FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO — INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA — ADMISSÃO DE PESSOAL

— Interpretação do art. 3.º da Lei n.º 5.117, de 27 de setembro de 1966.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

PARECER

Neste processo, em que a Consultoria-Geral da República solicita o pronunciamento preliminar dos órgãos jurídicos do DASP, a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística propõe, com base em argumentação endossada pela Assessoria Jurídica do Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, que o órgão de cúpula do Serviço Jurídico da União reconsidere as conclusões expedidas em seus pareceres de n.ºs 436-H, de 1966, 516-H e 558-H, de 1967, todos aprovados por despachos do Senhor Presidente da República e publicados oficialmente, notadamente as conclusões do último parecer citado, que confirmaram a impugnação oferecida por êste Departamento, através de exposição de motivos n.º 693, de 11 de agôsto do mesmo ano, às disposições do § 2.º do artigo 50 e do parágrafo único do artigo 62 do Estatuto da Fundação IBGE, aprovado pelo Decreto n.º 61.126, de 2 de agôsto antecedente.

2. O primeiro dos aludidos dispositivos daquele Estatuto — o § 2.º do art. 50 — previu a seleção dos servidores, para fins de admissão, através de critério diverso do estabelecido obrigatòriamente pela Lei número 5.117, de 27 de setembro de 1966, para a admissão de servidores e empregados em quaisquer entidades estatais e *paraestatais*.

3. Assim é que, sendo exigência fixada no citado diploma legal a prévia habilitação em *concurso público de provas ou de provas e títulos*, observadas as normas esta-

belecidas pelo D.A.S.P., para a admissão de pessoal nas entidades estatais e paraestatais (cfr. art. 3.º da Lei cit.), o Estatuto da Fundação I.B.G.E., aprovado por ato do Poder Executivo, trouxe em seu contexto disposição nos têrmos seguintes:

Art. 50. .....

.....

.....

§ 2.º A admissão ao quadro de pessoal será feita mediante contrato após habilitação por meio de provas, de provas e de títulos, ou de títulos, a critério do Conselho Diretor.

4. A ilegalidade da dispensa, em tal instrumento, do requisito da habilitação através necessàriamente de concurso público de provas ou de provas e títulos para admissão de pessoal por Fundação instituída pelo Poder Público, afigurou-se evidente para êste Departamento em face da orientação normativa antes estabelecida pelo Presidente da República ao aprovar os pareceres n.ºs 436-H e 516-H, retroaludidos, em que a douta Procuradoria-Geral da República se pronunciara a propósito de consulta referente à Fundação Ensino Especializado de Saúde Pública (F.E.E.S.P.), vinculada ao Ministério da Saúde.

5. Consoante o Govêrno firmou e confirmou naquele caso, a exigência estabelecida pela Lei n.º 5.117, de 1966, alcança os atos de admissão praticados nas Fundações instituídos pelo Poder Público desde que o assinalara o Consultor Jurídico dêste Departamento, Doutor Clenício da Silva Duarte, segundo transcrição feita no parecer número 516-H, da CGR — trata-se de "entidades públicas", integrantes ou auxiliares da Administração Pública, sem prejuízo da personalidade jurídica de direito privado.

6. A orientação nesse sentido, reiterou-a ainda a douta Consultoria-Geral da República através do parecer número 556-H, de 31-8-67, aprovado por despacho presidencial e publicado no *Diário Oficial* de 15-9-67, páginas 9.476-67, do qual cabe transcrever o seguinte excerto:

"3. É fora de dúvida que a inclusão dessas Fundações entre os órgãos da Administração Federal indireta as torna sujeitas à política de pessoal da União, sobretudo no tocante à remuneração (teto), *e admissão*. Se assim não fôra, com a proliferação de tais Fundações, escaparia ao contrôle do Estado a implantação das diretrizes de tal política! Quer o Estado dar a êsses órgãos maior flexibilidade, todavia, não se demite de sua função fiscalizadora de contrôle, *atento aos recursos de que se nutrem (públicos) e aos serviços que prestam (públicos)*. (*Sem grifo no original*).

7. Com a fundamentação supratranscrita, além das demais razões em que se motivou, o pronunciamento do Doutor Consultor-Geral da República estava já, por antecedência, contestando os argumentos que a Fundação I.B.G.E. ora apresenta em abono de tese contrária.

8. Merecem exame destacado as alegações daquela Fundação e da Assessoria Jurídica do Ministério do Planejamento e Coordenação Geral no sentido de que:

1.º) o parágrafo único do art. 15 do Decreto-lei n. 161, de 13 de fevereiro de 1967, em atribuindo ao Conselho Diretor da Fundação I.B.G.E. competência para estabelecer "normas gerais de Administração e remuneração do pessoal", deu-lhe absoluta autonomia para dispor inclusive sôbre os critérios de seleção e de admissão de servidores; e

2.º) dirigindo-se a entidades estatais e paraestatais, a preceituação do art. 3.º da Lei n.º 5.117, de 1965, não alcançaria as Fundações instituídas pelo Poder Público, por fôrça da lei federal, desde que essas entidades não seriam de um ou outro gêneros.

9. Sôbre a primeira alegação, parece que se arrima ela em interpretação subjetiva da disposição invocada, desde que, bem observados aquêles fundamentos enunciados pela douta Consultoria-Geral da República em seu parecer n.º 556-H e transcritos no item 6 retro, na autorização para que entidade pública da espécie estabeleça ela própria as normas segundo as quais administrará seu pessoal não se deverá, necessàriamente, entender que se contenha a liberação absoluta para utilizar os recursos públicos de que se nutre admitindo pessoal segundo critérios de seleção discricionários diversos dos que a Constituição e a lei ordinária impõem à União Federal, às Autarquias, aos Órgãos Autônomos e demais entidades públicas, ainda que de direito privado desde que destinadas a prestar serviço público por delegação do Estado.

10. Quanto à segunda alegação, repelem-na, igualmente, o citado parecer número 516-H, da Consultoria-Geral da República, e o parecer n.º 642-H, de 13 de fevereiro último (*in Diário Oficial* de 28 de fevereiro de 1968 página 1.731), em que aquêle Órgão declarou, com o "Aprovo" presi-

dencial, que o emprêgo em Fundação instituída pelo Poder Público e inacumulável com cargo público, salvo as ressalvas constitucionais.

11. O conceito de entidade paraestatais, embora polêmico no dizer da Assessoria Jurídica do Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, não poderá, qualquer que seja, chegar ao exagêro de não abranger a Fundação que o Poder Público institui com o acêrvo de autarquia federal e destinada a realizar serviço indiscutìvelmente público.

12. Cumpre verificar que, nos têrmos do Decreto-lei que autorizou o Poder Executivo da União a instituí-la em substituição à autarquia I.B.G.E., a Fundação que guarda a mesma denominação constitui o "órgão central... do sistema estatístico nacional", incumbida de coordenar as atividades do mesmo sistema, bem como as de natureza geográfica e cartográfica.

13. O artigo 2.º do mesmo diploma legal ao instituir o "Plano Nacional de Estatística e o Plano Nacional de Geografia e Cartografia Terrestre ... compreendendo o conjunto de informações e levantamentos necessários ao conhecimento da realidade econômica, social, cultural e física do país", atribuiu expressa e exclusivamente à Fundação I.B.G.E. a função — que desfaz qualquer dúvida quanto a tratar-se de entidade pública, paraestatal — de coordenar êsses Planos essenciais à formulação da estratégia administrativa do Estado estabelecendo mesmo que as pessoas físicas e jurídicas, *"de direito público e privado"*, prestarão *"obrigatòriamente"* as informações necessárias à execução do Plano coordenado pela Fundação I.B.G.E. *(Grifei)*.

14. Ainda o Decreto-lei n.º 161, de 1966, em seu art. 3.º, determinou que a Fundação em referência passaria *"a exercer, no âmbito da União, as atribuições das entidades integradas no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística"* (grifou-se).

15. Como, então, prosperar qualquer tese que conclua pela exclusão de tal entidade do âmbito da Administração Pública Federal, com o propósito de frustrar as disposições da Lei n.º 5.117, de 1966?

16. Quanto ao parágrafo único do artigo 62 do seu Estatuto a Fundação I.B.G.E. logra demonstrar — aí sim — que a norma nêle contida não tem o sentido de transferir para a Fundação os cargos em comissão e funções gratificadas da extinta autarquia criando para o Tesouro Nacional ônus que a lei não lhe impõe, mas apenas o de autorizar a entidade, transitòriamente — enquanto não instituídos devidamente o seu quadro próprio de pessoal e o sistema adequado de retribuição — a observar o mesmo regime que vigorava na extinta autarquia.

17. Assim interpretado oficialmente o parágrafo referido, a esta Divisão parece que o D.A.S.P. deve reconhecer a viabilidade legal do que ali ficou estabelecido, ressalvando-se a inaceitabilidade de argumento expedido pela Assessoria Jurídica do Ministério do Planejamento e Coordenação Geral no sentido de que a extinção de uma autarquia não acarreta — mesmo no silêncio da lei — a extinção automática dos cargos em comissão e funções gratificadas que existissem em razão dela.

18. Tendo em vista os têrmos da solicitação da Consultoria-Geral da República, transmito o processo à Consultoria Jurídica dêste Departamento.

Brasília, 26 de abril de 1968. — *Paulo César Cataldo*, Diretor da Divisão do Regime Jurídico do Pessoal.

CONSULTORIA JURÍDICA

PROCESSO N.º 11.244-67

— Fundações instituídas pelo Poder Público Federal. Incidência a essas entidades do disposto no art. 3.º da Lei n.º 5.117, de 1966.

— Entidade paraestatal. Conceito. As funções instituídas pelo Poder Público, entre as quais se inclui a Fundação I.B.G.E., são espécie do gênero entidade paraestatal.

— A submissão de entidades que não as da administração direta e as autarquias administrativas a normas rígidas de direito público é um êrro em que teima a orientação legislativa dos últimos anos, com o que pràticamente se anulam as vantagens da criação dêsses órgãos. Mas *legem habemus* e o intérprete há que se cingir ao seu acatamento, não podendo alçar-se à condição de legislador.

PARECER

I

Deseja a Consultoria-Geral da República a audiência prévia dos órgãos técnicos e jurídicos dêste Departamento sôbre revisão de pronunciamentos daquela Consultoria, solicitação pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Fundação I.B.G.E.

2. A matéria remonta à impugnação oferecida por êste Departamento, através da exposição de motivos n.º 693, de 11 de agôsto de 1967, no que concerne às disposições do § 2.º do art. 50 e parágrafo único do art. 62, ambos do Estatuto daquela Fundação, aprovado pelo Decreto n.º 61.126, de 2 de agôsto de 1967, com a qual se manifestou à Consultoria-Geral da República, consoante se verifica do parecer n.º 558-H, de 5 de setembro de 1967, publicado no *Diário Oficial* de 15 subseqüente, à página 9.477, cujo original se encontra apensado a êste processo.

3. O órgão técnico dêste Departamento — a Divisão do Regime Jurídico do Pessoal (D.R.J.P.), apreciando as razões expedidas pela Fundação I.B.G.E., entende, de fato, demonstrada a improcedência da impugnação dêste Departamento, quanto às normas do parágrafo único do art. 62 do Estatuto citado, em face dos esclarecidos, nesta oportunidade, pela referida Fundação, embora o mesmo não haja ocorrido relativamente aos motivos aduzidos para defender a preceituação contida no § 2.º do art. 50 do mencionado Estatuto, ou seja, a pretensão de não incidência à entidade das normas constantes da Lei n.º 5.117, de setembro de 1966.

4. Completando a diligência, transmite-se o processo à apreciação desta Consultoria Jurídica.

II

5. As preceituações estatutárias, objeto de impugnação, assim se acham redigidas:

"Art. 50. .....

.....

.....

§ 2.º A admissão ao quadro de pessoal será feita mediante contrato, após habilitação por meio de provas, de provas e de títulos, ou de títulos, a critério do Conselho Diretor.

.....

Art. 62. .....

.....

.....

Parágrafo único O regime de trabalho dêsses servidores, inclusive quanto ao regime de tempo integral e no que diz respeito aos vencimentos e vantagens dos cargos em comissão e funções gratificadas, continuará a ser o mesmo, até que normas específicas sejam baixadas pelo Conselho Diretor, nos têrmos do Decreto-lei n.º 161, de 13 de fevereiro de 1967, art. 17 e seu parágrafo."

6. Quanto ao § 2.º do art. 50 do Estatuto da Fundação I.B.G.E., retrotranscrito, a argüição levantada se alicerça no fato de que se estaria furtando a entidade às disposições da Lei n.º 5.117, de 27 de setembro de 1966, cujos arts. 1.º *caput* e 3.º estabelecem:

"Art. 1.º Tôda e qualquer nomeação para as vagas de classe singular ou inicial de séries de classes, bem como para cargos isolados de provimento efetivo, dos Quadros de Pessoal da União, dos Órgãos Autônomos e das Autarquias, só poderá ser feita mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, respeitado o acesso previsto em lei.

.....

"Art. 3. As normas estabelecidas pelo Departamento Administrativo do Serviço Público para o concurso público de provas e títulos, da União dos Órgãos Autônomos e das Autarquias *serão seguidas pelas demais entidades estatais e paraestatais*" (grifei).

7. Argumenta a entidade, no que recebe o apoio da ilustrada Assessoria Jurídica do Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, que as fundações, mesmo as instituídas pelo Poder Público, como é o seu caso, não podem incluir-se entre as entidades paraestatais, e que a equiparação das fundações como a de que se trata às emprêsas públicas, determinada por fôrça do § 2.º do art. 4.º do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967 (Reforma Administrativa), só o é para os efeitos daquela lei, como ali se acha taxativamente consignado.

8. Demais disso — é ainda a Assessoria Jurídica do Ministério do Planejamento e Coordenação Geral que argumenta — a competência genérica outorgada ao Conselho Diretor da Fundação pelo parágrafo único do art. 15 do Decreto-lei n.º 161, de 1967, deixa claro a não subordinação da entidade àquela norma de lei anterior, mas a que, sôbre a espécie, viesse a ser baixada pelo referido Conselho Diretor. É a seguinte a redação do preceito legal supracitado:

"Parágrafo único. O Conselho Diretor estabelecerá as normas gerais de administração e remuneração do pessoal da Funda-

ção, inclusive no que respeita ao regime de trabalho e à organização do quadro de pessoal."

III

9. As fundações instituídas pelo Poder Público, cuja conceituação, de fato, tem suscitado inúmeras controvérsias de ordem doutrinária são formas de delegação administrativa do Estado, de uso mais recente entre nós. Em outra oportunidade, assim opinei sôbre essas entidades (Cf. parecer emitido em 20 de abril de 1967, no processo número 9-120-66 *in Diário Oficial* de 11 de maio de 1967, páginas 5.188 e 5.189):

"15. Se as fundações instituídas pelo Poder Público se constituem em pessoas jurídicas de direito privado regido o seu pessoal pela legislação trabalhista, tal circunstância, de que se vale o legislador para a maior flexibilidade dêsses órgãos, não determina a sua exclusão do rol das entidades públicas. São formas de descentralização administrativa por serviço, de ampla aceitação no Direito Administrativo hodierno (Cf., ao propósito, o excelente artigo do Ministro Oscar Saraiva intitulado *Novas Formas de Delegação Administrativa de Estado, in Revista do Serviço Público, setembro de* 1944, *páginas* 114 *a* 117)."

10. Constituem-se essas entidades em espécie do gênero "paraestatal", sôbre cuja conceituação por essa norma se manifesta o eminente Hely Lopes Meirelles (*Direito Adiministrativo Brasileiro,* 2.ª ed., 1966, página 295 e segs.):

"O paraestatal não é o estatal nem é o particular, é o meio têrmo entre o público e o privado. Justapõe-se ao Estado, sem o integrar como o autárquico, ou alhear-se como o particular. Tem personalidade privada mas realiza atividades de interêsse público, e, por isso mesmo, os atos de seus dirigentes, revestindo-se de certa autoridade, sujeitam-se ao mandado de segurança (Lei número 1.533, de 31-12-1951, art. 1.º § 1.º) e à ação popular (Const. Fed. art. 141, § 38)" pág. 296.

11. E, mais adiante, acrescenta o ilustre Professor da Universidade de São Paulo:

"A doutrina e a legislação brasileira confundem, com freqüência, o ente autárquico com o paraestatal, influenciadas errôneamente pelo direito italiano fascista, que indistinguia êsses dois gêneros de entidades utilizados pelo govêrno de então. Mas, já os modernos autores, da atual República italiana, estabelecem nítida distinção entre a entidade paraestatal, a autarquia institucional (administrativa) e a autarquia territorial (política), que corresponde às nossas municipalidades. A propósito, o autorizado De Valles, após assinalar as diferenças entre a autarquia administrativa e o ente paraestatal conclui que êste resulta do *"coordenamento di sforzi di collevità o di privati, per il raggiungimento di scopi comuni."*

12. Após uma análise das várias espécies de entidades do gênero paraestatal, o insigne publicista inclui as fundações culturais, instituídas pelo Poder Público, entre as espécies dêsses gêneros (Cf. obra citada, pág. 301 e 311 a 315).

13. Também, por igual, dessa opinião não discrepa Rui de Sousa (*Serviços do Estado e seu Regime Jurídico, in Rev. de Dir. Adm.,* vol. 28, páginas 10 a 37). Veja-se, a propósito, o seguinte excerto (Rev. cit., página 29):

"Para nós, a terminologia deverá reter o conceito de ente paraestatal no limite dos órgãos de caráter quase público, exercendo *serviços de interêsse coletivo reconhecidos,* ou mesmo *organizados* pelo Estado, mas entregues a uma *administração privada, sem patrimônio constituído exclusivamente pelo Estado e sem poder de coação.* Não importa a fórmula de organização: sociedade de economia mista, fundação ou mera sociedade civil ou comercial" (os grifos são do próprio original).

14. Sôbre a matéria, para um estudo mais aprofundado, seria conveniente, entre outras, uma consulta ao *Nuovo Digesto Italiano,* vols. V (1938) e XII (1940), verbetes *Enti Paraestatali e Servizio Publico,* respectivamente, bem como o excelente trabalho pioneiro de Antônio Mauro, *Sul Concetto di Ente Paraestatale in Rivista di Diritto Pubblico,* 1928, 1.ª parte, p. 206 a 228.

15. Não padece dúvida, pois, que as fundações, como a de que se cogita, são tìpicamente entidades do gênero paraestatal, sujeitas, em conseqüência, à preceituação do art. 2.º da Lei n.º 5.117, de 1966.

16. É irrelevante, na espécie, a apreciação do alcance da norma consubstanciada no § 2.º do art. 4.º do Decreto-lei número 200, de 1967, sôbre a equiparação, para os efeitos daquela lei, das fundações ali referidas às emprêsas públicas. É certo que, na doutrina, não se conceituam as fundações como emprêsas públicas, mas a sua carac-

terização como entidade paraestatal é hodiernamente aceita na *communis opinio*.

17. As disposições da Lei n.º 5.117, de 1966, têm grande amplitude, e a elas se não podem furtar as fundações instituídas pelo Poder Público, e até as sociedades de economia mista de cujos recursos participe a União, como tive ensejo de esclarecer em pronunciamento recente, embora não escapasse o legislador, por êsse efeito, a acerbadas críticas que, então, formulei. (Cf. parecer emitido em 10 de agôsto de 1967, no processo n.º 6.107, publicado no *Diário Oficial* de 15 de setembro de 1967, à p. 9.480, e na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 91, p. 394 a 396), do qual extraio o seguinte trecho:

"4. Embora sejam as sociedades de economia mista pessoas jurídicas de direito privado, jamais se deixou de arrolá-las entre as entidades estatais, por isso que o Poder Público, controlando a maioria de suas ações, exerce e orienta a administração de tais emprêsas, a que se acha vinculada — precisamente por essa participação de recursos públicos em maior percentagem, — a economia popular.

"5. Sempre se entendeu tratar-se de forma de descentralização burocrática, de maior flexibilidade, adotada à proporção em que foi evoluindo o Direito Administrativo no Estado moderno, quando o Poder Público é solicitado para uma intervenção, cada vez mais expressiva, no domínio econômico.

6. A natureza híbrida do capital da emprêsa, em que o Poder Público, embora mantendo o contrôle acionário, se associa aos particulares, não retira a característica da gestão pelo Estado através de prepostos seus, que a administram segundo objetivos econômicos de interêsse geral.

7. A maior intervenção estatal no domínio econômico, principalmente quando ocorrente no terreno da exploração industrial, tem aconselhado essa forma de descentralização que oferece grande maleabilidade, pela sua afinidade maior com as emprêsas congêneres no domínio privado.

8. *De lege ferenda*, pois, não me parece de boa técnica a orientação legislativa que se vem adotando, no sentido de se restringir a autonomia administrativa dessas entidades, para disciplinà-las por normas rígidas, cuja incidência deveria situar-se apenas no campo da atividade puramente pública, compreendida por esta a que se exerce através da administração direta e das autarquias administrativas. É a grande contradição, em confronto com o que tem sido pregado e a realidade objetiva resultante da legislação promulgada nos últimos anos.

9. *De lege lata*, é inquestionável essa subordinação a princípios não bem adequados, passando a exercer-se contrôle de tal natureza sôbre essas entidades, como igualmente sôbre as fundações instituídas pelo Poder Público que se vem pràticamente eliminando o interêsse dessa maior descentralização, que acabará por ficar apenas no papel. De que vale organizar essas entidades segundo normas próprias de direito privado, no objetivo de consecução de maior flexibilidade, se a legislação, contraditòriamente, pretende sujeitá-las às normas de direito público?"

18. Seria, por conseguinte, matéria a ser apreciada através de ato legislativo futuro, que as excluísse das preceituações da Lei n.º 5.117, de 1966, do momento em que, ao contrário do que pretende a Assessoria Jurídica, do Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, o parágrafo único do artigo 15 do Decreto-lei n.º 161, de 1967, transcrito no item 8, *supra*, não conflita com essas normas, não tendo, assim o alcance que lhe pretende emprestar aquêle órgão jurídico: De fato, a atribuição conferida ao Conselho Diretor da Fundação I.B.G.E. para estabelecer as normas gerais de administração e remuneração do pessoal, inclusive no que respeita ao regime de trabalho e à organização do quadro de pessoal, não significa que essas normas se possam baixar em conflito com a legislação geral para o processo seletivo, por exemplo, desde que não há incompatibilidade entre o respeito a essas disposições e a competência para estatuir normas amplamente, em outros setores, respeitado o princípio geral a que o legislador, desavisadamente embora, entendeu de submeter todos os órgãos estatais e paraestatais.

19. Entendo, assim, desenganada a incidência do comando jurídico constante do art. 3.º da Lei n.º 5.117, de 1966, transcrito no item 6, acima, a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

IV

20. A outra impugnação, que alcançava o parágrafo único do artigo 62 do Estatuto da Fundação, não tinha, efetivamente, consistência, como vem de reconhecer, aliás, a D.R.J.P., desde que as explicações ora apresentadas pela entidade interessada, a res-

peito da matéria, são plenamente satisfatórias.

21. Em conseqüência de todo o exposto, entendo deva ser alterado o Estatuto da Fundação I.B.G.E., tão-sòmente para o efeito de harmonizar o disposto no § 2.º do seu art. 50 às preceituações decorrentes da Lei número 5.117, de 1966, enquanto se não providencia a alteração dessa lei, de evidente inconveniência, na parte em que se dirige a entidades outras que não as da administração direta e as autarquias administrativas.

É o meu parecer.

S. M. J.

Brasília, 17 de maio de 1968. — *Clenício da Silva Duarte,* Consultor Jurídico.

"Aprovo, excetuado a cogitação de revogar-se a Lei n.º 5.117-66, cuja aplicação geral só traz benefícios ao regime democrático do provimento de cargos públicos."

Em 28 de maio de 1968. — À D.R.J.P. — *Belmiro Siqueira,* Diretor-Geral.