

TRIBUNAL PLENO

Relator : O Sr. Ministro Moreira Alves  
 Recorrente : Estado do Rio de Janeiro  
 Recorridos : Alcenir de Azevedo e Outros

*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 de gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2.º do artigo 99 da Constituição Federal.*

— *São, portanto, constitucionais o artigo 2.º, § 3.º, da Lei n.º 410, de 12 de março de 1981, e o artigo 1.º do Decreto n.º 4.086, de 11 de maio de 1981, ambos do Estado do Rio de Janeiro.*

*Recurso extraordinário conhecido e provido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília-DF, 24 de outubro de 1984.

Moreira Alves  
 Presidente e Relator

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES — É este o teor do acórdão recorrido (fls. 135/139-verso).

“Acorda o órgão especial, por maioria de votos, decretar a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 3.º, da Lei Estadual n.º 410/81 e o art. 1.º do Decreto n.º 4.086, concedendo a segurança.

1 — Dispõe o art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 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 (sessenta) dias.”

Executando esse dispositivo legal, foi expedido o Decreto n.º 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 vulneradoras do art. 99 e seu § 2.º 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 Estado 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 § 3.º do art. 2 da Lei n.º 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.

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

Os professores contratados pelas fundações não são servidores públicos, não se lhes aplicando, pois, dispositivo inserto na seção VIII, 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 (veja-se 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 (**obr. 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 (CO-TRIM 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 originariamente atribuídas ao Estado (**Direito Administrativo Brasileiro**, 8.ª edição atualizada, p. 352).

A natureza privada das fundações é defendida veementemente por CAIO TÁCITO (Rev. For. 205/417 e **Direito Administrativo**, 1975, p. 309), GUIMARÃES MENEGALE (**Direito Administrativo**, 1976, p. 106), TEMISTOCLES BRANDÃO CAVAL-

CANTI (**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. 5 do Decreto-lei n.º 200 de 25 de fevereiro de 1967 e 3.º do Decreto-lei n.º 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. 4, § 2.º do Decreto-Lei n.º 200).

O art. 99, § 2.º 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 de lei e do decreto, como afrontosos ao art. 99 da Lei Maior.

5 — O mandado, porém, deve ser concedido com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 410 e do art. 1.º do Decreto n.º 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 foi aplicado 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 n.º 410 promulgada na área estadual, sustentam a possibilidade da acumulação.

Observam esses juristas que, se o legislador constitucional tivesse outro escopo, teria alinhado, no § 2.º do art. 99, as fundações ao lado das autarquias, empresas públicas e sociedade de economia mista (HELY LOPES MEIRELLES, **ob. cit.**, p. 354; CÁIO TÁCITO, **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 Eminentíssimo Des. Dourado de Gusmão, que peço vênias para subscrever.

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

Felisberto Ribeiro, vencido, com o voto em separado.

Representação vencida, pelos fundamentos do voto brilhante do eminentíssimo Des. FELISBERTO RIBEIRO.”

Houve várias declarações de votos vencedores e vencidos, **verbis** (fls. 140/157-verso):

#### 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 § 3.º do referido artigo. O referido § 3.º admitiu a ampliação das exceções, e não das proibições de acumular. O § 2.º, taxativamente, prescreve estender-se às autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista a proibição de acumular, mas não inclui entre as mesmas as fundações. O § 3.º, do art. 92, da Constituição Estadual repete a mesma regra. A fundação não se confunde com os entes jurídicos taxativamente indicado no § 2.º, do art. 99, da Constituição Federal, e, conseqüentemente, no § 3.º, 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 § 2.º, 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 § 2.º, do art. 99, da Constituição Federal, nem no § 3.º, do art. 92, da Constituição Estadual, entre os entes jurídicos em que prevalece a proibição de acumular. Eis a razão de ter acolhida a arguição de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 410, de 1981, e do Decreto n.º 4.086/81.

#### DECLARAÇÃO DE VOTO

Com a devida vênias, 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 artigo 99, § 2.º, 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", *Rev. dos Tribunais*, vol. 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 a 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. 71/72). Essa lição emitida pelo eminente professor ANDRÉA FERREIRA vem endossada por CAIO TÁCITO — "Sociedades Comerciais e Fundações do Estado", *Rev. Forense*, v. 206, p. 417; CARLOS MEDEIROS SILVA, "Autarquias Estaduais e Municipais", in *Rev. de Direito Administrativo* n.º 36, p. 4; AGAMENON MAGALHÃES, *Rev. de Direito Administrativo*, n.º II, p. 802; MANOEL MARIA DIEZ, *Derecho Administrativo*, v. II, p. 90/81 e ENRIQUE SAUZAGUÉS 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 coatora, 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 impe-

dia, portanto, que o Poder Público estabelecesse unilateralmente, através de lei, o mesmo impedimento para os seus servidores.

Também não havia ilegalidade na assinação 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 departamentos de 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 reputei ilegítimo o Decreto que positivou o propósito de despedir, sem lhes assegurar as prerrogativas estatutárias e trabalhistas de que desfrutavam, até a inovação introduzida pela Lei Estadual n.º 410.

Des. Wellington Pimentel

#### DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanhei a douta e ilustrada maioria para declarar a inconstitucionalidade do § 3.º do art. 2.º da Lei Estadual n.º 410, de 12 de maio de 1981, e, bem assim, do Decreto n.º 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 D'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, ESPINOLA FILHO trataram amplamente das fundações civis instituídas pelo Poder Público.

Foi na década de 40 que se desenvolveu, sobretudo, 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, 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 DL n.º 200/67, essas fundações eram **peças administrativas**, integravam a Administração Pública. O art. 3.º do DL n.º 900/69, no entanto, as retirou da Administração Pública, fazendo-as entes de cooperação". (SÉRGIO D'ANDRÉA, **Direito Administrativo Didático**).

ARMANDO MARINHO e ZAIRO LARA FILHO afinam no mesmo diapasão. Assim é que, após afirmarem que o DL n.º 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 § 2.º, por não ser exaustiva, abrangeria 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. 3.º do DL n.º 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 n.º 410, ao pretender ampliar a entidade 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 n.º 1, ou 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" (§ 2.º 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 (§ 3.º, ainda do citado artigo). Qual a hipótese dos presentes autos?

Os impetrantes, exceto dois deles — Hildiberto Ramos Cavalcanti de Albuquerque Júnior (fls. 29/31) e Maria Lúcia de Magalhães (fls. 45 e 47), que exercem um desses cargos como contratados (docs. 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 n.º 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 empregos.

E pelo Decreto n.º 4.086, de 12 de maio também deste ano, foi marcado prazo para as opções referidas na apontada Lei n.º 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).

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 órfão 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 CRETILLA JÚNIOR, em estudo minucioso sobre as fundações, é preceptivo ao afirmar: "a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo foi criada pela Lei n.º

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 artigo 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" (**ob. 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" (**ob. 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. 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 con-

venha, 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 (cfr. CRETELLA JÚNIOR, *ob. 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 JÚNIOR 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" (*ob. cit.*, p. 61).

Ela passou a ser uma realidade aceita por autoridades incontestes, nacionais e estrangeiras (*ob. 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 prejuízos 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 acumular, tarefa reservada exclusivamente ao Sr. Presidente da República, através de lei complementar (art. 99, § 3.º, da Constituição).

Nem isso foi feito pela autoridade impetrada.

O mencionado parágrafo 3.º não fechou a porta à criação de casos novos de proibição de acumular, pelo que, no seu espelho, não reflete 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 artigo 99 § 2.º 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, § 2.º — "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 entes privados, são, pelas características legais de sua instituição e funcionamento (art. 3.º do Dec.-Lei n.º 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 Estado. As fundações públicas, não obstante a sua personificação jurídica, acham-se existencial e juridicamente relacio-

nadas 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 Dec.-Lei n.º 900, de 29-09-69, 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 à hipótese prevista no § 3.º 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.ª ed. p. 49).

Por tais razões, não vislumbrei a alegada inconstitucionalidade do disposto no § 3.º do art. 2.º da Lei Estadual n.º 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. 146/154).

**VOTO DIVERGENTE** — Bem pode haver arguição de inconstitucionalidade propriamente e ato, norma, decreto do 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 eis 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 à melhor eficiência do serviço, de modo algum

esbarrando na Lei Maior. O legislador local, o legislador ordinário não está impedido de estabelecer normas como aquela aqui atacada.

Em tema de acumulações, tema que entre nós foi largamente debatido pelo Eminentíssimo 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 cit. 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, mediatamente 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. 146-154) em contrário à segurança.

Finalmente, consigno que a teor do art. 99, § 2.º 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 § 2.º 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 n.º 94.407-RJ — 1.ª Turma Rel. Min. RAFAEL MAYER in RTJ v. 99.933).

Assim, votei pela denegação do "remédio heróico".

Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido pelo seguinte despacho (fls. 191/194).

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 n.º 410, de 12-03-81, estendendo "às fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual a legislação pertinente à acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos" (artigo 2.º, § 3.º) e determinando a regularização mediante opção, em 60 dias, aquele editou o Decreto n.º 4.086 fixando o prazo de dez dias para a comunicação das opções ao Secretário de Estado de Administração, afirmando os impetrantes que a regra constitucional (art. 92, § 2.º) limita a acumulação sem se referir às fundações, sendo, assim, inconstitucionais a lei e o ato atacado.

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. 2.º, § 3.º, da Lei Estadual n.º 410, de 12-03-81 e o art. 1.º do Decreto n.º 4.086, de 11-05-81, 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, § 2.º, 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 artigos 153, § 23, 13, § 1.º e 92, § 2.º 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 n.º 1.200)", 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 n.º 410/81, teria ofendido o artigo 13, § 1.º, da Carta Federal, eis que limita sua atuação e organização.

Por outro lado, estaria violado o artigo 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 acórdão entendeu não alcançar as Fundações porque não mencionadas no § 2.º 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 n.º 90.309-FD (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*, p. 22-3, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1969) — 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 JÚNIOR, in **Fundações de Direito Público**, Ed. 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.”

A fls. 216/219, assim se manifesta a Procuradoria Geral da República, em parecer da Dra. ANADYR DE MENDONÇA RODRIGUES:

“O Recurso Extraordinário é interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, fazendo alegação de ofensa aos artigos 13, § 1.º, e 153, § 23, da Constituição, bem como arguição de relevância da questão federal, a que renunciou (art. 320, 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 n.º 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 (sessenta) dias.”

3. Primeiramente, é de se observar que o V. Acórdão recorrido jamais cogitou do art. 13, § 1.º, da Carta Magna e, como não lhe foram opostos os Embargos de Declaração aptos a fazer sanar a eventual omissão do julgamento, o apelo extremo é insuscetível de conhecimento, a tal título (Súmulas 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 esabelecer.”

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

“É inconstitucional o art. 2.º, § 3.º, da Lei Estadual n.º 410, de 12-03-81, e o art. 1.º do Decreto n.º 4.086, de 11-05-81, 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, § 2.º, da Constituição.”

6. Ou seja: só porque considerou as fundações — embora de direito público — não abrangidas entre as entidades especificadas no § 2.º do art. 99 da Constituição, é que o V. 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 § 2.º do art. 99.

8. Estranhamente, no entanto, omite-se o recurso derradeiro em imputar mácula ao § 2.º do art. 99 — que é fundamento suficiente do V. Acórdão recorrido —, o que, por si, já seria razão bastante para impedir-lhe o conhecimento (Súmula 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 n.º 410, de 1981 (PE n.º 101.127-1-RJ, Rel. Min. OSCAR CORRÊA) —, a signatária deste parecer teve o ensejo de assim apreciar a arguição de violação ao § 2.º do art. 99 da Lei Fundamental:

“5. Com respeito ao art. 99, § 2.º, da Constituição, apresenta-se razoável o entendimento de que a pró-

pria 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 ampliativa, 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 94.407-9-RJ, que teve por Relator o Ministro RAFAEL MAYER:

“A norma proibitiva do § 2.º 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.**”

(in DJ, de 16-09-81, p. 9.160, grifamos)”

Ora, se não merece repúdio a decisão judicial que considera inconstitucional. — face ao § 2.º do art. 99 da Lei Magna. — a Lei Estadual n.º 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 SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR) — 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 artigo 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 artigo 2.º da Lei Estadual n.º 410/81, bem como do artigo 1.º do Decreto Estadual n.º 4.086/81, por entender que eles ofendem o princípio da liberdade de trabalho estabelecido no artigo 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 JÚNIOR 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 esta e a de São Paulo são congêneres, resultantes ambas, de ver-se, de precelto constitucional da Carta Magna dos dois Estados.

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 JÚNIOR, *ob. 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 JÚNIOR 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" (*ob. cit.*, p. 61).

Ela passou a ser uma realidade aceita por autoridades incontestes, nacionais e estrangeiras (*ob. e aut. cits.*, p. 62) (fls. 149/151).

Com efeito, a fundação em causa — FAPERJ — foi criada em cumprimento do artigo 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."

Resulta ela da fusão, feita pelo Decreto n.º 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 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. 2.º), com atribuições e estrutura básica fixadas em estatuto (art. 4.º), 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 (tr. 6.º) e subordinada à supervisão pela Secretaria de Planejamento e Coordenação-Geral da Governadoria do Estado (artigo 1.º).

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 n.º 319, de 06 de junho de 1980, cujo artigo 1.º reza:

"Art. 1.º. 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 relação 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 n.º 287, de 04 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 (artigos 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 previsto, nos Estados-membros,

por leis estaduais, permaneçam como pessoas 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 artigo 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 público, 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 § 2.º do artigo 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 artigo 185 da Constituição de 1946, o artigo 189 da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Estatutos 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 n.º 1/69 estabelece, no **caput** do artigo 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 jurídicas de direito público, pois esses cargos, funções e empregos são públicos. É certo que, no § 2.º desse mesmo artigo 99, se declara que essa proibição de acumular se estende, não só às empresas públicas e às 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 § 2.º do artigo 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 jurídicas de direito público que são.

Aliás, forte corrente doutrinária existe — a que se filiam, entre outros, CRETELLA JÚNIOR (vide, entre outras de suas obras, **Fundações de Direito Público**, p. 68, Rio de Janeiro, Forense, 1976), C. A. BANDEIRA DE MELLO (**Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. I, n.º 26.5, p. 249, Rio de Janeiro, Forense, 1974), C. A. BANDEIRA DE MELLO (**Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**, São Paulo, 1967) p. 370s e SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (**Direito Administrativo Didático**, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 62) — 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 **fundacional** (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 à FAPERJ, que está em causa, o é —, não há que se afastar a apli-

cação das normas estaduais sob exame às fundações de direito público, sob a alegação de serem inconstitucionais, porquanto não violam o artigo 153, § 23, da Constituição Federal, o qual não lhes diz respeito, nem o § 2.º do artigo 99, da Carta Magna, que abarca tais entidades públicas.

Observo, finalmente, que a Primeira Turma desta Corte, ao julgar o RE 101127, onde também se discutia a inconstitucionalidade do mesmo dispositivo legal estadual (art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 410 do Estado do Rio de Janeiro), assim decidiu:

“Acumulação de cargos públicos: Regulada pelo artigo 99, § 2.º, 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. 2.º, 3.º, da Lei n.º 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 CORREIA — 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 § 2.º do artigo 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 n.º 40/81. O ilustre Ministro RAFAEL MAYER, no entanto, foi além e declarou que, em seu entender, se a insituição 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 SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO: — Sr. Presidente, a Constituição Federal, no seu art. 99, § 2.º, 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 moda-

lidade de autarquia. Fora disso, não se poderia ter essa fundação abrangida pela restrição constitucional.

O art. 5.º do Decreto-Lei n.º 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 n.º 200, no § 2.º do seu art. 4.º, 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 n.º 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 caracterizadas, 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 tivermos 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 § 2.º 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 apresenta, 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 SENHOR MINISTRO SOARES MUÑOZ: — Sr. Presidente, também estou de acordo com o voto do 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 SENHOR 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 DE ATA

RE 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 (Advs.: Ivan Luís Nunes Ferreira e outros).

Decisão: Conheceu-se do recurso e se lhe deu provimento, unanimemente. Falou pelos Recdos. o Dr. Ivan Luís Nunes Ferreira. Plenário, 24-10-84.

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

Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Décio Miranda.

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

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

Secretário, Dr. Alberto Veronese Aguiar.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 101.514-4-RJ

### SEGUNDA TURMA

Relator : O Sr. Ministro Francisco Rezek

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro

Recorrido : Plásticos Plavinil S/A

*Da lavratura do auto de infração ao deslinde do recurso administrativo — ou ao esgotamento, in albis, do prazo para interpô-lo — não corre contra o fisco prazo de decadência nem de prescrição.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, de conformidade com a ata de julgamentos e as notas taquigráficas, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro Relator.

Brasília. 8 de maio de 1984.

Djaci Falcão  
Presidente

Francisco Rezek  
Relator

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK: — Cuida-se de embargos à execução fiscal, que o juiz singular reputou improcedentes, mas que alcançaram êxito no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde vingou a tese da decadência do direito ao crédito tributário. Lê-se no acórdão ora recorrido (fls. 397/398):

“Na hipótese, ocorreu o recurso administrativo, interposto pela embargante, que só foi decidido, definitivamente, naquela instância, em 1976 e de cujo resultado a embargante só foi intimada um ano depois.

A douta sentença, seguindo a corrente doutrinária e jurisprudencial que entende ser a matéria de prescrição e não de decadência, pois o lançamento fora efetuado e ocorrera dessa forma a constituição, concluiu que não estava prescrita a dívida fiscal.

[R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985