# ATUALIDADE DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO

SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

*1. Natureza jurídica. 2. Legislação atual. 3. Fundações públicas. 4. Formalização. 5. Sindicalização. Pessoal. 6. Contratos administrativos. 7. Mandado de segurança. 8. Acumulação de cargos.*

Em trabalhos anteriores,[1] sustentamos que as entidades fundacionais sujeitas ao regime do Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, caracterizavam-se como *entes paradministrativos*.

Salientamos que, enquanto no regime do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, as fundações privadas instituídas pelo poder público integravam a administração indireta, no do Decreto-lei n.º 900/69 foram elas dessa excluídas expressamente (art. 3.º), transformando-se em *entes de cooperação,* dentro do correspondente processo de descentralização — *descentralização por cooperação* — que se distingue da *descentralização institucional,* responsável pelo surgimento dos organismos personalizados da administração descentralizada.

Ulteriormente, o Decreto-lei n.º 2.299, de 21 de novembro de 1986, alterou o Decreto-lei n.º 200/67, em matéria de fundações supervisionadas.

Restabeleceu, com outra redação, o § 2.º do art. 4.º do último diploma normativo citado, que fora revogado pelo art. 8.º do Decreto-lei n.º 900/69, cujo art. 3.º foi eliminado pelo art. 3.º do Decreto-lei n.º 299/86.

Em sua versão primitiva, o § 2.º do art. 4.º do Decreto-lei n.º 200/67 estatuía:

* Professor titular de direito administrativo no Rio de Janeiro.

[1] Cf. As fundações como integrantes da paradministração, *Revista da Procuradoria-Geral da LBA*, (2):10 e segs., jan./jun. 1986.

"Equiparam-se às Empresas Públicas, para os efeitos dessa lei, as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades."

Tal disposição, segundo o entendimento dominante, evidenciava a colocação de tais instituições, como já era aceito anteriormente, entre as entidades paraestatais — isto é, de direito privado — da administração indireta, ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista.

É de gizar-se que, já naquela época, acentuava-se que a equiparação às empresas públicas e, em conseqüência, a integração das fundações vinculadas na administração indireta era apenas *para os efeitos* do Decreto-lei n.º 200/67, isto é, tão-somente, para *fins organizacionais*.

Caio Tácito[2] afirmava que essa equiparação era norma especial, de sentido limitado por sua própria natureza: "a assemelhação visa apenas aos objetivos da organização administrativa".

A nova redação do § 2.º do art. 4.º do Decreto-lei n.º 200/67 passou a ter o seguinte texto:

"§ 2.º As fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União integram também a Administração Federal Indireta, para os efeitos de:

a) subordinação aos mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira;

b) inclusão de seus cargos, empregos, funções e respectivos titulares no Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei n.º 5.645, de 10 de dezembro de 1970."

Sublinhe-se que a integração determinada era ainda mais restrita do que ocorria no regime do Decreto-lei n.º 200/67, pois feita apenas para certos efeitos, aliás expressamente estabelecidos.

Assim como no regime do Decreto-lei n.º 900/69 as fundações eram pessoas paradministrativas, com sujeição a muitas disposições próprias dessas pessoas, com a nova situação mantiveram a mesma posição, eis que só passaram a ser pessoas da administração indireta para certos fins, continuando a ser entidades paradministrativas.

Não se chegou, portanto, à plena identificação das fundações com as entidades paraestatais.[3]

Como se lê nas disposições transcritas, a equiparação às pessoas paraestatais era, apenas, para fins financeiros e de classificação de empregos e funções.

Anote-se que, no tocante ao aspecto de gestão e controle financeiro, a situação das fundações, na realidade, em nada se modificou, uma vez que, con-

[2] In: *Boletim UEG*, p. 38 e segs., maio 1968.

[3] Cf. nossa tese, na posição, na administração indireta, da fundação de direito privado instituída pelo Estado. In: *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Curitiba, 1975. p. 287-305.

forme apontamos em trabalhos anteriores, já estavam submetidas à supervisão ministerial, à fiscalização do Tribunal de Contas e como *empresas estatais,* em sentido largo, como eram consideradas (art. 2.°, II, do Decreto-lei n.° 84.128, de 29 de outubro de 1979), já estavam sujeitas a controle de recursos e dispêndios.

É certo que, em matéria financeira, passaram a ser aplicáveis às fundações as disposições constitucionais acerca da administração indireta (cf. art. 62 da Constituição Federal).

Os dispositivos constitucionais que se dirigem à administração indireta, mas não tenham caráter financeiro, não passaram, por força da nova legislação em tela, a incidir sobre as fundações (cf. art. 119, *d,* da Constituição Federal).

Por seu turno, a inclusão dos empregos e funções das fundações no Plano de Classificação de Cargos tem sentido apenas de ordenação dos cargos e estipendial, com a ressalva ainda do § 3.°, que se explica pelo fato de as fundações universitárias, culturais e de pesquisa serem consideradas de regime especial, tanto assim que chamadas impropriamente de *fundações de direito público.*[4]

Os outros aspectos do regime jurídico das fundações da espécie e de seus empregados permaneceram o mesmo.

O Decreto-lei n.° 2.299/86 ainda alterou o disposto no art. 178 do Decreto-lei n.° 200/67.

Originariamente, assim estatuía a regra mencionada:

"As autarquias, empresas ou sociedades em que a União detenha a maioria ou a totalidade do capital votante e que acusem a ocorrência de prejuízo continuado poderão ser liquidadas ou incorporadas a outras entidades por ato do Poder Executivo, respeitados os direitos assegurados aos eventuais acionistas minoritários, se houver, nas leis e atos constitutivos de cada entidade."

A nova redação passou a ser a seguinte:

"Art. 178. As autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da Administração Federal Indireta, bem assim as fundações criadas pela União ou mantidas com recursos federais, sob supervisão ministerial, e as demais sociedades sob o controle direto ou indireto da União, que acusem a ocorrência de prejuízos, estejam inativas, desenvolvam atividades já atendidas satisfatoriamente pela iniciativa privada ou não previstas no objeto social, poderão ser dissolvidas ou incorporadas a outras entidades, a critério e por ato do Poder Executivo, resguardados os direitos assegurados, aos eventuais acionistas minoritários, nas leis e atos constitutivos de cada entidade."

Ao referir-se às *fundações,* após elencar o que chamou, expressamente, de "integrantes da Administração Federal Indireta", o novo diploma normativo evidenciou o caráter restrito das alterações a que procedeu com referência às entidades fundacionais, colocadas, no texto reformulado, ao lado das "demais

[4] Cf. nossos trabalhos anteriores; art. 4º da Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, que dispõe sobre o ensino superior.

sociedades sob o controle direto ou indireto da União", cláusula que, tradicionalmente, tem rotulado, na legislação, categoria típica da *paradministração*.

A regra nada tem de subversiva, já vigorando no ordenamento jurídico de estados-membros, como o do Rio de Janeiro, e está na linha de privatização de entidades.[5]

Ulteriormente, a Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987, veio, novamente, em matéria de *fundações vinculadas à União,* a alterar dispositivos do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, já modificado pelos Decretos-leis n.ºs 900/69 e 2.299/86.

Essas mais recentes transformações no regime jurídico fundacional realizaram a reintegração, agora plena, dos entes da espécie na administração indireta,[6] ao incluir, no elenco das instituições componentes da mesma, o que chamou de *fundações públicas,* para o que acrescentou uma alínea *d* ao inciso II do art. 4.º do Decreto-lei n.º 200/67.

A denominação *fundações públicas* não é errônea, desde que tomemos o adjetivo *públicas* no mesmo sentido em que figura na designação *empresas públicas*, isto é, indicativa de que são criaturas do poder *público* e que integram a administração *pública*.

Não significa, em absoluto, que se cuide de pessoas jurídicas de *direito público* (errada é, como já salientado, a referência a *fundações de direito público,* se não se trata de *autarquias):* pelo contrário, na conceituação de *fundações públicas,* constantes, agora, de um inciso IV aduzido ao art. 5.º do Decreto-lei n.º 200/67, são elas consagradas expressamente, conforme sempre sustentamos, como *entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado*.

A expressão veio a substituir outras como *fundações supervisionadas, vinculadas, criadas ou mantidas pelo poder público,* e superou, definitivamente, a errônea denominação *fundações de direito público,* empregada pela legislação para rotular, exatamente, as *fundações de direito privado instituídas pelo poder público* dentro de um processo de *descentralização administrativa,* podendo, nesse ponto, ser considerado alterado o art. 4.º da Lei n.º 5.540, de 28 de abril de 1968.

Essa mesma conceituação salienta a necessidade de *autorização legislativa* para a criação das *fundações públicas*. Com efeito, ocorre ou a atribuição de um encargo estatal, ou uma forma de participação do poder público no domínio social, bem como a alocação de recursos para a instituição, o que só se legitima com a chancela do Legislativo.

A definição sublinha o *caráter não-lucrativo das fundações públicas,* como é próprio, aliás, do instituto fundacional.

[5] Cf. Decreto nº 91.991, de 28 de novembro de 1985.
[6] Cf. nossa tese, anteriormente citada.

É certo, porém, que a *não-lucratividade* não significa que o ente não possa exercer atividade remunerada, desde que o resultado positivo seja reinvestido na prossecução de seus fins, sem distribuição de lucros, dividendos, bonificações a seus administradores ou a terceiros.

A *fundação-empresa* — isto é, unidade econômica, ou sócia ou acionista majoritária — é considerada legítima, dentro dos limites antes traçados.

O novo art. 5.°, IV, do Decreto-lei n.° 200/67 ressalta, aliás, que o funcionamento da entidade pode ser "custeado por recursos da União e de outras fontes", permissivo que tem a virtude de fazer explícita tal possibilidade, sendo que, no passado, houve acirrados debates políticos sobre a abrangência dessas "outras fontes".

Ainda em termos conceituais, a nova disposição giza que a finalidade das *fundações públicas* seja o "desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgão ou entidades de direito público".

A referência reforça a natureza privada das instituições da espécie, e endossa nossa tese de que as *fundações* — como de resto as *empresas públicas e sociedades de economia mista* — não podem exercer *poder de polícia,* parcela indelegável da função estatal. Poderão ser delegatárias ou concessionárias de serviços públicos.

A definição acrescenta: a) *autonomia administrativa,* ínsita às entidades da administração indireta; b) *patrimônio próprio,* o que é inerente a qualquer pessoa jurídica; c) gestão do patrimônio pelos "respectivos órgãos de direção", isto é, os administradores, categoria necessária à figura fundacional.

A conceituação dada pelo art. 5.°, IV, citado, substitui, de qualquer modo, mesmo com as variadas deficiências que qualquer definição legal inclua, a expressão usual na legislação anterior (inclusive, usada no Decreto-lei n.° 2.299/86) "fundações criadas pela União ou mantidas com recursos federais, sob supervisão ministerial".

O § 3.° do art. 5.°, também acrescentado pelo recente diploma legal, contém prescrições que devem ser analisadas.

A mais importante é a que exclui as fundações públicas da incidência das disposições do Código Civil, concernentes às *fundações privadas,* o que deve ser entendido como excluindo, também, a aplicação do disposto nos arts. 1.199 e segs. do Código de Processo Civil, sobre a *organização* e *fiscalização das fundações,* que, aliás, em certos pontos, alteram o estatuído na codificação civil.

Essa regra é realista.

Em verdade, como já defendemos em trabalhos anteriores, a *fundação de direito privado instituída pelo poder público* — hoje *fundação pública* — é *privada,* mas não é *particular*. E as normas do Código Civil dizem respeito a essas: as *fundações públicas* são de direito civil, na medida em que são de direito pri-

vado, mas não as *fundações do Código Civil,* tendo, pois, um regime próprio de *ius privatum*.

Em primeiro lugar, com relação à natureza, são elas *fundações-organização, fundações-instituição,* e não *fundações-patrimônio:* o substrato personalizado é, na realidade, organizacional, e não, um patrimônio, que pode nem existir — salvo como *conjunto vazio* — originariamente, e somente ir formando-se com a paulatina aquisição de bens.

Isso, que não é permitido ao particular (cf. arts. 24 e 25 do Código Civil), o é para o poder público.

Ao exigir a nova legislação recursos da União apenas para o funcionamento da fundação, positiva-se o caráter de *fundação-organização,* que prescinde da dotação inicial de patrimônio.

Outrossim, as *fundações governamentais* não estão sujeitas à provedoria do Ministério Público (art. 26 do Código Civil, arts. 1.199 e segs. do Código de Processo Civil), eis que submetidas à *supervisão ministerial* (cf. parágrafo único do art. 4.º do Decreto-lei n.º 200/67 — antigo § 1.º, já tendo o § 2.º correspondente sido revogado pelo art. 8.º do Decreto-lei n.º 900/69 — com a redação da Lei n.º 7.596/87), muito mais abrangente e decorrente da *vinculação* da fundação, como elemento da administração indireta, ao ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

Quanto ao procedimento de criação, o próprio § 3.º do art. 5.º em pauta prevê sua instituição através de *escritura pública,* que deverá ser "inscrita" no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (cf. art. 114, I, da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Lei de Registros Públicos), não se aplicando ao poder público a hipótese de instituição por testamento.

O § 3.º em tela fala, erradamente, de "constituição" da fundação, termo específico para *sociedades e associações:* em sede fundacional, o que existe é *instituição* ou *co-instituição*.

Continuamos a defender o ponto de vista de que, sendo caso de instituidor único o poder público, como é comuníssimo na prática administrativa (também com referência às *empresas públicas),* a formalização do ato pode ser por *decreto executivo,* que é, também, tal como a escritura, uma forma pública. Na hipótese de ser usado o *decreto,* até mesmo o registro se tornaria desnecessário, já que a publicidade daquele é maior que a do próprio Registro Civil. Diante da nova norma expressa, porém, é aconselhável a inscrição respectiva.

A elaboração, aprovação e alteração dos estatutos das *fundações públicas* é matéria que vem prevista nas leis que outorgam sua criação e nos respectivos estatutos originais, aprovados por decreto da chefia do Executivo ou por portaria ministerial. Daí, não ter aplicação pertinente às mesmas o disposto nos arts. 27 a 29 do Código Civil e 1.199 a 1.203 do Código de Processo Civil.

No tocante à *extinção das fundações públicas* e *destinação do patrimônio residual,* os arts. 30 do Código Civil e 1.304 do Código de Processo Civil nunca se mostraram inteiramente adequados às *fundações oficiais*.

A própria lei autorizativa e os estatutos da entidade prevêem as hipóteses concernentes, como se a existência daquela está submetida a termo final ou a implemento de condição resolutiva.

O que prevalece mesmo, em geral, é a *vontade estatal* superveniente, na verificação da inconveniência ou impossibilidade da manutenção da fundação, ou da consecução de seus fins.

Aliás, com referência às *fundações privadas de previdência complementar,* a Lei n.º 6.435, de 15 de julho de 1977, em seu art. 86, já as havia excluído da abrangência, no que fosse impertinente, do disposto nos arts. 26 a 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil, submetendo-as ao velamento do Ministério da Previdência e Assistência Social.

Talvez tivesse sido melhor que a Lei n.º 7.596/87 houvesse adotado essa forma de derrogação parcial do Código Civil no que fosse conflitante com a natureza e o regime das fundações públicas, pois que, de qualquer modo, em caso de lacuna (a nova lei não dispôs genericamente acerca do assunto, deixando ao casuísmo da legislação sobre cada entidade a fixação das respectivas regras), os dispositivos em tela se aplicarão supletivamente, inclusive em nível estadual e municipal, já que o estado e o município não podem legislar sobre direito privado.

Aliás, é de se considerarem os reflexos da nova legislação federal sobre a organização administrativa das unidades federativas locais.

Sabemos que, nesta matéria, cada unidade tem sistema jurídico-positivo próprio, não cabendo à União editar nem mesmo normas gerais a respeito.

Ocorre que, tal como no caso das *empresas públicas* e *sociedades de economia mista* — mais no concernente às primeiras, que podem assumir forma jurídica variada —, está se tratando de *pessoas jurídicas de direito privado,* assunto sobre o qual a competência legiferante federal é privativa.

Assim, na medida em que se trate de *fundações públicas,* integrantes da administração indireta, as normas em foco se aplicam nacionalmente.

É claro que as unidades locais poderão manter as fundações governamentais como paradministrativas — o que ocorrerá enquanto não se adaptam ao novo modelo federal —, mantido, nesse caso, o regime jurídico ora vigorante.

Outra observação que cabe é que a União e as demais entidades federativas poderão continuar instituindo e co-instituindo *fundações do Código Civil, particulares* — o que ocorre muito em plano municipal —, sem vinculação a ministérios e secretarias.

A União poderá, igualmente, ter suas *fundações paradministrativas*, como continuará sendo o caso da *Fundação Getulio Vargas.*

É importante assinalar que o art. 2.º da Lei n.º 7.596/87 enquadrou como *fundações públicas federais* as abrangidas pelo anterior Decreto-lei n.º 2.299/86.

É de realçar-se que, se o § 3.º do art. 4.º do Decreto-lei n.º 200/67, na versão do Decreto-lei n.º 2.999/86, excepcionava "as fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais", de efeitos, ligados a seu pessoal, do disposto na alínea *b* do parágrafo anterior, essa distinção foi revogada pelo art. 10 da Iei n.º 7.596/87, o que faz com que essas fundações, em razão do disposto no art. 2.º desse diploma legal, tenham passado a integrar plenamente a administração indireta, embora respeitada a normatização de suas peculiaridades em termos de recursos humanos e atendidas as características de sua autonomia.

O art. 10 da Lei n.º 7.596/87 revogou, expressamente, o § 2.º do art. 4.º do Decreto-lei n.º 200/67, introduzido pelo Decreto-lei n.º 2.229/86, com o que se superou a integração restrita das fundações públicas na administração federal indireta, integração essa que passou a ser plena, nos termos assinalados; bem como o art. 2.º do Decreto-lei n.º 900/69, que submetia as fundações da espécie ao disposto no Código Civil e estabelecia requisitos — que, aliás, não eram atendidos — para a criação de novas fundações públicas.

Outras questões cuja solução, à época do advento do Decreto-lei n.º 900/69, dependiam de as fundações serem paraestatais ou paradministrativas ficaram superadas pelo surgimento de legislação específica.

Assim, a proibição de sindicalização imposta aos servidores das "instituições paraestatais, nos termos do art. 566 da Consolidação das Leis do Trabalho, nada tem a ver com os empregados das fundações oficiais, excluídos da proibição pelo respectivo parágafo único, com a redação dada pelas Leis n.ºs 6.386, de 9 de dezembro de 1976, e 7.449, de 20 de dezembro de 1985.

Quanto ao enquadramento de seus servidores no conceito penal de *funcionário público,* consoante o disposto no art. 327 do Código Penal, o correspondente § 2.º, com o texto da Lei n.ª 6.799, de 23 de junho de 1980, tratou da matéria. Por sua interpretação sistemática com o *caput* do dispositivo e com o seu § 1.º, conclui-se que ocorre tal enquadramento.

Por outro lado, é de lembrar-se que, em matéria de *contratos administrativos,* o Decreto-lei n.º 2.300, de mesma data do de n.º 2.299, isto é, de 21 de novembro de 1986, estatui em seu art. 86:

"As sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, até que editem regulamentos próprios, devidamente publicados, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação, ficarão sujeitas às disposições deste decreto-lei."

A especificidade dos fins da integração das fundações governamentais, estabelecidos pelo Decreto-lei n.º 2.299/86, não levava, outrossim, a concluir que aspectos de seu regime jurídico, como do cabimento do mandado de segurança contra ato de seus agentes, se tivessem modificado.

Recordemos o que dispõe o § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951:

"Consideram-se autoridades para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções."

Mesmo que consideremos que a expressão *entidades autárquicas* tenha sido empregada pelo legislador, em sentido impróprio e amplo, a abranger todas as *pessoas administrativas da administração indireta*[7] e que "os atos praticados por essas entidades, ou seja, para usar da expressão do texto legal, pelos seus administradores ou representantes, são atos administrativos tanto formalmente, porque emanam de elementos componentes da Administração Pública, embora relativamente autônomos, como materialmente, porque têm o conteúdo próprio dos atos administrativos", tal entendimento não atingia as fundações em seu novo posicionamento, eis que elas não se transformaram em pessoas administrativas paraestatais.

Continuava a incidir, no caso, a segunda parte do dispositivo:

"No que respeita aos atos de administradores ou representantes das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, já não sucede exatamente o mesmo que com os dos responsáveis pela gestão das entidades autárquicas. Não sendo aquelas pessoas órgãos integrantes da Administração Pública — e nelas se compreendem os concessionários de serviços públicos, bem como os órgãos com delegação para funções determinadas e eventuais — os atos que praticam, através dos gestores das suas atividades, não se consideram atos administrativos pela sua origem (...) A lei, porém, tendo em vista que, em certas situações, pelo uso de poderes próprios do Estado, os atos de tais pessoas transcendem do âmbito de ação estritamente privado, declara que elas se consideram, quando assim agem, como se autoridades fossem. Os seus atos são, dessarte, por força da equiparação legal, atos administrativos, ou, antes, atos de autoridade, para usar de expressão deduzida do texto constitucional instituidor do mandado de segurança."[8]

Agora, com a nova legislação editada, se se tratar de *fundações públicas*, integrantes da administração indireta, constituindo *pessoas administrativas* paraestatais, o cabimento do *writ* contra atos de seus administradores encontra amparo na primeira parte do art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 1.533/51, que, efetiva-

[7] Ver: Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 31 e segs., com citação de Oscar Saraiva e Caio Tácito.
[8] Seabra Fagundes. op. cit. p. 33.

mente, empregou a expressão *entidades autárquicas* em sentido impróprio e amplo, a abranger as pessoas administrativas por meio das quais se dá a *descentralização institucional,* de que é produto a administração indireta.

Ponto relevante, por exemplo, é o da questão da *acumulação de cargos.*

Sempre sustentamos que o instituto em tela não abarca as fundações, quer sejam elas paraestatais ou paradministrativas.[9]

Permitimo-nos reproduzir, neste passo, a lição, sempre autorizada de Caio Tácito,[10] expendida quando as fundações integravam a administração direta, tal como agora voltaram a fazê-lo:

"Sem embargo do apreço que nos merecem essas autorizadas opiniões, não nos convence a sua fundamentação, que se alicerca na equiparação que a Lei da Reforma Administrativa (Decreto-lei n.º 200, de 25.2.67) estabeleceu entre as fundações e as empresas públicas. Primeiramente, essa norma especial tem sentido limitado, por sua própria natureza. A assemelhação visa, apenas, aos objetivos da organização administrativa, e não regula as relações de emprego. De outra parte, trata-se de preceito que apenas vigora no tocante à Administração Pública Federal, não se estendendo à dos Estados e Municípios, quando a norma constitucional sobre acumulação é única (e há de ter a mesma aplicação) nas três ordens de serviços públicos.[11]

Tendo o art. 99, § 2.º, da Constituição Federal,

"assim, destacando espécie determinadas de tipos de entes descentralizados — autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista —, temos como válido o argumento de que a norma não atinge a outra dessa forma de administração indireta, ou descentralizada, a saber, as fundações criadas pelo Estado, sob o modelo do direito privado e a regência da legislação trabalhista. Quando quis aludir a todos os gêneros, a Constituição apropria o termo genérico 'administração indireta' ou 'descentralizada' v.g. nos arts. 65 e 48".[12]

Há que ressaltar-se que a inclusão de seus empregos e funções no Plano de Classificação de Cargos (alínea *b* do § 2.º do art. 4.º, do Decreto-lei n.º 200/67, com a redação do Decreot-lei n.º 2.299/86, agora revogado pelo art. 10 da Lei n.º 7.596/87) tinha sentido apenas classificatório e estipendial, em nada interferindo com a questão em tela.

Assinale-se que, de qualquer modo, mesmo que, por via do instituto da *proibição,* de nível de legislação ordinária, se vede ao servidor o exercício de

* Ver nossa tese: *As fundações de direito privado instituídas pelo poder público no Brasil* Borsoi, 1970. p. 87 e segs.; comentários a acórdãos do egrégio Supremo Tribunal Federal in: *Revista de Direito Administrativo, 158:*76-82, out./de. 1984 e *161:*50-75, jul./set. 1985.

[10] Op. cit.

[11] Cf. também parecer da Comissão de Acumulação de Cargos, de 20 de setembro de 1968, in: *Diário Oficial da União,* 21.11.68, p. 10.135.

[12] Os dispositivos são do texto original da Constituição Federal de 1967; ver também o parecer citado na nota 11.

alguma atividade extrafuncional, o impedimento só se aplica aos novos admitidos, não atingindo a situação, já subjetivada, dos que já são funcionários ou empregados públicos.

Sabemos que as *fundações oficiais de ensino superior* têm tido, senão um regime, pelo menos uma referência especial na legislação.

Assim, o art. 4.º da Lei n.º 5.540, de 28 de novembro de 1968, aludiu a fundações de *direito público;* o Decreto-lei n.º 2.299/86 dava, em matéria de pessoal, um tratamento especial às "fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais".

Os aspectos fundamentais dizem respeito à autonomia administrativa e ao regime de pessoal (quando a entidade educacional é autárquica, fala-se de *autarquia de regime especial).*

Cogitou-se, inclusive, no governo federal, da criação de uma nova categoria de pessoa jurídica, o *ente educacional,* classificação diversa das *associações, sociedades* e *fundações.*

A Lei n.º 7.696/87, em seus arts. 3.º a 8.º, cuida, exclusivamente, do *Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos* para o pessoal docente e para os servidores técnicos e administrativos das "universidades e demais instituições federais de ensino superior, sob a forma de autarquia ou de fundação pública" (art. 3.º), questão que tem gerado graves problemas políticos da maior relevância.

Essa disposição mostra que tais entidades, quando fundacionais, são *fundações públicas,* ou seja, *de direito privado* e *integrantes da administração indireta,* embora com as nuanças de autonomia contempladas na legislação de ensino superior, e com as peculiaridades de regime de pessoal sobre que a nova legislação estatui.

A Lei n.º 6.733, de 4 de dezembro de 1979, dispôs sobre a nomeação dos dirigentes das fundações instituídas ou mantidas pela União, estabelecendo que "serão livremente escolhidos e nomeados, em comissão, pelo Presidente da República, os dirigentes das fundações instituídas ou mantidas pela União, qualquer que seja sua natureza ou finalidade e sem prejuízo de sua autonomia administrativa e financeira".

Ulteriormente, a Lei n.º 7.177, de 19 de dezembro de 1983, tratou da escolha de dirigentes de fundações de ensino superior federais, revigorando, para esses fins, o prescrito pelo art. 16 da Lei n.º 5.540, de 28 de novembro de 1968, alterado pelo art. 1.º da Lei n.º 6.420, de 3 de junho de 1977, isto é, escolha com base em lista sêxtupla.