

P A R E C E R

Nº 0678/2024¹

- AM – Ação Municipal. Extinção de fundação pública municipal. Considerações.

CONSULTA:

Indaga-se sobre a legalidade e constitucionalidade de projeto de lei que autoriza o Poder Executivo a extinguir fundação pública municipal.

RESPOSTA:

O projeto de lei objeto da consulta autoriza a extinção Fundação Municipal de Saúde cuja criação foi autorizada pela Lei Municipal nº 4084/2013.

O projeto de lei estabelece, ainda, que o patrimônio da fundação será revertido ao Município, que os contratos e convênios em vigor serão transferidos para administração pública direta ou para entidade autárquica de saúde que será criada por lei específica e que o pessoal da fundação serão enquadrados nos quadros funcionais da entidade autárquica que será criada por lei específica.

A Constituição Federal confere aos Municípios o poder de instituir entes públicos dotados de personalidade jurídica, com a finalidade de prestarem serviços públicos ou de interesse público. Autônomos administrativa e financeiramente, estas pessoas jurídicas constituem a denominada Administração Indireta que, de acordo com o Decreto-Lei nº 200/67, é integrada pelas autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas.

As fundações constituem uma universalidade de bens personalizados pela ordem jurídica para a realização de finalidades pretendidas pelos seus instituidores. Na esfera pública, elas se destinam

¹PARECER SOLICITADO POR EUCLIDES DE QUADROS, ANALISTA PARLAMENTAR - CÂMARA MUNICIPAL (FOZ DO IGUAÇU-PR)

ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, da saúde, educação e cultura.

Não obstante terem surgido no âmbito do direito privado, prepondera a corrente que admite a criação, pelo Poder Público, tanto de fundações públicas de direito privado, instituídas segundo as regras dos arts. 62 a 69 do Código Civil (Lei nº 10.406/02), quanto fundações com personalidade de direito público.

A criação da fundação pública se dá mediante lei autorizativa para as finalidades delimitadas em lei complementar, quando revestida de personalidade de Direito Privado. Já as fundações públicas de Direito Público, como espécie do gênero autarquia, submetem-se às regras de criação das autarquias. Neste sentido leciona José dos Santos Carvalho Filho, *verbis*:

No caso de fundações públicas de direito privado, a lei apenas autoriza a criação da entidade. Como bem registra o art.5º, §3, do Dec.-lei 200/67, a personalidade dessas fundações é adquirida com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. São, pois, dois atos diversos: a lei é autorizadora da criação da entidade, ao passo que o ato de registro é que dá início a sua personalidade jurídica.

Se a fundação pública for de natureza autárquica, ou seja, de direito público, a regra a ser aplicada é a mesma que incide sobre as autarquias, vale dizer, a própria lei dá nascimento à entidade, porque essa é a regra adotada para o nascimento da personalidade jurídica de pessoas jurídicas de direito público. (grifos nossos)

A extinção da fundação pública segue, naturalmente, a disciplina de sua criação. Nesse caso concreto, como se trata de fundação pública municipal com personalidade jurídica de direito privado, sua extinção depende de lei autorizativa de iniciativa do Chefe do Poder Executivo e, posteriormente, da prática dos atos necessários para a extinção da pessoa jurídica de direito privado.

É, portanto, em tese, possível a extinção da fundação municipal de saúde.

Quanto à questão da transformação dos cargos públicos e enquadramento dos servidores em autarquia municipal a ser criada, o tema já foi enfrentado por esse Instituto no Parecer nº 0244/2020 que apreciou a constitucionalidade de projeto de lei que autoriza a criação de função municipal de saúde.

No referido parecer esclareceu-se que, como sabido, os cargos do Poder Executivo são criados por lei, constando do Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos (PCCV), onde são descritas as suas atribuições e os requisitos para investidura. A reforma desta norma resulta, muitas vezes, que se proceda à transformação ou à extinção de cargos. Os servidores que tenham seus cargos transformados ou extintos deverão, nessa oportunidade, passar a ocupar os correspondentes cargos públicos que absorveram as atribuições dos cargos que ocupavam ou serem colocados em disponibilidade quando não for possível o seu aproveitamento em outro cargo (art. 41, § 3º, da CRFB/1988). Outra alternativa é não se promover a imediata extinção de cargos que não encontram paralelo no novo plano, alocando-os no chamado "quadro suplementar" para que se extingam com a vacância de seus atuais ocupantes.

Quando existe a transformação de um cargo, ocorre um provimento derivado. Tal procedimento, porém, não é ilimitado, repousando suas condicionantes na própria Constituição, especialmente no art. 37, II, que estabelece o princípio do concurso público. Daí porque o enquadramento deve observar os conteúdos ocupacionais, o nível de responsabilidade dos cargos envolvidos e a formação acadêmica, assim como as respectivas remunerações. A esse respeito manifesta-se Hely Lopes Meirelles:

"A transformação de cargos, funções ou empregos do Executivo é admissível desde que realizada por lei de sua iniciativa. **Pela transformação extinguem-se os cargos anteriores e se criam os novos, que serão providos por concurso ou por simples enquadramento dos servidores já integrantes da Administração,**

mediante apostila de seus títulos de nomeação. Assim, a investidura nos novos cargos poderá ser originária (para estranhos ao serviço público) ou derivada (para os servidores que forem enquadrados), desde que preencham os requisitos da lei. (...). Todavia, se a transformação implicar em alteração do título e das atribuições do cargo, configura novo provimento somente admissível por concurso público". (In MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 417)

Nessa esteira, é a jurisprudência do Eg. STF que já assentou que não existe direito adquirido a regime jurídico e que é possível a transposição do regime celetista para o estatutário e, em razão, pode ocorrer "diminuição ou supressão de gratificações e vantagens, desde que não acarrete redução nominal dos vencimentos" (RE 599.618-ED).

Obviamente, por ocasião de uma reestruturação administrativa, não haveria sentido algum em se sustentar que devessem ser colocados os titulares de cargos extintos em disponibilidade, provendo-se os novos cargos mediante concurso público, quando exista afinidade de atribuições entre eles. O próprio STF vem se manifestando nesse sentido, admitindo excepcionalmente essa forma de provimento derivado:

"Unificação, pela Lei Complementar nº 10.933-97, do Rio Grande do Sul, em nova carreira de Agente Fiscal do Tesouro, das duas, preexistentes, de Auditor de Finanças Públicas e de Fiscal de Tributos Estaduais. Assertiva de preterição da exigência de concurso público rejeitada em face da afinidade de atribuições das categorias em questão, consolidada por legislação anterior à Constituição de 1988. Ação direta julgada, por maioria, improcedente". (STF - Tribunal Pleno. ADI 1591. J. 19/08/1998. Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI)

Chamamos atenção para o trecho do voto do Ministro Relator:

"Julgo que não se deva levar, ao paroxismo, o princípio do concurso para acesso aos cargos públicos a ponto de que uma reestruturação convergente de carreiras similares venha a cobrar

(em custos e descontinuidade) o preço da extinção de todos os antigos cargos, com a disponibilidade de cada um dos ocupantes seguida da abertura de processo seletivo, ou, então, do aproveitamento dos disponíveis, hipótese esta última que redundaria, na prática, justamente na situação que propositura da ação visa a conjurar".

Quanto à transposição do regime celetista para estatutário de servidores concursados e estáveis, cabe esclarecer trata-se de ponto admitido pela doutrina e pela jurisprudência, desde que haja a concordância dos servidores. Vejamos a doutrina de Fernando Ferreira Baltar Neto e Ronny Charles Lopes de Torres:

"O STF já entendeu que o servidor não tem direito adquirido a regime jurídico, podendo o Estado modificá-lo unilateralmente ou transformá-lo em celetista, entretanto, caso o vínculo seja contratual ou celetista, o Estado não poderá obrigar o servidor a adotar o novo regime. Será uma questão de opção que ocorrerá sem solução de continuidade. Portanto, caso uma lei venha a transformar determinados empregos e cargos públicos a mudança do regime jurídico trabalhista para o estatutário não será contado da data de publicação da lei, mas da data em o servidor expressamente optar pela mudança, que poderá ser demonstrada por meio da apresentação da opção constante da carteira de trabalho. Ocorre que, havendo a transposição do regime celetista para o estatutário, também não haverá direito adquirido às vantagens do regime anterior (AgRg no RE 732.512 - Min Gilmar Mendes)." (In: BALTAR NETO, Fernando Ferreira, e Ronny Charles Lopes de Torres. Direito Administrativo. 10 ed. rev., atual. e ampl. Salvador. Juspodivm. 2020, p. 237)

Por seu turno, a alteração da Estrutura Administrativa da Prefeitura implica aumento das despesas com pessoal, somente podendo ser realizada: (i) se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa com pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; e (ii) se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (art. 169, § 1º, I e II, da CRFB/88).

Complementarmente à disciplina constitucional, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar 101/2001), ao dispor sobre o controle da despesa total com pessoal, caso específico da consulta, a condiciona à estimativa de impacto orçamentário-financeiro, com a devida demonstração da origem dos recursos para seu custeio (art. 16 e 17). Em especial, o art. 16, Lei de Responsabilidade Fiscal, determina o seguinte:

"Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º. Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições".

Para resumir, leis que redundem em aumento de despesas de caráter continuado devem estar acompanhadas: (a) da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício corrente e nos dois subsequentes; (b) da declaração do ordenador da despesa de que o aumento da despesa consta do orçamento, está prevista na LDO e guarda conformidade com o plano plurianual, sob pena de responsabilidade.

No que concerne ao índice percentual que o Executivo pode

gastar com folha de pagamento e sua base legal e constitucional, temos que a Lei de Responsabilidade Fiscal fixou os limites globais máximos para realização da despesa com pessoal da União, Estados e Municípios, correspondente a 50%, 60% e 60%, respectivamente, da Receita Corrente Líquida de cada ente. O percentual dos Municípios subdivide-se nos seguintes limites individuais: a) 6% para o Legislativo; e b) 54% para o Executivo.

O cálculo da Despesa com Pessoal e da Receita Corrente Líquida é feito da seguinte forma. Considera-se o mês de referência e os últimos onze meses, sendo que o cálculo deve ser promovido, no mínimo, a cada quadriestre ou semestre, quando da realização do Relatório de Gestão Fiscal.

A Receita Corrente Líquida é calculada de forma consolidada por ente da federação, incluindo-se órgãos e entidades da administração direta e indireta, e servirá de parâmetro para o cálculo dos limites da despesa com pessoal do respectivo ente e de seus órgãos ou poderes, conforme limites globais e individuais definidos na LRF.

A Despesa com Pessoal é calculada por ente, para os limites globais, e por poder ou órgão, para os limites individuais previstos na LRF, incluídos, em ambos os casos, a respectiva administração direta e indireta.

É necessária a autorização na LDO, conforme as lições de Augustinho Vicente Paludo:

"Não basta ter disponibilidade orçamentária. É necessária autorização na LDO". (In: PALUDO, Augustinho Vicente. Orçamento público, administração financeira e orçamentária e LRF. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Forense. 2017, p. 91)

Por fim, o art. 73, V, da Lei Federal 9504/2007 estabelece que:

"Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou **readaptar vantagens** ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, **nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos**, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados (...)"

Essas disposições visam impedir que os detentores de cargos influenciem indevidamente o pleito eleitoral, bem como inviabilizar que detentores de cargos criem despesas excessivas para os governos de seus sucessores. Nesse sentido, esclarece Maria Sylvia Di Pietro que:

"A intenção do legislador com a norma do parágrafo único foi impedir que, em fim de mandato, o governante pratique atos que aumentem o total de despesa com pessoal, comprometendo o orçamento subsequente ou até mesmo superando o limite imposto pela lei, deixando para o sucessor o ônus de adotar as medidas cabíveis para alcançar o ajuste. O dispositivo, se fosse entendido como proibição indiscriminada de qualquer ato de aumento de despesa, inclusive atos de provimento, poderia criar situações insustentáveis e impedir a consecução de fins essenciais, impostos aos entes públicos pela própria Constituição. (...)"

"Será, portanto, essencial para a prática, pelo gestor público, de atos que impliquem em aumento das despesas com pessoal, no período previsto no parágrafo único do art. 21 da LRF, que tais atos consistam em mera concretização de anterior comando legal, além de necessários ao cumprimento, pelo administrador, de seu dever de não paralisar a administração pública. Isto significa que, a partir da LRF, é fundamental a devida e ampla motivação do ato administrativo, pelo titular de Poder ou órgão responsável por sua edição, deixando clara a legitimidade e moralidade da despesa." (In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 155/156)

E, ainda Jaime Barreiros Neto:

"É válido ainda destacar, no que se refere ao citado inciso V, que é válida a nomeação de servidores públicos aprovados em concursos que tenham sido homologados até três meses antes das eleições, em qualquer esfera do Poder. Da mesma forma, é lícita a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança, mesmo no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo." (In: BARREIROS NETO, Jaime. Direito eleitoral. 10 ed. rev., atual, e ampl. Salvador. Juspodivm. 2020, p. 333)

De acordo com a Resolução TSE 23.738, de 27/02/2024, que estabelece o Calendário Eleitoral (Eleições 2024) o prazo começa em 6 de julho (Cf. <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2024/resolucao-no-23-738-de-27-de-fevereiro-de-2024>). Confira-se:

"6 de julho - sábado (3 meses antes do 1º turno)

1. Data a partir da qual, até 6 de janeiro de 2025, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta poderão ceder funcionárias e funcionários à Justiça Eleitoral, em casos específicos e de forma motivada, quando solicitadas(os) pelos tribunais eleitorais (Lei nº 9.504/1997, art. 94-A, II), aplicando-se esse calendário para as unidades da Federação que realizarem apenas o 1º turno. Esse prazo estende-se até 27 de janeiro de 2025, para as entidades estatais que realizarem 2º turno de eleições,

2. Data a partir da qual e até a posse das(dos) eleitas(os), é proibido às agentes e aos agentes públicas(os), servidoras e servidores ou não, na circunscrição do pleito, sob pena de nulidade de pleno direito, nomear, contratar ou por qualquer forma admitir, dispensar sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, de ofício, remover, transferir ou exonerar pessoa servidora pública, ressalvadas (Lei nº 9.504/1997, art. 73, V)."

Assim, é, em tese, possível a transposição de pessoal de fundação pública para autarquia municipal e a passagem destes de regime jurídico celetista para estatutária, desde que atendidas todas as condições elencadas acima, desde que o projeto de lei seja promulgado ou sancionado antes de 06/07/2024.

Quanto aos convênios e contratos, também não há óbice a que nova a extinta fundação seja sucedida pela administração pública direta ou por autarquia municipal a ser criada, desde que os contratos e convênios não contenham irregularidades e que sejam respeitados os princípios da impensoalidade e moralidade administrativas.

Cabe destacar que, de acordo com as justificativas que acompanham o projeto de lei, o que se pretende é extinguir a referida Fundação de Saúde, que é fundação pública de direito privado cujos funcionários estão sujeitos a regime celetista, e criar Autarquia Municipal de Saúde, transferindo para a Autarquia Municipal o patrimônio da Fundação Pública e transferindo para essa Autarquia os funcionários da extinta fundação que optarem por aderir a regime jurídico estatutário. Feita essa transição, pretende-se, então, que Hospital Municipal gerido pela Fundação Municipal de Saúde seja federalizado e transformado em Hospital Universitário vinculado ao curso da Medicina de Universidade Federal, passando, então, a ser gerido pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH.

A extinção da Fundação de Saúde Municipal autorizada pelo projeto de lei, portanto, deve ser avaliada tendo em vista o projeto mais amplo de criação de Autarquia Municipal de Saúde e federalização de Hospital Municipal, cabendo à Câmara dos Vereadores avaliar a legalidade e também a existência de interesse público nessas medidas. Escapa, contudo, aos limites dessa consulta jurídica a avaliação de todo esse processo de transição que culminará com a federalização do hospital municipal, sem que haja óbice a que novas consultas pontuais sejam formuladas.

Por todo o exposto, concluímos que o é possível, por meio de lei autorizativa de iniciativa do Prefeito Municipal a extinção de fundação pública municipal, cabendo ao Poder Legislativo, nesse cenário, avaliar a

existência de interesse público não apenas na extinção da fundação, mas também no projeto mais amplo em que o projeto de lei está inserido que é o de extinção de fundação municipal de saúde, criação de autarquia municipal de saúde e federalização de hospital municipal para que este seja incorporado à Universidade Federal e gerido pela EBSERH.

É o parecer, s.m.j.

Júlia Alexim Nunes da Silva
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Priscila Oquioni Souto
Consultora Jurídica

Rio de Janeiro, 13 de março de 2024.