

vinculá-lo ao novo sistema a que se viu vinculado pela transferência.

O funcionário ou será federal ou estadual e, quando ele se transfere ao sistema estadual perde as vantagens decorrentes de sua investidura primitiva, para gozar o que se estipula na legislação estadual.

O benefício da legislação mais favorável parece-me impossível porque os vencimentos são percebidos pelo exercício do cargo e dos padrões nele fixados. Ora, não é possível perceber pelos cofres federais quando o "cargo" foi transferido para o Estado, nem estabelecer discriminação no plano estadual, entre os seus funcionários. Em todo o caso a legislação adequada deve ser aplicada sem necessidade de preceito constitucional.

Aceito a ponderação da douta Procuradoria Geral a fls. 278.

Tenho como inconstitucional a arguição."

Ante o exposto, deve a administração abster-se de continuar aplicando o art. 10 do ADCT de 1967. As situações em que, em princípio, por esse artigo, seria de aplicar-se a legislação federal será, em seu lugar, aplicada a legislação estadual. Relativamente aos atos praticados sob o império do art. 10 ADCT, convém reservar-se a administração para apreciá-los após a manifestação do Judiciário sobre a nova orientação, não só em ações futuras, como em algumas em curso.

Perde, portanto, o interesse, a indagação sobre o momento de eficácia do Decreto Lei 256/69. A legislação estadual, inclusive no que pertine a vantagens, se aplica ao funcionário federal transferido não por efeito do que dispõe esse diploma, mas em consequência de, com a transferência, colocar-se o funcionário no âmbito de incidência da legislação estadual.

Quanto ao último quesito da consulta, verifica-se, pela referência feita ao parecer 706-H da Consultoria da República, versar sobre aposentadoria, matéria que não diz, diretamente, com a hipótese do processo.

Ainda nesse passo podemos nos valer do parecer já parcialmente transcrito quando expressa:

"Resta considerar que a Constituição Federal de 1967, no parágrafo primeiro do art. 177, estabeleceu:

"O servidor que já tiver satisfeito, ou vier a satisfazer dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente na data desta Constituição. Apresentar-se-á com os direitos e "vantagens previstas nessa legislação"

"Essa norma não beneficia o requerente. Em 24 de janeiro de 1967 a legislação vigente para os

servidores de investidura federal, era, como demonstrado, a estadual. A atribuição de certas vantagens pela União não prevalece contra o Estado. Juridicamente, a legislação vigente era a estadual. Se, naquela data, já completara o requerente tempo de serviço suficiente para a aposentadoria, o seu direito era o de aposentar-se segundo a legislação vigente, que era a estadual".

Vale ainda aduzir que o parecer 706-H, da Consultoria da República, emitido sob a vigência da Constituição da República de 1967, está superada pela edição da Emenda n.º 1. O entendimento a respeito do tema — aposentadoria — foi refixado nos pareceres n.º 1 — 126, de 24-11-71, aprovado em 29/6/71, publicado no D.C. de 2/7/71 e n.º 1-59, de 3/8/70, aprovado em 6/8/70.

Dispensamo-nos de maior exame desse aspecto da consulta não só ante o acima exposto, como por ter ele sido brilhantemente abordado em recente parecer do Dr. RICARDO CESAR PEREIRA LYRA no Proc. n.º 11.772/71.

Aplica-se, portanto, ao requerente, a legislação estadual. É como nos parece.

Rio de Janeiro, de de 1972.

ROBERTO RICHELETTE FREIRE DE CARVALHO
Procurador do Estado

FUNDAÇÃO ESTADUAL DO BEM-ESTAR DO MENOR: NATUREZA JURIDICA. REGIME JURIDICO DE SEU PESSOAL

Do Presidente da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM) vem-nos consulta pela qual se indaga a que regimes — funcional e previdenciário se sujeitam de servidores daquela entidade que, nos serviços da mesma, ocupam cargos em comissão.

Esclarece o consulente que, para provimento dos referidos cargos, têm sido nomeados funcionários estaduais à disposição da FEBEM, contratados da própria entidade e pessoas estranhas — quer ao serviço público em geral, quer ao Serviço da Fundação.

A consulta, mais especificamente, visa dirimir dúvida quanto à incidência ou não do Dec.-lei 440/69 sobre pessoal das Fundações Públicas do Estado. Referido Diploma, que determina a suspensão do contrato de trabalho dos empregados do Estado e de suas autarquias nomeados para "cargos em comissão" ou designados para "funções gratificadas" e os co-

loca no regime estatutário, foi aplicado ao pessoal da FEBEN pela administração anterior. Mas como as suas disposições não se referem às Funções Públicas do Estado, a atual administração faz reserva à legitimidade daquela medida e a respeito pede o opinamento do órgão jurídico do Estado.

II

a) o Dec.-lei 440 de 5 de julho de 1969, que, na sua maior parte, é, antes, *de índole interpretativa do que dispositiva*, visou situar no direito estatutário os servidores contratados pelo Estado e por suas autarquias investidos em funções de confiança na Administração local, seja pelo exercício de cargo em comissão, seja pelo de função gratificada.

Dispôs aquele Diploma que tais servidores têm o seu contrato de trabalho suspenso (art. 1), filiam-se ao sistema previdenciário local (art. 2.º) e sujeitam-se a um regime funcional próprio (art. 4.º).

A aplicação dessa normas e das demais contidas no Dec.-lei 440/69 ao pessoal autárquico é expressamente indicada no art. 7.º.

b) De índole interpretativa o Dec.-lei 440/69, nas disposições mencionadas, por isto mesmo não depende essencialmente de sua normatividade a definição da situação jurídico-funcional do pessoal a que se refere.

A suspensão do contrato de trabalho do empregado público investido em cargo em comissão ou em função gratificada é uma decorrência natural da natureza estatutária das novas atribuições que passa a exercer.

Como poder-se-ia sustentar que, achando-se os cargos em comissão igualmente previstos na CLT (arts. 450 e 499), o seu exercício por contratado continuaria regulado pelo Estatuto Obreiro?

Estar-se-ia, então, admitindo que o empregado público leva uma situação pessoal, regulada pelo Direito Privado, para o cargo público em que seja investido, transformando-o em *cargo privado*.

No entanto, a recíproca é que é inevitavelmente verdadeira: o cargo público comunica ao seu exercente a sua *qualidade*, absorvendo inteiramente a relação de direito privado que, anteriormente, ligava o servidor à Administração.

O poder de auto-organizar-se em serviços públicos e de, nestes, discriminar funções, atribuindo-lhes o exercício a pessoal estruturado sob um regime de Direito Público, confere-o a Constituição à União aos *Estados e aos Municípios*, no seu Capítulo VII, Seção VIII.

No momento em que o ente público tem o seu pessoal escolhido, colocado em exercício e tutelado por regime jurídico funcional de Direito Público (Direito Estatutário), a legislação do trabalho não o obriga (art. 7.º, *c* e *d* da CLT).

A regência do servidor público pelo regime trabalhista é, de conseguinte, uma exceção (pode-se dizer uma anomalia), que só se verifica quando a Administração Pública, não dispondo de pessoal habilitado em concurso para assumir cargos públicos vagos, ou não havendo número de cargos públicos suficiente para as necessidades do serviço, vê-se na

contingência de admitir servidores em caráter provisório, mediante contrato que, não correspondendo à forma de admissão típica do regime de Direito Estatutário (concurso) não se regula por este, e sim pelo Direito do Trabalho (art. 104 da Constituição de 67, na antiga redação), mas que poderá vir a ser regulado por um regramento jurídico especial (art. 106 da Constituição de 67, na redação atual).

c) Os cargos em comissão, mais do que os cargos permanentes, convém sejam regulados pelo Direito Estatutário, e deles cuida a Constituição, ao dispor que prescindirá de concurso a nomeação para os mesmos (art. 97, § 20).

Essa liberdade que tem o chefe do Executivo (principalmente este) de agir discricionariamente, no provimento dos cargos em comissão, é que lhe permite, praticamente, governar. Pois não há governo sem os Ministros sem Secretários de Estado, sem as Assessorias Técnicas, sem os gestores dos órgãos de cúpula da estrutura administrativa, sem os dirigentes autárquicos e os da Administração indireta.

Como seria possível acreditar, ao menos supor, que os exercentes de tais cargos, desde que ligados ao ente público, antecipadamente, por um contrato de trabalho, continuem, já no exercício do comissionamento, como empregados públicos?

d) As “funções gratificadas” não diferem, na sua essência, dos cargos públicos, e, principalmente, dos cargos em comissão.

A respeito da analogia entre “funções gratificadas” e “cargos públicos” tivemos ensejo de nos referirmos, em nosso parecer de n.º 16/69/JOAC, emitido no processo n.º 08/10 304/69. E o fazíamos com as seguintes considerações:

“É ainda PETRÔNIO DE CASTRO SOUZA quem nos faz saber que as funções gratificadas, desde o seu nascimento, eram dotadas de certos *característicos que as aproximavam aos cargos públicos*, quais fossem os da “determinação de número”, “denominação própria” e “criação por lei” (este último característico, tanto no direito federal como no local, vem oferecendo uma nova nuance: a de “criação por decreto”).

Confirma PETRÔNIO DE CASTRO SOUZA a sua assertiva pela só menção de dispositivos legais do pretérito direito estatutário local. Assim quando o Dec.-lei 1944/39, no seu art. 2.º, § 1.º, aludia a um “quadro permanente constituído de cargos isolados, de carreira e de *funções gratificadas*” — expressões estas que aparecem, quase que com identidade, também no primitivo Estatuto do Pessoal da Prefeitura do antigo Distrito Federal (Dec.-lei 3.770/41 — art. 8.º).

Essa aproximação conceitual entre “cargos” e “funções gratificadas” aparecia, ainda, na exigência de posse na função (art. 29 do Estatuto de 41 e art. 19 do Estatuto de 56), numa

evidência irrecusável de que o legislador considerava como *investidura nova* o exercício de função gratificada.

É de se notar, aliás, que a posse em função gratificada permanece no Estatuto Federal (Lei 1.711/52 — art. 21), formalidade com que rompeu o moderno Direito estatutário do Estado da Guanabara (art. 27, § único do Estatuto de 66, ou Lei 1.163/66, e arts. 11 e 23, § único, do atual Estatuto ou Dec.-lei n.º 100/69.

.....
.....
A Lei 14/60, no seu art. 11, previa, no serviço civil do Poder Executivo, as “*funções gratificadas*”, ao lado dos cargos efetivos e em comissão.

O Estatuto de 66, no seu art. 165, refere-se à gratificação de função como “correspondente ao exercício de *função gratificada da existente nos quadros de pessoal*”, não sendo outra a redação que se encontra no atual Estatuto (art. 140).

E tanto o Estatuto de 66 como o de agora, no Título II, contemplam as “*funções gratificadas dentro da mesma rubrica referente aos cargos*” (o título II é “Dos cargos e da Função gratificada”).

O que mudou — a desnecessidade de posse, a criação de funções gratificadas por decreto (Lei 14/60 — art. 13; Estatuto de 66, art. 12, § 1.º e Estatuto vigente, art. 10 § 1.º) — serve de contribuição para o aperfeiçoamento do instituto, relevando sua diferenciação de “cargo”.

Todavia, ainda persiste aquele “*parentesco*” entre cargo e função gratificada...”

e) Se a “função gratificada” e o “cargo público” têm tanto em comum, essa *semelhança é mais acentuada quando se trata de “cargo em comissão”*.

O “cargo em comissão” assim como a “função gratificada” pressupõe o exercício de atribuições de chefia, de supervisão, ou de assessoramento, para as quais é indispensável um elo de estreito entendimento entre o governo e o funcionário (fidúcia). Em um e outro está presente uma parcela maior ou menor dos poderes do Administrador Público (o poder discricionário, o poder hierárquico, o poder disciplinar, etc.). Em ambos, a cláusula “enquanto bem servir” condiciona a continuidade da investidura.

Ademais, o Direito estatutário geralmente estabelece uma equivalência entre o exercício de cargo em comissão e de função gratificação para o efeito de aquisição de determinados direitos pelo funcionário (art. 180, a, b e § 1.º do Estatuto Federal, arts. 157 e 158 do atual Estatuto local).

f) As razões expostas corroboram a tese que sustentamos em nosso parecer retro mencionado, afinal encampada pelo Dec.-lei 440/69, qual seja

a de que o servidor contratado, designado para o exercício de função gratificada, tem suspenso o seu contrato de trabalho, passando a reger-se a sua situação pelo Direito estatutário.

Se é isto mesmo o que ocorre em relação aos cargos em comissão, por que haveria de ser diferente a solução no tocante às “funções gratificadas”? Também estas são funções de natureza estatutária, previstas, sim, em simples decretos, mas afeiçoadas ao sistema do Estatuto, que as coloca entre os seus institutos peculiares.

É evidente que ao servidor contratado ocupante de função gratificada *não se aplica todo o Estatuto. A aplicabilidade há de ser naquilo que não se incompatibiliza com a precariedade da investidura*, tal como sucede em relação ao ocupante de cargo em comissão.

III

a) O Decreto-lei 440/69, em razão mesmo de sua finalidade, não se aplica à Administração indireta.

Se é ilícito ao ente público traçar, segundo normas de Direito público, o regime jurídico funcional de seus servidores, inclusive os autárquicos (a autarquia é, essencialmente, ser “intra” estatal) e se pode, além disto, adotar regime contratual (trabalhista) na admissão de novos servidores, *essa mesma liberdade de agir ou de optar inexiste, contudo para a fixação do regime jurídico funcional da Administração indireta*.

É que a Administração indireta é realizada por *pessoas de Direito privado*, se bem que “criaturas” do ente público matriz. São os seres paraestatais, ou explicitamente as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas, as quais se podem acrescentar os “serviços sociais autônomos”, como quer DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, que adota a classificação ampla do art. 1.º da Lei 4.717/65 e repele a restritiva do Dec.-lei 200/67 (“Curso de Direito Administrativo” — vol. 2.º — pág. 23).

Os seres paraestatais são criados segundo moldes do Direito Civil ou do Direito Mercantil, exatamente para atuarem com desembaraço e, deste modo, atingirem mais facilmente os seus objetivos, que, muitas vezes, são precipuamente econômicos (caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista).

A pessoa de Direito privado, seja física ou jurídica, rege-se, nas suas relações jurídicas com outra pessoa de Direito Privado, pela normatividade do Direito Civil, do Direito Mercantil e do Direito do Trabalho. O Direito Público incidirá sobre as suas relações somente quando forem estas com pessoa de Direito Público interno, que atue nesta própria qualidade (ocasionalmente, a entidade pública relaciona-se juridicamente em setores completamente estranhos à atividade estatal).

Os Estados e Municípios, sem competência constitucional para editar normas de Direito Privado, que é exclusiva da União (Constituição, art. 8.º, XVII, b) carecem de meios, quer para estruturar a seu talante as pessoas jurídicas paraestatais (sem prejuízo das normas administrativas re-

lativas ao nexu como ente público matriz e ao sistema de prestação do serviço público), quer para dispor sob o regime jurídico de seu pessoal.

Dessa sorte, se o Estatuto dos Funcionários contivesse norma que estendesse seu regime ao pessoal dos entes paraestatais, essa norma seria inoperante (inconstitucional). Da mesma forma, qualquer outro diploma estatutário, como o Dec.-lei 440/69, não poderia jamais abranger os empregados de empresas públicas, de sociedades de economia mista, de fundações públicas e de "serviços sociais autônomos".

b) A aplicação do Dec.-lei 440/69 ao pessoal da FEBEM pela anterior administração da entidade há de resultar de uma confusão doutrinária em que têm incidido alguns expositores de Direito Administrativo, que, abeberados no direito alienígena, desatentos ao Direito Positivo brasileiro, e preocupando-se demasiadamente com a natureza fundacional inegável ao ente autárquico (que é sempre um patrimônio afetado a um serviço público) acabam por identificar como um mesmo tipo de pessoa administrativa as autarquias e as fundações do Estado.

Ora, a dicotomia das pessoas jurídicas, quer públicas, quer privadas, nos tipos "associação de pessoas" e "patrimônio personalizado" geralmente aceita, coloca as autarquias e as fundações públicas nesta última categoria.

Mas a organização da autarquia é traçada pelo Direito Público exclusivamente, enquanto que a das Fundações Públicas, embora suplementada pelo Direito Administrativo, realiza-se segundo o Direito Civil. E criadas a entidade autárquica e a entidade fundacional, a primeira atua segundo o ordenamento jurídico-administrativo, ao passo que a outra, se bem que parcialmente sujeita a esse ordenamento, tem ainda no Direito Civil o guia de seus rumos.

Não vamos à ortodoxia de pretender que o simples *nomen juris* define a qualidade pública ou privada da Fundação estatal.

É mister a perquirição da dosagem do *jus imperii* que se tenha atribuído à entidade e do grau de sua adstrição ao ordenamento jurídico administrativo. Quando forem tênues esses traços em um e em outro aspecto, ter-se-á uma entidade privada; quando intensos, estar-se-á, certamente, diante de uma autarquia (v. FERRARA, *Teoria de las personas jurídicas*, Tradução espanhola da 2.^a edição italiana, 1929, págs. 680 e segs.).

Do mesmo modo, não se deve iludir com a atribuição de personalidade pública ou privada indicada na lei institucional da entidade, pois, como pondera PONTES DE MIRANDA, em cita de SÉRGIO ANDRÉA FEGEIRA, "Se o Estado considera de Direito Privado a pessoa jurídica e lhe confere poder público, cai em contradição e delega esse poder a particular, a lei ou o ato é nulo... Se o Estado considera de Direito Público pessoa jurídica que não tem parcela de poder público e nenhum interesse do Estado está em causa a pessoa é de direito privado..." (in *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, vol. 11, pág. 117).

No caso da "Fundação do Bem-Estar do Menor" (criada pela Lei 1.534 de 27/11/67 e instituída pelo Dec. N n.º 1.028, de 15/3/68, que também aprovou seus Estatutos) a qualidade de pessoa privada é iniludível: a entidade tem finalidade meramente assistencial — o que, por si só, exclui

o "jus imperii" — e se submete, como as demais fundações públicas do Estado, a um contróle atenuado do Estado, praticamente restrito às disposições do Código de Administração Financeira (Dec.-lei 128/69) e a regulamentos administrativos que simplesmente reforçam aquelas disposições ou que dispõem sobre medidas de moralidade administrativa, como, por exeplo, o recentíssimo Decreto E n.º 4.978, de 21/7/71.

Releva notar que, em face do Dec.-lei n.º 283, de 27 de maio de 1970, as fundações públicas estaduais se acham, ao menos teoricamente, excluídas da administração indireta, a exemplo do ocorrido no plano federal (Dec.-lei n.º 900 de 29/11/69).

III

Esmiuçada a natureza jurídica da FEBEM, cumpre-nos examinar, a seguir, o regime jurídico de seu pessoal.

Sobre o assunto já nos antecipamos em algumas das considerações retro aduzidas, quando dizíamos da aplicabilidade da legislação trabalhista aos servidores da entidade. No momento, faz-se mister, apenas, dar maior desenvolvimento ao tema e o fazemos reportando-nos ao que afirmávamos em relação ao pessoal da Fundação Leão XIII, em nosso parecer n.º 1/67/JOAC, emitido no proc. n.º 333/66:

"A Fundação Leão XIII, pessoa jurídica de Direito Privado, obviamente tem o seu pessoal regido pela legislação trabalhista... Nem poderia ser de outra sorte. *A relação estatutária não pode ter, em ambas as suas extremidades, dois sujeitos de Direito Privado.*

.....
Aplicam-se-lhe, portanto, todas as regras gerais de tutela do trabalho; as regras especiais compatíveis com a sua atividade, como aquelas dos arts. 227 e arts. 317 a 324 da CLT; todos os preceitos referentes à nacionalização do trabalho e à proteção do trabalho da mulher e do menor; as normas reguladoras do contrato individual do trabalho e ainda as leis complementares como a do repouso semanal remunerado (Lei 605/49), do salário dos médicos (Lei 4.950/a/66), da gratificação natalina (Lei 4.090/62), da jornada dos ascensoristas (Lei 3.270/57)...; a de salário família (Lei 4.266/63); a de salário-educação (Lei 440/64) (?); e, por último, as leis especiais, como a de acidentes do trabalho, a de cadastro de empregados (Lei n.º 4.923/65) e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço..."

Em outra passagem, cogitávamos da posição dos servidores da Fundação Leão XIII ante o direito sindical e o direito coletivo do trabalho. Eis o que, então, considerávamos:

“Em princípio, os empregados da Fundação Leão XIII não são sindicalizáveis. Isto não porque seja o empregador entidade paraestatal, visto, como se viu, que o paraestatal do art. 566 da CLT não é senão o autárquico.

A sua não sindicalização decorre de que: a) o empregador não tem atividade econômica, senão assistencial; b) a atividade que exerce não lhe propicia enquadramento sindical, e, portanto, nem a seus empregados. ... Todavia, ante a tese, geralmente aceita, de que os participantes de categoria profissional diferenciada são sempre sindicalizáveis, poder-se-á concluir pela sindicalização dos professores...

Se os demais empregados da Fundação Leão XIII estão à margem da sindicalização, “ipso facto” não estão obrigados a satisfazer a contribuição sindical.....

Não se concebe aumento normativo, decorrente de convenção coletiva propriamente dita (entre sindicatos), ou de acordo de sindicato de empregados e determinada empresa, que possa atingir o pessoal da Fundação Leão XIII. No primeiro caso, porque a Fundação não pertence a nenhuma categoria econômica, e, pois, nenhum sindicato patronal poderia representá-la e obrigar-se de modo que pudesse alcançá-la o ajuste coletivo; no segundo caso, o acordo atinge somente a empresa ou as empresas convenientes. Isto, inclusive, quanto aos ajustes que se referem a categorias profissionais diferenciadas.

Será possível, tão-só, aumento normativo decorrente de acordo da própria Fundação com os seus empregados, na forma do § 1.º do art. 617 da CLT... Isto “mutatis mutandi”, ou seja, sem que os empregados provoquem qualquer sindicato, desde que a nenhum são filiáveis (salvo no caso de categoria profissional diferenciada) para assumir a negociação coletiva.

No caso de decisão normativa da Justiça do Trabalho, também aqui a Fundação Leão XIII estará fora do âmbito de sua incidência, desde que não se trate de aumento a categoria profissional diferenciada... A sentença normativa tem como destinatários uma categoria econômica (empregadores) e outra profissional correspondente (empregados). Assim, a sentença normativa que mande determinados patrões, pertencentes a tal ou qual categoria, pagar tais ou quais salários a seus empregados, não atinge a Fundação Leão XIII que não tem figuração em categoria econômica alguma, como também seus empregados não participantes de categoria profissional diferenciada não são referíveis a qualquer das categorias profissionais previstas no Quadro de atividades e profissões.”

O que foi dito em relação ao pessoal da Fundação Leão XIII também é pertinente ao pessoal da FEBEM, seja quem se acha em emprego comum, seja quem ocupe cargo em comissão ou função gratificada, que se definem, segundo o disposto nos arts. 450 e 499 da CLT, vale dizer: são funções de comissionamento também reguladas contratualmente, sem implicações do Direito estatutário, de que retiram apenas a terminologia.

No caso de funcionário do Estado colocado à disposição da FEBEM, para exercer cargo em comissão ou função gratificada, a adequação rigorosamente escorreita de sua situação jurídica pode ser surpreendida no seguinte luminoso acórdão da lavra do Ministro M. V. RUSSOMANO:

“O problema da cessão de servidores públicos a empresa de atividade privada parte do pressuposto de que esse ato jurídico não pode ofender os direitos adquiridos pelo servidor; mesmo transferido da área funcional, ele guarda a condição intrínseca de servidor público.

Em nosso entendimento, se o servidor público é cedido pelo Poder competente, e vai trabalhar em determinada empresa, que o remunera — muito embora continuem resguardados os direitos adquiridos como servidor público pelo trabalhador, e inclusive tendo ele a prerrogativa de, terminada a cessão, retornar aos quadros específicos do Poder Público — durante o período em que o mesmo se encontra a serviço do empregador ele tem o privilégio de ser tratado como os demais trabalhadores da empresa...”

(Acórdão da 2.ª Turma do TST no RR 1.120/69, in, Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. de 1970 página 120).

Como se sente, decidiu o Acórdão que o funcionário à disposição de Administração indireta, embora mantenha intacto o vínculo com o Estado, obtém, nas suas novas funções, uma situação regulável pelo Direito do Trabalho. Essa tese, porém, embora não lhe neguemos aplauso, carece da confirmação de novos julgados.

Da situação previdenciária do pessoal da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor não há muito o que dizer.

Afastada a aplicação ao pessoal da FEBEM do Dec.-lei 440/69, que cogitava de desconto para o IPEG e para o IASEG, o regime previdenciário da Lei Orgânica da Previdência Social incide por completo (a não ser no tocante aos funcionários à disposição).

As contribuições recolhidas pelo IPEG, sendo indevidas, devem ser restituídas, e ultimado o recolhimento de atrasados ao INPS, além dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Em síntese:

- O Decreto-lei 440/69 não é aplicável às Fundações Públicas.
- O regime jurídico do pessoal da FEBEM é o da legislação trabalhista e o seu regime previdenciário é o da Lei 3.087/60.

É o parecer
SMJ

Rio de Janeiro, 23 de Novembro de 1971.

JOSÉ ANTUNES DE CARVALHO
Procurador do Estado

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. LEI N.º 5.107, DE 1966. HORAS EXTRAS E GRATIFICAÇÃO NATALINA

1. O Departamento de Estradas de Rodagem vem efetuando os depósitos para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço sem considerar, em seu cálculo, os pagamentos de horas extraordinárias e de gratificação natalina feitos aos servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Considerando, por tal razão, insuficientes os depósitos, o Instituto Nacional da Previdência Social vem cobrar a esta autarquia diferenças relativas ao período de Janeiro de 1967 a Janeiro de 1971, com os acréscimos correspondentes a juros de mora, multa e correção monetária.

Sobre a legalidade da cobrança pede-se o pronunciamento desta Procuradoria.

2. A Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, dispõe em seu artigo 2.º, sobre o depósito mensal a que estão obrigadas as entidades empregadoras, nestes termos:

“Art. 2.º — Para os fins previstos nesta Lei todas as empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ficam obrigadas a depositar, até o dia 30 (trinta) de cada mês, em conta bancária vinculada, importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga no mês anterior a cada empregado, optante ou não, excluídas as parcelas não mencionadas nos artigos 457 e 458 da CLT.” (nosso o grifo).

A leitura do texto em causa não oferece dificuldade ao intérprete quanto à conclusão, que de si salta com toda a limpidez, de que constituem base para o cálculo do depósito, não toda a remuneração paga ao empregado no mês anterior, mas, apenas algumas das parcelas componentes daquela remuneração.

O texto se faz por igual claro na indicação das parcelas integrantes da remuneração que devem ser levadas em conta no cálculo do depósito para o FGTS. Mandando excluir as parcelas não mencionadas nos arts. 457 e 458 da CLT, situa, forçosamente, a base de cálculo nas parcelas remuneratórias mencionadas nos dois apontados artigos da Consolidação.

Nos artigos 457 e 458 da CLT acham-se definidos remuneração e salário. Remuneração inclui tudo o que o empregado recebe em razão de seu emprego, quer sejam proventos pagos pelo empregador (salário), quer sejam obtidos de terceiros (gorjetas). Salário, elemento componente da remuneração, é tudo o que, devido ao empregado em contraprestação de sua atividade laboral, por força de ajuste expresso ou tácito, lhe é pago diretamente pelo empregador. A par dessas definições, os dois citados dispositivos da Lei Consolidada enumeram, com o intuito de aclarar dúvidas sobre sua verdadeira natureza, algumas formas de prestação salarial. Essas formas de prestação salarial constituem, verdadeiramente, parcelas do salário tomado em sentido global. E, sendo o próprio salário forma de remuneração, as parcelas salariais ali enumeradas constituem, em última análise, parcelas de remuneração. É a essas parcelas salariais que o reproduzido artigo 2.º da Lei n.º 5.107/66 alude, ordenando que elas, e só elas, se computem no cálculo do depósito mensal para o FGTS.

De conformidade com essa linha de raciocínio, devem ser levados em conta, no cálculo do depósito, as parcelas correspondentes às seguintes formas de prestação salarial, todas contidas na enumeração dos artigos 457 e 458 da CLT.

- Importância fixa estipulada (salário, em sentido estrito),
- comissões,
- percentagens,
- gratificações ajustadas,
- diárias para viagem, desde que excedam de 50% do valor da importância fixa estipulada (salário, em sentido estrito),
- abono e
- prestações “in natura”, fornecidas pelo empregador ao empregado, por força do contrato ou do costume.

Outras formas de prestação salarial há, certamente. Contudo, não se achando contempladas na enumeração dos arts. 457 e 458 da CLT, não poderão influir na quantificação do depósito, salvo em desatenção ao comando do art. 2.º da Lei número 5.107/66.

Neste caso se incluem os pagamentos relativos a horas extraordinárias e a gratificações natalinas. Revestem-se essas prestações, sem qualquer dúvida, de caráter salarial. São salário e, por conseguinte, remuneração. Mas, justamente porque não referidas no corpo dos artigos 457 e 458 da Consolidação, não podem, consoante o critério legal, influenciar o valor do depósito.

EDUARDO GABRIEL SAAD, abordando o problema no cálculo do depósito, coloca com propriedade, a questão ao lembrar que não oferece im-