto de Vossa Excelência.

Vossa Excelência entende que não há hipótese, pelas diversas razões que constam no voto robusto, que eu já houvera lido, e agora na

**RE 716378 / SP**

reiteração que traz à colação, há seguramente um longo, e não exaustivo, debate sobre esse tema das fundações de direito público, das fundações públicas e das fundações constituídas por interesse privado e submetidas única e exclusivamente ao direito privado, nada obstante, no caso dos empregados celetistas desta Fundação Padre Anchieta, concluí que a situação jurídica se subsume ao comando do art. 19 do ADCT.

Portanto, pedindo as mais respeitosas vênias a Vossa Excelência, entendo que o regime excepcional da estabilidade se aplica no caso.

Portanto, acompanho a Ministra Rosa, no sentido de negar provimento ao Extraordinário.

01/08/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** A discussão dos autos cinge-se a saber se os empregados celetistas da Fundação Padre Anchieta (TV Cultura) gozam, ou não, da estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988.

O acórdão recorrido do Tribunal Superior do Trabalho reconheceu, confirmando o contexto fático-probatório registrado pelo Tribunal Regional do Trabalho, que o empregado gozava dos requisitos necessários para fazer jus à estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB. Assim ficou posta a ementa:

'RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. EMPREGADO DETENTOR DE ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. REINTEGRAÇÃO. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 361, primeira parte, da SBDI-1, 'a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação'. Por outro lado, o servidor público detentor de estabilidade somente pode ser dispensado nas hipóteses estabelecidas no artigo 41, § 1º, da Constituição da República. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.'

No presente recurso extraordinário, aponta-se ofensa aos artigos 5º, II e XXXVI, da Constituição Federal, bem como o artigo 19 do ADCT. Afirma-se que: i) a Fundação Padre Anchieta constitui-se uma fundação privada cujos empregados são contratados sob o regime celetista, de modo que a eles não se aplica o artigo 19 do ADCT; ii) incompetência da Justiça do Trabalho para julgar controvérsias acerca do reconhecimento de estabilidade excepcional a servidores celetistas.

**RE 716378 / SP**

O parecer da Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário, por entender que:

A Fundação Padre Anchieta foi instituída pela Lei nº 9.849/67, tendo como dotação inicial capital proveniente do Poder Público. Seus recursos financeiros não são constituídos por dotações, subvenções ou contribuições consignadas anualmente pelo Poder Público, sem prejuízo de outras fontes de receitas. O legislador fixou, como sua finalidade institucional, a promoção de atividades educativas e culturais por meio da rádio e da televisão, serviço público de natureza social e tipicamente de Estado. Por fim, ficou estabelecido que, em caso de extinção, seus bens serão revertidos ao patrimônio do Estado.

Os traços acima delineados, por se compatibilizarem com as características entendidas pelo STF como próprias de fundação de direito público, permitem enxergar na Fundação Padre Anchieta a natureza autárquica.

Em síntese, é o relatório.

A natureza jurídica da Fundação Padre Anchieta é o ponto fulcral a ser objeto das considerações que conduzirão à decisão para a questão, com repercussão geral reconhecida, ora analisado.

A Constituição de 1988 alçou à condição de entidade de direito público aquela que, mesmo gozando do *status* de direito privado – no que diz respeito à autonomia financeira e de gestão –, é instituída pelo poder público para a consecução de objetivos vinculados a interesses coletivos.

No caso dos autos, verifica-se que a Fundação Padre Anchieta foi criada pela Lei Estadual 9.849/1967 para o fim específico de desenvolver atividades educativas e culturais de comunicação. Foi criada com a previsão legal expressa de que seria mantida também por recursos provenientes do poder público, de que gozaria de isenção de pagamento de tributos estaduais e de que, se extinta, seu patrimônio, retornaria ao erário estadual, seu instituidor.

**RE 716378 / SP**

Da leitura dos dispositivos da referida legislação estadual, extrai-se, inequivocamente, a natureza jurídica de direito público da Fundação Padre Anchieta, conforme demonstram os seguintes:

**Artigo 1.º** - Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma Fundação destinada a promover atividades educativas e culturais através do rádio e da televisão.

**Parágrafo único** - A Fundação de que trata êste artigo, com a denominação de Fundação "Padre Anchieta" - Centro Paulista de Rádio e TV-Educativa, terá autonomia administrativa e financeira e seu prazo de duração será indeterminado.

(...)

**Artigo 4.º** - No ato da constituição da Fundação "Padre Anchieta" - Centro Paulista de Rádio e TV-Educativa o Estado será, representado pelo Secretário do Govêrno e seus estatutos deverão ser aprovados por decreto do Governador.

**Artigo 5.º** - A Fundação "Padre Anchieta" - Centro Paulista de Rádio e TV-Educativa será dotada, inicialmente, com o capital de NCr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros novos), ficando o Poder Executivo, para êsse fim, autorizado a abrir, na Secretaria da Fazenda, à Secretaria do Govêrno, um crédito especial de igual valor, a ser coberto com os recursos provenientes da redução, em igual quantia, da dotação do Código local n. 184-A, Categorias Econômicas 4.2.0.0, 4.2.1.0, 4.2.1.1, do orçamento.

(...)

**Artigo 7.º** - Todo pessoal admitido para a prestação de serviços de qualquer natureza, da Fundação, estará sujeito ao regime da legislação trabalhista.

(...)

**Artigo 9.º** - A Fundação "Padre Anchieta" - Centro Paulista de Rádio e TV-Educativa gozará de isenção de todos os impostos e taxas estaduais.

**Artigo 10** - No caso de extinção, por qualquer motivo, os bens da Fundação em causa reverterão ao patrimônio do Estado.

**RE 716378 / SP**

Postas estas premissas, não passíveis de revisão no âmbito restrito do presente recurso extraordinário nos termos das Súmulas 279 e 280 dessa Suprema Corte, tem-se a solução para a controvérsia posta: os empregados da Fundação Padre Anchieta estão abrangidos, pela natureza pública da referida fundação, pela estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB.

Assim sendo, pedindo vênias ao Ministro Relator, que partindo de premissa diversa entendeu pelo provimento parcial do presente recurso, entendo que o recurso extraordinário ora analisado não merece provimento.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.

01/08/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO

VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, pedirei todas as vênias à divergência para acompanhar a posição de Vossa Excelência.

Penso que o art. 19 consagra uma exceção, que é uma concessão de estabilidade, inclusive independentemente de concurso público.

Haveria aqui uma dúvida, e que houve no início da vigência da Constituição de 1988, de saber se empresas de economia mista e empresas públicas, no provimento dos cargos, estariam ou não sujeitas ao concurso público. Em algum momento, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que estariam.

Porém, o que me chamava a atenção aqui no art. 19, como disse, deve ser interpretado estritamente porque é a exceção, e não a regra, é a referência a fundações públicas. E, em doutrina, faz-se uma distinção entre fundações instituídas pelo Poder Público e fundações públicas propriamente ditas, quando, então, o que se vai verificar não é o fato de ter sido criada pelo Poder Público, mas sim o tipo de atividade que desempenha, o seu objeto.

Nesse caso específico, estamos falando de uma fundação, Padre Anchieta, que se dedica à atividade de radiodifusão de imagens e de sons, é certo, que têm um caráter educativo. Porém, aqui, acho que o meio prevalece sobre o conteúdo. De modo que considero que a Fundação Padre Anchieta tem caráter de fundação privada, que é o entendimento que alicerçou a conclusão de Vossa Excelência.

Por assim entender e por entender que estabilidade, e mais ainda estabilidade sem concurso, deve ser tratada como uma exceção, eu estou acompanhando Vossa Excelência.

01/08/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Ministros e Advogados, também eu aqui trago à colação o meu voto no Recurso Extraordinário 179.193, do Ministro Moreira Alves, que já preconizava o entendimento que Vossa Excelência exarou no seu voto.

E aqui eu acrescento que não faz nenhum sentido, no meu modo de ver, conferir aos servidores celetistas a estabilidade do servidor estatutário, assim como este não tem direito à indenização compensatória, seguro desemprego, fundo de garantia. São dois regimes, no meu modo de ver, completamente distintos, cada qual com a sua forma de proteger o trabalhador.

Conceder, aos celetistas, os direitos previstos no artigo 7º, I, II e III, da Constituição, e também uma estabilidade no emprego seria desproporcional e assistemático. Então, trata-se de fundação, ter fundação pública de regime privado, que desenvolve atividades educativas de rádio e televisão que não são atividades típicas de Estado, podendo ser consideradas atividades econômicas, embora com finalidade até social.

Então, no meu modo de ver, é impositivo o regime jurídico de Direito Privado, nos termos do artigo 173, § 1º, o que gera a inaplicabilidade do artigo 19 do ADCT, acompanhando o voto de Vossa Excelência.

Voto pelo provimento do recurso.

01/08/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO

**VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, este é um tema que talvez tenha sido tratado de forma mais contundente logo após o início da vigência da Constituição, porque a norma originária do art. 37 dispunha que a Administração Pública direta, indireta ou fundacional observaria aqueles princípios. E o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias falava em fundações públicas.

Esse "fundacional" da norma originária do 37 levou o Direito Administrativo, os administrativistas a cuidarem da matéria de uma forma específica, por exemplo, Caio Tácito, que distinguia fundações criadas ou instituídas pelo Poder Público; fundações instituídas e mantidas, por exemplo, universidades, muitas delas mantidas pelo Poder Público e submetidas integralmente ao regime de Direito Público; e fundações criadas, mas nunca mantidas pelo Poder Público, para se chegar à interpretação da subsunção de cada situação ao art. 19, quanto aos seus servidores.

Como veio a mudança da Emenda Constitucional 19/98, mas não se teve a mudança do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ficou aqui a definição de que integram a Administração Pública indireta: fundações públicas, em compatibilidade, portanto, com o artigo 19; outras, inclusive algumas entidades educacionais, mas que tinham sido só autorizadas a serem criadas por lei, e nunca a Administração Pública cuidou delas, que então se submetiam integralmente como atividade privada, inclusive concorrendo com colégios, com universidades e tudo mais. Ficou esse dado de uma norma excepcional do artigo das Disposições Constitucionais Transitórias, que era compatível, naquele primeiro momento, com a norma do artigo 37. Mudada essa norma e não mudado aqui, cria-se uma situação como essa muito bem descrita agora pela Ministra Rosa Weber, e que já tinha sido enaltecida no voto de Vossa

**RE 716378 / SP**

Excelência.

Entretanto, essa situação de fundações que integram a Administração Pública mas que têm essa conotação "públicas", é dada basicamente pelo regime jurídico e pela forma de manutenção, muito mais do que pelas suas atividades, porque, nenhuma dúvida de que a atividade educacional, por exemplo, dá o tom ou o regime de uma entidade da Administração Pública, casos típicos de saúde e educação. Neste caso, de radiodifusão e TV, mas que não altera o que se vai aplicar em termos da incidência sobre os servidores.

A mim importa, parece que um pouco também para a Ministra Rosa Weber, a circunstância de ser regime de Direito Trabalhista, porque um bom número de autarquias também adotava o regime trabalhista e nem por isso deixavam de ser autarquias.

Tudo isso me leva a interpretar a norma do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias como sendo aplicável àquelas entidades que, ainda que se rotulem de Direito Privado, como é o caso da Fundação Padre Anchieta, têm natureza de Direito Público, e por isso mesmo, sobre o regime dos seus servidores, incide a norma de Direito Público do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o que me leva, com as vênias de Vossa Excelência, a acompanhar a divergência inaugurada hoje pela Ministra Rosa Weber.

É como voto, Presidente.

01/08/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Presidente, a Fundação Padre Anchieta teve a sua criação autorizada pela Lei estadual paulista 9.849/1967, com o escopo específico de constituir uma fundação destinada a promover atividades educativas e culturais através de rádio e televisão, nos termos do seu art. 1º, que assim estabelece:

“Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma Fundação destinada a promover atividades educativas e culturais através de rádio e televisão.

Parágrafo Único. A Fundação de que trata este artigo, com a denominação de Fundação ‘Padre Anchieta’ – Centro Paulista de Rádio e TV-Educativa, terá autonomia administrativa e financeira e seu prazo será indeterminado”.

Veja-se também o art. 2º, III, parágrafo único, da referida lei paulista:

“[...]

Parágrafo Único. É vedado à Fundação utilizar, sob qualquer forma, a Rádio e TV-Educativa com fins políticos e partidários, para a difusão de ideias que incentivem preconceitos de raça, classe ou religião, OU EXPLORÁ-LA COM FINALIDADES COMERCIAIS”.

Ou seja, ela foi constituída para promover atividades educativas e culturais de interesse coletivo, típicas de utilidade pública e que se caracterizam como um dever do Estado, de acordo com os arts. 205<sup>1</sup> e

---

1 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

**RE 716378 / SP**

215<sup>2</sup> da nossa Constituição Federal, e sem fins lucrativos, portanto, sem a exploração de atividade econômica.

De outra parte, observo, Senhor Presidente, que, na escritura pública de constituição da Fundação Padre Anchieta, consta que o Estado foi representado pelo Secretário de Governo daquela unidade da Federação, sendo que os seus dados constitutivos foram aprovados pelo Governador, de acordo com o art. 4º da Lei de criação:

“Art. 4º. No ato da constituição da Fundação ‘Padre Anchieta’ – Centro Paulista de Rádio e TV-Educativa o Estado será representado pelo Secretário do Governo e seus estatutos deverão ser aprovados por decreto do governador”.

A recorrente é gerida por um conselho curador e uma diretoria executiva, sendo que o diretor-presidente e o diretor vice-presidente são de livre escolha do Governador do Estado de São Paulo, conforme consta do Estatuto:

“Art. 3º. A Fundação terá como órgão de administração um Conselho Curador e uma Diretoria Executiva”.

O patrimônio da entidade foi constituído por dotação com dinheiro do Governo do Estado, na forma do art. 5º da citada Lei nº 9.849/67:

“Art. 5º. A Fundação ‘Padre Anchieta’ – Centro Paulista de Rádio e TV-Educativa será dotada, inicialmente, com o capital de NCr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros novos), ficando o Poder Executivo, para esse fim, autorizado a abrir, na sua Secretaria de Fazenda, à Secretaria de Governo, um crédito especial de igual valor, a ser coberto com os recursos provenientes da redução, em igual quantia, da dotação do

---

2 O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

**RE 716378 / SP**

Código local n. 184-A, Categorias Econômicas 4.2.0.0, 4.2.1.0, 4.2.1.1, do orçamento”.

E, no caso de sua extinção, os seus bens reverterão ao patrimônio público, na forma do artigo 10 da lei mencionada:

“Art. 10. No caso de extinção, por qualquer motivo, os bens da Fundação em causa reverterão ao patrimônio do Estado”.

Assim, eu penso que a Fundação Padre Anchieta é, de fato, uma fundação pública, todavia, com personalidade jurídica de Direito privado, pois assim foi constituída.

Ou seja, apesar de essa Fundação ser denominada pessoa jurídica de Direito privado, ela possui ou exerce todas as características de uma atividade típica de natureza pública, exerce funções públicas; ela promove atividades educativas e culturais de interesse coletivo, típicas do serviço público e sem fins lucrativos.

No mesmo sentido foi o voto divergente da Ministra Rosa Weber, ao qual adiro integralmente.

Por isso concluo, pedindo vênias a Vossa Excelência, na mesma linha da Ministra Rosa Weber, no sentido de que, sim, o art. 19 do ADCT se estende ao ora recorrido, pois não existe óbice algum à sua incidência “[...] às fundações públicas, ainda que de natureza jurídica de direito privado”, porque, como constou do voto divergente, “[...] inexistente categorização, nessa norma, das fundações públicas, se de direito público ou de direito privado, sendo a expressão ‘fundações públicas’ gênero de que são espécie ambas”.

É como voto.

01/08/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO

V O T O

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Peço vênia, Senhor Presidente, **considerados os substanciosos fundamentos** em que se apoiou o douto voto **proferido** por Vossa Excelência, **para dar parcial provimento** ao presente recurso extraordinário.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E RELATOR):**

Revi isso depois e, na verdade, é provimento total.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Vossa Excelência, então, **reviu** o seu voto para dar provimento integral a este apelo extremo?

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E RELATOR):**

Dou provimento total.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Como estou acompanhando Vossa Excelência, Senhor Presidente, o meu voto se orienta no sentido do integral provimento deste recurso extraordinário.

**É o meu voto.**

01/08/2019

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. DIAS TOFFOLI</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA - CENTRO PAULISTA DE RÁDIO E TV EDUCATIVAS</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL E OUTRO(A/S)</b>
<b>RECDO.(A/S)</b>	<b>: JOSÉ ANGEL ARIAS</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ANTONIO LUCIANO TABELLI E OUTRO(A/S)</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>

**ADIAMENTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E RELATOR):**

Embora, em matéria de recurso extraordinário, não seja necessária a maioria absoluta, penso que nós temos sempre que procurar contemplar a maioria. Então, mesmo estando com a maioria até agora a meu lado, como Relator, vou indicar o adiamento, para que, na próxima sessão, possamos ter os votos dos Ministros **Alexandre de Moraes** e **Marco Aurélio**. É um tema de repercussão geral, e a fixação da tese também tomaria tempo.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

RECTE.(S) : FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA - CENTRO PAULISTA DE RÁDIO E TV EDUCATIVAS

ADV.(A/S) : JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL (00513/DF) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : JOSÉ ANGEL ARIAS

ADV.(A/S) : ANTONIO LUCIANO TAMBELLI (0039690/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Decisão:** Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que dava parcial provimento ao recurso, antecipou o pedido de vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Falaram, pela Fundação Padre Anchieta - Centro Paulista de Rádio e TV Educativas, o Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos, e, pelo *amicus curiae* Estado de São Paulo, o Dr. Thiago Luís Sombra. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), em viagem oficial à República da Coreia para participar do 3º Congresso Mundial sobre Justiça Constitucional. Presidência, em exercício, da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 01.10.2014.

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Rosa Weber, Edson Fachin, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso extraordinário; e dos votos dos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que acompanhavam o Relator, dando provimento ao recurso, o julgamento foi adiado para colher, em assentada posterior, os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, ausente, justificadamente, e Marco Aurélio, que não participou, justificadamente, deste julgamento. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 1º.8.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário

07/08/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Recurso Extraordinário com repercussão geral situada no Tema 545, no qual se discute “a extensão da estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT a empregados de fundação privada”.

No caso, empregado da Fundação Padre Anchieta - Centro Paulista de Rádio e TV Educativas, admitido no ano de 1981, foi despedido, sem justa causa, em 2005.

Buscou sua reintegração na Justiça do Trabalho, ao argumento de que se encontra protegido pela estabilidade prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Tribunal Superior do Trabalho – TST reconheceu o direito, sob o fundamento de que o funcionário goza da estabilidade em questão.

Iniciado o julgamento na sessão do TRIBUNAL PLENO de 1º/10/2014, foi proferido voto pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI, no qual Sua Excelência se manifestou pelo provimento parcial do recurso, por entender inaplicável ao caso a estabilização extraordinária do art. 19 do ADCT, visto que a Fundação Padre Anchieta teria perfil jurídico próprio das entidades de direito privado.

Após, pediu vista a ilustre Ministra ROSA WEBER.

Na sessão de 1º de agosto passado, S. Exa. abriu divergência, negando provimento ao recurso extraordinário. Em síntese, a eminente Min. ROSA WEBER alinhou os seguintes fundamentos:

**RE 716378 / SP**

(I) nos dispositivos em que submete as fundações públicas ao regime de licitação e de concurso público, bem como nas partes em que se ocupa de seu tratamento tributário, a Constituição não faz distinção entre as fundações públicas regidas pelo direito público e pelo direito privado, de modo que tal diferenciação também é irrelevante relativamente à aplicação do art. 19 do ADCT;

(II) a fundação ora recorrente desempenha relevantes serviços públicos, o que a aproxima das demais pessoas jurídicas referidas no art. 19 do ADCT.

Na assentada, aderiram à sua posição, Sr. Presidente, os eminentes Ministros ROBERTO BARROSO, LUIZ FUX, GILMAR MENDES e o Decano da CORTE, Min. CELSO DE MELLO.

Por outro lado, seguiram o brilhante voto da Min. ROSA WEBER os ilustres Ministros EDSON FACHIN, CÁRMEN LÚCIA E RICARDO LEWANDOWSKI.

V. Exa. adiou a conclusão do julgamento para colher o voto do eminente Min. MARCO AURÉLIO, bem como minha manifestação.

Pois bem, Sr. Presidente: a norma constitucional em destaque neste processo exhibe a seguinte redação:

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

Nesse precedente, caberá ao SUPREMO definir se os empregados

**RE 716378 / SP**

das fundações públicas *regidas pelo direito privado* estão contemplados pelo referido art. 19.

A respeito dessas entidades, no julgamento da ADI 191 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 7/3/2008), firmou-se que a distinção entre fundações públicas de direito público e fundações públicas de direito privado é extraída:

- (i) das circunstâncias de sua criação;
- (ii) da opção pelo regime jurídico firmada em lei;
- (iii) da eventual titularidade de prerrogativas de direito público;
- (iv) da natureza dos serviços ou das atividades desempenhadas pela entidade.

A respeito desses elementos identificativos da natureza jurídica da fundação pública e sua respectiva área de atuação, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO anota:

“As fundações governamentais de direito privado são adequadas para a execução de atividades não exclusivas do Estado, ou seja, aquelas que são também desenvolvidas pelo setor privado, como saúde, educação, pesquisa, assistência social, meio ambiente, cultura, desporto, turismo, comunicação e até mesmo previdência complementar do servidor público (art. 40, §§ 14 e 15, da CF). Para funções estatais típicas a fundação deverá ser pessoa de direito público, já que somente esse tipo de entidade detém poder de autoridade (potestade pública), incompatível para pessoas de direito privado.”  
(*Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo. Atlas, 2019, p. 567).

No caso, a Fundação Padre Anchieta teve a sua criação autorizada por lei estadual (Lei Paulista 9.849/1967), que condicionou a sua existência ao assentamento de seus respectivos atos constitutivos no registro civil

**RE 716378 / SP**

das pessoas jurídicas (arts. 1º e 4º).

Embora receba subvenções públicas, também é financiada por capital privado, inclusive pelos resultados de sua atividade econômica (art. 6º).

Seus funcionários, por expressa disposição legal, submetem-se ao regime celetista (art. 7º).

Além disso, as atividades efetivamente desempenhadas pela Fundação Padre Anchieta - produção e divulgação de conteúdos culturais e educativos por meio do rádio e televisão - caracterizam serviço público não exclusivo, suscetível de prestação por entidades privadas.

De fato, Sr. Presidente, não se trata de atividade estatal típica, a demandar a aplicação exclusiva do regime jurídico de direito público.

Nesse sentido, veja-se o art. 21, XII, *a*, da CF/1988, que confere competência material à União para explorar, diretamente *ou mediante autorização, concessão ou permissão*, os serviços de radiodifusão sonora e de imagens.

O art. 223 da CARTA MAGNA também autoriza a exploração desses serviços por particulares, estabelecendo, inclusive, o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Assim, indubitavelmente, a Fundação Padre Anchieta tem perfil de direito privado, pois não exerce atividade estatal típica e seu quadro de pessoal é regido pela CLT, por expressa disposição legal.

Delineado esse quadro, é preciso, agora, tecer breves considerações sobre o art. 19 do ADCT.

**RE 716378 / SP**

A estabilidade prevista nesse dispositivo de direito transitório representa excepcionalíssima mitigação da severa exigência constitucional de acesso a cargos públicos mediante concurso, ao legitimar a situação daqueles que se encontravam em exercício há pelo menos 5 (cinco) anos na data da promulgação da CARTA MAGNA.

Por configurar ressalva a um dos mais relevantes princípios constitucionais regentes da Administração Pública, a norma precisa ser aplicada com extrema moderação.

Essa foi a razão para esta CORTE ter entendido que os “auxiliares de cartório, os escreventes juramentados e os oficiais substitutos não fazem jus à concessão da estabilidade prevista no art. 19, ADCT, uma vez que não se caracterizam como servidores públicos em sentido estrito.” (RE 696.770-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJe de 2/12/2016). O Plenário recentemente referendou essa diretriz (RE 696.770 AgR-EDv-AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 11/3/2019).

Por outro lado, este TRIBUNAL confirma sua visão hermenêutica restritiva ao assentar que a estabilidade especial não alcança os empregados de empresas públicas e sociedade de economia mista.

A propósito, foram invalidadas pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL normas de direito transitório de Constituições estaduais que, dispondo sobre a mesma regra de estabilização do art. 19 do ADCT, haviam estendido essa possibilidade para funcionários das referidas entidades de direito privado (ADI 1.301, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 7/4/2016; ADI 1.808, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 7/11/2014; ADI 2.689, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJ de 21/11/2003 ADI 112, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, DJ de 9/2/1996).

Enfim, Sr. Presidente, buscando prestigiar essa corrente - à qual já

**RE 716378 / SP**

me associei em, pelo menos, dois precedentes (RE 896.737-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 30/8/2018; e RE 603.663-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 5/10/2017), **entendo que os funcionários da Fundação em análise não gozam da restrita estabilidade prevista no aludido artigo constitucional.**

Como bem sintetizado na obra doutrinária de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o “benefício somente alcançou os servidores públicos civis da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, da Administração Direta, autarquias e fundações públicas. Excluiu, portanto, os empregados das fundações de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista.” (*Direito Administrativo*. 32. d. Rio de Janeiro. Forense, 2019).

Compartilho dessa percepção, no sentido de que a expressão *fundações públicas* constante do aludido dispositivo constitucional - art. 19 do ADCT - refere-se, portanto, apenas às fundações públicas estruturadas como entes autárquicos (fundações autárquicas ou autarquias fundacionais).

Diante do exposto, ACOMPANHO o voto do eminente Relator e DOU PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário.

É o voto.

07/08/2019

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, há uma máxima de hermenêutica e aplicação do direito segundo a qual não há, em qualquer preceito, vocábulos inúteis. Releio o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que tem o seguinte teor:

"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 – concurso público –, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público."

Há uma dualidade nesse preceito. Versa autarquias, que integram, sabemos, a Administração Pública indireta, e fundações públicas. Qual a natureza, até mesmo considerada a lei de criação, nº 9.849/1967, da Fundação Padre Anchieta? A meu ver, trata-se de fundação de direito público. Não se trata de fundação de direito privado, porque constituída com recursos do Poder Executivo. Mais ainda: tem como receita dotações estaduais, numerário, portanto, público. E vou adiante: versou-se que o pessoal estaria submetido à legislação trabalhista.

Essa fundação veio a substituir o Serviço de Educação e Informação, por rádio e televisão, da Secretaria da Educação. E dispôs-se a interferência do chefe do Poder Executivo estadual quanto à escolha do próprio presidente, da mesa diretora da fundação.

Indaga-se: essa mesclagem não deságua na convicção de que se trata de uma fundação de direito público? Sim, deságua. Há a incidência do que previsto no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Mais ainda: o que ocorrerá com os bens dessa fundação se vier a ser extinta? Retornarão, porque dele é o domínio, ao próprio Estado. Como proclamar, então, que se trata de uma fundação de direito

**RE 716378 / SP**

privado e não de direito público?

Não tenho ojeriza ao que se contém no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias! Devo observá-lo tal como se contém. Se, ante o contexto, há a revelação de que se trata de fundação de direito público, os prestadores de serviços, quer contratados por este ou por aquele sistema, no caso o trabalhista, gozam não de efetividade, mas da estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Não posso fugir a esse quadro. E poderia, até mesmo, simplesmente subscrever o proficiente parecer da Procuradoria-Geral da República, emitido pelo subprocurador-geral Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco. O parecerista, inclusive, cita grande pensador do Direito, Celso Antônio Bandeira de Mello, no que revela:

"Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos," – torno a frisar que ela foi criada substituindo serviço que estava vinculado à Secretaria de Educação – "e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público," – tanto que é o Governador quem escolhe o dirigente maior da Fundação – "a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação."

Cede o rótulo ao conteúdo; cede o formal à realidade.

Por isso peço vênias a Vossa Excelência para acompanhar a ministra Rosa Weber, bem assim os Colegas que votaram antes de mim no mesmo sentido, no voto proferido, desprovendo o recurso, porque o recurso aqui é da Fundação Padre Anchieta.

O acórdão impugnado mediante este extraordinário está afinado com o arcabouço normativo, com os parâmetros próprios à Fundação Padre Anchieta, que é uma fundação de direito público.

É como voto.

07/08/2019

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

**PROPOSTA DE TESE**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E RELATOR):**

Passo a Vossas Excelências a seguinte proposta de tese:

1. A qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende (i) do estatuto de sua criação ou autorização e (ii) das atividades por ela prestadas. As atividades de cunho econômico e as passíveis de delegação, quando definidas como objetos de dada fundação, ainda que essa seja instituída ou mantida pelo Poder público, podem-se submeter ao regime jurídico de direito privado. 2. A estabilidade especial do art. 19 do ADCT não se estende aos empregados das fundações públicas de direito privado, aplicando-se tão somente aos servidores das pessoas jurídicas de direito público.

**07/08/2019**

**PLENÁRIO**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

**VOTO S/PROPOSTA**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Senhor Presidente,  
entendo que ela é coerente com a tese majoritária.

**07/08/2019**

**PLENÁRIO**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

**VOTO S/PROPOSTA**

A SENHORA MINISTR A ROSA WEBER - Senhor  
Presidente, divirjo do conteúdo, mas também entendo que foi o que  
prevaleceu aqui neste Plenário, por isso estou de acordo.

**07/08/2019**

**PLENÁRIO**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

**VOTO S/PROPOSTA**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Senhor Presidente, acompanho Vossa Excelência. Foi o que ficou decidido na questão, embora vencida.

07/08/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO

VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, estou de acordo porque penso que a ementa expressa o que se decidiu aqui neste Plenário.

Mas tenho uma certa dúvida com relação ao item II. Aqui, nós estamos, talvez, já nos estendendo até ao campo doutrinário, dizendo:

“II - A estabilidade especial do artigo 19 do ADCT não se estende aos empregados das fundações públicas de direito privado, aplicando-se tão-somente aos servidores das pessoas jurídicas de direito público”.

Eu acho que isso aí pode trazer, *data venia*, alguma dúvida com relação à interpretação futura, porque cada caso é um caso. Como nós vimos agora, salvo engano, nós temos um placar, um escore de seis a cinco. Quer dizer, toda situação particular aqui examinada por nós traz características próprias. Então, penso que, talvez, pudéssemos nos manter apenas no número I, mas é apenas uma observação que faço.

Dirirjo em parte para retirar o item II.

07/08/2019

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ainda está-se no julgamento do recurso extraordinário. Digo que fiquei vencido, mas não convencido.

Não posso, nesse julgamento, na mesma assentada, adotar óptica diametralmente oposta à que exteriorizei. Por isso – se tivesse que eleger tese, seria a oposta –, voto de forma contrária à aprovação da proposta.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.378**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

RECTE.(S) : FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA - CENTRO PAULISTA DE RÁDIO E TV EDUCATIVAS

ADV.(A/S) : JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL (00513/DF) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : JOSÉ ANGEL ARIAS

ADV.(A/S) : ANTONIO LUCIANO TAMBELLI (0039690/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Decisão:** Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que dava parcial provimento ao recurso, antecipou o pedido de vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Falaram, pela Fundação Padre Anchieta - Centro Paulista de Rádio e TV Educativas, o Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos, e, pelo *amicus curiae* Estado de São Paulo, o Dr. Thiago Luís Sombra. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), em viagem oficial à República da Coreia para participar do 3º Congresso Mundial sobre Justiça Constitucional. Presidência, em exercício, da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 01.10.2014.

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Rosa Weber, Edson Fachin, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso extraordinário; e dos votos dos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que acompanhavam o Relator, dando provimento ao recurso, o julgamento foi adiado para colher, em assentada posterior, os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, ausente, justificadamente, e Marco Aurélio, que não participou, justificadamente, deste julgamento. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 1º.8.2019.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 545 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli (Presidente), vencidos os Ministros Rosa Weber, Edson Fachin, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: "1. A qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende (i) do estatuto de sua criação ou autorização e (ii) das atividades por ela prestadas. As atividades de conteúdo econômico e as passíveis de delegação, quando definidas como objetos de dada fundação, ainda que essa seja instituída ou mantida pelo Poder público, podem-se submeter ao regime jurídico de direito privado. 2. A estabilidade especial do art. 19 do ADCT não se estende aos empregados das fundações públicas de direito privado, aplicando-se

tão somente aos servidores das pessoas jurídicas de direito público", vencidos, parcialmente, o Ministro Ricardo Lewandowski e, na integralidade, o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 07.08.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário