

— *Acumulação de cargo, função ou emprego. Fundação instituída pelo poder público.*

— *Nem toda fundação instituída pelo poder público é fundação de direito privado.*

— *As fundações instituídas pelo poder público que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos estados-membros, por leis estaduais são fundações de direito público e, portanto, pessoas jurídicas de direito público.*

— *Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2º do art. 99 da Constituição Federal.*

— *São, portanto, constitucionais o art. 2º, § 3º, da Lei nº 410, de 12 de março de 1981, e o art. 1º do Decreto nº 4.086, de 11 de maio de 1981, ambos do Estado do Rio de Janeiro.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário nº 101.126

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro

Recorridos: Alcenir de Azevedo e outros

Relator: Sr. Ministro MOREIRA ALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformida-

de da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 24 de outubro de 1984. — *Moreira Alves*, Presidente e Relator.

COMENTÁRIO

FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO

1. A *Revista de Direito Administrativo* (158:76 e segs.) publicou comentário, de nossa autoria, ao acórdão, de 30.03.84, do egrégio Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma) no Recurso Extraordinário nº 101.127-RJ (Relator: Sr. Ministro Oscar Corrêa), em que se discutiu, tal como no recurso cuja decisão ora é comentada, a constitucionalidade do art. 2º, § 3º, da Lei estadual fluminense nº 410, de 12 de março de 1981, que estendeu “às fundações instituídas ou

O Sr. Ministro Moreira Alves: É este o teor do acórdão recorrido (fls. 135-9 v.).

“Acorda o órgão especial, por maioria de votos, decretar a inconstitucionalidade do art. 2º, § 3º, da Lei estadual nº 410/81 e o art. 1º do Decreto nº 4.086, concedendo a segurança.

1. Dispõe o art. 2º, § 3º, da Lei nº 410, que veio a reajustar os vencimentos, salários e proventos dos servidores civis do estado, que

‘Fica extensiva às fundações instituídas ou mantidas pelo poder público estadual a legislação pertinente à acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos, devendo as situações funcionais abrangidas ser regularizadas, mediante opção, no prazo de 60 dias.’

Executando esse dispositivo legal, foi expedido o Decreto nº 4.086, determinando que a opção fosse dirigida ao Sr. Secretário de Estado de Administração no prazo de 10 dias.

Os impetrantes, porém, insurgem-se contra essas normas, taxando-as de vulneradas do art. 99 e seu § 2º, da Constituição Federal, razão pela qual pretendem a concessão de mandado de segurança, a fim de que não sejam forçados a deixar de lecionar na Fundação de Amparo à Pesquisa do Es-

tado do Rio de Janeiro, não obstante exerçam já dois outros cargos públicos em regime estatutário, salvo dois deles, que são simplesmente contratados.

O estado opôs-se à segurança, sustentando que as fundações mantidas com o seu auxílio pecuniário estão sujeitas a seu controle, o que lhe dá o direito de definir a melhor conveniência administrativa desses órgãos e criar, como o fez, por lei ordinária, proibições de acumulação não previstas na Constituição.

2. É de ressaltar, desde logo, a redação manca do questionado § 3º, do art. 2º, da Lei nº 410.

O dispositivo foi enxertado, sem qualquer razão lógica, em lei reguladora de vencimentos, o que demonstra o seu alcance meramente político.

Ademais, o parágrafo não esclarece a qual legislação reguladora das acumulações se refere.

Parece, porém, que a imperfeição legislativa deve ser completada com a suposição de que se pretendeu estender às fundações a regra do art. 99 da Constituição Federal vigente.

3. Inicialmente, cumpre reconhecer que a Lei nº 410, no seu art. 2º, § 3º, e o Decreto nº 4.086 não poderiam vulnerar o art. 99 da Lei Maior, destinado a regular acumulação de cargos públicos.

mantidas pelo poder público estadual a legislação pertinente à acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos”, tendo determinado o mesmo dispositivo que deveriam “as situações funcionais abrangidas ser regularizadas, mediante opção, no prazo de 60 dias”. Posteriormente, pelo Decreto RJ nº 4.086, de 11 de maio de 1981, o poder executivo tratou da comunicação, à Secretaria de Estado de Administração, das opções em tela.

O Tribunal de Justiça estadual, através de seu Órgão Especial, decretou, naquele processo, a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, sob o fundamento de que não pode a legislação ordinária dispor, a seu nível, “sobre matéria constitucionalmente regulada. Realmente, se a Constituição veda a acumulação de cargos em sociedades de economia mista e empresas públicas, que, tal como as fundações, são pessoas jurídicas de direito privado, e não incluiu na

Os professores contratados pelas fundações não são servidores públicos, não se lhes aplicando, pois, dispositivo inserto na seção VII, do capítulo VII, do título I, da Constituição vigente que tem como rubrica 'Dos funcionários públicos'.

4. As fundações sempre foram conceituadas como pessoas jurídicas de direito privado, constituindo-se, antes do direito codificado, como associações ou corporações (ver Carlos de Carvalho, art. 156).

Clóvis, com a erudição costumeira, explica que as fundações surgiram no direito romano, desenvolvendo-se o seu conceito por inspiração canônica e, mais tarde, pelo direito alemão (*Teoria geral de direito civil*, p. 159). Acrescenta o mestre que as fundações se alinham ao lado das sociedades civis e comerciais como pessoas de direito privado (ob. cit. p. 161).

É verdade que alguns juristas, sensibilizados pelo auxílio estatal prestado a algumas das fundações, pretendem incluí-las na conceituação de sociedade autárquica (Cotrim Neto, *Direito administrativo da autarquia*, 1966, p. 168).

Objeta, porém, com inteiro acerto, Hely Lopes Meirelles que não há fundamento para acolhimento dessa tese, embora, ao ver do eminente doutrinador, deve essa pessoa jurídica de direito privado ser reconhecida como órgão cooperador de atividades origi-

nariamente atribuídas ao Estado (*Direito administrativo brasileiro*, 8. ed. atualizada, p. 352).

A natureza privada das fundações é defendida veementemente por Caio Tácito (*Revista Forense*, 205/417 e *Direito administrativo*, 1975, p. 309), Guimarães Menegale (*Direito administrativo*, 1/106), Temístocles Brandão Cavalcanti (*Tratado de direito administrativo*, 1949, IV/164) e Seabra Fagundes (*Revista de Direito Administrativo*, 78/1), dentre outros.

Todavia, é de reconhecer que a tênue resistência doutrinária a esse conceito foi suplantada pela opção legal dos arts. 5º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e 3º do Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969.

Segundo esses dispositivos, as fundações não integram a administração indireta, embora estejam, em certos casos, sujeitas à supervisão do Poder Executivo, equiparando-se às empresas públicas, para os únicos efeitos de organização administrativa (art. 4º, § 2º, do Decreto-lei nº 200).

O art. 99, § 2º, da Constituição, excluindo as fundações da sua enumeração, veio reafirmar não integrarem elas a administração indireta do estado.

Assim sendo, não é de cogitar-se da aplicação do art. 99 da Constituição à hipótese, nem da inconstitucionalidade da lei e do

vedação, como podia fazê-lo, as fundações, é óbvio e claro que estas estão excluídas da vedação (...) Ampliar a norma constitucional, no aspecto, é restringir o direito individual assegurado pela mesma Constituição ao trabalho livre, ao livre exercício da profissão, o que só a nível constitucional seria lícito fazê-lo".

O eminente relator do recurso extraordinário, na Primeira Turma do excelso pretório, Ministro Oscar Corrêa, considerou que não é inconstitucional o art. 2º, § 3º, da Lei n.º 410/81 do estado do Rio de Janeiro, afirmando que tal disposição "se afina com as normas constitucionais a respeito, bem aplicando o art. 99, § 2º, da Constituição Federal".

O Ministro Rafael Mayer divergiu do relator, entendendo que a interpretação por ele dada "ao preceito constitucional é ampliativa do seu alcance. A norma

decreto, como afrontosos ao art. 99 da Lei Maior.

5. O mandado, porém, deve ser concedido com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2º, § 3º, da Lei nº 410 e do art. 1º do Decreto nº 4.086 sob outro aspecto, pois, sem essa nódoa, esses dispositivos, que não foram revogados, teriam que ser aplicados, vedando o sucesso da demanda.

6. Mas o art. 153 da Constituição, ao alinhar os direitos e garantias individuais, reconheceu, no § 23, que é

‘Livre o exercício de qualquer trabalho, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.’

Portanto, a liberdade de exercício de trabalhar só pode sofrer restrições por razões de capacidade ou por imposição da própria Constituição, como ocorre relativamente à legislação trabalhista (art. 165), ou aos servidores públicos (art. 99).

No caso, não se vislumbra qualquer razão para a restrição. O legislador ordinário, por razões não desvendadas, não se opôs que seus servidores lecionassem em estabelecimentos outros, pretendendo apenas que os professores não exerçam suas atividades em fundações. Ignora-se a razão da discriminação, mesmo porque a lei e o decreto questionado, ao que consta, não foram aplica-

dos sequer à Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Em país de escassez de professores e de mão-de-obra categorizada, é inadmissível a proibição que só favorece a florescência de professorado bisonho.

7. É de destacar que conceituados administrativistas, sem enfrentar o problema criado pela infeliz Lei nº 410 promulgada na área estadual, sustentam a possibilidade da acumulação.

Observam esses juristas que, se o legislador constitucional tivesse outro escopo, teria alinhado, no § 2º, do art. 99, as fundações ao lado das autarquias, empresas públicas e sociedade de economia mista (Meirelles, Hely Lopes, ob. cit. p. 354; Tácito, Caio, *Direito administrativo*, p. 309).

8. Por todas essas razões, decretou o Tribunal a inconstitucionalidade pleiteada pelos professores, certo de que, assim o fazendo, estava atendendo aos mais relevantes interesses da coletividade.

Rangel de Abreu, com voto vencido.

Graccho Aurélio, com a declaração de voto em separado.

Paulo Dourado de Gusmão, com declaração de voto datilografada.

Basileu Ribeiro Filho, votei com a douta maioria pelas mesmas razões da declaração de voto do eminente Des. Dourado de Gusmão, que peço vênua para subscrever.

é exceptiva e, sendo exceptiva, não podemos ampliá-la. Se o artigo da Constituição enumera quais são as entidades e não inclui as fundações, as fundações não estão incluídas”.

O recurso veio, no entanto, a final, a ser provido, por unanimidade, não obstante a diversidade de fundamentos, que incluíram aspectos outros, como os que diziam respeito à incidência, *in casu*, do art. 24 do Código Civil e do art. 24, II, da Lei Complementar federal nº 40, de 14 de dezembro de 1981.

Reportamo-nos, neste passo, àquele comentário, no qual ousamos divergir da orientação da colenda Suprema Corte, quanto a todos esses aspectos.

Afirmamos, naquele ensejo:

“Consideramos que, efetivamente, o instituto da acumulação de cargos é de natureza constitucional, sendo certo que o que o § 3.º do art. 99 da CF prevê

Ivânio Caiuby, *data venia*, subscrevo em todos os seus termos, o voto do eminente Des. Olavo Tostes Filho, entendendo, porém, também inconstitucional o artigo de lei, que determina pura e simplesmente a opção em determinado prazo, sem atender aos direitos já consolidados dos impetrantes.

Felisberto Ribeiro, vencido, com o voto em separado.

Representação vencida, pelos fundamentos do voto brilhante do eminente Des. Felisberto Ribeiro."

Houve várias declarações de votos vencedores e vencidos, *verbis* (fls. 140-57 v.):

"Declaração de voto

A proibição de acumular é de cargos ou funções públicas. Ora, as fundações, mesmo que instituídas pelo poder público, são pessoas jurídicas de direito privado e, assim, nas fundações inexistente cargo ou função pública. Por outro lado, as exceções ao princípio geral que veda acumulação de cargos e de funções públicas, são as estabelecidas nos incisos I a IV, do art. 99, da Constituição Federal. Essas é que podem ser ampliadas por força do § 3º do referido artigo. O referido § 3º admitiu a ampliação das exceções, e não das proibições de acumular. O § 2º, taxativamente, prescreve estender-se às autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista a proibição de acumular, mas não inclui entre as mes-

mas as fundações. O § 3º, do art. 92, da Constituição estadual repete a mesma regra. A fundação não se confunde com os entes jurídicos taxativamente indicados no § 2º, do art. 99, da Constituição Federal, e, conseqüentemente, no § 3º, do art. 92, da Constituição estadual. Os parágrafos supracitados, de forma imperativa, estabelecem os entes jurídicos em que impera a proibição de acumular cargos, não podendo ser ampliada, por lei ordinária, para incluir as fundações por se tratar de norma restritiva de direitos (§ 23, do art. 153, da Constituição Federal), principalmente do direito a cargo público, na forma prevista no art. 97 da Constituição Federal. Por outro lado, o § 2º, do art. 99, da Constituição Federal conferiu exclusivamente ao presidente da República, e não aos governadores, a competência para ampliar as exceções previstas nos citados incisos, e não nos parágrafos indicados acima. A Constituição estadual, por isso, não estabelece regra análoga. Mas, note-se: ampliar, exclusivamente, exceções ao princípio da proibição de acumular cargos ou funções públicas, o que equivale dizer, competência para estabelecer casos em que é possível a acumulação. Concluindo, *in casu*, trata-se de emprego em fundação, que não está compreendida no § 2º, do art. 99, da Constituição Federal, nem no § 3º, do art. 92, da Constituição estadual, entre os

é que lei complementar federal, de iniciativa privativa do Presidente da República, possa vir a estabelecer novas exceções à proibição de acumular, e não estender a outras hipóteses a vedação cumulativa.

É de lembrar-se que a Consultoria-Geral da República (Parecer I-032, de 23 de abril de 1970, aprovado pelo Sr. Presidente da República, *DOU* de 4.5.70, p. 3.196-8) reconheceu que 'às fundações supervisionadas não se aplicam as normas sobre acumulação de cargos', salientando que 'ampliar o texto constitucional que trata da espécie é defeso, máxime em matéria de acumulação, cuja rigidez das regras constitucionais deve ser observada em todos os sentidos' (cf., no mesmo sentido: Tácito, Caio. *Boletim UEG*, maio 1968, p. 38 e segs.).

Em embargos de divergência opostos ao acórdão comentado citou o impetrante acórdão da Segunda Turma do mesmo Supremo Tribunal Federal (rela-

entes jurídicos em que prevalece a proibição de acumular. Eis a razão de ter acolhido a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º, § 3º, da Lei nº 410, de 1981, e do Decreto nº 4.086/81.

Declaração de voto

Com a devida vênia, apartei-me do ponto de vista da maioria, pois não divisei ilegalidade na lei estadual que estendeu às fundações mantidas pelo poder público estadual a legislação pertinente à proibição de acumulação de cargos, funções ou empregos.

Por isso que são mantidas ou custeadas pelos cofres públicos, as entidades a que a citada lei se refere não são propriamente fundações, as quais presumem um patrimônio suficiente a permitir uma autonomia financeira, ainda que subvencionada.

Não é certo, por outro lado, que as fundações instituídas pelo estado estejam excluídas necessariamente da regra do art. 99, § 2º, da Constituição Federal. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, 'a fundação que é pessoa de direito público, é espécie do gênero autarquia; autarquia é expressão ampla que abrange todos os seres de direito público e decorre do caráter público de uma pessoa jurídica (Fundação pública, *Revista dos Tribunais*, v. 338/72).

De todo modo, sendo a fundação instituída por lei, o legislador tem ampla liberdade de instituir e regular o regime jurídico de

seu pessoal, notadamente o de estender-lhe as regras gerais relativas a outros servidores públicos. Todos os autores são coincidentes ao assinalar o papel fundamental da lei que institui ou autoriza a criação das fundações. Conforme Sérgio de Andréa Ferreira 'a criação pelo poder público, de uma pessoa jurídica, seja de direito público, seja de direito privado, exige a edição de um ato legislativo formal, porquanto se trata de dar à luz uma nova pessoa jurídica, com a destinação de recursos financeiros e com a outorga àquela, de encargos estatais' (*As fundações de direito privado instituídas pelo Estado*, p. 71 e 72). Essa lição emitida pelo eminente Prof. Andréa Ferreira vem endossada por Caio Tácito (*Sociedades comerciais e fundações do Estado. Revista Forense*, v. 206, p. 417), Carlos Medeiros Silva (*Autarquias estaduais e municipais, Revista de Direito Administrativo* nº 36, p. 4), Agamenon Magalhães (*Revista de Direito Administrativo*, n. 2, p. 802), Manoel Maria Díez (*Derecho administrativo*, v. II, p. 90-1) e Enrique Sauzaguès Saso (*Tratado de derecho administrativo*, v. I, p. 245).

Por isso, não é lícito subtrair ao legislador ordinário o poder de instituir e de alterar o estatuto dos funcionários das fundações, inclusive o de exigir-lhes dedicação integral, praxe que, como assinalam as informações da ilustre autoridade apontada como coato-

tor: Ministro Orozimbo Nonato; *DJU* de 13.4.53, p. 1.085-7), que, quanto às normas constitucionais sobre acumulação de cargos, decidiu que 'não há como dar ao preceito vedativo extensão maior da marca'. Aduziu, ainda, referência a dois acórdãos em que se reconheceu a de emprego ocupado desde antes do surgimento da vedação da acumulação com outra função (*RTJ*, 33:339-40, 45:214-8)."

Ademais, é de sublinhar-se que os dispositivos alvejados só estendiam a vedação de acumulação às fundações estaduais, não alcançando, portanto, a situação dos servidores estaduais que fossem também empregados de entidades fundacionais federais ou municipais.

Tudo isso leva, parece-nos, à irrefutável conclusão de que a vedação não se poderia inserir no instituto da *acumulação de cargos*, de sede constitucional, mas

ra, tem sido permitida até mesmo no mercado de emprego particular, para maior eficiência da atividade laborativa exigida ao assalariado.

Ainda que não abrangidas as fundações pela proibição de acumular, constante da Constituição Federal, nada impedia, portanto, que o poder público estabelecesse unilateralmente, através de lei, o mesmo impedimento para os seus servidores.

Também não havia ilegalidade na assinatura de prazo para que os impetrantes manifestassem a opção pelo emprego nas fundações, ou por outra qualquer função pública que exercessem, em outros órgãos ou departamento da administração direta.

É que, se preferissem continuar ao serviço das fundações, a sua vinculação a estas não seria afetada.

A ilegalidade consistiu no propósito de desligá-lo do serviço sem considerar os direitos decorrentes do exercício do cargo até então. Se a lei estadual *estendeu* a proibição de acumular às fundações, reconhecendo, implicitamente, que até então o cúmulo era o tolerado e não infringente de outras disposições vigentes, a despedida só poderia ocorrer mediante procedimento próprio, pelo menos quanto aos contratados pela CLT.

Por esse motivo só reputo ilegítimo o decreto que positivou o propósito de despedir, sem lhes assegurar as prerrogativas es-

tatutárias e trabalhistas de que desfrutavam, até a inovação introduzida pela Lei estadual nº 410.

Des. Wellington Pimentel.

Declaração de voto

Acompanhei a douta e ilustrada maioria para declarar a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 2º, da Lei estadual nº 410, de 12 de maio de 1981, e, bem assim, do Decreto nº 4.086, de 11 de maio do mesmo ano, que regulamentou o referido dispositivo de lei.

A questão depende, para ser deslindada, da identificação da natureza jurídica das fundações especiais, entre as quais as de ensino, e sua colocação diante do sistema de órgãos da administração.

Em valioso estudo, o Prof. Sérgio Andréa dá notícia de que, 'já em 1891, a Faculdade de Direito de São Paulo era uma fundação oficial. Civilistas do período precodificado, como Lacerda de Almeida, e os primeiros comentadores do Código Civil, como Clóvis Beviláqua, Espínola Filho trataram amplamente das fundações civis instituídas pelo poder público.

Foi na década de 40 que se desenvolveu, sobremodo, a criação dessas fundações, sendo de citar a Fundação Getúlio Vargas, a Fundação da Casa Popular, a Fundação Brasil Central. A partir de 1960 novo surto criativo de fundação do estado teve lugar,

da mera *proibição* funcional, de nível de legislação ordinária, decorrente de opção política interna do governo estadual, e, por isso, só abrangente de entes a ele vinculados. Em decorrência, somente poderia prevalecer *ex nunc*, para impedir, de então em diante, o início dos exercícios concomitantes proibidos, não podendo atingir as situações já consolidadas, protegidas pela garantia contida no art. 153, § 3º, da Constituição Federal.

Aduzimos, naquele comentário, a seguinte informação:

“Cabe anotar que a Lei n.º 410/81, na parte em questão, produto de fatores políticos e pessoais momentâneos, nunca foi executada.

Mais recentemente, o Projeto de lei n.º 197/83, de autoria do Deputado Flores da Cunha, revogava os dispositivos em questão.

sendo que esta tendência se mantém até hoje, quer no nível federal, quer no âmbito local. Fundações universitárias, como a de Brasília, a do Estado do Rio de Janeiro; a Fundação do Bem-Estar do Menor; a Fundação de Engenharia do Meio-Ambiente, e numerosas outras têm sido criadas.

No regime do Decreto-lei nº 200/67, essas fundações eram *peessoas administrativas*, integravam a administração pública. O art. 3º do Decreto-lei nº 900/69, no entanto, as retirou da administração pública, fazendo-as antes de cooperação' (Andréa, Sérgio, *Direito administrativo didático*).

Armando Marinho e Zairo Lara Filho afinam no mesmo diapasão. Assim é que, após afirmarem que o Decreto-lei nº 200, de 1967 retirou as fundações instituídas por lei do rol dos integrantes da administração, arrematam: 'Assim, segundo o texto expresso da lei, são pessoas jurídicas de direito privado, com todos os seus atributos e características' (*Programa de direito administrativo*, p. 208).

Extreme de dúvida a natureza de pessoa privada das fundações instituídas por lei, verificado que têm elas todos os atributos e características de instituições privadas, não há como pretender que a acumulação de cargo de professor em uma entidade de tal natureza se situe no âmbito da limitação constitucional.

Não se diga que a enumeração constante do § 2º, por não ser exaustiva, abrange as fundações de direito privado.

Certo que a enumeração não deve ser tida como *numerus clausus*, mas dela se infere que a restrição diz respeito aos órgãos da administração, centralizada ou descentralizada.

Desse âmbito, entretanto, estão excluídas as fundações, pois deixam de ser pessoas administrativas, por força do art. 3º do Decreto-lei nº 900, de 1969 e passaram a ter a natureza de entes privados, órgãos de cooperação.

Não tem, por outro lado, maior relevo o fato de só mais recentemente ter ocorrido a transformação das universidades e outras instituições de ensino em fundações, pois, como já aludi, desde 1891, a Faculdade de Direito de São Paulo era uma fundação oficial.

A Lei nº 410, ao pretender ampliar a entidades de natureza privada, não integrantes da administração, mas cooperadoras dela, como de resto as próprias sociedades privadas que atuam em atividades públicas, é manifestamente inconstitucional, direta e indiretamente.

Houvesse pois o poder constituinte querido abranger as fundações, o teria feito com a edição da Emenda Constitucional nº 1, ou

O Sr. Governador do Estado vetou o projeto (DO de 20.11.83, parte 2, p. 3), por entender que seria hipótese de iniciativa privativa do Governador do Estado, já que o objeto era o regime jurídico dos servidores estaduais.

Ressalvou, porém, de modo expresso, as situações preexistentes, ao explicitar que 'o grande alcance do projeto', o de 'preservar situações já constituídas', seria 'atingido na aplicação da lei pela administração do Estado, que levará em consideração tais motivações'."

2. O acórdão prolatado no Recurso Extraordinário n.º 101.126-RJ (Relator o Sr. Ministro Moreira Alves), objeto do presente estudo, o foi por unanimidade de votos, em sessão plenária do excelso pretório, em 24.10.84, e reafirma a constitucionalidade dos dispositivos locais em foco.

por emenda específica, tantas são as emendas à nossa Constituição.

Voto vencido

Em temas de acumulação de cargos públicos a regra é não poder acumular.

‘É vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas’, diz a Constituição Federal (art. 99).

Mas há as exceções, ditadas sempre pela Magna Carta.

Quais são elas? I — a de juiz com um cargo de professor; II — a de dois cargos de professor; III — a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; ou a de dois cargos privativos de médico (incisos I a IV do artigo citado).

Outrossim, continua a Lei Maior: ‘a proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista’ (§ 2º do artigo citado).

Outras exceções à proibição de acumular, restritas a atividades de natureza técnica ou científica ou de magistério, poderão ser estabelecidas no interesse do serviço público, através de lei complementar, de iniciativa do presidente da República (§ 3º, ainda do artigo citado).

Qual a hipótese dos presentes autos?

Os impetrantes, exceto dois deles — Hil-diberto Ramos Cavalcanti de Albuquerque Junior (fls. 29-31) e Maria Lúcia de Maga-

lhães (fls. 45 e 47), que exercem um desses cargos como contratados (Docs. n.ºs 3 e 6) — são detentores de dois cargos públicos e vieram a ser nomeados para um terceiro cargo na Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (Faperj).

A Lei nº 410, de 12 de março do corrente ano, estendeu às fundações instituídas ou mantidas pelo poder público estadual a legislação pertinente à acumulação remunerada de cargos, funções, ou emprego.

E pelo Decreto nº 4.086, de 12 de maio também deste ano, foi marcado prazo para as opções referidas na apontada Lei nº 410.

Os impetrantes não concordaram, firmes no argumento de que a lei é inconstitucional, porque dilargou o campo de exceções em que pode incidir a proibição das acumulações.

Eles acham que podem acumular não só os *dois*, mas os *três* cargos de professor que atualmente detêm, pois a fundação não está incluída na vedação constitucional relativa à matéria das acumulações.

A regra constitucional não se afigura afrontada, na hipótese versada nos presentes autos.

Nem a exceção relativa aos cargos de professor, pois a Constituição dita expressamente que pode dar-se a acumulação de *dois* desses cargos (art. 99, inciso II).

Trata-se de outro mandado de segurança, impetrado agora por servidores da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro — Faperj (no caso anterior, a entidade fundacional era a Fundação Estadual de Educação do Menor — Feem-RJ), também concedido, por maioria de votos, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça local, que, uma vez mais, proclamou a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, “em face do que dispõe o § 23 do art. 153 da Constituição Federal” e acrescentando:

“As fundações não integram a administração indireta, não sendo aplicável a seus servidores a proibição do art. 99, § 2.º, da Constituição Federal.”

3. A decisão ora comentada invoca fundamento diverso do da anterior, para concluir pela constitucionalidade da vedação estabelecida abrangente das fundações, fundamento esse traduzido no seguinte trecho do voto do eminente relator:

Ora, os impetrantes vinham acumulando e não lhes foi proibido acumular os dois cargos de professor.

A vedação que a lei estadual ditou foi acumular um terceiro cargo também de professor.

Que terceiro cargo é esse?

É aquele exercido na Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (Faperj).

Essa fundação, a rigor, é um órgão eminentemente estatal. Instituída pelo poder público do estado, 'para gestão de serviços ou atividades de interesse coletivo ou de utilidade pública', conforme esclarece a autoridade apontada como coatora.

É uma entidade intimamente ligada à atividade estadual.

Foi criada por lei.

Seu patrimônio é constituído com bens do estado, do qual também recebe subvenção financeira.

A tutela governamental em relação a ela é absoluta.

Nela há gestão de bens e de serviços públicos e seus dirigentes são nomeados pelo estado.

O excelente e moderno administrativista Cretella Junior, em estudo minucioso sobre as fundações, é peremptório ao afirmar: 'a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo foi criada pela Lei nº 5.918,

de 18 de outubro de 1960, como pessoa jurídica de direito público (...) (Curso de direito administrativo, p. 65).

Não é outro o entendimento do também renomado e moderno administrativista Miguel Reale: 'Pois bem, se examinarmos a Fundação de Amparo à Pesquisa à luz de seus objetivos, entra pelos olhos o seu caráter iniludivelmente público, a começar pelo assento legal que lhe dá origem, o art. 123 da Constituição de São Paulo, de 1947' (Direito administrativo, p. 25).

E mais: 'Ora, uma entidade com tais características não pode senão ser reputada pessoa de direito público, subordinada aos preceitos da lei que determinou a sua instituição, assim como do regulamento que vier a ser expedido' (op. cit. p. 26).

Ele encerra: 'Em conclusão, quer parecer-me fora de dúvida que a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo é pessoa jurídica de direito público, embora de tipo ou modelo privado, não sujeita às normas do Código Civil, mas sim, à lei e aos regulamentos baixados pelo estado' (op. cit. p. 27).

Isto mesmo é de se dizer da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pois ela e a de São Paulo são congêneres, resultantes ambas, de ver-se, de preceito constitucional da Carta Magna dos dois estados.

"1. O acórdão recorrido, partindo da premissa de que toda fundação instituída pelo Poder Público é pessoa jurídica de direito privado, negou que a lei estadual em causa, ao estabelecer a proibição de acumulação, tenha violado o art. 99 da Constituição Federal, porquanto esse dispositivo não se aplicaria a tais fundações que são, sempre, pessoas jurídicas de direito privado, mas declarou a inconstitucionalidade do § 3.º do art. 2.º da Lei estadual nº 410/81, por entender que eles ofendem o princípio da liberdade de trabalho estabelecido no art. 153, § 23, da mesma Constituição.

2. Sucede, porém, que no caso sob julgamento, a fundação em causa — Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (Faperj) — não é fundação de direito privado instituída pelo Poder Público, mas, sim, fundação de direito público."

Aliás, até o emérito Clóvis Bevilacqua, há mais de cinquenta anos, cuidando das fundações criadas pelo estado para fins de instrução pública superior e secundária, assim doutrinou, já naquela remotíssima era: 'Esses institutos de ensino são *fundações submetidas às regras especiais* do regulamento que as criou(...)' (grifos nossos) (*Código Civil comentado*, v. I, p. 234, com. ao art. 24).

Os cargos exercidos nas fundações, em princípio não são cargos públicos. Mas eles podem passar a ostentar esta característica, conforme seja a fundação.

Caso típico é o da hipótese versada nestes autos.

Aqui, pelas características da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (Faperj), por óbvio, deve estar reservado ao estado o direito de definir segundo a melhor conveniência administrativa, esse problema de admissão do seu pessoal. Inclusive o estado pode até ditar o regime de trabalho que melhor lhe convenha, instituindo mesmo o regime de dedicação exclusiva, do qual resultará por via oblíqua a impossibilidade de acumular cargos.

O estado conferiu por lei o atributo de pública à fundação por ele criada e agora lhe impõe um regime jurídico especial.

Podia e pode fazê-lo (cf. Cretella Junior, op. cit. p. 51).

A fundação criada tem por escopo a satisfação de um alto interesse público, isto é, interesse que é do estado. Então, nada recomenda que quem ali trabalhe não possa dedicar parcela substancial de seu tempo à Fundação, o que se dará se seus professores passarem a acumular diversos cargos e empregos, todos públicos.

A *fundação de direito público*, é Cretella Junior que afirma: 'só nos últimos tempos recebeu entre nós, tratamento sistemático rigoroso, a ponto de situá-la, sem sombra de dúvida, no âmbito do direito administrativo' (op. cit. p. 61).

Ela passou a ser uma realidade aceita por autoridades incontestes, nacionais e estrangeiras (op. e aut. cit. p. 62).

Não se pode ver na inacumulabilidade imposta aos impetrantes, por seu empregador, ofensa a qualquer preceito constitucional.

A proibição de acumulação como regra adotada pelo direito constitucional brasileiro agasalha os melhores preceitos em favor do bom desempenho dos cargos públicos.

As exceções não podem, de jeito nenhum, afastar essa regra salutar, em benefício de uns poucos e prejuízo de uma grande legião.

Nem o legislador ordinário está impedido de ampliar o elenco das vinculações proibidas, que é a regra constitucional, conforme ficou dito; o que ele não pode é ampliar justamente as 'exceções' à proibição de

Mais adiante, ainda afirmou:

"Não há dúvida, portanto, que a Faperj é fundação de direito público e, portanto, segundo a melhor doutrina, pessoa jurídica de direito público, subordinada aos preceitos da lei que determinou sua instituição, e não sujeita às normas do Código Civil."

4. Ousamos divergir da fundamentação expendida, que contraria toda uma longa tradição interpretativa da doutrina e da jurisprudência brasileiras.

Dentro dessa linha, temos sustentado, em nossos numerosos trabalhos sobre o tema (*As fundações de direito privado instituídas pelo Estado*. Rio, 1973; *A fundação na organização administrativa brasileira. Justitia*, 2:327, 1973; *As fundações na organização administrativa municipal. Arquivo do Ministério da Justiça*, 141:75; *As fundações na organização administrativa brasileira. Justitia*,

acumular, tarefa reservada exclusivamente ao Sr. Presidente da República, através de lei complementar (art. 99, § 3º, da Constituição).

Nem isso foi feito pela autoridade imputada.

O mencionado § 3º não fechou a porta à criação de casos novos de proibição de acumular, pelo que, no seu espelho não reflète a hipótese formulada nestes autos pelos impetrantes.

Ora, se a Constituição é expressa ao admitir, como exceção, se acumulem dois cargos de professor, como é que em vez de dois os impetrantes podem acumular três dos ditos cargos, conforme pretendem?

No correntio dos dias atuais está-se tornando até rotineira a proibição imposta pelo empregador mesmo particular aos seus empregados de acumular empregos.

É a imperiosidade do tempo, acarretando a complexidade das funções que só por si absorvem toda a atividade de que é capaz a pessoa humana.

Nem se diga, por último, que a pessoa jurídica de direito privado, qual a Faperj, não pode ser incluída no princípio da acumulação proibida. Tal não se dá. É a própria Constituição que, no seu art. 99, § 2º, estende às sociedades de economia mista e empresas públicas, que são pessoas jurídicas de direito privado, a proibição de

acumular; diz o apontado inciso constitucional: art. 99, § 2º — 'A proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.'

Conforme acentua com todo acerto o Dr. Procurador da Justiça, 'as fundações instituídas pelo poder público, inda que antes privados, são, pelas características legais de sua instituição e funcionamento (art. 3º do Decreto-lei nº 900/69) verdadeiras empresas públicas atípicas, face à tutela governamental a que estão sujeitas, que abrange desde a constituição de sua administração e respectivo controle' (fls. 109).

Na linha desse raciocínio, não só a proibição ditada pela lei estadual não é inconstitucional, como também não encontra amparo legal a pretensão de todos os impetrantes, inclusive os que mantêm com o estado vínculo só contratual, de acumularem três cargos de professor na pública administração estadual.

Foram estas as razões que me levaram a denegar a segurança, *data venia* da douta maioria.

Voto vencido

Toda relação jurídica de que participe o estado é em princípio uma relação jurídica de direito público e, assim, sujeita de algum modo ou em certa medida à tutela do direito público, que é aquele que diz respeito ao

96:39; A intervenção do ministério público nas fundações. *Rev. de Dir. do MP-RJ*, 3:219; *O ministério público e as fundações instituídas pelo Estado*. Tese. 1972; A instituição das fundações pelo Estado e o princípio da prévia autorização legal. *Rev. Dir. do MP-RJ*, 6:102; *Direito administrativo didático*. 3. ed. Forense, 1985. p. 82-3; *Código de direito administrativo*. Rio, 1985. p. 69 e segs.), que as *fundações governamentais supervisionadas*, vinculadas ao poder público, mas excluídas da sua administração indireta (arts. 2º e 3º do Decreto-lei federal nº 900, de 29 de setembro de 1962; 262 da Lei RJ nº 287, de 4 de dezembro de 1979), são pessoas jurídicas de direito privado, embora instituídas pelo governo, integrando a chamada *paradministração*, produto da *descentralização por cooperação*, sendo, por isso, *entes de cooperação, cooperadoras da administração pública*, e não *pessoas administrativas*.

estado. As fundações públicas, não obstante a sua personificação jurídica, acham-se existencial e juridicamente relacionadas com o estado, e, portanto, sujeitas às normas fundamentais do direito público, dentre as quais se incluem, no direito brasileiro, as consubstanciadas no art. 99 da Constituição Federal, que proíbe, salvo as exceções por ele previstas, a acumulação de cargos, funções ou empregos, tanto na administração direta como na indireta, como claramente se percebe.

Desinfluyente, portanto, por um lado, não ter o texto constitucional se referido expressamente às fundações públicas, e, de outro, ter o Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, declarado não constituírem elas entidades da administração indireta, se, como se disse, jurídica e existencialmente relacionadas com o estado, e, desta forma, cogentemente sujeitas à proibição constitucional, em não ocorrendo a hipótese prevista no § 3º do citado art. 99.

O Prof. J. Cretella Jr., ao definir a fundação de direito público como a 'afetação por uma pessoa pública de um patrimônio a um serviço público personalizado, criado por pessoa pública, com regime jurídico próprio, informado por princípios de direito público', acrescenta ser esta a realidade aceita pela melhor doutrina internacional e pela mais

autorizada doutrina brasileira (*Curso de direito administrativo*, 3. ed., p. 49).

Por tais razões, não vislumbrei a alegada inconstitucionalidade do disposto no § 3º do art. 2º da Lei estadual nº 410, de 12 de março de 1981, e deneguei, conseqüentemente, a requerida segurança, acompanhando, por seus lúcidos fundamentos, o voto do eminente Desembargador Felisberto Ribeiro (fls. 146-54).

Voto divergente — Bem pode haver arguição de inconstitucionalidade propriamente e ato, norma, decreto de cunho abstrato incompatível com o texto constitucional, desde que este seja preexistente.

Seria, em tal caso, a hipótese de chamar-se à colação a passagem de Lancelotti, segundo a qual, *inter discordantia concilia praeponitur sententia eius quod est maioris auctoritatis*. Entendia, como entendo, que a lei, aqui em sentido material, nada mais fez do que fixar uma condição, visando ao interesse público, que acontece, até mesmo, na fixação dos limites máxima e mínima de idade.

Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros — diz-se nos textos constitucionais — mas isso não impede que se estabeleçam requisitos, condições, visando a melhor eficiência do serviço, de modo algum esbarrando na lei maior. O legislador local, o legislador ordinário não está impedido de

O art. 2º, d, do Decreto-lei federal nº 900, de 29 de setembro de 1969, ao tratar, especificamente, dessas fundações, reporta-se, aliás, de maneira expressa, ao Código Civil (arts. 24 e segs.), caracterizando-as, portanto, como *peçoas jurídicas de direito privado*.

É, ademais, esse o entendimento oficial governamental, consubstanciado em recente parecer da Consultoria-Geral da República, aprovado pela Chefia do Executivo Federal (Parecer nº R-007, de 10.12.84; *DOU* de 13.12.84).

São entes de direito civil, como sempre se entendeu, devendo lembrar-se a assertiva de Caio Tácito (*Rev. For.*, 205:419), de que se trata de instrumentos de descentralização administrativa que o poder público foi buscar "no arsenal do direito privado".

estabelecer normas como aquela aqui atacada.

Em tema de acumulações, tema que entre nós foi largamente debatido pelo eminente Rui há 70 anos, a vedação é a regra, é genérica, cuidando-se das exceções, que não são taxativas. Mas, seja como for, requisitos, pressupostos, ou condições, como aquelas estabelecidas no decreto citado em que se visou, acima de tudo, ao interesse público, ao melhor rendimento de seus serviços, sob administração direta, indireta, ou delegada, não encontra obstáculo no mandamento constitucional, tratando-se de pessoa de existência ideal, mediatemente sob égide do estado, que a supervisiona, mantida com dinheiro público.

Assim sendo, negava provimento, sem embargo de tão doutos e construtivos argumentos aduzidos pelo eminente patrono dos impetrantes, com quem sempre aprendemos, tanto mais quanto não ficou ainda, exclusivamente, processualista.

Rangel de Abreu, vencido e adotando, em princípio e *data venia*, o douto voto vencido do eminente Des. Felisberto Ribeiro (fls. 146-54) em contrário à segurança.

Finalmente, consigno que a teor do art. 99, § 2º, da Constituição Federal, a proibição quanto à acumulação de cargos é extensiva aos estados, como na espécie. E a

respeito decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal, que:

‘Acumulação. Cargo Público e emprego em sociedade de economia mista — A norma proibitiva do § 2º, do art. 99, da Constituição tem aplicação necessária aos estados, é abrangente de qualquer espécie de vínculo empregatício, seja estatutário ou trabalhista, compreendendo autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Recurso extraordinário conhecido e provido’ (RE nº 94.407-RJ — 1ª Turma, rel. Min. Rafael Mayer. *RTJ*, v. 99/933).

Assim, votei pela denegação do remédio heróico.”

Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido pelo seguinte despacho (fls. 191-4):

“Os ora recorridos, exercendo o terceiro cargo de professor na Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (Faperj), impetraram mandado de segurança contra ato do Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro porque, editada a Lei nº 410, de 12 de março de 1981, estendendo ‘às fundações instituídas ou mantidas pelo poder público estadual a legislação pertinente à acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos’ (art. 2º, § 3º) e determinando a regularização, mediante opção, em 60 dias, aquele editou o Decreto nº 4.086 fixando o prazo de 10 dias para a comunicação das opções ao secretário de estado

5. A *paradministração* é meio de realização de atividades administrativas, sob uma forma especial de descentralização, diversa da *descentralização institucional*, que faz surgir as *pessoas administrativas da administração indireta*, na qual vamos encontrar *pessoas jurídicas de direito privado*, que são as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*, essas últimas necessariamente *sociedades anônimas* (art. 5º, III, do Decreto-lei federal n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, arts. 235 a 242 da Lei federal n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

E nem por integrarem a *administração pública*, nem por cumprirem atribuições administrativas (bastaria lembrar as empresas governamentais que prestam serviços públicos de energia elétrica, de telecomunicações, de transportes coletivos), deixam de ser *pessoas privadas*, com a sede de seu regime jurídico no direito privado.

de administração, afirmando os impetrantes que a regra constitucional (art. 92, § 2º) limita a acumulação sem se referir às fundações, sendo, assim, inconstitucionais a lei e o ato atacados.

O colendo órgão especial do Tribunal de Justiça concedeu a segurança por maioria de votos, em acórdão assim ementado:

‘Ementa: Inconstitucionalidade. É inconstitucional o art. 2º, § 3º, da Lei estadual nº 410, de 12 de março de 1981 e o art. 1º do Decreto nº 4.086, de 11 de maio de 1981, em face do que dispõe o § 23, do art. 153, da Constituição Federal.

As fundações não integram a administração indireta, não sendo, aplicável a seus servidores a proibição do art. 99, § 2º, da Constituição.’

Em voto divergente, o eminente Desembargador Basileu Ribeiro Filho sustentou a constitucionalidade da lei pelas razões de fls. 146-54, nas quais se apóia o recurso extraordinário.

Inconformado, o Estado do Rio de Janeiro interpõe recurso extraordinário com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional (fls. 160-8) por ofensa aos arts. 153, § 23, 13, § 1º e 92, § 2º da Carta Federal.

Em suas razões, o recorrente busca situar a Fundação como o próprio serviço público

prestado por entidade diversa que as tradicionais autarquias, economias mistas e empresas públicas, já que a institui e mantém com exclusividade, nas diversas áreas de atuação do próprio estado, dentro dos limites constitucionais da organização de seus serviços. Sendo o serviço público estadual prestado através de fundações instituídas e mantidas pelo próprio estado, tais como a Fundação Escola do Serviço Público, Fundação Estadual de Educação do Menor (Feem) e outras, ‘de natureza jurídica discutida (Decreto-lei nº 200)’, controladas pelo poder público, ‘não integram a administração pública indireta, sofrem indiscutida influência dos princípios que regem a atuação estatal’ e, por isso, o venerando acórdão, ao reputar inconstitucional a Lei nº 410/81, teria ofendido o art. 13, § 1º, da Carta Federal, eis que limita sua atuação e organização.

Por outro lado, estaria violado o art. 153, § 23, da Lei Maior, porque o venerando acórdão afirmou não serem os professores contratados pelas fundações servidores públicos, não se lhes aplicando o que está contido no Título I, Capítulo VII, Seção VII da Carta, que cuida Dos funcionários públicos.

Finalmente, o recurso objetiva buscar o alcance da proibição constitucional da acumulação de cargos, que o venerando

A sua virtude, a sua funcionalidade está, exatamente, em serem entes privados, mas atuando no setor administrativo.

O direito privado, civil ou comercial, contém a matriz de seu regime jurídico, enquanto o direito administrativo dispõe sobre o seu posicionamento no contexto da instituição estatal e os aspectos discricionários de sua estrutura e atuação.

Assim, cabe ao direito público tratar das formas de controle, de fiscalização, de supervisão, o que dá a muitos a falsa impressão de que se cuida de pessoas públicas.

Sem razão, portanto, *data venia*, o eminente relator, quando vê conflito entre a natureza jurídica privada dessas entidades e a assunção pelas mesmas da gestão de serviço estatal, que, é óbvio, se submete a um regime administrativo, quando for o caso estadual ou municipal.

acórdão entendeu não alcançar as fundações porque não mencionadas no § 2º, do art. 99, da Constituição.

Efetivamente, as fundações são instituídas ou organizadas para os mais diversos fins, mas quando o estado delibera prestar seus serviços, incluídos na esfera de sua atuação constitucional, através de fundações por ele criadas e mantidas, merece a matéria seja apreciada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, eis que ao Pretório Excelso já foram ter demandas relativas à acumulação de aposentados do INPS, com novo vínculo em empresa pública.

O eminente Ministro Moreira Alves, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 90.309-ED (RTJ, 92/1.335), proclamou em seu voto: 'Ainda os autores que seguem a corrente doutrinária segundo a qual existe, em nosso sistema jurídico, a figura da fundação de direito público, que seria uma espécie do gênero autarquia, reconhecem — como Miguel Reale (*Direito administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1969, p. 22-3) — que '(...) nada impede que o estado, mediante lei, crie uma fundação de natureza privada, determinando que se proceda à inscrição de seus estatutos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, declarando-a de caráter 'não-governamental'. Está no poder

do legislador fazê-lo. Quando, porém, a lei institucional dá nascimento a uma fundação destinada a fins de interesse manifestamente coletivo, sem lhe emprestar, de maneira expressa, a configuração jurídico-civil, deve entender-se que se trata de ente de direito público, não subordinado aos preceitos aplicáveis às fundações civis, quer quanto às formalidades de sua constituição, quer quanto ao processo de sua fiscalização.'

José Cretella Junior, em *Fundações de direito público*, Forense, p. 68, ensina: 'A fundação pública ou fundação de direito público é pessoa jurídica de direito público interno, de índole exclusivamente administrativa, espécie do gênero autarquia, alinhando-se ao lado da corporação pública, também espécie paralela daquele gênero. Trata-se de um patrimônio público, personalizado no momento da edição da lei que a criou, afetado a um fim público.' Por isso, este autor as considera submissas ao regime do direito administrativo.

Em tese, pois, poderá ocorrer violação de norma constitucional, o que é suficiente para justificar a admissão do recurso.

Admito o recurso. Prossiga-se."

As fls. 216-9, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues:

A dúplice incidência de regimes jurídicos é perfeitamente harmônica, pois que cada um tem seu setor: essa duplicidade não faz tais entidades como sendo de direito público (sua natureza é privada), nem há inconstitucional invasão de competência estadual ou municipal na esfera legislativa da União, que monopoliza o direito privado (o direito público local dispõe, conforme assinalado, sobre a atuação da entidade, sobre tópicos discricionários de sua estruturação e sobre seu relacionamento com o poder público).

Pensar-se diferentemente seria negar-se a existência de concessionárias privadas de serviços públicos, sobre cuja atividade, patrimônio e vinculação ao governo incide o direito público, sem que tais empresas se desnaturem.

O que parece haver é confusão entre *privado* e *particular*. Empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais, concessionárias são

“O recurso extraordinário é interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, fazendo alegação de ofensa aos arts. 13, § 1º, e 153, § 23, da Constituição, bem como arguição de relevância da questão federal, a que renunciou (art. 329, I, do Regimento Interno).

2. Esclareça-se que a espécie versa sobre a irrisignação de funcionários públicos estaduais que, concomitantemente, ocupam empregos junto a *fundações*, com a edição da Lei estadual nº 410, de 1981, a qual veio a estender, às fundações instituídas ou mantidas pelo poder público estadual.

‘(...) a legislação pertinente à acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos, devendo as situações funcionais abrangidas ser regularizadas, mediante opção, no prazo de 60 dias.’

3. Primeiramente, é de se observar que o venerando acórdão recorrido jamais cogitou do art. 13, § 1º, da Carta Magna e, como não lhe foram opostos os embargos de declaração aptos a fazer sanar a eventual omissão do julgado, o apelo extremo é insuscetível de conhecimento, a tal título (Súmulas n.ºs 282 e 356).

4. Resta ao exame, portanto, a imputação de mácula ao § 23 do art. 153 do texto constitucional.

‘É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.’

5. Veja-se, todavia, que tal norma efetivamente foi trazida a lume pelo egrégio Tribunal *a quo*, mas em conjunto com a interpretação conferida ao § 2º do art. 99, também da Lei Maior, conforme demonstra a ementa do venerando acórdão recorrido, que bem resumiu o decidido:

‘É inconstitucional o art. 2º, § 3º, da Lei estadual nº 410, de 12 de março de 1981 e o art. 1º do Decreto nº 4.086, de 11 de maio de 1981, em face do que dispõe o § 23, do art. 153, da Constituição Federal. As fundações não integram a administração indireta, não sendo aplicável a seus servidores a proibição do art. 99, § 2º, da Constituição.’

6. Ou seja: só porque considerou as fundações — embora de direito público — não abrangidas entre as entidades especificadas no § 2º do art. 99 da Constituição, é que o venerando aresto recorrido entendeu afrontada a garantia do livre exercício de qualquer trabalho.

7. O fulcro da questão, então, não é a aplicação do aludido § 23 mas, sim, a exegese emprestada ao § 2º do art. 99.

8. Estranhamente, no entanto, omite-se o recurso derradeiro em imputar mácula

pessoas privadas, mas, na medida em que são pessoas administrativas, paradministrativas e colaboradores da administração pública não se situam entre os administrados.

6. O Ex.^{mo} Sr. Relator, identificando, ao contrário, tais fundações como de direito público, coloca, em ponto importante de seu voto, que, em assim sendo, seus empregos são públicos, o que faria com que a vedação de acumulação respectiva estivesse contida no próprio *caput* do art. 99 da Constituição Federal; ou então, “ainda quando se pretenda que, com a inclusão, no § 2.º do art. 99, das autarquias, se quis restringir o *caput* aos servidores públicos da administração direta, deixando-se os servidores da administração indireta para o § 2.º, no termo *autarquia* se incluem as fundações de direito público, como pessoas de

ao § 2º do art. 99 — que é fundamento suficiente do venerando acórdão recorrido — o que, por si, já seria razão bastante para impedir-lhe o conhecimento (Súmula nº 283).

9. Houvesse o recorrente abordado tal questão constitucional, nem assim, contudo, mereceria lograr sucesso em seu intento. Em caso precedente por tudo semelhante ao dos autos — no qual também se atacava acórdão que julgara inconstitucional a mesma Lei estadual nº 410, de 1981 (RE nº 101.127-1-RJ, rel. Min. Oscar Corrêa) — a signatária deste parecer teve o ensejo de assim apreciar a arguição de violação ao § 2º do art. 99 da Lei Fundamental:

‘5. Com respeito ao art. 99, § 2º, da Constituição, apresenta-se razoável o entendimento de que a própria intrínseca excepcionalidade do dispositivo em causa — que estendeu, aos cargos, funções e empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, a proibição geral de acumulação de cargos públicos — não permite que se lhe dê interpretação ampliada, para considerar que também abrange as fundações, ainda que aquelas de direito público.

6. A abonar tal entendimento existe o pronunciamento dessa Suprema Corte, no

RE nº 94.407-9-RJ, que teve por relator o Ministro Rafael Mayer:

‘A norma proibitiva do § 2º do art. 99 da Constituição tem aplicação necessária aos estados e é abrangente de qualquer espécie de vínculo empregatício, seja estatutário ou trabalhista, compreendendo *autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista* (DJ, 18.9.81, p. 9.160, grifamos).’

Ora, se não merece repúdio a decisão judicial que considera inconstitucional — face o § 2º, do art. 99, da Lei Magna — a Lei estadual nº 410, de 1981, igualmente não haverá de sofrer reforma aquela que, além deste argumento, ainda se fundamenta no respeito à garantia insculpida no § 23, do art. 153, da Constituição, mesmo porque esta última proposição é evidentemente, corolário, consequência necessária, da primeira.

11. O parecer é, por conseguinte de que o recurso extraordinário não comporta conhecimento.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator):

1. O acórdão recorrido, partindo da premissa de que toda fundação instituída pelo

direito público que são”. E dá-nos a honra de citar trabalho nosso, em que sustentamos que a *autarquia* tem como espécie as *fundações de direito público*.

Permissa maxima venia, duas observações cabem, no particular.

Em primeiro lugar, inexistem três figuras distintas: autarquia, fundação de direito público e fundação de direito privado instituída pelo poder público.

Com efeito, ou o poder público cria *autarquias* — pessoas administrativas de direito público — ou institui *fundações* — pessoas paradministrativas de direito privado (podendo, ainda, à semelhança do que faz, no campo econômico, em matéria de participação acionária em empresas particulares, como na Cobra, por exemplo, participar de fundações que, além de privadas, sejam particulares, como é o caso da Cesgranrio).

poder público é pessoa jurídica de direito privado, negou que a lei estadual em causa, ao estabelecer a proibição de acumulação, tenha violado o art. 99 da Constituição Federal, porquanto esse dispositivo não se aplicaria a tais fundações que são, sempre, pessoas jurídicas de direito privado, mas declarou a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 2º, da Lei estadual nº 410/81, bem como do art. 1º do Decreto estadual nº 4.086/81, por entender que eles ofendem o princípio da liberdade de trabalho estabelecido no art. 153, § 23, da mesma Constituição.

2. Sucede, porém, que, no caso sob julgamento, a Fundação em causa — Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (Faperj) — não é fundação de direito privado instituída pelo poder público, mas, sim, fundação de direito público.

O relator originário, que ficou vencido — Desembargador Felisberto Ribeiro — acentuou em seu voto:

“Que terceiro cargo é esse?

É aquele exercido na Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (Faperj).

Essa fundação, a rigor, é um órgão eminentemente estatal. Instituída pelo poder público do estado, ‘para gestão de serviços

ou atividades de interesse coletivo ou de utilidade pública’, conforme esclarece a autoridade apontada como coatora.

É uma entidade intimamente ligada à atividade estatal.

Foi criada por lei.

Seu patrimônio é constituído com bens do estado, do qual também recebe subvenção financeira.

A tutela em relação a ela é absoluta.

Nela há gestão de bens e de serviços públicos e seus dirigentes são nomeados pelo estado” (fls. 148).

E, mais adiante, depois de aludir à sua congênere, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, e de acentuar que Cretella Junior e Miguel Reale a caracterizam como fundação de direito público, e, como tal, pessoa jurídica de direito público, subordinada aos preceitos da lei que determinou sua instituição, assim como do regulamento que vier a ser expedido, e não sujeita às normas do Código Civil, acrescenta:

“Isto mesmo é de se dizer da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pois ela e a de São Paulo são congêneres, resultantes ambas, de ver-se, de preceito constitucional da Carta Magna dos dois estados.

É certo que a própria legislação alude, por vezes, a *fundações de direito público*, referindo-se a *fundações de direito privado instituídas pelo poder público*. Trata-se de erro (cf. art. 4.º da Lei federal n.º 5.540, de 28 de novembro de 1968, que dispõe sobre o ensino superior), compreensível, enquanto se entende a expressão como indicativa da criação da entidade pelo poder público, sem, porém, haver ligação com a natureza jurídica da entidade. Tal fato, aliás, a ninguém pode surpreender, eis que o termo *pública*, na denominação *empresa pública*, tem esse sentido, sendo elas, por definição legal (art. 5.º, II, do Decreto-lei n.º 200/67, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 900/69), pessoas jurídicas de direito privado. Outrossim, a própria *administração “pública”* abriga pessoas privadas: as citadas empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Aliás, até o emérito Clóvis Bevilacqua, há mais de 50 anos, cuidando das fundações criadas pelo estado para fins de instrução pública superior e secundária, assim doutrinou, já naquela remotíssima era: 'Esses institutos de ensino *são fundações submetidas às regras especiais do regulamento que as criou* (...)' (grifos nossos) — *Código Civil comentado*, v. 1, p. 234, com. ao art. 24.

Os cargos exercidos nas fundações, em princípio não são cargos públicos. Mas eles podem passar a ostentar esta característica, conforme seja a fundação.

Caso típico é o da hipótese versada nestes autos.

Aqui, pelas características da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (Faperj), por óbvio, deve estar reservado ao estado o direito de definir segundo a melhor conveniência administrativa, esse problema de admissão do seu pessoal. Inclusive o estado pode até ditar o regime de trabalho que melhor lhe convenha, instituindo mesmo o regime de dedicação exclusiva, do qual resultará por via oblíqua a impossibilidade de acumular cargos.

O estado conferiu por lei o atributo de pública à fundação por ele criada e agora lhe impõe um regime jurídico especial.

Podia e pode fazê-lo (cf. Cretella Junior, op. cit. p. 51).

A fundação criada tem por escopo a satisfação de um alto interesse público, isto é, interesse que é do estado. Então, nada recomenda que quem ali trabalhe não possa dedicar parcela substancial de seu tempo à Fundação, o que se dará se seus professores passarem a acumular diversos cargos e empregos, todos públicos.

A *fundação de direito público*, é Cretella Junior que afirma: 'só nos últimos tempos recebeu entre nós, tratamento sistemático rigoroso, a ponto de situá-la, sem sombra de dúvida, no âmbito do direito administrativo' (op. cit. p. 61).

Ela passou a ser uma realidade aceita por autoridades incontestes, nacionais e estrangeiras (op. e aut. cit. p. 62)" (fls. 149-51).

Com efeito, a fundação em causa — Faperj — foi criada em cumprimento do art. 136 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o qual reza:

"Art. 136. O amparo à pesquisa e à formação científica e tecnológica será propiciado pelo estado, por intermédio de fundação, instituída por lei."

Resultou ela da fusão, feita pelo Decreto nº 3.290, de 26 de junho de 1980, de duas fundações anteriores (a Fundação Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social do Rio de Janeiro (Fiderj) e a Fundação Centro de Desenvolvimento de Recursos Humanos

Quanto à subsunção, no gênero das *autarquias*, das fundações de direito público, há, *concessa venia*, uma inversão de afirmativas.

O que se diz é que, salvo exceções de natureza associativa, as *autarquias administrativas brasileiras* — categoria definida pelo art. 5.º, I, do Decreto-lei nº 200/67 — são, no tocante a seu substrato, verdadeiras entidades fundacionais de direito público, do tipo institucional, mais do que patrimonial (o que se personaliza é, sobretudo, a estrutura, a organização, o *serviço* subjetivamente considerado).

Não é exato, porém, que as fundações instituídas pelo poder público sejam autarquias, sendo categoria à parte, pessoas privadas.

da Educação e Cultura (CDRH), com o objetivo, eminentemente público, de “promover e amparar a pesquisa e a formação científica e tecnológica necessárias ao desenvolvimento sócio-cultural e econômico do Estado” (art. 2º), com atribuições e estrutura básica fixadas em estatuto (art. 4º), com lotação numérica e plano de remuneração do quadro de seu pessoal definidos por ato do Poder Executivo, facultado o aproveitamento dos empregados das fundações extintas (art. 6º), e subordinada à supervisão pela Secretaria de Planejamento e Coordenação-Geral da Governadoria do Estado (art. 1º).

Esse decreto, que extinguiu as duas fundações anteriores e criou a Faperj, transferindo-lhe os acervos patrimoniais e as receitas de qualquer natureza daquelas, foi baixado em execução da Lei estadual nº 319, de 6 de junho de 1980, cujo art. 1º reza:

“Art. 1º Fica autorizado o Poder Executivo, com o objetivo de racionalizar as atividades e gastos públicos, bem como de modernizar a gestão e o desempenho das entidades da administração indireta e das fundações instituídas pelo poder público, a promover a extinção, alteração de vinculação e fusão dessas entidades.”

Portanto, é inequívoco que a fusão que deu nascimento à Faperj teve, inclusive, por objetivo — o que só tem sentido com rela-

ção às fundações de direito público, e não às fundações de direito privado criadas pelo poder público — o de racionalizar as atividades e gastos públicos.

E isso se explica porque, no Estado do Rio de Janeiro, em virtude da Lei nº 287, de 4 de dezembro de 1979 (Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública), as fundações instituídas ou mantidas pelo estado estão sujeitas às normas de supervisão e de controle públicos, razão por que seu orçamento tem de observar as normas gerais de direito financeiro, além de dever ser submetido ao governador do estado, depois de verificada pelo órgão central do sistema de planejamento sua compatibilidade com a política de desenvolvimento estadual (arts. 262 e 263), bem como estão sujeitas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas do Estado, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo (art. 264).

Não há dúvida, portanto, que a Faperj é fundação de direito público, e, portanto, segundo a melhor doutrina, *pessoa jurídica de direito público*, subordinada aos preceitos da lei que determinou sua instituição, e não sujeita às normas do Código Civil. Parece-me contra-senso querer-se continuar a sustentar que as fundações de direito público, que assumem a gestão de serviço estatal e que se submetem a regime administrativo

Cumpra assinalar que o direito privado não se esgota no Código Civil e respectivas leis extravagantes e nas leis comerciais tradicionais, mas pode ter normas contidas em leis que também contenham regras de direito público, como é o caso dos Decretos-leis n.ºs 200/67 e 900/69, que criaram a *empresa pública* (pessoa de direito privado) *unipessoal individual*, que pode ser adotada também a nível estadual e municipal.

7. A Faperj é exemplo típico de *fundação de direito privado instituída pelo poder público*, supervisionada pela Secretaria de Estado de Ciência e Cultura do Estado do Rio de Janeiro.

O art. 136 da Constituição do estado, citado no acórdão, fez a opção expressa no sentido de que, no amparo à pesquisa e na formação científica e tecnológica,

previsto, nos estados-membros, por leis estaduais, permaneçam como pessoas jurídicas de direito privado. Para se evidenciar o absurdo dessa colocação em nosso sistema constitucional, basta atentar para o fato de que, se tais fundações fossem pessoas jurídicas de direito privado, teriam de submeter-se necessariamente às normas jurídicas de direito privado, que são da competência legislativa exclusiva da União, normas essas que não poderiam ser afastadas por legislação administrativa estadual. Tal invasão de competência inconstitucional não existe justamente porque essas fundações não são pessoas jurídicas de direito privado, mas sim de direito público, competindo aos estados-membros legislar sobre elas, com fundamento em sua competência para editar leis de direito administrativo no âmbito estadual.

Ora, sendo a fundação de direito público pessoa jurídica de direito público, a norma estadual — como a em causa — que considerou que os cargos, empregos ou funções em entidades dessa natureza estão sujeitos à disciplina da acumulação, não pode ser declarada inconstitucional, como o fez o acórdão recorrido, sob o fundamento de que ela contraria o disposto no art. 153, § 23, da Constituição Federal, e isso porque esse dispositivo nada tem que ver com o problema da acumulação de cargos, empregos ou funções das pessoas jurídicas de direito pú-

blico, que é matéria objeto da norma estadual em exame.

Por outro lado, em se tratando de fundação de direito público, e, portanto, de pessoa jurídica de direito público, o que implica dizer que os cargos, funções e empregos dela são públicos, não é necessário sequer enfrentar a questão de saber se pode, ou não, a legislação ordinária estender a proibição do § 2º, do art. 99, da Constituição Federal (“A proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista”), como, aliás, o fazia, em face do art. 185 da Constituição de 1946, o art. 189 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), o qual rezava:

“Art. 189. A proibição do artigo anterior estende-se à acumulação de cargos da União com os dos estados, Distrito Federal, município, entidades autárquicas e sociedades de economia mista.”

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 1/69 estabelece, no *caput* do art. 99, a regra (que é a da vedação de acumulação remunerada de cargos e funções — o que abarca também os empregos — públicos), e excepciona os casos a que alude nos incisos I a IV desse *caput*. Nessa regra, estariam incluídos, sem dúvida alguma, os cargos, funções e empregos em quaisquer pessoas

o estado se servisse, não da administração direta ou indireta, mas de uma *fundação* (cf. art. 5.º), tal como fez com referência à Uerj (art. 137), que nunca se pensou fosse autarquia ou se enquadrasse em qualquer outra categoria de pessoa de direito público.

Resultou da fusão da Fiderj (Fundação Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social do Rio de Janeiro), caracterizada pelo Decreto-lei RJ n.º 15, de 15 de março de 1975, como tendo “personalidade jurídica de direito privado” (art. 1.º).

O estatuto da Faperj, aprovado pelo Decreto RJ n.º 3.291, de 26 de junho de 1980, é expresso quanto à *personalidade jurídica de direito privado* da referida Fundação (art. 1.º).

jurídicas de direito público, pois esses cargos, funções e empregos são públicos. É certo que, no § 2º desse mesmo art. 99, se declara que essa proibição de acumular se estende, não só às empresas públicas e a sociedades de economia mista (que são pessoas jurídicas de direito privado), mas também às autarquias, como se os cargos, funções e empregos destas não fossem públicos, e já não estivessem contemplados no *caput*. A alusão às autarquias — com relação às quais não há extensão alguma — se fez, apenas, para que se explicitasse o que já estava implícito. Extensão, em verdade, só há com referência às sociedades de economia mista e empresas públicas, pois seus cargos, empregos ou funções não são públicos, mas privados, por serem elas pessoas jurídicas de direito privado.

Mas, ainda quando se pretenda que, com a inclusão, no § 2º, do art. 99, das autarquias, se quis restringir o *caput* aos servidores públicos da administração direta, deixando-se os servidores da administração indireta para o § 2º, no termo *autarquia* se incluem as fundações de direito público, como pessoas jurídicas de direito público que são.

Aliás, forte corrente doutrinária existe — a que se filiam, entre outros, Cretella Junior (ver, entre outras de suas obras, *Fundações de direito público*, Rio de Janeiro, Forense,

1976, p. 68), C. A. Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1974, v. 1, nº 26.5, p. 249), C. A. Bandeira de Mello (*Natureza e regime jurídico das autarquias*, São Paulo, 1967, p. 370 e segs.), e Sérgio de Andréa Ferreira (*Direito administrativo didático*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 82) — no sentido de que as fundações de direito público (que não se confundem, evidentemente, com as fundações de direito privado instituídas pelo estado) nada mais são do que espécie do gênero autarquia.

Essa, a meu ver, a tese correta, até porque não tem sentido que sociedades de economia mista e empresas públicas, que são meras pessoas de direito privado, integrem a administração indireta, tendo seus empregados inúmeras restrições por equiparação a servidores públicos, e as *fundações de direito público*, que são inequivocamente pessoas jurídicas de direito público, com patrimônio público, mantidas por verbas orçamentárias, sob a fiscalização direta do poder público, sujeitas aos tribunais de contas, criadas para a execução de atividades públicas descentralizadas, não pertençam a essa administração indireta, sob o fundamento único de que, por serem fundações, têm de ser pessoas jurídicas de direito privado, que, no entanto, não se submetem às normas do Código Civil relativas às fundações. Em verdade, as autarquias são ou do tipo *fun-*

8. Finalmente, cumpre sublinhar que dizer que as *fundações governamentais*, impropriamente chamadas de *fundações públicas* ou de *fundações de direito público*, são *autarquias*, é esquecer toda a problemática da organização do ensino superior, em razão da distinção entre o regime jurídico das universidades autárquicas e das fundacionais.

Caio Tácito, ao comentar o art. 4.º da Lei n.º 5.540/68, que estatui que as universidades oficiais e estabelecimentos de ensino superior isolados, quando oficiais, constituem-se “em autarquias de regime especial ou em fundações de direito público” (*Ensino superior oficial: autarquia ou fundação*. Parecer como membro do Conselho Federal de Educação, aprovado unanimemente em sessão plenária de 4.6.81. Rio de Janeiro, Uerj, 1981. p. 8 e 9), é expresso:

dacional (ou institucional), ou do tipo *associativo* (ou corporativo), enquadrando-se as fundações de direito público no primeiro. Essas fundações são um instrumento de descentralização do poder público, e se inserem na administração indireta, como não poderiam deixar de inserir-se, por serem autarquias.

Portanto — e me adstrinjo às fundações de direito público, pois a Faperj, que está em causa, o é — não há que se afastar a aplicação das normas estaduais sob exame às fundações de direito público, sob a alegação de serem inconstitucionais, porquanto não violam o art. 153, § 23, da Constituição Federal, o qual não lhes diz respeito, nem o § 2º do art. 99, da Carta Magna, que abarca tais entidades públicas.

Observe, finalmente, que a Primeira Turma desta Corte, ao julgar o RE nº 101.127, onde também se discutia a inconstitucionalidade do mesmo dispositivo legal estadual (art. 2º, § 3º, da Lei nº 410 do Estado do Rio de Janeiro), assim decidiu:

“Acumulação de cargos públicos. Regulada pelo art. 99, § 2º, da Constituição Federal — que ditou a norma geral — não se inclui a acumulação permitida pelo acórdão entre as autorizadas. Sentido da norma constitucional.

Não é inconstitucional o art. 2º, § 3º, da Lei nº 410/81 do Estado do Rio de Janeiro” (RTJ, 109/828).

É certo que, dos cinco componentes da Turma que acompanharam o relator — o eminente Ministro Oscar Corrêa — dois (os Srs. Ministros Rafael Mayer e Soares Muñoz) ressaltaram que adstringiam sua concordância quanto ao fundamento de reforço existente no voto do relator, que, sustentando poder a lei ordinária estender a outras entidades que não apenas as enumeradas no § 2º do art. 99 da Constituição Federal a proibição da acumulação, aduziu, no final, que, no caso, haveria ainda incompatibilidade do exercício do Ministério Público com advocacia de fundação, em face da Lei Complementar federal nº 40/81. O ilustre Ministro Rafael Mayer, no entanto, foi além e declarou que, em seu entender, se a instituição em causa fosse fundação de direito público, e não fundação de direito privado instituída pelo estado, seria ela uma autarquia e estaria compreendida na vedação constitucional que alcança as autarquias.

3. Em face do exposto, conheço do presente recurso, e lhe dou provimento, para denegar a segurança, pagas as custas pelos ora recorridos.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Sr. Presidente, a Constituição Federal, no seu art.

“Em pareceres emitidos neste Conselho, com aprovação do Plenário, temos salientado a distinção fundamental entre fundações cuja criação é autorizada em lei, mas em que o Estado não tem participação efetiva ou dominante (e são assim fundações em regime de direito privado) daquelas outras que assumem a gestão de um serviço estatal e se submetem a um regime administrativo (ver, v.g., Pareceres n.ºs 4.607/78; 6.615/78; 7.170/78; 2.121/78; 5.206/78; 666/9; 1.049/79; 1.552/79; 917/79; 987/79; 1.452/79; 128/80; 454/80; 565/80; 573/80; 791/80; 1.011/80; 9/81; 54/81).

A designação de fundações de direito público deverá reservar-se a essas últimas, a que o Poder Público concorre não somente pela dotação de bens públicos que lhe vão constituir o patrimônio afetado a um fim específico, como para sua manutenção e controle, ou seja, visando à persecução de um fim público.

99, § 2º, estipula que “a proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista”.

Assim, só é possível admitir-se a restrição, seguindo-se o sentido da orientação do voto do eminente Ministro Rafael Mayer, na Turma. Há que se considerar essa entidade como uma modalidade de autarquia. Fora disso, não se poderia ter essa fundação abrangida pela restrição constitucional.

O art. 5º do Decreto-lei nº 200 considera a autarquia como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. Este mesmo Decreto-lei nº 200, no § 2º do seu art. 4º, fazia uma equiparação: para os fins daquele diploma legal, equiparam-se às empresas públicas as fundações de que participasse a União. Entretanto, o Decreto-lei nº 900 revogou esse dispositivo e, então, para o efeito da reforma administrativa, que, porém, não trata de acumulação, a equiparação foi eliminada. Sabemos que nas administrações federal e estadual encontramos universidades, como outros estabelecimentos de estudos e pesquisas, ora como autarquias, nitidamente ca-

racterizadas, ora como fundações instituídas por lei. São vários os exemplos.

Assim, encontrando-se prevista na Constituição as entidades em relação às quais a acumulação de cargos e empregos é proibida, e entre elas não se incluindo as fundações, embora criadas por lei, somente caberia compreender-se a proibição de acumular se tivémos esta entidade de que tratam os autos como uma modalidade de autarquia.

Ora, pelo minucioso exame que fez V. Exa., Ministro Relator, dessa fundação, parece-me que ela, na verdade, é típica modalidade de autarquia; pela sua criação, pela sua fiscalização e, inclusive, pelas suas finalidades, que se identificam com as prestadas também pelos estados e pela União, através de autarquias. São diversos os exemplos não só na administração federal como na estadual. Assim, embora possa ter o nome de fundação e ser declarada como entidade de direito privado, todos os elementos que a caracterizam a definem, de fato, como uma verdadeira autarquia. O que importa é a própria natureza do órgão administrativo, e não o nome que eventualmente se lhes possa dar. Por isso, Sr. Presidente, parece-me que incide, no caso, a proibição do § 2º do art. 99 da Constituição Federal. Torna-se imperioso assinalar que assim considero no caso específico ora em exame, ante as características que a entidade apre-

Como escrevemos, em outra oportunidade, ‘instituídas em virtude de lei, tais fundações têm as virtualidades do serviço público, embora conservem características de direito privado’ (*Revista Forense*, 250:419).

O Estado, ao instituí-las, não abdica de exercer, quanto a elas, os poderes de supervisão e de organização. A contrário do instituidor privado, cuja vontade se exaure no ato institucional (escritura pública ou testamento), passando o Ministério Público a velar pela fundação (Código Civil, arts. 24 e 26), ao Estado fica reservada sempre a competência legislativa sobre a fundação que houver instituído, como um serviço público virtual.

O que permite distinguir, em suma, fundações criadas pelo Estado, umas de outras, é a intensidade do grau de atribuição de um serviço público e da conse-

senta, como bem explicitado no voto do Sr. Ministro Relator, e vale a ressalva para evitar generalidades, pois pode ser suficiente um elemento de maior preponderância para que possa deixar de haver o enquadramento no gênero autarquia.

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Soares Muñoz: Sr. Presidente, também estou de acordo com o voto de V. Exa. e saliento que, entre a conclusão a que chegou e a do precedente da Primeira Turma, há perfeita sintonia. Lá, não se examinou a natureza da Fundação, se de direito público, ou de direito privado. O problema não era essencial, porque havia dois fundamentos que proibiam, igualmente, a acumulação de cargos. Fosse fundação de direito privado, o promotor, encarregado de fiscalizá-la, nos termos da Lei Orgânica do Ministério Público, não poderia ser advogado da mesma entidade. Fosse de direito público, então se trataria pura e simplesmente de acumulação de cargos públicos, hipótese idêntica à do presente caso.

De sorte que acompanho inteiramente o voto de V. Exa.

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão: Sr. Presidente, tratando-se de fundação de direito público, como ficou evidente, a meu ver, incide a vedação da acumulação de cargos.

Acompanho o voto de V. Exa., conhecendo do recurso e dando-lhe provimento.

EXTRATO DA ATA

RE nº 101.126-2-RJ — Rel.: Ministro Moreira Alves. Recte.: Estado do Rio de Janeiro (adv.: Fernando Campos de Arruda). Recdos.: Alcenir de Azevedo e outros (adv.: Ivan Luís Nunes Ferreira e outros).

Decisão: conheceu-se do recurso e se lhe deu provimento, unanimemente. Falou pelos recorridos o Dr. Ivan Luís Nunes Ferreira. Plenário, 24.10.84.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Soares Muñoz, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek e Sydney Sanches.

Ausente, licenciado, o Sr. Ministro Decio Miranda.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cordeiro Guerra, Presidente.

Procurador-Geral da República, o Prof. Inocêncio Mártires Coelho.

qüente tutela que sobre elas exerce a Administração Pública, nos termos que a lei estabelecer. Esse vínculo ou acórdão umbilical não as torna, porém, pessoas jurídicas de direito público, de modo a nivelá-las com as autarquias, tal como disciplinadas no direito positivo brasileiro.

O regime administrativo das fundações públicas, especificado na lei especial, é a norma primária que lhes comanda a atividade, sem embargo de que as normas aplicáveis às fundações privadas sirvam-lhe de fonte subsidiária, ou complementar. O direito público e o direito privado — tal como nas empresas do Estado — se imbricam, na medida em que a lei, em cada caso, estabelecer.”

Sérgio de Andréa Ferreira, professor titular de direito administrativo no Rio de Janeiro.