MILITAR — TEMPO DE SERVIÇO — SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA — FUNDAÇÕES

— Não se conta o tempo de serviço de militar que serve em sociedade de economia mista ou em fundação pública.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO P. R. N.º 22.057-59

Presidência da República. Consultoria-Geral da República. E. M. n.º 116, de 16 de junho de 1959. Encaminha o Parecer n.º 544-Z, sôbre a contagem de tempo de serviço prestado por militar da ativa, na Companhia Siderúrgica Nacional e Fundação Brasil Central. "Aprovado. Em 9-7-59". (Rest. proc. ao M. Guerra, em 13-7-59, por intermédio do Gab. Militar da P. R.).

*

PARECER

O Exmo. Sr. Ministro da Guerra propôs o pronunciamento desta Consultoria-Geral e posterior decisão do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para firmar jurisprudência, sôbre contagem de tempo, por militar, na Companhia Siderúrgica Nacional e Fundação Brasil Central, para fins da Lei n.º 2.751, de 4 de abril de 1956.

Trata-se, na hipótese, de pedido formulado pelo segundo tenente da reserva de primeira classe, Joaquim Tìmóteo Ribeiro da Silva.

O citado diploma considera de "efetivo exercício o tempo que o militar da ativa ou do magistério militar passou ou vier a passar afastado de suas funções em conseqüência de exercício de cargo público, temporário ou não".

A questão se resolve, pois, em saber se o exercício, por militar da ativa, de cargo em sociedade de economia mista, Companhia Siderúrgica Nacional, ou em fundação pública, Fundação Brasil Central, se considera exercício de "cargo público" para o efeito de sua contagem integral.

É sabido que o militar da ativa, quando em exercício de cargo público, como para exercer função técnica em organização civil, fica agregado, conforme dispõe o art. 8.º da Lei de Inatividade, de 9 de dezembro de 1954, reproduzindo, neste particular, preceitos da legislação anterior. Ora, o art. 5.º dêsse último diploma é expresso em que "a agregação é a situação do militar afastado temporàriamente do serviço ativo de sua fôrça, ou excedente do respectivo quadro" (Lei n.º 2.370, art. 5.º).

Desta sorte, agregado, afastado do serviço ativo, o militar não poderia contar tal tempo como de serviço efetivo. Veio, porém, a Lei n.º 2.751, e permitiu expressamente, como se viu, tal contagem para os fins nela previstos.

Resta, pois examinar se o tempo em que o 2.º Tenente Joaquim Timóteo trabalhou na Companhia Siderúrgica e na Fundação Brasil Central se deve contar como de "exercício de cargo público", nos têrmos da Lei n.º 2.751, de 4 de abril de 1956.

A resposta é pela negativa, como, de resto, já tive ensejo de me manifestar no Parecer n.º 264, que merecera aprovação do Chefe do Govêrno (*Diário Oficial*, de 21-5-57, pág. 12.584; *Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. II, 1958, págs. 342-3).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 19 de dezembro de 1952, julgando o mandado de segurança n.º 1.844, então patrocinado pelo ilustre advogado Dr. Victor Nunes Leal, em favor dos oficiais da reserva que pretendiam acumulação dos proventos de seu pôsto com vencimentos de cargos técnicos daquela Emprêsa, decidiu favoràvelmente a êsses ofi-

ciais, assentando, por unanimidade de votos, a tese de que a proibição, a que alude o art. 182, § 5.º, da Constituição, atingindo a todos os militares, da ativa, da reserva ou reformados, diz respeito à acumulação de cargos públicos e, no entanto, os cargos daquela sociedade de economia mista eram *cargos privados*.

Com a invocação dêsse aresto do Tribunal Maior, fica resolvida a questão; o exercício de cargo de sociedade de economia mista, como a Companhia Siderúrgica não dá direito ao favor do art. 1.º da citada Lei n.º 2.751, de 4 de abril de 1956. Do contrário, não poderia o militar acumulá-lo, quanto a vencimentos, com proventos do pôsto, mesmo na inatividade (veja-se a proibição do art. 182, § 5.º).

A conclusão é lógica e assenta-se, como se vê, em decisão do mais alto Tribunal do país.

Quanto a exercício de funções, por parte dos militares, na Fundação Brasil Central, a questão também se resolve em saber se tal exercício constitui exercício de função pública. Daí resulta a necessidade de estabelecer, com precisão, a natureza jurídica da Fundação, para se apurar se a mesma é uma repartição do Govêrno em tudo equiparada às autarquias ou antes parestatais, ou se trata de órgão de caráter distinto, desvinculação da Administração pública.

A distinção a ser feita, conforme já tivemos ensejo de assinalar (*Revista de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 847), é fértil em conseqüências jurídicas porque, se a essas fundações do Estado se atribuir caráter análogo ao das autarquias, terão, em tudo, as mesmas vantagens e prerrogativas destas, como sejam, imunidade fiscal de ordem constitucional (Constituição, art. 31, n.º V, letra *a*), a prescrição especial de cinco anos de suas dívidas passivas (Decreto n.º 4.597, de 1942, art. 2.º), fôro da Fazenda Pública, para julgamento de suas causas com recurso direto para o Tribunal Federal de Recursos; responsabilidade subsidiária do Estado pelos seus atos de que resultar dano; o seu pessoal terá a condição de serviço público, não podendo haver acumulação de cargos e funções, etc.

É de grande relevância, portanto, caracterizar a natureza jurídica da Fundação questionada.

O característico da autarquia, como escreveu D'Alessio, está na instituição e na função: é criação do Estado para exercer funções próprias da Administração pública (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 197). Na palavra do Prof. Francisco Campos, as autarquias são "processo técnico pelo qual o Estado descentraliza os seus serviços, dotando-os de órgãos e patrimônios próprios". E, nos seus *Princípios de Direito Administrativo*, tratadista de renome universal, Gaston Jèze, afirma que êsses entes, forma específica da capacidade de direito público, se caracterizam pela afetação de um patrimônio a um fim determinado: "*En effet, l'établissement public n'est pas autre chose qu'une combination financière et juridique consistant à prendre dans un patrimoine administratif générale certains choses pour les affèter d'une certaine manière à la realisation d'une certain but*" (Jèze, *Principes Generaux de Droit Administratif*, 3.ª edição, volume II, pág. 149).

Mas, também, a fundação, na definição de Clóvis Bevilaqua é a personalização de um patrimônio para determinado fim, ou, nas próprias palavras do egrégio jurisconsulto: "Fundação é uma universidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade, um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe a serviço de um fim determinado" (Cód. Civil, vol. I, comentário ao art. 24).

Por isso é que autores, mormente alemães, da maior eminência, equiparam as fundações criadas pelo Estado (fundações públicas), às próprias autarquias administrativas, não encontrando importância prática na distinção. *Le mot fondation (Stifung) sert aussi à designer l'acte qui crée la fondation, l'affectation de moyens pecuniaires à un but semblable* (Regelsberber, *Pandette*, § 75, note 15). *La distinction entre fonda-*

tions et établissements est sans importance juridique (Regelsberger, cit., pág. 294; Sartorius, *Werterbuch. Erg. Bd.*, II, pág. 279, *in* Otto Mayer, *Le Droit Adm. Allem.*, 1904, vol. IV, pág. 268)."

Na realidade, como em seu *Tratado de Direito Administrativo*, escreve Temístocles Cavalcanti, o que impressiona os que comparam as fundações e as entidades públicas é a finalidade coletiva, pública, de ambas, a ausência de associados e a falta de fins lucrativos para o instituidor (ver René Clemens, *Personalité Morale et Personalité Juridique*, Paris, 1935). Mas, em seu conteúdo — continua Temístocles — sua criação, sua administração e vida, não pode haver identidade (ob. cit., vol. IV, pág. 162).

Efetivamente, a autarquia é uma criação direta da própria lei. É esta quem cria o serviço público, como, a propósito do direito francês discursa Waline: *Creer le service, c'est donc pendre l'iniciative de confier cette tache à l'État... On admet gènérelament que cette décision est de la competence exclusive du Parlement* (*Theorie Générale de Droit Administratif*, 1936, página 338).

E Bonnard explica a razão dêsse princípio:

Cette competence legislative e été établie parce qu'on a voulu enlever la competence au gouvernement en vue d'arrêter la multiplication de ces etablissements publics denominé offices, dont la création n'avait pas d'autre but que de soustraire certains activites administratives au contrôle administratif et financier du Parlement (*Précis de Droit Administratif*, 1935, páginas 536-537).

Também em nosso direito, porque o contrôle financeiro dessas emprêsas públicas não é feito do mesmo modo que são tomadas as contas das verbas orçamentárias, compreende-se que sòmente a lei possa criar o serviço público descentralizado, as autarquias administrativas.

Já as fundações são criadas, não por legislativo, mas por ato individual. Tratando-se mesmo de fundações públicas, não é a lei, mas ato administrativo que as institui.

No caso da Fundação Brasil Central, o Decreto-lei n.º 5.878, de 4 de outubro de 1943, autorizou sua instituição com bens doados à Expedição Roncador-Xingú e subvenções que receber (art. 2.º); é dirigida por um Presidente e Conselho Diretor de 6 membros (Lei n.º 1.111, de 1959, art. 2.º) regendo-se por estatuto aprovado por decreto (Lei n.º 2.927, de 1956, art. 1.º). No mais, rege-se como qualquer fundação.

Trata-se, indiscutìvelmente, de entidade privada de sorte que o exercício, por parte de militar, na Fundação, não se considera como tempo de serviço público.

Dignando-se o Excelentíssimo Senhor Presidente da República de aprovar êste parecer, o pedido formulado não poderá ser deferido.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, em 16 de junho de 1959. — *A. Gonçalves de Oliveira*, Consultor-Geral da República.