

# AS FUNDAÇÕES DE DIREITO PRIVADO INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO NO BRASIL \*

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

(continuação dos números anteriores)

## CAPÍTULO IV

### *Pessoal*

11. O regime jurídico do pessoal das fundações civis instituídas pelo Poder Público é o da legislação trabalhista, como, aliás, sempre o declaram, expressamente, as leis autorizadoras da criação das citadas entidades, repetido o preceito nos diplomas regulamentares respectivos (342). O art. 23, § 2.º, dos Estatutos aprovados pelo Decreto est. N n.º 1.028, de 15-3-68, da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor, dispõe, porém, que “o pessoal da Fundação, inclusive os membros das Diretorias, será admitido mediante contrato de locação de serviços”.

O citado regime jurídico enriquece-se com as normas contidas na própria lei autorizadora, nbs estatutos e no regimento interno (343). Outrossim, o Poder Público edita normas gerais sôbre a matéria, abrangendo as várias fundações criadas por êle (343-A).

< Nas leis autorizativas e demais diplomas reguladores de tais entidades, tem-se inscrito, por exemplo, disposição determinando a obrigatoriedade de seleção do pessoal, pelo sistema do mérito (344).

---

\* Tese para livre-docência de Direito Administrativo (Faculdade de Direito da U.E.G.)

(342) Cf. art. 17, da Lei n.º 3.998, de 15-12-61 (Fundação Universidade de Brasília); art. 10 do Decreto-lei est. n.º 109, de 11-8-69 (FTREG); art. 12 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 61.054, de 24-7-67 (IPEA); art. 39 dos Estatutos da UEG (v. Decreto E n.º 3.527, de 8-12-69); art. 49 do Regimento Interno aprovado pela Portaria n.º 334, de 1.º-11-68, do Ministro do Interior, já cit. (Fundação Nacional do Índio).

(343) Cf. art. 12 do Decreto-lei est. n.º 193, de 17-10-69 (FUNDEPEG) e art. 32, §§ 1.º e 2.º, dos Estatutos aprovados pelo Decreto est. E n.º 3.716, de 11-2-70; art. 39, § 1.º, dos Estatutos aprovados pelo Decreto est. E n.º 3.527, de 9-12-69 (UEG); art. 23 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 53.699, de 13-3-64.

(343-A) V. abaixo artigos citados do Estatuto dos Funcionários Públicos do Poder Executivo da Guanabara.

(344) Cf. parágrafo único do art. 1.º do Decreto est. E n.º 2.146, de

A situação de empregado de fundação privada instituída pelo Poder Público, podendo ser conceituada como função pública *lato sensu*, apresenta, por isto, importantes aspectos de Direito Administrativo.

11.1. Um dos problemas mais debatidos, no particular, tem sido o referente à *acumulação de cargos*, isto é, o de se fixar se as funções nas citadas fundações estão abrangidas pelo regime jurídico disciplinador daquela.

A questão relativa à acumulação de cargos, no Direito Brasileiro, tem raízes que, como salienta CAIO TÁCITO (345), "mergulham secularmente, em nossa história legislativa".

Naquilo que a disciplina da matéria tem relevância para as fundações criadas pelo Estado, interessa-nos ressaltar que a Constituição de 1946, após o regime de proibição absoluta de acumulação de cargos públicos, estabelecido pelo art. 159 da Carta de 1937 (que o Decreto-lei n.º 24, de 29-11-37, estendeu aos empregos em sociedade de economia mista e em autarquias previdenciárias), preferiu dizer, em seu art. 185, de modo genérico, que era vedada a acumulação de quaisquer cargos, salvo as exceções que expressamente previa.

Coube à lei, ao regulamento e à jurisprudência fixarem, o que fizeram no sentido ampliativo, o conceito de *cargo público*, para os efeitos de acumulação.

Assim, o art. 189 da Lei n.º 1.711, de 28-10-52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União) estendeu a proibição de acumulação de cargos da União, com os dos Estados, Distrito Federal, Municípios, entidades autárquicas e sociedades de economia mista.

No então Distrito Federal, o art. 185 da Lei municipal n.º 880, de 17-11-56 (Estatuto dos Funcionários da P.D.F.) dispunha de forma idêntica.

Outrossim, o art. 2.º do Decreto n.º 35.956, de 2-8-54, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto n.º 36.479, de 19-11-54, estabeleceu que o termo *cargo* compreendia "os cargos públicos criados por lei, as funções de extranumerários de qualquer modalidade e tôdas as outras que hajam sido instituídas com denominação própria, número determinado e retribuição certa pelo Poder Público federal, estadual ou municipal, na administração centralizada ou na autárquica, em sociedades de economia mista e empresas incorporadas ao patrimônio público".

O entendimento prevalecente era o de que o exercício simultâneo de cargo, função ou emprêgo em fundação instituída pelo Poder Público e em órgão da Administração Direta, autarquia ou empresa paraestatal, não acarretava problema de acumulação, embora houvesse opiniões divergentes (346).

---

14-6-68, que, na Guanabara, exigiu celebração de contrato formal; e art. 4.º do mesmo diploma, sobre vantagens pecuniárias a pessoal da administração indireta. Cp. art. 9.º do Decreto-lei n.º 593, de 27-5-69 (LBA); art. 12, parágrafo único, do Decreto-lei n.º 193, de 17-10-69 (FUNDEPEG).

(345) Trabalho publicado no Boletim UEG, de maio de 1968, págs. 38 e segs.

(346) Cp. parecer da Comissão de Acumulação de Cargos, de 16-1-62, aprovado pelo Diretor-Geral do DASP, em 23-1-62 (*Rev. Dir. Adm.*, n.º 68, págs. 266 e segs.). V. D. Of. União, de 28-1-65, pág. 1.085: HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo*, págs. 300-1; *Rev. Dir. Adm.*, n.º 68, pág. 35.



A Emenda Constitucional n.º 20, de 25-5-66, deu nova redação ao artigo 185 da Constituição Federal, tendo estabelecido que a vedação de acumulação abrangia os cargos no serviço público federal, estadual, municipal ou dos Territórios e Distrito Federal, bem como nas entidades autárquicas, paraestatais ou sociedades de economia mista.

A expressão *entidades paraestatais*, de uso legislativo ambíguo, poderia incluir as fundações, mas o parágrafo único que foi acrescentado ao art. 185 da Constituição de 46, pela mesma Emenda Constitucional n.º 20, estabelecia que se excetuavam da proibição de acumulação os professores da antiga Fundação Educacional do Distrito Federal, considerados servidores municipais da P.D.F. pelo art. 43 da Lei n.º 4.242, de 17-7-63. Ora, dá a entender tal dispositivo que, se não tivessem passado à categoria de servidores municipais, tais professores não teriam problema de acumulação e nada teria que ser ressalvado.

No Estado da Guanabara, novo Estatuto de seu funcionalismo público, editado em dezembro de 1966, estendia a vedação de acumulação de cargos às fundações instituídas pelo Poder Público (347).

A Constituição Federal de 1967, ao tratar do problema, em seu art. 99, § 2.º (correspondente ao art. 97, § 2.º, original, de acordo com a Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69) estatui que "a proibição de acumular se estende a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista".

Não tendo aludido às fundações instituídas pelo Estado, formaram-se a respeito duas correntes.

Uns entendiam que, dada a omissão, o dispositivo não abrangia as fundações (348). Já outros entendiam de modo inverso, com base no fato de que o art. 4.º, § 2.º, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, equiparava (embora apenas para seus fins) tais fundações às empresas públicas.

Diante destes pressupostos, a Administração Federal, através de seus órgãos técnicos, manifestou-se no sentido da proibição da acumulação remunerada de cargo público com o exercício de função ou emprego em fundação instituída pelo Poder Público.

Pode ser, a propósito, indicado o parecer normativo n.º 642-H, de 13-2-68, do Consultor-Geral da República (349), calcado em parecer da Comissão de Acumulação de Cargos do DASP, de 19-1-68, no processo n.º 5.303-67 (350). Expôs o Consultor-Geral da República seu entendi-

(347) Lei est. n.º 1.163, de 12-12-66, art. 206.

(348) Cp. CAIO TÁCITO, *trab. cit.*, Boletim UEG, págs. 40-1.

(349) *D. Of. União*, de 28-2-68, fls. 1.731. Foi aprovado pelo Presidente da República, em 21-2-68. V. parecer n.º H-858, de 29-7-69, aprovado em 11-8-69, *D. Of. União*, de 14-8-69, fls. 6.924: "Os empregos das Fundações instituídas pelos Estados, como os das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, estão sujeitos às regras relativas à acumulação de cargos".

(350) *D. Of. União*, de 19-3-68, fls. 2.259 e segs. O relator foi JOSÉ MARIA DOS SANTOS ARAUJO CAVALCANTI. Foi aprovado pelo Diretor-Geral do DASP. A questão concreta dizia respeito à acumulação entre cargo no BNDE e emprego na Fundação IBGE.

mento de que as fundações instituídas pelo Estado são entidades de natureza pública, tendo salientado que “alusões também nesse sentido foram enxertadas no Parecer n.º 516-H, publicado no *Diário Oficial* de 6-6-67, através do qual se examinou idêntico problema estreitamente ligado e relacionado com a natureza jurídica daqueles órgãos”. Aprovado êste último parecer pelo Chefe do Executivo Federal, os respectivos argumentos já constituíam “orientação normativa na órbita da Administração Pública Federal, de acôrdo com o que preceitua o § 2.º do art. 22 do Decreto n.º 58.693, de 22 de junho de 1966”. A omissão do então § 2.º do art. 97 da Const. de 1967 no que tangia às fundações não colocava seus empregados, segundo o parecer, ao contrário do que muitos pensavam, “à margem da regra proibitiva”: “o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 (Reforma Administrativa), ao equipará-las às Empresas Públicas (§ 2.º do art. 4.º), permitiu a aplicação das normas disciplinadoras do instituto da acumulação remunerada”. Acrescentava o parecer: “Saliente-se, por oportuno, que outros princípios e normas atinentes à política administrativa dos Órgãos Federais já foram reconhecidamente aplicáveis às Fundações instituídas pelo Poder Público, como são exemplos: obrigatoriedade de concurso para admissão de pessoal — Lei n.º 5.117, de 1966 (Pareceres ns. 436-H e 558-H); limite máximo de retribuição pecuniária — Arts. 12 e 13 da Lei n.º 4.863, de 1965 (Parecer n.º 516-H). Não poderia ser de outra forma, em relação à acumulação remunerada, face à legislação que rege a espécie, e dentro da verdadeira inspiração constitucional, traduzida no princípio da proibição absoluta, ressalvadas, tão somente, as exceções expressamente previstas (Parecer n.º 559-H, in *Diário Oficial* de 15-9-67)”.

Não se nega que as *fundações instituídas pelo Estado*, embora pessoas jurídicas de direito privado, na medida em que constituem forma de descentralização administrativa, são regidas, também, pelo Direito Administrativo. Mas continuam a ser pessoas de direito privado. Daí, só se aplicarem restrições que, em princípio, apenas abrangeriam as pessoas administrativas de direito público (como é o caso das acumulações de *cargos e funções públicas*), havendo regra expressa a respeito e, assim mesmo, desde que não contrariados princípios e normas superiores de direito.

A Constituição, que não ignorava a existência das fundações oficiais, não as incluiu na vedação e, portanto, não as abrangeu em seu dispositivo.

Ademais, a equiparação estabelecida pelo Decreto-lei n.º 200, de 1967, era, tão somente, para seus próprios efeitos, conforme expressamente declarava o § 2.º de seu art. 4.º (350-A).

---

(350-A) CAIO TÁCITO, trab. cit., loc. cit., afirmou: “Sem embargo do aprêço que nos merecem essas autorizadas opiniões, não nos convence a sua fundamentação, que se alicerça na equiparação que a Lei da Reforma Administrativa (Decreto-lei n.º 200, de 25-2-67) estabeleceu entre as fundações e as empresas públicas. Primeiramente, essa norma especial tem sentido limitado, por sua própria natureza. A assemelhação visa, apenas, aos objetivos da organização administrativa, e não regula as relações de emprêgo. De outra parte, trata-se de preceito que apenas vigora no tocante à Administração Pública Federal, não



Finalmente, a comparação do problema da acumulação com o da nomeação e admissão de servidores e empregados da União, das autarquias e de outras entidades, não é, *data venia*, feliz, porquanto a Lei n.º 5.117, de 27-9-66, que disciplinou a matéria, estendeu sua aplicação a todas as “entidades estatais e paraestatais” (arts. 3.º e 4.º) (351).

11.1.1. O Decreto-lei n.º 900, de 1969, ao excluir as fundações instituídas pelo Governo Federal da Administração Indireta, e ao revogar a equiparação entre aquelas e as empresas públicas veio influir, decisivamente, na solução do problema.

Daí, ter sido, recentemente, emitido parecer pelo Consultor-Geral da República (também com caráter normativo, dado que aprovado pelo Presidente da República) (352), com base em manifestação do Consultor-Jurídico do DASP (352-A), no sentido da não-aplicação, às fundações governamentais, dos princípios da acumulação de cargos.

É certo, porém, que ambos os pareceristas opinam em que, *de lege ferenda*, seja extinto o que consideram anômalo e injustificável privilégio em favor de tais fundações.

Permitimo-nos discordar da opinião das categorizadas autoridades citadas, porquanto a distinção de tratamento, no particular, é, apenas, a aplicação do princípio isonômico de tratamento desigual das situações desiguais.

Com efeito, as fundações, embora instituídas e mantidas pelo Poder Público, não têm, em virtude de suas finalidades não-econômicas, os mesmos recursos das autarquias, das empresas públicas e das sociedades de economia mista e, conseqüentemente, remuneram mal seus servidores, que, dificilmente, conseguiriam manter-se, se não tivessem outros empregos. Outrossim, as fundações não conseguiriam pessoal de bom nível, se seus empregados não pudessem ter outras funções.

A argumentação do Consultor-Geral da República, no parecer em pauta, é contraditória. Para analisá-la, vamos, primeiramente, reproduzir alguns de seus trechos principais.

Diz o parecer: “... O instituto da acumulação de cargos sempre obedeceu a estritas disposições constitucionais, razão pela qual oferecia e oferece ao intérprete um reduzido campo de ação, não admitindo exceções senão aquelas expressamente declaradas... A Constituição Federal de 1967, ao dispor sobre a matéria, estabeleceu princípio rígido da extensão proibitiva, elimi-

---

se estendendo à dos Estados e Municípios, quando a norma constitucional sobre acumulação é única (e há de ter a mesma aplicação) nas três ordens de serviços públicos”. Cf. tb. parecer do CAC, de 20-9-68, no *D. Of. União*, de 21-11-68, fls. 10.135.

(351) Sobre admissão de servidores na Administração Indireta, v., na área federal, o Decreto-lei n.º 797, de 27-8-69; na Guanabara, v. Decretos ests. *E* n.º 2.146, de 14-6-68, e *N* n.º 973 (POGAPE-13), de 12-12-67. V. *Rev. Dir. Adm.*, n.º 94, pág. 337.

(352) Parecer n.º I-032, de 23-4-70, com aprovação em 27-4-70, *D. Of. União*, de 4-5-70, fls. 3.196-8.

(352-A) *D. Of. União*, de 2-6-70, fls. 4.066-7.

nando as dúvidas e os debates que proliferavam em torno do texto da Carta de 1946... Era evidente a impossibilidade de se aplicar às fundações instituídas pelo Poder Público a regra constitucional, não fôsse a equiparação contida no § 2.º do art. 4.º do Decreto-lei n.º 200, de 25-2-67 (Reforma Administrativa) ... De tal equiparação resultou a inclusão daquelas entidades no regime da acumulação, conforme se infere do Parecer n.º 642-H, desta Consultoria-Geral da República... Acontece, porém, que o Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, ao introduzir inúmeras alterações no Decreto-lei n.º 200-67, revogou, expressamente, o § 2.º do art. 4.º, deste último, consoante disposição do seu artigo 8.º, vale dizer, eliminou a equiparação contida na Reforma Administrativa... Como se vê, retirou-se as fundações do quadro de órgãos que compreendem a Administração Federal... Não vejo, pois, como se possa aplicar a tais entidades os princípios do instituto da acumulação, desde que o suporte legal que ensejou a sua aplicação deixou de existir, mediante revogação expressa... No momento, entender-se o contrário equivaleria ampliar o texto constitucional que trata da espécie, o que é defeso, máxime em matéria de acumulação, cuja rigidez das regras fundamentais devem ser observadas em todos os sentidos”.

É de considerar-se, primeiramente, que o parecer confunde dois aspectos do problema da acumulação: o da “extensão proibitiva” e o das “exceções” ao princípio geral de vedação. Êstes últimos, como diz, são, em verdade, de interpretação restritiva, não se admitindo outras, senão as expressamente declaradas na Constituição. Mas, no que se refere ao primeiro aspecto, como já salientamos, nem sempre o *instituto da acumulação obedeceu a estritas disposições constitucionais*: vimos como a Carta de 1946 oferecia ao legislador ordinário, ao regulamentador e ao intérprete *amplo campo de ação*.

Outrossim, se é verdade que a Const. Federal de 67 “*estabeleceu princípio rígido da extensão proibitiva, não sendo ampliável o texto constitucional, cuja rigidez das regras fundamentais sobre acumulação “deve ser observada em todos os sentidos”*”, como deixar ao arbítrio do legislador ordinário a abrangência do disposto no § 2.º do art. 99? Equiparando ou revogando equiparações, aquêle ampliaria ou restringiria o alcance do texto da Carta Magna, sendo certo que, como salienta CAIO TÁCITO (353), é preciso que a norma constitucional seja única para as esferas federal e local, o que não ocorria com a equiparação feita, para fins restritos, pelo Decreto-lei n.º 200, de 1967, de âmbito federal.

Opinamos em que, pelo texto constitucional, as fundações instituídas pelo Poder Público não estão abrangidas pela vedação de acumulação de cargos. Como salienta CAIO TÁCITO (354), “*tendo, assim, destacado espécies determinadas de tipos de entes descentralizados — autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista — temos como válido o argumento de que a norma não atinge a outra dessa formas de administração indireta, ou descentralizada, a saber, as fundações criadas pelo Estado, sob o modelo do*

(353) *Trab. cit., ib.,* pág. 41.

(354) *Trab. cit., ib.,* pág. 40.



direito privado e a regência da legislação trabalhista. Quando quis aludir a todos os gêneros, a Constituição apropria o termo genérico "administração indireta" ou "descentralizada", v. g. nos arts. 65 e 48" (355).

Mas, julgamos, nada impede que o legislador ordinário federal ou o constituinte ou legislador ordinário local, amplie, na respectiva área de competência, o mínimo constitucional obrigatório (356).

Assim o faz o atual Estatuto dos Funcionários Civis do Poder Executivo do Estado da Guanabara (Decreto-lei n.º 100, de 8-8-69), em seu art. 191, § 2.º, o qual, expressamente, alude, no particular, às "fundações instituídas pelo Poder Público" (357).

11.2. Outro problema que surgiu com relação aos empregados das fundações privadas instituídas pelo Poder Público, especialmente aquelas que "recebem transferências do Tesouro e gozam de favores fiscais", disse respeito à aplicação às mesmas das normas disciplinadoras de limite máximo de remuneração de servidores civis e militares.

A Consultoria-Geral da República e a Consultoria Jurídica do DASP manifestaram-se a respeito (358), o primeiro em caráter normativo, tendo opinado as citadas autoridades no sentido afirmativo. Segundo as mesmas, são as fundações entidades públicas, às quais se devem aplicar, outrossim, por analogia, normas que digam respeito às sociedades de economia mista, também pessoas jurídicas de direito privado (359).

Parece-nos equivocado tal entendimento, pois que, como salientamos, quando o legislador quer incluir as fundações instituídas pelo Estado, na enumeração de órgãos da administração indireta, o faz expressamente (360). Prevalece, no particular, o princípio *inclusio unius, exclusio alterius*.

Por outro lado, conforme sustentamos, a equiparação estabelecida pelo art. 4.º, § 2.º, do Decreto-lei n.º 200, de 25-2-67, entre as fundações para-estatais e as empresas públicas (hoje revogada pelo Decreto-lei n.º 900, de 29-9-69), só tinha aplicação, como o próprio dispositivo citado dizia, *para os efeitos daquele diploma legal*.

(355) Referia-se à redação original da Carta de 1967.

(356) V. art. 13, V, da Const. Federal, que torna obrigatórias para os Estados-membros as normas nela inscritas sobre funcionários públicos. Cf., no sentido do texto, HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo*, pág. 301; *Rev. Dir. Adm.*, n.º 68, pág. 35.

(357) Cp. art. 24, § 2.º, do Decreto-lei est. n.º 100, de 1969. A Const. do Estado, em seu art. 77, § 2.º, limita-se a repetir o texto da Const. Federal, sem incluir as fundações. Aliás, o legislador ordinário federal e o constituinte ou o legislador ordinário local chegam à própria vedação de atividades particulares por parte de seus servidores. Cf. art. 197, VII, a e b, do Decreto-lei est. n.º 100, de 1969, no capítulo das *proibições*. Sobre acumulação, v. ainda *Rev. Dir. Adm.*, n.º 52, pág. 409; RDP, n.º 7, pág. 16; *Rev. Dir. Adm.*, n.º 93, pág. 362; n.º 95, pág. 238; n.º 68, pág. 266.

(358) Cp. pareceres publicados, respectivamente, no *D. Of. União*, de 6-6-67, fls. 6.069, e no de 11-5-67, fls. 5.188 e segs.

(359) V. arts. 12 e 13 da Lei n.º 4.863, de 29-11-65.

(360) Cp. art. 1.º da Lei n.º 4.717, de 29-6-65 (ação popular).

Finalmente, julgamos pertinente a observação de que, em se tratando de medidas restritivas, a analogia não deve ser aplicada, segundo princípio geral do Direito. A analogia é, ademais, processo de integração do Direito e, no particular, não há lacuna (361).

11.3. Aspecto interessante da matéria relativa a pessoal das fundações instituídas pelo Poder Público foi focalizado por parecer do Consultor-Geral da República (361-A) com a seguinte ementa: "Disponibilidade regulada pelo Decreto-lei n.º 489, de 1969. Inaplicabilidade ao pessoal regido pela C.L.T., cujo afastamento, pela desnecessidade de função, opera-se de acordo com o que estabelece o art. 99, § 4.º, alínea b, da Reforma Administrativa (Decreto-lei n.º 200/67)".

A consulta fôra formulada pela *Fundação Rádio Mauá*, que pretendia saber se eram aplicáveis a seu pessoal as disposições do Decreto-lei n.º 489, de 4-3-69, que regula a disponibilidade dos funcionários civis. A resposta foi, corretamente, no sentido negativo.

11.4. Os empregados das fundações instituídas pelo Poder Público estão submetidos ao regime da Lei Orgânica da Previdência Social (362).

Pelo art. 8.º, XVII, letra c, da Constituição federal, compete à União legislar sobre normas gerais de previdência social, assegurando o parágrafo único do mesmo artigo, aos Estados, a competência supletiva na matéria.

---

(361) Recentemente, foi divulgada a *Circular n.º 3*, de 10-4-70, expedida aos órgãos de administração direta e indireta, pelo Ministro Extraordinário para Assuntos do Gabinete Civil (*D. Of. União*, de 10-4-70, fls. 2.683-4), em que se diz: "Na reunião ministerial de 6 de janeiro do ano em curso, foi estabelecida direttriz governamental assim expressa: "A ordem constitucional consagra o princípio de que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não podem ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas. Com igual ou maior razão, essa mesma regra deve observar-se na esfera do próprio Poder Executivo, naquilo que diz respeito aos cargos e funções das entidades pertencentes à administração indireta ou descentralizada, aos quais não se deve também conferir retribuição superior à que fôr paga, no âmbito da administração direta ou centralizada, pelo exercício de cargos de atribuições iguais ou assemelhadas". Como as fundações paraestatais federais, pelo art. 3.º do Decreto-lei n.º 900-69, não mais constituem entidades da administração indireta, a referida direttriz a elas não se aplica. Na Guanabara, o Decreto est. N n.º 1.029, de 19-3-68, estabeleceu normas referentes a pessoal contratado da Administração Direta e Indireta, cuidando, principalmente, de limites salariais. Entre seus *consideranda*, salientou a necessidade de disciplinar e uniformizar a retribuição salarial dos contratados da administração centralizada e descentralizada, a fim de se manter equilíbrio entre o nível de vencimentos dos funcionários efetivos e o salário daqueles, o que não vinha sendo observado. O art. 3.º do decreto estende, expressamente, suas disposições às autarquias e demais órgãos da administração indireta estadual. O Decreto E n.º 2.683 (POGAPE-26-A), de 7-2-69, excluiu as sociedades de economia mista das limitações do art. 1.º do decreto anteriormente citado.

(361-A) Parecer n.º I-013, de 28-1-70, aprovado em 4-2-70; *D. Of. União*, de 5-2-70, fls. 962.

(362) V. Lei n.º 3.807, de 26-8-60. V. Decretos-leis ns. 66 e 72, ambos de 21-11-66. O Regulamento Geral da Previdência Social é o Decreto n.º 60.501, de 14-3-67.



Por outro lado, o art. 165, XVI, assegura aos trabalhadores o direito à previdência social, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado.

O art. 3.º da Lei Orgânica da Previdência Social assim dispõe: “São excluídos do regime desta lei: I — os servidores civis e militares da União, dos Estados, Municípios e Territórios, bem como os das respectivas autarquias, que estiverem sujeitos a regimes próprios de previdência; . . . Parágrafo único. O disposto no inciso I não se aplica aos servidores civis da União, dos Estados, Municípios e Territórios que são contribuintes de Instituto de Aposentadoria e Pensões” (363).

O art. 3.º do Regulamento Geral da Previdência Social diz, de forma mais precisa que estão excluídos de seu sistema “os servidores civis e militares da União, Estados, Territórios, Municípios e autarquias que, nessa qualidade, estiverem sujeitos a sistema próprio de previdência social”.

O art. 4.º, *a*, da Lei Orgânica define, outrossim, *empresa* para seus efeitos: “o empregador, como tal, definido na Consolidação das Leis do Trabalho, bem como as repartições públicas, autarquias e quaisquer outras entidades públicas ou serviços administrados, incorporados ou concedidos pelo Poder Público, em relação aos respectivos servidores, no regime desta lei” (364).

Está, pois, patente, que os empregados das fundações instuídas pelo Poder Público são segurados obrigatórios do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), salvo se, em se tratando de entidade federal, a lei autorizadora de sua criação (lei, portanto, do mesmo nível da Lei Orgânica da Previdência Social) dispuser em contrário, respeitados sempre os princípios constitucionais.

Caso se trate de entidade de outro nível, a filiação ao INPS é imperativa, ainda que a lei local estabeleça a contribuição para órgão previdenciário também local. Vimos que a exceção prevista nos arts. 3.º da Lei Orgânica e do Regulamento Geral diz respeito, tão somente, a servidores da Administração Direta e das autarquias.

É interessante considerar-se o que ocorreu, a propósito, no Estado da Guanabara.

O projeto que se transformou na Lei est. n.º 276, de 28-12-62, a qual organizou o Instituto de Previdência do Estado da Guanabara (IPEG) e criou o Instituto de Assistência dos Servidores do Estado da Guanabara (IASEG), outorgava, nos arts. 5.º, *b*, e 42, *l*, a situação de contribuintes obrigatórios, respectivamente, dos dois órgãos, aos servidores da administração estadual que percebessem salários sob o regime da legislação trabalhista.

---

(363) Atualmente, fundidos no Instituto Nacional da Previdência Social (INPS).

(364) Cf. art. 5.º, I, do Regulamento Geral.

Ao vetar o primeiro daqueles dispositivos o Executivo carioca declarou (365): “O veto se impõe, por ser a norma inconstitucional. Todo aquele que percebe salário sob regime de legislação trabalhista é contribuinte obrigatório dos órgãos de previdência federal, nos termos do art. 2.º da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei n.º 3.807, de 26-8-60). Convém acentuar ainda que a própria Constituição Federal, em seu inciso XV, letra *a*, do art. 5.º, prescreve ser da competência *exclusiva* da União legislar sobre Direito do Trabalho. O dispositivo, por outro lado, se transformaria em ônus altamente prejudicial ao próprio interessado, pois, dada a precariedade de sua situação, ficaria, tão logo dispensado do serviço, privado das vantagens previstas na lei, perdendo toda contribuição paga, a não ser que se propusesse a satisfazer os dois encargos, simultaneamente...”

Com relação à segunda disposição indicada, o Governador alegou “que os assalariados, sujeitos às Leis do Trabalho, estão obrigados a contribuir para as instituições de previdência social a que se vinculam suas categorias, na forma das leis federais que, com exclusividade, podem regular a matéria”.

Os vetos foram mantidos e a orientação ratificada pelo Decreto *N* n.º 111, de 8-2-68, que vedou a consignação de contribuições em favor do IASEG, nas folhas de pagamentos de servidores da administração estadual contratados segundo as leis do trabalho (366).

Outrossim, o Decreto *N* n.º 973 (POGAPE-13), de 12-12-67 (dispôs sobre a nomeação e a admissão de pessoal, a locação e a adjudicação de serviços) estabeleceu que as Secretarias e órgãos assemelhados e da administração indireta tomassem providências visando à regularização de seus encargos sociais e previdenciários (arts. 2.º, IV, e 5.º).

11.5. Em matéria de *acidentes do trabalho*, as fundações criadas pelo Estado e seus empregados estão abrangidos pelo regime da *Lei n.º 5.316*, de 14-9-67, que integrou o seguro de acidentes do trabalho na previdência social, com seu Regulamento, aprovado pelo *Decreto n.º 61.784*, de 28-11-67.

Pelo parágrafo único, letra *b*, dêste, para seus efeitos entende-se como “empresa” “a repartição pública, a autarquia e qualquer outra entidade pública ou serviço administrado, incorporado ou concedido pelo Poder Público, em relação aos respectivos servidores abrangidos pelo sistema geral de previdência social, de que trata a Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, com as alterações decorrentes do Decreto-lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966” (367) (368).

11.6. É *direito social* assegurado pelo art. 165, XX, da Carta Federal, o *direito de greve*, com a ressalva contida no art. 162, *in verbis*: “Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei”.

(365) D. Ass. Leg. de 17-1-63.

(366) A atual Lei Previdenciária do Estado da Guanabara é o Decreto-lei est. n.º 163, de 29-8-69, que, em seu art. 7.º, não inclui os *contratados* como contribuintes obrigatórios do IPEG.



A Lei n.º 4.330, de 1.º-6-64, regulou o direito de greve, na forma do art. 158 da Constituição de 1946.

Este dispositivo da Constituição de 1946 estabelecia: "É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará".

O art. 4.º da Lei n.º 4.330 assim dispôs: "A greve não pode ser exercida pelos funcionários e servidores da União, Estados, Territórios, Municípios e autarquias, salvo se se tratar de serviço industrial e o pessoal não receber remuneração fixada por lei ou estiver amparado pela legislação do trabalho".

Este dispositivo, evidentemente, não abrange o pessoal das fundações paraestatais.

O art. 12 enumerou o que denominou de *atividades fundamentais* (podendo algumas ser exercidas por fundações instituídas pelo Poder Público), e em relação às quais se estabelecem condições especiais para a deflagração da greve (arts. 13 a 16).

Ocorre que, como se pode ver, a Carta vigente é mais rigorosa, do que a Const. de 1946, no particular, porquanto proíbe a greve nos *serviços públicos* e nas *atividades essenciais* definidas em lei, sendo certo que não há legislação ordinária posterior à Constituição de 1967, sobre a matéria.

Como ficam, dentro dêste quadro, as fundações criadas pelo Estado?

É claro que algumas delas poderão ter suas atividades consideradas essenciais pela lei. Outrossim, esta poderá definir *serviço público*. Em ambos os casos, o problema ficará explicitamente resolvido.

Mas, na ausência de texto legal expresso a respeito, até que ponto se enquadrarão tais fundações na categoria de serviços públicos, tendo-se em vista que a vedação, em causa, como tôda proibição, é auto-executável?

Julgamos que o critério definidor será verificar-se se a fundação pertence, ou não, à administração indireta.

Com efeito, embora pessoas jurídicas de direito privado, as fundações componentes da administração descentralizada são, como vimos, *serviços públicos virtuais*, correspondendo à *gestão privada de serviços públicos* (369).

Dentro dêste critério, salvo a legislação expressa a que aludimos acima, os servidores das fundações federais, em função do disposto no art. 3.º do Decreto-lei n.º 900/69, não estariam abrangidos pela restrição constitucional.

(367) Com relação aos *funcionários públicos* "stricto sensu", o regime está contido nos diplomas estatutários (cf. Decreto-lei est. n.º 100, de 8-8-69, arts. 83, XI, e §§ 1.º a 4.º; art. 92, parágrafo único; art. 122, parágrafo único; art. 170, parágrafo único; art. 179, § 3.º). Para as demais hipóteses, ver art. 29, II, da Lei n.º 5.816, de 14-9-67; e art. 80, IV, do Decreto n.º 64.784, de 28-11-67. Cf. art. 9.º, § 2.º, do Decreto-lei n.º 7.036, de 10-11-44, com as modificações do Decreto-lei n.º 7.527, de 7-5-45.

(368) A competência para o julgamento dos litígios relativos a acidentes do trabalho é sempre da Justiça Ordinária dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios, consoante o estatuido pelo § 2.º do art. 142, da Const. Federal. V. Resolução n.º 1, de 1970, do Senado Federal, suspendendo a execução do art. 16, e seus §§ 1.º e 2.º da Lei n.º 5.316, de 14-9-67, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

(369) Cp. CAIO TÁCITO, *Sociedades Comerciais e Fundações do Estado*, na *Rev. For.*, n.º 205, pág. 419; parecer na *Rev. Dir. Adm.*, n.º 44, pág. 519.

11.7. Por outro lado, o regime do *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço* (370) se aplica às fundações criadas pelo Estado e a seus empregados, já que assim dispõe o art. 1.º do Decreto n.º 59.820, de 20-12-66: "A Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966, com as alterações do Decreto-lei n.º 20, de 14 de setembro de 1966, aplica-se, nos termos deste Regulamento, aos empregados e aos respectivos empregadores, inclusive entidades de direito público, sujeitos à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)". O parágrafo único acrescenta: "Neste Regulamento, o termo "empresã" corresponde a empregador para todos os efeitos" (371).

11.8. O empregado de fundação instituída pelo Poder Público, caso a legislação assim o estabeleça, poderá, se depois se tornar funcionário público, computar, para efeito de aposentadoria ou disponibilidade, o tempo de serviço prestado à mesma.

É o que ocorre, na Guanabara, cujo Decreto-lei n.º 100 estatui: "Art. 24. Para efeito de aposentadoria, jubilação ou disponibilidade, será computado ..... IV — O tempo de serviço prestado em autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público federal, estadual ou municipal" (V. nota 379-A).

11.9. Ratificando a afirmativa de que o regime do pessoal das fundações paraestatais é parcialmente regido pelo Direito Administrativo, podemos citar, a título exemplificativo, a aplicação à administração indireta do Estado da Guanabara — expressamente às fundações (art. 21) — de normas do Decreto N n.º 1.198, de 31-12-68, que dispôs sobre quadros de pessoal (372).

11.10. É claro que, em se tratando de criaturas do Estado, formas de realização da atividade administrativa estatal, as fundações instituídas pelo Poder Público têm prerrogativas. E estas se manifestam, também, no campo das relações com seus empregados, relações estas sujeitas, tal como as fun-

---

(370) V. Lei n.º 5.107, de 13-9-66; Decreto-lei n.º 20, de 14-9-66; Decreto-lei n.º 194, de 24-2-67; Decreto n.º 59.820, de 20-12-66; Decreto n.º 61.405, de 28-9-67. O Decreto-lei n.º 194, de 24-2-67 dispôs, no particular, sobre as entidades de fins filantrópicos. V. Lei 3.577, de 4-7-59, e Lei 5.406, de 1968.

(371) V. parecer do Consultor-Geral da República, de 22-4-70, no *D. Of. União*, de 20-5-70, fls. 3.743-4.

(372) Dispõe o citado art. 21: "Dentre os órgãos da administração indireta, as Sociedades de Economia Mista, bem como as Fundações, que, por lei, tenham seu pessoal regido pela Legislação Trabalhista, organizarão seus quadros de pessoal e as especificações dos respectivos cargos e empregos, observados os planos de classificação que lhes forem peculiares; § 1.º — Organizados e aprovados os quadros de pessoal respectivos, as entidades a que se refere este artigo só os poderão alterar, para aumentar os quantitativos de cargos ou empregos nêles consignados, em face da absoluta necessidade dos serviços, por força de sua expansão; § 2.º — Em caso de emergência, as necessidades temporárias de pessoal serão atendidas mediante contrato com prazo certo, vedada a renovação, se ultrapassado o motivo que tiver dado causa à contratação; § 3.º — Os quadros e as especificações previstas neste artigo deverão ser aprovados dentro do prazo de seis meses, a contar da data do presente decreto".



dações mesmas, a um regime misto, parcialmente de direito do trabalho e parcialmente de direito administrativo.

A propósito, o *Decreto-lei n.º 779, de 21-8-69*, dispôs sobre a aplicação de normas processuais trabalhistas à União Federal, aos Estados, Municípios, Distrito Federal e autarquias ou fundações de direito público (373) federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica, abrindo em seu favor uma série de exceções com referência a tais normas, como o estabelecimento de maior prazo para recurso, dispensa de depósito para interposição deste etc.

A Carta federal vigente, em seu art. 110, estatuiu que os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juizes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos. O art. 111 abriu à lei a possibilidade de criar *contencioso administrativo* e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior.

As sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Poder Público estão, porém, como se vê pelo próprio texto referido, fora do alcance deste dispositivo, porquanto a Constituição atual emprega os termos *autarquias* e *empresas públicas* em sentido rigorosamente técnico.

As causas são, pois, neste caso da competência da Justiça do Trabalho, na forma do art. 142 da Constituição Federal.

11.11. Os empregados das fundações instituídas pelo Poder Público, desde que componentes da Administração Indireta, estariam, a rigor, proibidos de sindicalizar-se. Diz, com efeito, o art. 566 da Consolidação das Leis do Trabalho: "Não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais" (374).

O termo *Estado* foi empregado no sentido amplo de Poder Público e a expressão *instituições paraestatais*, pode abranger, como sabemos, todos os órgãos da Administração Indireta.

O entendimento tem sido, porém, diverso (374-A).

Os servidores das fundações que, pelo regime do Decreto-lei 900, de 1969, não mais compõem tal parcela da administração, não são atingidos pelo dispositivo supra.

11.12. Quando as fundações instituídas pelo Poder Público fazem parte da Administração Indireta, parece-nos que, pelo art. 327 do atual Código Penal, seus empregados devam ser considerados funcionários públicos (375),

(373) A expressão é flagrantemente imperfeita: deve o intérprete ler "fundações instituídas pelo Poder Público"; do contrário, teremos redundância em relação ao termo autarquias.

(374) Havia a exceção do art. 1.º do Decreto-lei n.º 7.889, de 21-8-45 (servidores das empresas de navegação autárquicas ou paraestatais), revogada, porém, pelo art. 1.º do Decreto-lei n.º 22, de 11-10-66.

(374-A). V. parecer na *Rev. Dir. Proc. Geral Gb.*, n.º 18, págs. 291 e segs.

(375) O conceito do art. 327 do Código Penal vigente opera, apenas, quando o funcionário público é sujeito ativo de crimes funcionais, dada a colocação do dispositivo. V. NELSON HUNGRIA, *Comentários*, vol. IX, pág. 401.

já que aquêle equipara a êstes “quem exerce cargo, emprêgo ou função em entidade paraestatal” (376).

Em se tratando de fundações sob o regime do art. 3.º do Decreto-lei n.º 900, de 1969, seus servidores não estão submetidos a esta equiparação, já que aquelas entidades, tendo sido excluídas da Administração Indireta, não são mais entidades paraestatais.

É de se observar, ademais, que, segundo o nôvo Código Penal (Decreto-lei n.º 1.004, de 21-10-69, a entrar em vigor em 1.º-1-72, segundo a Lei n.º 5.597, de 31-7-70), os servidores das fundações, ainda que componentes da Administração Indireta, já não mais estarão abrangidos pela equiparação a funcionário público, para efeitos penais, pois que o parágrafo único do art. 368 estatui: “Equipara-se a funcionário público, quem exerce cargo, emprêgo ou função em autarquia, sociedade de economia mista ou sociedade de que participe a União, Estado ou Município como acionista majoritário”.

Prevalece aqui o princípio *inclusio unius, exclusio alterius*, sendo vedado o emprêgo da analogia, em Direito Penal, inexistindo a possibilidade de interpretação extensiva para abranger as fundações instituídas pelo Poder Público (377).

Finalmente, cumpre observar que a Lei n.º 3.502, de 21-12-58 (regulou o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função), em seu art. 1.º, § 2.º, equiparou “ao dirigente ou empregado de autarquia . . . . . o dirigente ou empregado de . . . . . fundação instituída pelo Poder Público . . . . .”.

Por outro lado, o Decreto-lei n.º 760, de 13-8-69, ao dar nova redação aos arts. 8.º e 199, do Decreto-lei n.º 359, de 17-12-68, que criou a Comissão Geral de Investigações e tratou do confisco de bens, estendeu ao patrimônio das fundações a proteção dada a bens da Fazenda Pública, autarquias, empresas públicas e sociedade de economia mista (Ato Compl. n.º 42, de 27-1-69).

12. As leis que autorizam a criação de fundações pelo Poder Público, e seus estatutos, contemplam a hipótese de requisição de funcionários públicos para seu serviço (378).

(376) HUNGRIA, *ob. cit.*, vol. IX, pág. 400, alude, apenas, a *autarquia*. CAIO TÁCITO, *Rev. Dir. Adm.*, n.º I, pág. 212, ensina: “A expressão *cargo público* deve ser entendida em sentido lato, compreendendo não só as funções públicas da administração direta do Estado, como também as da administração delegada a entes autárquicos ou paraestatais”. No caso do Banco do Brasil, a jurisprudência tem entendido que a equiparação só prevalece, quando o servidor exerce função em quaisquer dos serviços que o Banco executa como delegado da União Federal. Cf. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 142. V., ainda, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 45, pág. 264; e *Rev. For.*, n.º 165, pág. 309.

(377) Cf. HUNGRIA, *Comentários*, vol. I, tomo 1.º, págs. 84 e segs.

(378) Cp. art. 6.º do Decreto-lei n.º 777, de 20-8-69 (Fundação Museu do Café). Os funcionários podem ser federais, estaduais, municipais ou autárquicos; art. 25 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 500, de 15-1-62 (Fundação Universidade de Brasília). Na Guanabara, o art. 3.º do Decreto est. E n.º 2.146,



Geralmente, têm êles assegurados os direitos e vantagens de seus cargos, subordinando-se, todavia, no que couber, ao regime de trabalho adotado pela fundação (379) (379-A).

O Estatuto dos Funcionários Civis do Poder Executivo do Estado da Guanabara (Decreto-lei est. n.º 100, de 8-8-69) considera, em seu art. 83, como de efetivo exercício o afastamento em virtude de exercício de outro cargo, de govêrno ou de direção, de provimento em comissão, ou em substituição no serviço público do Estado da Guanabara, inclusive fundações instituídas pelo Poder Público (item IV); e em virtude de exercício de cargo ou função de govêrno ou de direção, por designação do Presidente da República, ou a juízo do Governador, quando de interesse do Estado da Guanabara, na Administração Pública federal, estadual e municipal, inclusive em fundações instituídas pelo Poder Público (item VII).

O art. 139 do mesmo Estatuto estabelece que perderá o vencimento ou remuneração do cargo efetivo o funcionário à disposição de outro Poder, ou de órgão público da Administração Direta ou Indireta, inclusive sociedades de economia mista, da União ou de qualquer outra unidade da Federação, ou designado para servir em quaisquer dêsses órgãos ou entidades, salvo quando se tratar de requisição da Presidência da República ou, a juízo do Governador, quando de interesse do Estado da Guanabara (inciso III) (380).

Disposição interessante é a que consta dos Estatutos aprovados pelo Decreto est. "E" n.º 3.716, de 11-2-70, da Fundação Para o Desenvolvimento da Pesquisa do Estado da Guanabara: segundo seu art. 34, o funcionário do Estado a serviço da FUNDEPEG perceberá dos cofres públicos os vencimentos correspondentes a seu nível e, da Fundação, a diferença a que fizer jus, de acôrdo com os vencimentos correspondentes ao cargo que estiver exercendo.

No campo federal, o Decreto n.º 61.776, de 24-11-67, dispôs sôbre os afastamentos de funcionários civis federais das respectivas repartições. Em seu capítulo III (arts. 13 a 15), cuida da hipótese de afastamento de funcionário federal da administração direta ou de autarquia para servir em sociedades de economia mista, emprêsas públicas e fundações instituídas pelo Poder Público, mediante autorização do respectivo órgão de pessoal, restringindo-se aos casos de exercício de funções técnicas ou de direção, e acarre-

---

de 14-6-68, exigiu, para a colocação de servidor autárquico à disposição de órgão da Administração Indireta, autorização do Governador.

(379) Cp. art. 7.º, parágrafo único, da Lei n.º 4.943, de 6-4-66 (Fundação Casa de Rui Barbosa); art. 13 do Decreto-lei est. n.º 193, de 17-10-69 (FUNDEPEG).

(379-A) V. Lei n.º 3.841, de 15-12-60, que dispõe sôbre a contagem recíproca, para efeito de aposentadoria, do tempo de serviço prestado por funcionários à União, autarquia, sociedades de economia mista e fundações. V. *D. Just.* de 9-10-64, apenso, pág. 791; *Rev. Dir. Adm.*, n.º 58, pág. 377.

(380) O parágrafo único do art. 34 dos Estatutos aprovados pelo Decreto E n.º 3.716, de 11-2-70, estatui que a contratação de funcionário do Estado, pela FUNDEPEG, é considerada de interesse do Estado, para efeito do art. 139, III, do Decreto-lei n.º 100, de 1969.

tando a perda do vencimento ou remuneração e vantagem pecuniária do cargo federal ou autárquico.

Aliás, o art. 121 do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União (Lei n.º 1.711, de 28-10-52) dispõe que perderá o vencimento ou remuneração do cargo efetivo o funcionário, quando designado para servir em autarquia, sociedade de economia mista ou *estabelecimento de serviço público* (item III). A expressão, como diz CAIO TÁCITO (381), está empregada num sentido residual, abrangendo tôdas as entidades gestoras de serviço público ou de atividades estatais assemelhadas, para as quais possam ser designados servidores públicos, e que não se entendam como autarquias ou sociedades de economia mista. Exemplifica com a Fundação da Casa Popular.

12.1. Pelo Estatuto carioca, a *licença à funcionária casada* abrange a hipótese de afastamento do marido servidor de fundação instituída pelo Poder Público (art. 106, V, e 127).

Outrossim, o privilégio de independer de limite de idade a inscrição em concurso de funcionário efetivo do Estado, inclui os servidores da administração indireta (art. 22). \*

12.2. O Decreto est. "N" n.º 1.198, de 31-12-68, ao dispor sôbre o pessoal efetivo à disposição dos órgãos da Administração Indireta, estabeleceu em seu art. 24, que "a despesa relativa ao pessoal efetivo pertencente aos quadros da administração direta, que esteja à disposição de entidade da administração indireta, será sempre deduzida das dotações orçamentárias ou suplementos de verbas consignadas ou distribuídas a essas entidades". O § 1.º acrescentou que "o servidor efetivo, à disposição de entidade da administração indireta só poderá retornar aos serviços da administração direta mediante prévia autorização e ato competente do Secretário de Estado da Administração". O § 2.º estatuiu que "quando o retorno do pessoal efetivo, de que trata o presente artigo, se fundamentar em excesso de servidores, a carga da entidade da administração indireta envolvida, fica vedada a contratação de pessoal temporário de atribuições correlatas, sendo facultada, todavia, a volta dos servidores devolvidos, ou a remoção de outros servidores disponíveis da administração direta, desde que comprovada a necessidade de pessoal nos organismos interessados". \*

12.3. Pode ser aberta aos funcionários requisitados a faculdade de opção pelo regime trabalhista, durante o período em que permaneçam à disposição da fundação, contando-se o tempo assim prestado para os efeitos de direitos e vantagens na função pública (382).

13. Além do pessoal pertencente a seus quadros permanentes, as fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público podem admitir pessoal eventual, por prazo determinado, para execução de tarefas específicas,

(381) V. *Rev. Dir. Adm.*, n.º 38, págs. 437 e segs.

(\*) V. Decreto-lei 434/70.

(382) Cf. art. 6.º, § 2.º, do Decreto-lei n.º 777, de 20-8-69 (Fundação Museu do Café).



com retribuição mediante recibo, através de locação de serviços, ou adjudicar serviços a terceiros (383).

14. A responsabilidade civil das fundações instituídas pelo Poder Público em razão de atos ou omissões de seus servidores, nessa qualidade, rege-se pelo direito privado, não se lhes sendo aplicável o disposto no art. 107 e respectivo parágrafo único, da Constituição Federal, que alude a *pessoas jurídicas de direito público*.

Não há, ademais, responsabilidade civil solidária ou subsidiária do Estado, com relação aos atos e fatos da fundação que criou, salvo se a lei autorizadora dispuser, expressamente, em contrário (384).

## CAPÍTULO V

### *As Fundações Instituídas pelo Poder Público em Juízo*

15. As fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público não gozam, em princípio, de *fôro especial*.

15.1. Com relação às criadas pelo Governo Federal e no que tange à justiça competente para o processo e julgamento das ações em que intervierem, cumpre acentuar, inicialmente, que o elenco de causas da alçada da Justiça Federal Comum (juizes federais e Tribunais Federais de Recursos; arts. 112, II, 122 e 125 da Const. Federal) não abrange direta e especificamente tal hipótese: alude a Carta Federal, no art. 125, I, tão somente, a *entidade autárquica e a empresa pública federal*.

Tem-se entendido que tais expressões estão empregadas em sentido técnico, não abrangendo, nem mesmo, as sociedades de economia mista (385).

Cumprе lembrar que a equiparação entre *fundação e empresa pública*, estabelecida pelo art. 4.º, § 2.º, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, a qual, como sabemos, só operava para os efeitos desta lei, foi, de qualquer modo, revogada pelo Decreto-lei n.º 900, de 1969.

Por outro lado, é de se considerar que a competência dos órgãos do Poder Judiciário Federal vem taxativamente consagrada na Const. Federal, não

(383) Cp. art. 32, § 3.º, dos Estatutos aprovados pelo Decreto est. E número 3.716, de 11-2-70 (FUNDEPEG); art. 23 dos Estatutos aprovados pelo Decreto est. N n.º 1.028, de 15-3-68 (FEBEM).

(384) Cf. art. 9.º da Lei n.º 3.295, de 30-10-57 (Fundação de Assistência aos Garimpeiros) e art. 5.º dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 43.497, de 7-4-58. Em sentido contrário ao do texto, no tocante às autarquias, v. A. NOGUEIRA DE SÁ, *Contrôle Administrativo*, págs. 65 e segs.

(385) Súmulas do Supremo Tribunal Federal têm consagrado tal entendimento. É o caso das de ns. 251, 508 e 517, cujos respectivos enunciados são os seguintes: "Responde a Rêde Ferroviária Federal S. A. perante o fôro comum e não perante o juízo especial da Fazenda Nacional, a menos que a União intervenha na causa"; "compete à Justiça Estadual, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas em que fôr parte o Banco do Brasil S. A."; "as sociedades de economia mista só têm fôro na Justiça Federal quando a União intervém como assistente ou oponente".

podendo ser ampliada nem restringida pela legislação de menor hierarquia. A competência da Justiça Local (Estados-membros, Distrito Federal e Territórios) é residual (salvo as hipóteses previstas nos arts. 125, §§ 2.º e 3.º, 126 e 142, § 1.º, da Const. vigente) e não pode ser prejudicada pela citada legislação (386).

Destarte, é incabível o art. 8.º do Decreto-lei n.º 593, de 27-5-69, que autorizou a instituição da LBA, e que dispôs *ipsis litteris*: “A Fundação gozará de fôro especial, processando-se perante os Juízes e Tribunais Federais as causas em que fôr autora, ré, assistente ou oponente”.

15.1.1. Cabe salientar, porém, que o art. 125, I, da Const. Federal inclui na competência da Justiça Federal Comum as causas em que a União fôr interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente. O art. 125, § 2.º, acrescenta: “As causas propostas perante outros juízes, se a União nelas intervier, como assistente ou oponente, passarão a ser da competência do juiz federal respectivo” (386-A). Assim, havendo litisconsórcio, ativo ou passivo, entre a União e fundação, a competência é da Justiça Federal; se aquela intervier em processo no qual figure fundação, o feito terá de passar a correr perante a citada Justiça.

Cumpra, ademais, observar que o art. 70 da Lei n.º 5.010, de 30-5-66, que organizou a citada Justiça em primeira instância, assim estatui: “A União intervirá, obrigatoriamente, nas causas em que figurarem, como autores ou réus, os partidos políticos, excetuadas as de competência da Justiça Eleitoral, e as sociedades de economia mista ou empresas públicas com participação majoritária federal, bem assim os órgãos autônomos especiais e fundações criadas por lei federal” (387).

---

(386) Diz JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, pág. 346: “Quando a norma constitucional fixa e estabelece os órgãos do Poder Judiciário, está distribuindo o poder jurisdicional entre tipos de tribunais e investindo-os de jurisdição; quando essas mesmas normas estatuem sobre determinadas atribuições, como, *verbis gratia*, nos arts. 101, n.º I, letras a, b e c, e 124, n.º IX (referia-se à Const. de 1946), o que há, como diz PONTES DE MIRANDA, são “incidências especiais de Direito Constitucional”, demarcando a competência para certos casos. Essa distinção é de suma importância prática. Desde que se trate da fixação da jurisdição, o assunto é substancialmente de Direito Constitucional e está intimamente prêso e conexo ao princípio do *juiz natural*; mas quando a Constituição regula matéria de competência funcional, o assunto é apenas acidentalmente de Direito Constitucional. No primeiro caso, a norma constitucional exaure a matéria, só cabendo complementação por lei ordinária, se houver espaço em branco deixado pela própria Constituição; no segundo caso, a norma da Lei Magna invade terreno do Direito Processual para impedir que o legislador ordinário estatua de forma diferente, e, por isso, a legislação complementar é inteiramente cabível, desde que não contrarie o que está expresso no texto constitucional”.

(386-A) Com referência à intervenção da União, podem ser indicadas as súmulas ns. 250 e 518, cujos respectivos enunciados são: “A intervenção da União desloca o processo do Juízo Civil comum para o Fazendário”; “a intervenção da União, em feito já julgado pela Segunda Instância e pendente de embargos, não desloca o processo para o Tribunal Federal de Recursos”.

(387) O dispositivo é anterior à Const. de 1967, tendo sido editado na vigência do Ato Institucional n.º 2, de 27-10-65 (art. 6.º). Cf. art. 15, IV, da



Entendemos que o dispositivo tem de ser compreendido em consonância com o que dispõe a Carta Federal, isto é, a intervenção da União só pode ser na condição de autora, ré, assistente ou oponente, nos termos da lei processual civil, sob pena de se contrariar a Constituição e de se facultar à lei ordinária alargar a competência da Justiça Federal em detrimento da Local. Outrossim, os termos constitucionais, em casos como êste, devem ser entendidos tecnicamente, segundo os princípios gerais de processo, os quais não poderão ser subvertidos pela legislação ordinária federal, não obstante ser da competência privativa da União legislar sobre direito processual (388).

Afirma PONTES DE MIRANDA (389): "Não basta, para que a causa pertença à cognição federal, que nela exista interesse da União, porquanto se diz no art. 119, I, que aos Juizes Federais compete julgar as causas em que a União fôr interessada como autora ou ré, assistente ou oponente, e não as em que a União fôr interessada sem ser autora ou ré, assistente ou oponente. O art. 119, I, cogita das "causas", em que existem as figuras subjetivas do autor, do réu, do assistente, ou do oponente, para dizer que, assumindo a União, nelas, qualquer dessas figuras, a competência é ineludível" (390).

CARLOS MAXIMILIANO (391) ensina: "Em geral, no Direito Público se emprega, de preferência, a linguagem técnica, o dizer jurídico, de sorte que, se houver diversidade de significado do mesmo vocábulo, entre a expressão científica e a vulgar, inclinar-se-á o hermenêuta no sentido da primeira".

15.1.2. Com a exclusão, pelo Decreto-lei n.º 900, de 1969, das fundações instituídas pelo Governo Federal, da Administração Indireta, passaram as mesmas, como vimos, à categoria de entes de cooperação. No que tange a um destes, o SESI, assim dispõe a súmula n.º 516 do Supremo Tribunal Federal: "O Serviço Social da Indústria — SESI — está sujeito à jurisdição da Justiça Estadual". É de se considerar que relativamente ao SESI, ao SESC, ao SENAI, havia norma expressa outorgando-lhes o privilégio do fôro privativo da Fazenda Nacional (392).

15.1.3. O § 1.º do art. 1.º da *Lei n.º 1.533*, de 31-12-51, sobre mandado de segurança, estabelece: "Consideram-se autoridades para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das

---

Lei n.º 5.010, de 1966, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 30, de 17-11-66, em que se alude, também, a sociedade de economia mista.

(388) Art. 8.º, XVII, *b*. Problema semelhante é o que diz respeito à expressão *crimes dolosos contra a vida*, para efeitos da competência do Júri (artigo 153, § 18).

(389) *Comentários à Constituição de 1967*, tomo IV, pág. 195.

(390) Na prática, tais princípios não são, porém, por vezes, obedecidos, sendo comuns causas que correm nas Varas Federais, sem que haja qualquer interesse, mesmo remoto, da União, fato êste declarado, expressamente, em promoções, por seus próprios representantes: é o que ocorre com ações expropriatórias movidas por concessionários de serviços públicos federais contra particulares.

(391) *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pág. 379.

(392) V. art. 2.º, § 1.º, do Decreto-lei n.º 9.853, de 13-9-46; art. 6.º, § 4.º, do Decreto n.º 61.836, de 5-12-67; art. 7.º, do Decreto n.º 494, de 10-1-62; Decreto n.º 57.375, de 2-12-65, art. 11, § 4.º.

pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções”.

Quando as *fundações instituídas pelo Poder Público* integram a *Administração Indireta*, prestando serviços públicos, constituindo *pessoas administrativas*, parece-nos que o cabimento do *mandado de segurança* contra atos de seus administradores e representantes encontra amparo na primeira parte do dispositivo citado, que, segundo nossa opinião, empregou a expressão *entidades autárquicas* em sentido impróprio e amplo, a abranger as pessoas administrativas por meio das quais se dá a *descentralização por serviços* (393).

SEABRA FAGUNDES afirma (394): “*Oscar Saraiva e Caio Tácito*, ambos a propósito da conceituação jurídica da Fundação da Casa Popular, emitem conceitos que, generalizados, levam a também incluir, entre as entidades autárquicas, as fundações às quais a União comete a gestão de certos serviços considerados públicos, por sua natureza ou porque avocada, pelo Estado, a prestação deles (*Diário Oficial*, de 11-12-54, pág. 2.040, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 38, págs. 437-439)”.

Destarte, como ensina SEABRA (395) “os atos praticados por essas entidades, ou seja, para usar da expressão do texto legal, pelos seus administradores ou representantes, são atos administrativos tanto formalmente, porque emanam de elementos componentes da Administração Pública, embora relativamente autônomos, como materialmente, porque têm o conteúdo próprio dos atos administrativos”.

15.1.3.1. Neste caso, a competência para processar e julgar os mandados de segurança contra atos de administradores e representantes de fundações federais, seria, ressalvada a competência dos tribunais federais, da Justiça Federal Comum, nos termos do item VIII, do art. 125, dado que, pelo art. 2.º, da Lei n.º 1.533, de 1951, tais administradores e representantes seriam *autoridades federais*.

15.1.3.2. Com o advento do Decreto-lei n.º 900, de 1969, as *fundações instituídas por ato governamental federal* passaram a simples *órgãos de cooperação*. Conseqüentemente, a elas passou-se a aplicar a segunda parte do art. 1.º da Lei n.º 1.533, de 1951.

Diz SEABRA (396): “No que respeita aos atos de administradores ou representantes das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, já não sucede exatamente o mesmo que com os dos responsáveis pela gestão das entidades autárquicas. Não sendo aquelas pessoas órgãos integrantes da Administração Pública — e nelas se compreendem os concessionários de serviços públicos, bem como os órgãos com delegação para funções determinadas e eventuais — os atos que praticam, através dos gestores das suas atividades, não se consideram atos administrativos pela sua origem... A lei,

---

(393) SEABRA FAGUNDES, *Contrôle*, pág. 41.

(394) *Ob. cit., loc. cit.*, nota 33.

(395) *Ob. cit.*, pág. 42.

(396) *Ob. cit.*, págs. 42-3.



porém, tendo em vista que, em certas situações, pelo uso de poderes próprios do Estado, os atos de tais pessoas transcendem do âmbito de ação estritamente privado, declara que elas se consideram, quando assim agem, como se autoridades fôsem. Os seus atos são, dessarte, por força da equiparação legal, atos administrativos, ou, antes, atos de autoridade, para usar de expressão deduzida do texto constitucional instituidor do mandado de segurança”.

15.1.3.3. Neste caso, em se tratando de ato de autoridade ou representante de fundação federal, a competência já não mais será da Justiça Federal Comum, pois que a hipótese não mais estará abrangida pelo art. 2.º da Lei n.º 1.533, de 1951.

15.1.4. O Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Federais de Recursos, os juízes federais e as Justiças Federais Especializadas serão competentes para processo e julgamento de causas em que figurem fundações instituídas pelo Poder Público, desde que se enquadrem nas hipóteses taxativamente previstas na Carta Federal (397).

15.2. Nas demais hipóteses, a competência é da Justiça Local, seja a fundação federal, estadual ou municipal (398).

15.3. Dentro de cada Justiça, o problema do fôro, será resolvido pelas normas constitucionais federais (399), pela legislação processual civil e, consoante se trate da Justiça Federal ou Local, pelas normas federais de organização judiciária, ou pelas Consts. Estaduais e leis locais também de organização judiciária.

Dispõem sôbre a competência do *juízo* as normas constitucionais federais (400) e estaduais (401) e as de organização judiciária.

No que tange à Justiça Estadual, a legislação local, respeitadas os princípios constitucionais, fixa a estrutura física, as bases geográficas do fôro e qual o *juízo competente*, distribuindo o poder de julgar pelos vários órgãos judicantes em determinada circunscrição judiciária.

Na Guanabara, o fôro é único.

O *juízo* competente para processo e julgamento das fundações instituídas pelo Poder Público é o *comum*, só sendo competentes as *Varas da Fazenda Estadual*, se o Estado da Guanabara ou alguma de suas autarquias tiver interesse no feito (402).

16. Salvo no que tange a aspectos trabalhistas tratados anteriormente (403), as *fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público* não

(397) V. arts. 119, 122, 125, 129, 137 a 140, 142 e 143, da Carta Federal. Com relação à Justiça do Trabalho, v. parte relativa a *pessoal*.

(398) Na parte criminal os “bens, serviços ou interesses” das fundações federais não estão abrangidos pelo art. 125, IV, da Const. Federal.

(399) V. art. 125, § 1.º, da Const. Federal.

(400) V. art. 153, § 18.

(401) Cp. art. 57, V, e § 1.º, da Const. da Guanabara.

(402) V. art. 1.º da Lei n.º 113, de 21-12-61.

(403) V. acima parte relativa a *pessoal*.

gozam, em princípio, de privilégios processuais, ao contrário do que ocorre com as autarquias (404).

O Decreto-lei n.º 179, de 16-2-67, que autorizou a instituição da Fundação Interestadual para o Desenvolvimento dos Vales do Tocantins-Araguaia e Paraguai-Cuiabá (FIRTOP) estabeleceu, em seu art. 11, serem extensivos à mesma os privilégios da Fazenda Pública quanto a prazos, cobranças de crédito, uso de ações especiais, juros e custas.

16.1. O mesmo diploma acima indicado, no artigo também referido, estendeu à FIRTOP o privilégio da Fazenda Pública "quanto à impenhorabilidade de bens, renda ou serviço" (405).

Neste caso, surge o grave problema relativo à executabilidade dos créditos contra a fundação. Com efeito, torna-se impossível a *execução forçada*, pela inviabilidade da penhora, não cabendo, por outro lado, o emprêgo do regime de *precatórios*, previsto no art. 117 da Const. Federal, que abrange, tão somente, as pessoas político-territoriais e as autarquias (406).

O problema é idêntico ao destas últimas no regime de 1946, quando a elas não se aplicavam os precatórios, sendo seus bens — públicos — impenhoráveis.

Dizia, a propósito, CAIO TÁCITO (407): "Entendido em sua literalidade, o panorama legislativo confere às autarquias privilégios maiores do que à própria União, Estados e Municípios. Ao passo que assegura aos serviços públicos personalizados tôdas as regalias da Fazenda Pública, não possibilita a ação do Poder Judiciário para a efetividade da prestação a que forem êsses condenados. Imunes os seus bens pela regra da impenhorabilidade, ficaria entregue ao alvedrio da administração o atendimento da ordem judicial de pagamento".

O Ministro CUNHA VASCONCELLOS (408) assim sintetizou o problema: "Quando se trata de pessoa de direito privado, a segurança da execução se faz mediante a penhora; quando se trata da União, também há sentença de execução por força das providências adotadas pela Constituição. Quando se trata de autarquia, entretanto, abre-se uma exceção. A parte interessada fica

(404) V. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, págs. 284 e segs. V., sobre *recurso de ofício*, *Rev. Trim. Jur.*, n.º 37, pág. 151.

(405) Em outros casos, como já vimos, ou há bens que são alienáveis e penhoráveis, ou as rendas são penhoráveis (cf. art. 943, I, do Código de Processo Civil).

(406) V. *caput* do artigo e seu § 1.º Cf. parecer n.º 13-JOAC-69, de JOSÉ ANTUNES DE CARVALHO, aprovado pelo Procurador-Geral do Estado da Guanabara, em 5-11-69, e pelo Governador do Estado, em 30-11-69, tendo, pois, caráter normativo (*D. Of. Gb.*, de 7-1-70, fls. 145-6; e parecer de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, na *Rev. Dir. Proc. Geral Gb.*, n.º 20, págs. 377-89.

(407) *Execução de Sentença contra Autarquias*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 28, pág. 81. Cp. A. B. COTRIM NETO, *Direito Administrativo da Autarquia*, páginas 306-10.

(408) Voto no Tribunal Federal de Recursos, no agravo do art. 45, do Regimento Interno, de 30-5-52, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 28, pág. 84.



no vácuo porque os bens patrimoniais das autarquias são impenhoráveis, a parte não tem o que executar” (409) (410).

O expediente empregado consistia na citação do presidente da autarquia, para cumprimento da sentença, sob pena de responsabilidade criminal, por delito de *prevaricação*, nos termos do art. 319 do Código Penal vigente (411).

O caminho a seguir, no caso das fundações com *bens e rendas* impenhoráveis, deverá ser o mesmo. No caso de fundações sob o regime do art. 3.º do Decreto-lei n.º 900, de 1969, o crime será de *desobediência*, pois que seus servidores não estarão equiparados aos funcionários públicos, para efeitos penais.

No novo Código Penal, dada a sua conceituação de funcionário público, já focalizada, o crime será sempre de *desobediência* (art. 371) (412).

## CAPÍTULO VI

### *Os Beneficiários*

17. Quando se trata de fundação instituída pelo Poder Público, seus *beneficiários* serão os administrados que se enquadrem entre os que, pela lei autorizativa, pelos estatutos e outros atos normativos, podem usufruir seus serviços (413).

---

(409) Cp. JORGE SALOMÃO, *Execução de Sentença em Mandado de Segurança*, págs. 31-4 e 52-61.

(410) Em 1966, a Lei n.º 5.021, de 9 de junho, ao dispor sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil, assim dispôs em seu art. 4.º: “Para os efeitos da presente lei aplica-se às autarquias o procedimento disposto no art. 204 e seu parágrafo único da Constituição Federal” (a referência é à Const. de 1946).

(411) Havia debate sobre se o crime, no caso de descumprimento da sentença, seria o de *desobediência* (art. 350, do Código Penal) ou de *prevaricação* (cf. JORGE SALOMÃO, *ob. cit.*, págs. 56-8). Parece preferível esta segunda capitulação, por se tratar de crime praticado por *funcionário público* (cf. SEABRA FAGUNDES, *Contrôle*, pág. 309, nota 10; v. voto de NELSON HUNGRIA, na repres. n.º 211, *D. Just.*, de 16-5-60, fls. 5.087-8; v. *Comentários*, vol. IX, págs. 377 e segs.). O art. 3.º da Lei n.º 5.021, de 1966, considera o descumprimento da sentença, em hipótese que prevê, crime de *corrupção passiva*, nos termos do artigo 317, § 2º, do Código Penal.

(412) O novo Código Penal, em seu art. 359, prevê o crime, praticável por funcionário público, de *desobediência a decisão judicial*, *ipsis verbis*: “Deixar, sem justa causa, de cumprir, ou retardar o cumprimento de decisão judicial. Pena — detenção, de três meses a um ano, e pagamento de cinco a quinze dias-multa”.

(413) Os *beneficiários* ou *destinatários* podem corresponder a um grupo maior ou menor de membros da comunidade (menores, doentes, pobres) e, até mesmo, à comunidade em geral. Cf. FERRARA, *Le persone giuridiche*, págs. 227-8.

Aplicam-se, quando pertinentes, os princípios relativos à situação jurídica dos usuários dos serviços públicos, situação, em geral, *estatutária* ou *regulamentar*, embora possa ser *subjéctiva contractual* (414).

São reconhecidos aos particulares que preencherem os necessários requisitos o *direito de acesso* ao serviço e, uma vez na posição de utentes, o direito de efetivo funcionamento, segundo os princípios da continuidade, da regularidade e da eficiência. Poderão ser usados para garantia de tais direitos remédios administrativos e judiciais.

Com relação ao *acesso ao serviço*, torna-se, por vêzes, necessário procedimento de admissão (415). Em algumas hipóteses, carece o acesso de declaração de vontade, mas, em outras, a utilização do serviço se dá sem necessidade de nenhum requisito prévio, confundindo-se a própria fruição do serviço com a admissão. Finalmente, existem os exemplos de admissão e utilização de serviço prestado por fundação, independente da e, até mesmo, contra a vontade do usuário (416).

Há casos de serviços gratuitos e de serviços remunerados (417).

## CAPÍTULO VII

### *Extinção*

18. Tal como acontece com a sua *criação*, a *extinção* das fundações instituídas pelo Poder Público submete-se a um regime misto, parcialmente de *direito civil*, parcialmente de *direito público*.

A fundação, também, nasce, vive e extingue-se, embora, como pessoa jurídica, seja criada, em princípio, para atingir objetivos cuja consecução dificilmente seria obtida, se baseada na atividade de pessoa física, de vida naturalmente efêmera.

A *extinção* consiste, pois, na eliminação da fundação do mundo jurídico, acompanhada da liquidação do respectivo patrimônio.

Explica MARCELLO CAETANO (418) que a perda da personalidade jurídica pode não implicar, necessariamente, no desaparecimento do substrato: "assim como são coisas diversas a criação do substrato e a outorga ou o reconhecimento da personalidade, também uma coisa é a perda da personalidade, outra o desaparecimento do fato social que estava personalizado". A lei pode pres-

---

(414) Cp. SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Situação Jurídica do Usuário de Serviço Público Concedido*, Rev. Dir. Min. Pb. Gb., n.º 4, págs. 129 e segs.

(415) P. ex., aprovação em vestibular, classificação nas vagas existentes e matrícula, quando se trate de estabelecimento de ensino.

(416) P. ex., vacinação obrigatória, assistência à mendicância.

(417) GASTON JÈZE, *Les principes généraux*, vol. III, págs. 13 e segs.; Cf. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Manuel*, págs. 246-7; MANOEL RIBEIRO, *Direito Administrativo*, vol. 2, págs. 127-9; SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, págs. 75-7; HELY, *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 330; GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, pág. 448.

(418) *Manual*, pág. 173.



crever que o ato que retira a personalidade, extinga o substrato; o desaparecimento dêste extingue a personalidade que lhe fôra outorgada.

Várias são as causas de extinção das fundações, previstas nos arts. 30 do Código Civil e 654 do Código de Processo Civil.

O *vencimento do prazo* ou *implemento de condição resolutive* são causas (419) que podem vir previstas nas leis autorizativas e extinguir fundações privadas instituídas pelo Poder Público, embora, geralmente, sejam elas criadas por prazo indeterminado e para a consecução de objetivos permanentes, consoante disposição muitas vêzes expressa nos respectivos diplomas reguladores (420).

Pessoas administrativas têm sido, entretanto, criadas por prazo certo, ou para atender a objetivos transitórios (421).

A *vontade estatal* é, também, causadora da extinção das fundações que o próprio Estado criou.

Nesta hipótese, a extinção se faz por *lei* ou por *decreto* (422), no último caso, muitas vêzes, com a obediência a certo procedimento previsto nos estatutos, mercê de manifestação de órgãos internos da própria fundação (423).

Outras causas viáveis, em matéria de fundações privadas instituídas pelo Poder Público, são a *impossibilidade de consecução* de seus objetivos, ou de sua *manutenção* (424). A verificação destes fatos, como base para a decretação de sua extinção é, muitas vêzes, entregue a órgãos internos, com fixação de *quorum* para a deliberação.

As demais causas — *nocividade da fundação, ilicitude de seus fins* — são de difícil ocorrência no tocante a fundações oficiais.

É certo que, no caso de fundações co-instituídas, sob o regime do art. 3.º do Decreto-lei n.º 900, de 1969, e que estejam sob o contrôle do Ministério Público, por não estarem submetidas à tutela administrativa, e na eventualidade de a lei autorizadora de sua criação não prever o procedimento para sua extinção, terá cabimento a aplicação das normas civis e processuais civis sôbre a matéria.

18.1. Os diplomas legais e regulamentares sôbre as fundações governamentais, dispõem, expressamente, sôbre o destino dos bens institucionais, na hipótese de extinção.

(419) Cp. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo I, pág. 473.

(420) Cp. art. 1.º, § 1.º, do Decreto-lei est. n.º 193, de 17 de outubro de 1969 (FUNDEPEG).

(421) Cp. Lei mun. n.º 899, de 28-11-57 (SURSAN, criada para durar dez anos, depois mantida a prazo indeterminado pela Lei est. n.º 1.270, de 10-1-67); Lei est. n.º 300, de 3-1-63 (Superintendência do IV Centenário, que em sua criação, já tinha prevista sua extinção automática, após o encerramento oficial das comemorações e da prestação e aprovação das respectivas contas).

(422) Cp. Lei est. n.º 1.045, de 20-8-66 (Fundação Parque do Flamengo) e Decreto est. E n.º 2.385, de 26-9-68 (Fundação Parque do Povo).

(423) Cf. art. 29 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 65.174, de 16-9-69 (LBA), art. 14, o, dos Estatutos aprovados pelo Decreto est. E n.º 3.716, de 11-2-70 (FUNDEPEG).

(424) Cf. art. 28 dos Estatutos aprovados pelo Decreto mun. N n.º 514, de 1.º-7-66 (Fundação Zoobotânica do Distrito Federal).

Em geral, há o que OTTO MAYER chama (425) o *direito de retorno* (*Heimfallsrecht*) dos bens à comunidade-mãe (426).

Por vêzes, é prevista, todavia, a incorporação do acervo a outra entidade (427).

18.2. É possível, finalmente, a *transformação* da fundação, a *novação de personalidade*, compreendendo as hipóteses de mudança de fim, fusão, incorporação, conversão em associação, em autarquia. Pode ser transmudada, também, em órgão da Administração Direta, perdendo, destarte, sua personalidade. Para tais fatos, há necessidade de embasamento legal.

(425) *Derecho Administrativo Alemán*, vol. 4, pág. 335.

(426) Cp. art. 19 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 62.455, de 22-3-68 (MOBRAL); art. 14 do Decreto-lei est. n.º 193, de 17-10-69 (FUNDEPEG). V. *Rev. For.*, n.º 76, pág. 461.

(427) Cp. art. 16 do Decreto-lei n.º 179, de 16-2-67 (FIRTOP).