



206  
8

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

**PROCESSO:** 001/0706/000.315/2011

**INTERESSADO:** INSTITUTO LAURO DE SOUZA LIMA

**PARECER:** PA n.º 37/2017

**EMENTA:** TERCEIRO SETOR. FUNDAÇÕES DE APOIO. FUNDAÇÕES PRIVADAS, QUALIFICADAS COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS POR CONTRATOS DE GESTÃO ENTABULADOS NOS TERMOS DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 846/1998. Entes privados que, embora recebam verbas públicas a serem aplicadas na concretização de fins de interesse público, não integram a Administração Pública. Óbice posto pelo artigo 37, XIX, da CF/88, segundo o qual todos os entes públicos têm origem em lei. Apenas mediante previsão legal específica é legítima a aplicação de normas de direito público a entidades do Terceiro Setor. Inviável enquadramento dos empregados dos entes de apoio na categoria dos servidores públicos, para fins de incidência do artigo 37, XVI e XVII, da CF/88, que veda a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções no âmbito da Administração Pública. Precedentes: Parecer produzido no bojo do processo PAJ n.º 7.488/1988, por Grupo de Trabalho; Pareceres PA-3 n.º 369/1993, 88/1997, 24/1998, 289/1999 e 296/2002; Parecer AJG n.º 427/1998; Pareceres PA n.º 201/2008, 144/2008, 114/2009, 59/2010, 104/2010 e 101/2014; Pareceres GPC/CONS n.º 53/2014 e 70/2014.

1. Cuida-se de consulta originária da Secretaria da Saúde, que pretende esclarecer se os vínculos empregatícios firmados com fundações



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

207  
✍

privadas, qualificadas como Organizações Sociais por meio de contratos de gestão entabulados nos termos da Lei Complementar Estadual nº 846/1998, sujeitam-se à incidência da vedação ao acúmulo remunerado de cargos, empregos e funções, estabelecida no artigo 37, XVI e XVII, da Constituição Federal.

2. A dúvida surgiu da constatação de que, malgrado a Administração Pública Estadual, por meio da Unidade Central de Recursos Humanos, considere essas relações empregatícias imunes à referida vedação constitucional (fls. 23/26), o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE) tem assumido posição distinta (fls. 30/35, 102/105, 172/173 e 185/188).

3. Com efeito, nas duas situações examinadas nos autos, ao verificar que servidores públicos mantinham, além de liame com a Administração Pública (Instituto “Lauro de Souza Lima”), vínculo com a Fundação Para o Desenvolvimento Médico e Hospitalar (FAMESP), entidade privada qualificada como Organização Social<sup>1</sup>, a E. Corte de Contas afirmou a caracterização de acúmulo irregular.

4. Todavia, analisando a situação do Sr. André Pereira da Silva, a Consultoria Jurídica da Secretaria da Saúde, por meio do Parecer CJ/SS nº 960/2011<sup>2</sup>, discordou do entendimento sustentado pelo TCE e concluiu inexistir vedação constitucional à concomitância de relações laborais com o Instituto “Lauro de Souza Lima” e com a FAMESP, fundação privada que não integra a Administração Pública (fls. 65/86).

5. Mais tarde, apreciando o caso do Sr. José Ricardo Bombini, a i. Chefia da Consultoria Jurídica da Secretaria da Saúde aditou o Parecer CJ/SS nº 532/2016<sup>3</sup> para reiterar o entendimento de que o artigo 37, XVI e XVII, da Constituição Federal, não incide sobre entes privados que atuam em colaboração com o Poder Público (fls. 113/122).

<sup>1</sup> O expediente foi instruído com cópia do Estatuto da FAMESP (fls. 41/57) e do contrato de gestão firmado entre ela e o Governo do Estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde, para regulamentar o “desenvolvimento das ações e serviços de saúde, no Hospital Estadual de Bauru ‘Arnaldo Prado Curvello’” (fls. 123/148).

<sup>2</sup> Parecerista DRA. SUZANA MARIA PIMENTA CATTI PRETA.

<sup>3</sup> Parecerista DRA. MÁRCIA AMINO.

✍



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

208  
1

6. Diante do conflito entre as diretrizes traçadas pelo TCE e pela Procuradoria Geral do Estado, a Coordenadoria de Recursos Humanos da Secretaria da Saúde solicitou nova orientação jurídica (fls. 157/160), observando:

[..] os órgãos subsetoriais de recursos humanos se veem diante de dois comandos aparentemente contraditórios e ambos igualmente imperativos: se por um lado, ao analisar situações como as acima descritas, a administração não pode se furtar a dar posse ao candidato, posto que o entendimento é que no caso não incide acumulação de cargos, empregos e funções, nos termos preconizados pelo artigo 37, incisos XVI e XVII da Constituição Federal de 1988, por outro é igualmente obrigada a “exonerar” o agora servidor de seu cargo, nos termos determinados pelo Tribunal de Contas do Estado e de acordo com o que determina a Resolução PGE nº 7, de 7 de fevereiro de 1996.

7. Assim, veio a lume o Parecer CJ/SS nº 1405/2016<sup>4</sup>, que indicou os divergentes entendimentos acerca da matéria e sugeriu a remessa dos autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, para orientação jurídica sobre o tema.

8. Acolhida a sugestão, os presentes autos aportaram nesta Especializada (fls. 204).

### **Feito o relato do essencial, passo a opinar.**

9. A Fundação Para o Desenvolvimento Médico Hospitalar – FAMESP é fundação privada<sup>5</sup>, qualificada como Organização Social<sup>6</sup>, que recebe recursos do Estado para o cumprimento de contrato de gestão celebrado com a finalidade de promover o gerenciamento e a execução de atividades e serviços de saúde.

<sup>4</sup> Parecerista DRA. MÁRCIA AMINO.

<sup>5</sup> Do artigo 1º do Estatuto da FAMESP, extrai-se: “Artigo 1º - A FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO MÉDICO HOSPITALAR – FAMESP, com prazo de duração indeterminado, é pessoa jurídica de direito privado de fins não lucrativos, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, e reger-se-á pelo presente Estatuto Social, pela Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro), por seus Regimentos Internos, e demais legislações aplicáveis. Parágrafo primeiro - A FAMESP entidade de caráter beneficente de assistência social, não tem caráter político-partidário ou religioso e nem fins de lucro, tampouco subordinação ao Poder Público, tendo de outro lado, como pessoa jurídica de direito privado, personalidade e patrimônio distintos de seus dirigentes” (fls. 41/57 – g.n.).

<sup>6</sup> O contrato de gestão firmado entre a FAMESP e o Governo do Estado de São Paulo não deixa dúvidas de que estamos diante de fundação privada qualificada como “Organização Social” (fls. 123/148).

1



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

209  
A

10. O presente opinativo tem por fito elucidar se relações de emprego com fundações privadas qualificadas como Organizações Sociais, a exemplo da FAMESP, estão sujeitas à incidência da vedação ao acúmulo de vínculos remunerados com a Administração Pública, prevista nos incisos XVI e XVII, do artigo 37, da Constituição Federal, *in verbis*:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de **cargos públicos**, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a **empregos e funções** e abrange **autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público** (Redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)<sup>7</sup>.  
(g.n.).

11. Cumpre perquirir, portanto, se essas fundações privadas que cooperam com a Administração Pública estão compreendidas na referência a “fundações”, contida no artigo 37, XVII, da Lei Maior.

12. Trata-se de tarefa árdua, sobretudo porque até há pouco vigorou acirrada controvérsia nas sedes doutrinária e jurisprudencial acerca do regime jurídico das fundações instituídas pelo Poder Público.

13. Provavelmente, grande parcela das dúvidas relativas a esse tema pode ser atribuída ao fato de que, a despeito da proliferação de tais entes na seara da Administração Pública, as Constituições anteriores nada dispunham a

---

<sup>7</sup> Na mesma senda, a Constituição Bandeirante preceitua, no artigo 115: “XVIII - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários: a) de dois cargos de professor; b) de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; XIX - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público” (redação dada pela EC nº 21, de 14/02/2006).

J



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

respeito. A Emenda Constitucional nº 01/1969, por exemplo, sequer mencionou as fundações públicas ao tratar da vedação ao acúmulo de vínculos com a Administração Pública. Confira-se:

Artigo 99. É vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, exceto:

I - a de juiz com um cargo de professor;

II - a de dois cargos de professor;

III - a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; ou

IV - a de dois cargos privativos de médico.

§ 1º Em qualquer dos casos, a acumulação somente será permitida quando houver correlação de matérias e compatibilidade de horários.

§ 2º A proibição de acumulação estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedade de economia mista. (g.n.)

14. Nesse quadro normativo, duas correntes doutrinárias travaram intenso debate acerca da natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público. Enquanto o grupo capitaneado por HELY LOPES MEIRELLES sustentava que toda e qualquer fundação, ainda que instituída pelo Poder Público, possui natureza privada<sup>8-9</sup>, a doutrina majoritária defendia que as fundações públicas podem revestir-se tanto de natureza privada, quanto de natureza pública, hipótese em que se equiparam às autarquias.

15. O Supremo Tribunal Federal optou por seguir a corrente predominante e, instado a manifestar-se acerca da vedação constitucional ao acúmulo de vínculos com a Administração Pública, entendeu que apenas as fundações públicas de direito público, por constituírem “espécie do gênero autarquia”, estavam sujeitas à norma inserta no artigo 99 da EC nº 01/1969. Eis breve excerto do *decisum*:

<sup>8</sup> De acordo com o ilustre administrativista, “o fato de o Estado servir-se de instituto de direito privado para a realização de atividades de interesse público não transfigura a instituição em entidade pública, nem autarquiza este meio de ação particular” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª ed. São Paulo: RT, 1989, p. 332).

<sup>9</sup> Interessante observar que o Decreto-lei nº 200/1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal, definiu “fundação pública” como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes” (g.n.).



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

211

**ACUMULAÇÃO DE CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO. NEM TODA FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO É FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. ÀS FUNDAÇÕES, INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO, QUE ASSUMEM A GESTÃO DE SERVIÇO ESTATAL E SE SUBMETEM A REGIME ADMINISTRATIVO PREVISTO, NOS ESTADOS-MEMBROS, POR LEIS ESTADUAIS SÃO FUNDAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO, E, PORTANTO, PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. TAIS FUNDAÇÕES SÃO ESPÉCIE DO GÊNERO AUTARQUIA, APLICANDO-SE A ELAS A VEDAÇÃO A QUE ALUDE O PARÁGRAFO. 2. DO ART. 99 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÃO, PORTANTO, CONSTITUCIONAIS O ART. 2º, PARÁGRAFO 3º DA LEI 410, DE 12 DE MARÇO DE 1981, E O ART. 1º. DO DECRETO 4086, DE 11 DE MAIO DE 1981, AMBOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.**

[...] a Emenda Constitucional nº 1/69 estabelece, no caput do artigo 99, a regra (que é a da vedação de acumulação remunerada de cargos e funções – o que abarca também os empregos públicos) e excepciona os casos a que alude nos incisos I a IV desse caput. Nessa regra, estariam incluídos, sem dúvida alguma, os cargos, funções e empregos em quaisquer pessoas jurídicas de direito público, pois esses cargos, funções e empregos são públicos. É certo que, no § 2º desse mesmo artigo 99, se declara que essa proibição de acumular se estende, não só às empresas públicas e à sociedade de economia mista (que são pessoas jurídicas de direito privado), mas também às autarquias, como se os cargos, funções e empregos destas não fossem públicos, e já não estivessem contemplados no caput. A alusão às autarquias, com relação às quais não há extensão alguma – se fez, apenas, para que se explicitasse o que já estava implícito. Extensão, em verdade, só há com referência às sociedades de economia mista e empresas públicas, pois seus cargos, empregos ou funções não são públicos, mas privados, por serem elas pessoas jurídicas de direito privado.

Mas, ainda quando se pretenda que, com a inclusão, no § 2º do art. 99, das autarquias, se quis restringir o caput aos servidores públicos da Administração Direta, deixando-se os servidores da Administração Indireta para o § 2º, no termo autarquia se incluem as fundações de direito público, como pessoas jurídicas de direito público que são.

Aliás, forte corrente doutrinária existe – a que se filiam, entre outros, CRETELLA JUNIOR (...), O. A. BANDEIRA DE MELLO (...), C.A. BANDEIRA DE MELLO (...) e SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (...) – no sentido de que as fundações de direito público (que não se confundem, evidentemente, com as fundações de direito privado instituídas pelo Estado) nada mais são do que espécie do gênero autarquia.

Essa, a meu ver, a tese correta, até porque não tem sentido que sociedades de economia mista e empresas públicas, que são meras pessoas de direito privado, integrem a Administração Indireta, tendo seus empregados inúmeras restrições por equiparação a servidores públicos, e as fundações de direito público, que são inequivocamente pessoas de direito público, com patrimônio público, mantidas por verbas orçamentárias, sob fiscalização direta do Poder Público, sujeitas aos Tribunais de Contas, criadas para a execução de atividades públicas descentralizadas, não pertençam a essa Administração Indireta, sob o

8



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

212  
J

fundamento único de que, por serem fundações, têm de ser pessoas jurídicas de direito privado, que, no entanto, não se submetem às normas do Código Civil relativas às fundações. Em verdade, as autarquias são do tipo fundacional (ou institucional), ou do tipo associativo (ou corporativo), enquadrando-se as fundações de direito público no primeiro. Essas fundações são um instrumento de descentralização do Poder Público, e se inserem na Administração Indireta, como não poderiam deixar de inserir-se, por serem autarquias. [RE 101.126, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 24/08/1984]<sup>10</sup>.

16. Mas a Constituição Federal de 1988, já em sua redação primeva, **alterou drasticamente o panorama normativo concernente ao tema**, mencionando a “administração pública fundacional” no *caput* do artigo 37<sup>11</sup> e estabelecendo, no inciso XVII do mesmo dispositivo, que “a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público”.

17. Seguindo a mesma trilha, a Constituição Paulista, na grafia original, preceituava que “a proibição de acumular [...] estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público”.

18. Foi nesse cenário que veio a lume o Decreto Estadual nº 41.915/1997, que “dispõe sobre acumulações remuneradas de cargos, empregos e funções no âmbito do serviço público estadual”, estabelecendo que a vedação ao acúmulo abrange “as acumulações remuneradas de cargos, empregos ou funções na

<sup>10</sup> No mesmo sentido, o voto exarado pelo Min. Nery da Silveira no julgamento da Representação nº 1.396: “No exame da matéria, cumpre distinguir. Há fundações instituídas pelo Poder Público, mas de direito privado. Nesse caso, o emprego em fundação, embora instituída pelo Poder Público, mas de direito privado, não é elemento de cumulação vedada. Cuida-se de mera entidade privada. Ao lado dessas, há, entretanto, também, as fundações instituídas pelo Poder Público, com natureza própria de autarquia, vale dizer, fundações de direito público, assim como tem decidido esta Corte. Na última hipótese, o emprego em fundação é fator de acumulação e, pois, não cabe, desde logo, garantir vínculo empregatício a servidor público, porque a norma, compreendida quanto às fundações de direito público, é inconstitucional. Emprego em fundação de direito público, como se anotou, sendo elemento de acumulação, não pode ser ressalvado tal como faz o art. 151, inciso III, suso transcrito, porque, caso a caso, há de verificar-se a situação de acumulação do servidor, para verificar se se põe, ou não, de acordo com o art. 99 e seus parágrafos, da Lei Maior”. [Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 25/11/1987].

<sup>11</sup> Artigo 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: [...].

J



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

213  
A

Administração Direta, Autarquias, inclusive as de regime especial, fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, sociedades de economia mista e empresas públicas”.

**19.** Segundo a Min. Cármen Lúcia, em voto proferido na relatoria da ADI nº 191<sup>12</sup>, a Constituição de 1988, em sua origem, teria pretendido conferir regime jurídico de direito público a todas as fundações instituídas pelo Poder Público. Veja-se:

A interpretação e aplicação daquele dispositivo [artigo 37, *caput*, da Constituição], nos tempos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, levaram à distinção entre fundações simplesmente instituídas pelo Poder Público e aquelas mantidas pelo Poder Público, às quais se atribuiu, em geral, natureza de direito público e regime jurídico idêntico.

Entretanto, permaneceram, nos diferentes quadros de Administração Pública, não poucas fundações de direito privado, e a elas não se aplicavam o regime de direito público, nem a seus servidores regime jurídico-administrativo.

Criadas como tais – mesmo quando instituídas pelo ente público – não tiveram a sua transformação em pessoas de direito público quando do advento da Constituição de 1988.

**20.** Para a i. Ministra, foi somente por força da constatação de que, no plano fático, as fundações públicas de direito privado persistiram sendo tratadas como tais a despeito do que pretendia o Constituinte, que se tornou a admitir e existência de fundações regidas pelo direito privado no âmbito da Administração Pública<sup>13</sup>.

**21.** Todavia, no Estado de São Paulo essa existência já era reconhecida há muito mais tempo.

<sup>12</sup> J. 29/11/2007.

<sup>13</sup> A Min. Cármen Lúcia, em esclarecimento ao voto proferido no julgamento da ADI nº 191, teceu as seguintes considerações sobre essa “guinada interpretativa” impulsionada pela realidade fática: “Quando o Constituinte incluiu as fundações no *caput* do artigo 37 – o que veio a ser retificado –, teve em conta exatamente a circunstância de que [...], desde a década de 60, proliferaram fundações e muitas delas foram criadas pelas administrações públicas para que pudessem ser contratados servidores – empregados, no caso, sem concurso público e para que elas não tivessem de fazer licitações de serviços, os quais, depois, eram emprestados “administração direta”. Em razão disso, com essa proliferação, pretendeu-se, num primeiro momento, que todas elas voltassem ao regime de direito público, porque esses vícios seriam eliminados. Como vi, uma vez, o Senhor Franco Montoro dizer que, se as leis não conseguem formatar os fatos, não posso simplesmente dizer pior para os fatos. Preciso fazer com que o Direito dê uma solução dentro daquilo que é possível. Daí que a Emenda Constitucional nº 19 voltou e estabeleceu o acatamento obrigatório de todos os princípios”.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

214  
J

22. Deveras, do opinativo elaborado aos 07/05/1990, no bojo do processo PAJ nº 7.488/1988, por Grupo de Trabalho coordenado pelo DR. ELIVAL DA SILVA RAMOS<sup>14</sup>, extrai-se o entendimento de que a Constituição Federal, já em sua origem, reconhecia a duplicidade de regimes jurídicos que as fundações instituídas pelo Poder Público poderiam assumir, inovando apenas quanto ao enquadramento de ambas as espécies no âmbito da Administração Pública:

Não há dúvidas, por exemplo, de que a expressão “administração pública fundacional”, empregada no *caput* do artigo 37 da Carta Magna, atinge tanto as fundações de direito público quanto as de direito privado criadas pelo Estado. Nessa linha de raciocínio, é imperioso inferir que o artigo 39 da mesma Carta, ao referir-se às fundações públicas, quis cuidar somente das fundações de direito público. Ao contrário, a expressão “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”, parece-nos dirigida às fundações com personalidade privatística. Teria, assim, acolhido a doutrina que equipara a fundação pública às autarquias, como é o caso de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem “certas autarquias são, em sua essência, ‘fundações de direito público’ ou, dito pelo reverso, que certas fundações, por serem de direito público, são autarquias” (in: *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 147). De outra parte, reforça esse entendimento a interpretação teleológico-sistemática do Texto Constitucional: seria verdadeira aberração a aplicação das regras do regime único estatutário ao pessoal contratado pelas fundações de direito privado; vale dizer a aplicação de um regime jurídico de pessoal publicístico a entidades com personalidade privatística.

23. É dizer, para a Procuradoria Geral do Estado, a Constituição Federal de 1988 sempre considerou que a Administração Pública é integrada tanto por fundações públicas regidas pelo direito público, as “fundações autárquicas”, quanto por fundações públicas regidas pelo direito privado, identificadas como aquelas “instituídas e mantidas” pelo Poder Público<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> O Grupo de Trabalho era composto pelos seguintes Procuradores do Estado DRA. FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, DR. ESTEVÃO HORVATH, DR. LUIZ SÉRGIO DE SOUZA RIZZI, DR. NORBERTO PASQUA, DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS NETO, DR. NESTOR DUARTE e DRA. MARIA CLARA GUZZOLI.

<sup>15</sup> Para melhor compreensão da diferença entre tais entes, recomenda-se a leitura do **Parecer PA nº 144/2008**, da lavra da DRA. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI, do qual se extrai: “É orientação da Procuradoria Geral do Estado que ‘a natureza jurídica de cada fundação instituída pelo Poder Público deve ser perquirida casuisticamente, a partir da análise da lei instituidora e respectivos estatutos’”.

J



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

24. Na mesma toada, CARLOS ARI SUNDFELD<sup>16</sup>, em parecer proferido ainda em 1990, já afirmava que as fundações públicas, também denominadas “fundações governamentais”, podem adquirir personalidade jurídica de direito público ou privado. E, ainda que essas duas espécies de fundações apresentem importantes marcas distintivas, o só fato de terem sido instituídas pelo Poder Público as submete, igualmente, às seguintes normas constitucionais<sup>17</sup>:

- a) As fundações governamentais são criadas por lei (art. 37, XIX), sendo extintas do mesmo modo, em vista do princípio do paralelismo das formas;
- b) As fundações governamentais sujeitam-se a licitação, sendo seus contratos regidos por normas típicas dos contratos administrativos (art. 22, XXVIII);
- c) As fundações governamentais estão sujeitas à fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas (art. 71, II);
- d) O orçamento das fundações governamentais integra o orçamento geral do Estado (art. 165, § 5º, I; e 169);
- e) A admissão de empregados nas fundações governamentais depende de concurso público, observadas as regras do art. 37, I, II, III, IV e VIII;
- f) Os atos de admissão de pessoal nas fundações governamentais estão sujeitos a registro pelo Tribunal de Contas (art. 71, III);
- g) **O emprego em fundação governamental não pode ser acumulado com outro cargo, função ou emprego na administração direta ou indireta** (art. 37, XVI e XVII);
- h) As fundações governamentais sujeitam-se, em sua ação, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, à moda de toda a Administração Pública (art. 37, caput);
- i) As fundações governamentais gozam de imunidade tributária (art. 150, § 2º). (g.n.)<sup>18</sup>

<sup>16</sup> *Fundações Governamentais*, RDP 97/89, pp. 86/93.

<sup>17</sup> De acordo com o administrativista, “toda e qualquer pessoa jurídica criada ou assumida pelo Estado submete-se, por força de comando constitucional, implícito ou explícito, a certas normas de índole claramente publicística, fundamentais para a garantia de que os fins impostos à entidade sejam perseguidos e de que os recursos públicos nela investidos sejam corretamente aplicados, bem como para manter alguma dose de controle e fiscalização estatal. [...] Pode-se dizer, destarte, que o Poder Público, em certa medida, publiciza tudo o que toca” (*Op. Cit.* p. 87, g.n.).

<sup>18</sup> Mais recentemente, ao discorrer sobre as fundações públicas de direito privado, IRENE PATRÍCIA NOHARA trouxe listagem semelhante: “A Constituição de 1988 pacificou inúmeras questões. Assim, já é certo que se lhes aplica, como derrogações ao regime privado, uma vez que são criadas pelo Poder Público: - a fiscalização por parte do **Tribunal de Contas** (art. 71, II); - os seus empregos não são cumuláveis, porquanto o artigo 37, XVII, determina que “a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, **fundações**, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; - a remuneração paga por tais entes submete-se também às regras do teto constitucional, presentes no art. 37, XI, da Constituição; - seus agentes são considerados “funcionários públicos” para os fins criminais, de impetração de mandado de segurança e ingresso com ação popular e seus dirigentes, caso desempenhem funções delegadas, são considerados autoridades; - o preenchimento dos empregos deve ser precedido da realização de **concurso público** de provas ou de provas e títulos (art. 37, II), exceto no caso de cargos em comissão ou de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público [...]; - submetem-se à **Lei de Licitações** (art. 37, XXI); - têm **imunidade** tributária em relação aos serviços, bens e rendas



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

216  
A

25. Seguindo esse raciocínio, o **Parecer PA-3 n° 369/1993** foi desaprovado pelo i. DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO que, sob a justificativa de que as fundações públicas de direito privado compõem a Administração Pública, concluiu: “a cumulação de empregos (um na Universidade de São Paulo; outro na Fundação Padre Anchieta) está vedada pelo art. 37, inciso XVII, da Constituição Federal”<sup>19</sup>.

26. A EC n° 19/1998 acabou por corroborar tal entendimento, abandonando a ideia, disseminada pelo *caput* do artigo 37 da Lei Maior em sua redação primeva, de uma “administração pública fundacional” ao lado das administrações direta e indireta, para evidenciar que todas as fundações públicas integram a Administração Indireta, submetendo-se aos preceitos do mencionado dispositivo.

27. Desde então, inexistem dúvidas de que os trabalhadores vinculados a fundações públicas regidas pelo direito privado, tanto quanto aqueles vinculados a fundações regidas pelo direito público, são servidores públicos e ficam sujeitos à vedação ao acúmulo de vínculos. É o que ensina CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA<sup>20</sup> :

**De natureza pública ou privada, a fundação instituída ou instituída e mantida pelo Poder Público para prestar serviço público, com recursos públicos, tendo, normalmente os dirigentes indicados pelo chefe do Poder Executivo da pessoa federada à qual se vincule, tem-se que a fundação compõe a Administração Pública e submete-se, pela expressa norma constitucional, à regra da inacumulabilidade.** Até mesmo porque a regra proibitiva da acumulação refere-se tão-somente a “fundações”, sem adjetivá-la ou impor que ela seja instituída ou mantida ou controlada pelo Poder Público para que se configure hipótese dada à incidência da vedação. (g.n.)

---

vinculados a suas **finalidades essenciais** ou às **delas decorrentes** (art. 150, § 2º); - o foro para processamento e julgamento será o da **justiça comum estadual**, que é o foro das pessoas privadas, independentemente de ser a fundação federal, estadual, distrital ou municipal; e - não são **extintas** nas formas do direito privado, mas **por lei**” (*Direito Administrativo*. 6ª ed.. São Paulo: Atlas, 2016, p. 620).

<sup>19</sup> Sob o mesmo fundamento, o **Parecer PA-3 n° 88/1997**, de autoria do DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO, ementado nos seguintes termos: “FUNDAÇÃO. REMUNERAÇÃO. Personalidade jurídica de direito público ou privado. Sujeição de seus servidores, inclusive os que exerçam cargos de direção, aos limites remuneratórios previstos no art. 37, XI, da Constituição federal, reproduzidos pelo art. 115, XII, da Constituição do Estado. [...]”.

<sup>20</sup> *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 268.

R



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

217  
A

28. A *quaestio iuris* a ser solucionada nesta sede diz respeito, contudo, à possibilidade de se equiparar as fundações privadas ditas “de apoio”<sup>21</sup> às fundações governamentais, para fins de enquadramento de seus empregados na vedação constitucional posta no artigo 37, XVI e XVII.

29. Essa equiparação, todavia, encontra óbice intransponível já na essência de tais entidades, as quais **ainda que atuem em parceria com a Administração Pública e recebam verbas públicas destinadas a auxiliar no cumprimento de suas finalidades também públicas, não adquirem natureza pública, ou seja, não integram a Administração Pública.**

30. Ora, como cediço, os entes que atuam em colaboração com o Poder Público compõem o denominado “setor público não estatal” ou “terceiro setor”, segmento concebido pelos idealizadores da reforma administrativa do Estado para viabilizar a consecução de finalidades que os entes estatais, com todas as limitações a que estão submetidos, não seriam capazes de concretizar sozinhos<sup>22</sup>. Exatamente por isso, segundo a concepção que prevaleceu, essa parceria entre Estado e sociedade deveria ocorrer, necessariamente, por meio de entidades privadas, que estão livres das amarras inerentes ao regime jurídico administrativo. Eis o que ensina IRENE PATRÍCIA NOHARA<sup>23</sup> acerca de tais entidades:

---

<sup>21</sup> Importante consignar que o termo “fundações de apoio” está sendo aqui utilizado em seu sentido corrente, para designar as fundações privadas que atuam em colaboração com entes públicos, e não no sentido da Lei Federal nº 8.958, que “dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio”, aplicável somente no âmbito federal.

<sup>22</sup> O Parecer PA nº 114/2009, de autoria da i. DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS, ao tratar das entidades do Terceiro Setor, ensina: “[...]. A matéria foi inserida há uma década no universo jurídico nacional, sendo um dos frutos gerados pela onda de reformas do Estado brasileiro. A reforma então empreendida identificou a existência de serviços não exclusivos do Estado que, pela sua relevância social, deveriam ser transferidos para um setor público não-estatal, porque não poderiam ficar sujeitos apenas à atuação do mercado. [...]. Criou-se, então, para desenvolvimento dessas atividades, esse setor público não-estatal, inserido no ‘programa de publicização’ e constituído por entidades intermédias, que são entes da sociedade civil, sem caráter lucrativo e que desempenham atividade de relevante interesse social”.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 652.

g



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

**Entes de colaboração [...] são pessoas jurídicas não estatais**, sem fins lucrativos, que estabelecem vínculo jurídico com o Poder Público. São entes de colaboração: as organizações sociais (que celebram contrato de gestão), as organizações sociais da sociedade civil de interesse público (que celebram termos de parceria) e outras entidades congêneres.

**[...] não se pode deixar de ressaltar que os entes de colaboração foram desenhados pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em meados dos anos 90, pelo então Ministro Bresser Pereira, para incentivar, dando prosseguimento ao receituário de privatização e contenção de gastos, a gestão direta da comunidade de serviços sociais e assistenciais, prestados por entidades não integrantes da Administração Pública, porém com apoio do Estado.** (g.n.).

31. Especificamente sobre as fundações de apoio no âmbito da União, ODETE MEDAUAR<sup>24</sup> leciona:

Denominam-se, de modo mais completo, *fundações de apoio a instituições oficiais de ensino superior*. Destinam-se, em geral, a colaborar com tais instituições de ensino e pesquisa. Conforme indica Sérgio de Andréa Ferreira (*Comentários à Constituição*, 1992, v. 3, p. 56), as fundações de apoio vêm se formando de dois modos: por pessoas físicas (professores, pesquisadores universitários, ex-alunos) ou pelas próprias instituições de ensino superior (isoladamente ou em conjunto com pessoas físicas).

São entes dotados de personalidade jurídica privada, regidos pelo Código Civil e Código de Processo Civil. Os atos de constituição, a dotação inicial e os estatutos sujeitam-se ao crivo do Ministério Público, que as fiscaliza sob o aspecto finalístico.

**As fundações de apoio, de regra, mantém convênios, ajustes e contratos com as universidades ou faculdades, sem prejuízo de atividades ou serviços que possam prestar a particulares. Não integram a Administração indireta nem a estrutura das universidades ou faculdades a que propiciam apoio.** (g.n.)

32. No Estado de São Paulo, um dos instrumentos utilizados para viabilizar a colaboração entre entes privados e públicos é previsto na Lei Complementar Estadual nº 846/1998<sup>25</sup>, cujo artigo 1º dispõe:

<sup>24</sup> *Direito Administrativo Moderno*. 14ª ed.. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010, p. 100.

<sup>25</sup> De igual maneira, a Lei Federal nº 9.637/1997, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, preceitua: “Artigo 1º - O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

219  
A

**Artigo 1º - O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde, à cultura, ao esporte, ao atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência, ao atendimento ou promoção dos direitos de crianças e adolescentes, à proteção e conservação do meio ambiente e à promoção de investimentos, de competitividade e de desenvolvimento, atendidos os requisitos previstos nesta lei complementar<sup>26</sup>.**

33. A parceria entre as Organizações Sociais e a Administração Pública ocorre por meio de contratos de gestão<sup>27</sup>, descritos pelo aludido diploma nos seguintes termos:

**Artigo 6º - Para os efeitos desta lei complementar, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas a que se refere o “caput” do artigo 1º desta lei complementar<sup>28,29</sup>.**

34. A Lei Complementar Estadual nº 846/1998 ainda estabelece:

<sup>26</sup> Redação conferida pela Lei Complementar Estadual nº 1.095/2009.

<sup>27</sup> Impende alertar que o contrato de gestão tratado na LCE nº 846/1998 não se confunde com o contrato de gestão previsto no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal”. Ora, diferentemente dos contratos previstos na lei estadual, estes são entabulados entre entes públicos, sobre os quais é indiscutível que incidem as normas do artigo 37 da Lei Maior. No tocante ao tema, o **Parecer PA nº 59/2010** (Parecerista DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS) esclarece: “[...] importa assentar alguns conceitos sobre as organizações sociais que parecem não ser bem compreendidos por parte da Administração no caso presente. A organização social realmente não integra a Administração Pública. Ocorre que ela recebe recursos públicos em bens e dotações orçamentárias para contribuir para a consecução de fim público. Para se capacitar a receber esses recursos, assina um contrato de gestão. Esse contrato de gestão também pode ser firmado entre entes públicos, como está expresso no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal. Nessa hipótese, quando firmado entre integrantes da Administração, tem-se uma maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira para o ente contratado. No entanto, quando firmado o contrato de gestão entre o Poder Público e um ente privado, integrante do terceiro setor, tem-se como consequência, uma diminuição da liberdade de gestão dessa instituição privada. Nesse sentido a pertinente observação de Maria Sylvania Zanella Di Pietro ao afirmar que o “contrato de gestão, quando celebrado com entidades da Administração indireta, tem por objetivo ampliar a sua autonomia; porém, quando celebrado com organizações sociais, restringe sua autonomia, pois, embora entidades privadas, terão que sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão” (Parcerias na Administração Pública. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 268)” (g.n.).

<sup>28</sup> Redação conferida pela Lei Complementar Estadual nº 1.243/2014.

<sup>29</sup> O artigo 5º da Lei Federal nº 9.637/1997 está redigido em termos quase idênticos aos constantes deste dispositivo.

B



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

220  
A

Artigo 13 - As entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais.

Artigo 14 - **Às organizações sociais serão destinados recursos orçamentários e, eventualmente, bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.**

§ 1º - Ficam assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º - Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão, parcela de recursos para fins do disposto no artigo 16 desta lei complementar, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º - Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, consoante cláusula expressa do contrato de gestão<sup>30</sup>. (g.n.)

35. Examinando a Lei Federal nº 9.637/1998, que no nível da União disciplina a matéria tratada pela lei estadual sob exame, os atualizadores da obra de HELY LOPES MEIRELLES<sup>31</sup> enfatizam que as entidades privadas, ao serem qualificadas como Organizações Sociais, não adquirem natureza pública. Veja-se:

A Lei federal 9.637, de 18.5.98, autorizou o Poder Executivo a qualificar como *organizações sociais* pessoas jurídicas de Direito Privado, sem fins lucrativos, cujas atividades estatutárias sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos naquele diploma.

**A organização social, portanto, não é um novo ente administrativo, é uma qualificação, um título, que a Administração outorga a uma entidade privada**, sem fins lucrativos, para que possa receber determinados benefícios (dotações orçamentárias, isenções fiscais etc.) par a realização de atividades necessariamente de interesse coletivo. (g.n.)

36. Na mesma senda, os ensinamentos de DIOGENES GASPARINI<sup>32</sup>:

S

<sup>30</sup> Artigos 11 e 12 da Lei Federal nº 9.637/1997 também estão redigidos nesses termos.

<sup>31</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores; 2010, pp. 406/407.

<sup>32</sup> *Direito Administrativo*. 12ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 463/464.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

221  
J

Sabendo da existência de associações civis e fundações constituídas, organizadas e dirigidas por particulares segundo as regras do Direito Privado que, sem fins lucrativos, estão voltadas ao desempenho de atividades de interesse público, como são as de saúde e educação, o Estado dispôs-se a aproveitá-las visando diminuir sua atuação nesse setor em que não age com exclusividade e, com isso, melhorar a prestação desses serviços, já que a Constituição Federal faculta essa parceria em mais de um de seus dispositivos, a exemplo dos arts. 199, § 1º, 204, I, 205, 216, § 1º, e 227. Daí dispor o art. 1º da Lei federal n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de Direito Privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à preservação e proteção do meio ambiente, à cultura e à saúde. Assim, encontrada essa associação ou fundação, por sua própria iniciativa ou ação estatal, cabe à Administração Pública interessada em tê-la como sua parceira qualificá-la como *organização social*, observados os requisitos exigidos por essa lei e após transferir-lhe bens e recursos com a condição de aumentar e melhorar os serviços que presta à comunidade. **Não são, como se vê, entidades das Administração Pública direta; também não integram a Administração Pública indireta. São entidades privadas que se valem do contrato de gestão para prestar atividades públicas, com apoio das pessoas políticas que as aceitam como parceiras. São entidades de colaboração.** (g.n.).

37. Também afirmando a natureza privada das Organizações Sociais, IRENE PATRÍCIA NOHARA<sup>33</sup>:

Assim são denominadas as **pessoas jurídicas de direito privado**, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme determinações contidas na Lei nº 9.637/98.

O vínculo jurídico das organizações sociais é o **contrato de gestão**, instrumento que permite a formação de parceria para o fomento e a execução de serviços sociais não exclusivos do Estado.

Para obterem **qualificação**, devem **habilitar-se** perante o **Ministério Supervisor**. Exige-se que o órgão superior de deliberação da organização seja composto por representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral.

Na realidade, pode-se dizer que a pessoa jurídica preexiste, sendo organização social a qualificação fornecida pela Administração a entidades privadas que atendam aos requisitos legais, podendo, então, ser-lhes destinados recursos públicos, bens públicos ou até mesmo cedidos servidores, às expensas do Estado<sup>34</sup>.

2

<sup>33</sup> *Op. cit.*, pp. 657/658.

<sup>34</sup> No mesmo passo: DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed.. Rio de Janeiro: Malheiros Editoras, 2009, pp. 317/318).



222  
A

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

38. A doutrina é unânime: os entes do Terceiro Setor, inclusive quando qualificados como Organizações Sociais, não adquirem natureza pública.

39. E a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue o mesmo rumo:

**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA. FUNDAÇÃO DE APOIO A UNIVERSIDADE PÚBLICA. PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL.**

I - As fundações de apoio às universidades públicas têm personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio e administração próprios, não fazendo parte da Administração Pública Indireta, razão pela qual as ações em que atuarem como parte devem deverão ser julgadas pela Justiça Comum Estadual, mormente não se enquadrarem na previsão do artigo 109, inciso I, da CF/88.

II - Conflito de competência conhecido, para declarar competente o MM. Juízo de Direito da Vara Cível de Santa Maria - RS, suscitado. [CC 89935/RS - Primeira Seção, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 22/10/2008 - g.n.).

**HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. LAVAGEM DE CAPITAIS. COMPETÊNCIA. VÍTIMA. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO INSTITUÍDA PARA APOIAR FUNDAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR. RELAÇÃO REGULAMENTADA PELA LEI N. 8.958/94. DIVERSIDADE DE RECEITAS E DESTINAÇÃO DE RECURSOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO EXCLUSIVA COM A INSTITUIÇÃO FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR.**

1. Não se tratando a vítima de fundação pública, já que não foi instituída a partir do destacamento de patrimônio público, imperioso o reconhecimento da sua natureza jurídica de direito eminentemente privado.

2. A sua relação com a fundação pública federal de ensino superior é regulada pela Lei n. 8.958/94, que dispõe sobre as relações entre estas e as chamadas fundações de apoio, a qual se dá por meio de instrumento contratual, sendo, para este fim, dispensável o procedimento licitatório.

3. Embora a fundação vítima tenha sido instituída no âmbito de fundação pública federal, diante da autonomia funcional que lhe é atribuída no seu estatuto, não se verifica nenhuma exclusividade de vínculo com esta, já que a sua receita não é composta somente por subvenções públicas, tampouco suas finalidades são voltadas apenas para os interesses da aludida instituição federal de ensino superior.

4. Portanto, a verificação da existência ou não de interesse da fundação pública federal - e por via reflexa, da União - nas causas em que for parte a fundação vítima, deve ser feita caso a caso, de acordo com a natureza da relação contratual celebrada por esta.

2



223  
A

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

**TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. FISCALIZAÇÃO APENAS DOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE A FUNDAÇÃO VÍTIMA E A FUNDAÇÃO PÚBLICA FEDERAL NO ÂMBITO DA QUAL FOI INSTITUÍDA.**

5. A fiscalização do Tribunal de Contas da União se dá apenas nos contratos celebrados entre a fundação vítima com a fundação pública federal no âmbito do qual foi instituída, nos moldes do artigo 71, inciso IV, da Constituição Federal, em razão dos interesses desta, fundada a partir de destacamento de parcela do patrimônio da União, nos termos do artigo 4º da Lei n. 3.998/61, controle que não recai sobre aqueles firmados com outras pessoas jurídicas de direito público ou privado.

**DENÚNCIA. FATOS OCORRIDOS NO ÂMBITO DE RELAÇÃO CONTRATUAL ESTABELECIDADA COM PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. PREJUÍZO APENAS EM DETRIMENTO DA FUNDAÇÃO DE APOIO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO.**

[...] 13. Ordem denegada. [HC 150450/DF – Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/06/2010 – g.n.].

40. No mesmo diapasão, ainda antes do advento das leis que disciplinaram as Organizações Sociais, a Assessoria Jurídica do Governo da Procuradoria Geral do Estado, tratando de fundação de apoio à saúde (FAEPA – Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência), no bojo do **Parecer AJG nº 427/1998**<sup>35</sup>, ponderou:

[...] Qual a posição das “fundações de apoio” no sistema de saúde? As denominadas “fundações de apoio” nada mais são do que entidades privadas, regidas por um estatuto, que será sua lei interna e fiscalizadas pelo Ministério Público (artigos 24 a 30 do Código Civil).

[...]. Não há qualquer menção na lei sobre as “fundações de apoio”. Na verdade, elas são entidades privadas, sem qualquer privilégio e como tal devem se relacionar com os órgãos da Administração Pública. (g.n.).

41. Mais recentemente, o **Parecer PA nº 101/2014**<sup>36</sup> contou com a seguinte ementa:

LICITAÇÃO. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE SAÚDE. ÓRGÃO PARTICIPANTE. IMPOSSIBILIDADE.

<sup>35</sup> Parecerista DRA. MARIA CHRISTINA TIBIRIÇÁ BAHBOUTH.

<sup>36</sup> Parecerista DRA. CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

224  
M

**Fundação não instituída ou mantida pelo Poder Público, qualificada como organização social de saúde, não integra a Administração Pública estadual.** Precedentes: Parecer PA-3 nº 289/1999, Parecer PA nº 114/2009, Parecer PA nº 59/2010 e Parecer GPG/Cons. nº 53/2014. Artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Artigo 15, II, §§ 1º a § 6º, da Lei federal nº 8.666/1993, norma dirigida à Administração Pública. Contrato de gestão. Recursos orçamentários que devem ser geridos pela OSS com seus próprios meios. Julgado do Tribunal de Contas do Estado que não se ajusta ao caso. (g.n.)

42. Ou seja, seguindo as lições traçadas pela doutrina e pela jurisprudência, há muito a Procuradoria Geral do Estado sustenta que os entes privados que atuam em colaboração com o Poder Público não integram a Administração, não se confundindo com as fundações governamentais<sup>37</sup>.

43. Note-se que conclusão diversa colidiria com o disposto no artigo 37, XIX, da Lei Maior, segundo o qual **“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação”**.

<sup>37</sup> O Parecer GPG/CONS nº 53/2014, de autoria da i. DRA. FLÁVIA DELLA COLETTA DEPINÉ fornece preciosa compilação do entendimento vigente acerca da relação entre Organizações Sociais e Administração Pública. Veja-se: “É fato que as organizações sociais **não** integram a Administração Pública direta ou indireta do Estado (*sentido lato*). A doutrina as classifica como paraestatais: ‘Celso Antônio Bandeira de Mello define as paraestatais como ‘sujeitos não estatais, isto é, de direito privado, que em paralelismo com o Estado, desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivos seus’. Maria Sylvania aduz que, neste sentido, podem ser incluídas como entidades paralelas ao Estado as organizações sociais, as organizações de sociedade civil de interesse público, os serviços sociais autônomos e as fundações de apoio. [...]. A *Organização Social (OS)*, criada pela Lei nº 9.637/98, pode ser definida como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares para desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, que independe de concessão ou permissão de serviço público, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão. [...]. Por outro lado, a entidade passa também a sofrer restrições como sujeição ao controle do Tribunal de Contas e do órgão público supervisor, integrante da Administração Pública. Não se trata do exercício de atividade delegada, mas sim de atividade privada com incentivo do Poder Público’. José Eduardo Sabo Paes, ao cuidar das Organizações Sociais e das relações jurídicas que referidos entes travam com a Administração Pública, explicita: ‘Trata-se de uma verdadeira parceria entre o Estado e a sociedade. A organização social, entretanto, como antes explicitado, não é delegatária de serviço público (não atual sob concessão, permissão ou autorização de serviços públicos), ou seja, não estará exercendo atividades públicas em nome do Estado, sob regime de direito público, **mas atividades privadas, em seu próprio nome, com incentivo do Estado, manifestado na transferência de recursos públicos, permissão de uso de bens públicos etc**’. O supracitado autor conclui que ‘as organizações sociais objetivam ser um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade, mas não constituem uma nova pessoa jurídica; inserem-se no âmbito das pessoas jurídicas já existentes sob a forma de fundações, associações civis e sociedades civis, todas sem fins lucrativos. **Portanto elas estão fora da Administração Pública, pois são pessoas de direito privado**’. No voto proferido no Julgamento da ADI nº 1923-5, o Ministro Luiz Fux explicita que a decisão pelo contrato de gestão significa ‘o afastamento da via da criação de entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados’”.

9



225  
18

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

44. Deveras, ao contrário do que ocorre com as entidades que compõem o Terceiro Setor, as entidades governamentais têm, necessariamente, origem em lei autorizativa, o que levou MIGUEL REALE JUNIOR a observar: “*é característica primeira da fundação instituída pelo Poder Público surgir no mundo jurídico por meio de lei, pois este é o meio típico de o Estado manifestar sua vontade, dando origem a um novo ente. É a lei que institui, exprimindo o Poder Público*”<sup>38</sup>.

45. Por isso, é possível tecer severas críticas à referência a fundações “instituídas ou mantidas pelo Poder Público”, que figura em dispositivos da Constituição Estadual. Ora, o só fato de o Estado subsidiar a atividade de um ente não tem o condão de torná-lo integrante da Administração Pública, o que ocorre apenas às entidades cuja existência é fruto direto da vontade do legislador. Daí que uma fundação mantida pelo Poder Público somente há de ser qualificada como “fundação governamental” se também for por ele instituída<sup>39</sup>.

46. MIGUEL REALE JUNIOR<sup>40</sup> esclarece que tal equívoco do Constituinte paulista teria sido induzido por projeto da Constituição Federal que chegou a tramitar com essa grafia. Embora a Lei Maior tenha recebido a redação adequada, aludindo a “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”, o mesmo não

<sup>38</sup> *Fundações – Fiscalização de Contas pelo Ministério Público*. RDP-98, pp. 70/74.

<sup>39</sup> J. CRETELLA JUNIOR ensina que, para enquadrar uma fundação no âmbito da Administração Pública, “deve-se observar a fundação ‘criada’, ‘instituída’ ou ‘mantida’ pelo poder público”. Para ele, criação, instituição e manutenção seriam etapas subsequentes e indispensáveis no processo de surgimento das fundações governamentais. O exemplo utilizado pelo mestre é esclarecedor: “Em 1947, foi ‘criada’, ‘instituída’ e ‘mantida’, em São Paulo, a Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado de São Paulo, prevista na Constituição do Estado de 1947, art. 123: “O amparo à pesquisa científica será propiciado pelo Estado, por meio de uma fundação, organizada em moldes que forem estabelecidos por lei”. Eis a criação. “Anualmente o Estado atribuirá a essa fundação, como renda especial de sua privada administração, quantia não inferior a meio por cento de sua arrecadação ordinária” (Art. 123, parágrafo único da Constituição do Estado de São Paulo). A Lei Orgânica nº 5.918, de 18 de outubro de 1960, art. 1º, prescreveu: “Fica o Poder Executivo autorizado a instituir a fundação prevista no artigo 123, da Constituição Estadual Paulista de 1947, para o amparo à pesquisa científica, com a denominação de Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, de duração indeterminada, sede e foro na Capital de São Paulo”. A Constituição do Estado de São Paulo de 1967 ratificou, em seu artigo 129, o que determinava a Constituição de 1947 [...]. Mediante regra jurídica constitucional estadual foi criada, instituída e mantida a fundação de direito público, intitulada Fundação de Amparo à Pesquisa. A este tipo de fundação pública é que se refere o art. 37, XVII, quando diz que a proibição de acumular se estende a FUNDACÕES MANTIDAS pelo poder público. Há, assim, o Estado, entidade matriz mantenedora, e a fundação pública, entidade filial mantida pelo poder público” (*Comentários à Constituição 1988 – artigos 23 a 37*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, pp. 2236/2237).

<sup>40</sup> *Op. Cit.*, p. 70.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

226

ocorreu na esfera estadual. Contudo, segundo o douto professor, nesse caso não é possível conferir à expressão constante da norma estadual sentido diverso do que emana da norma federal.

47. Ademais, impende notar que o mecanismo pelo qual o Estado mantém os cofres dos entes públicos é bem distinto daquele pelo qual repassa verbas aos entes do Terceiro Setor. Lembre-se: há previsão orçamentária própria para as entidades governamentais (unidades orçamentárias, como se verifica das leis que tratam de orçamento) o que não ocorre quanto às fundações privadas, ainda que qualificadas como Organizações Sociais.

48. **Não se ignora que, por receberem aportes de verbas públicas e atuarem em prol da consecução de interesses públicos, os entes do Terceiro Setor ficam sujeitos aos influxos de certas normas do direito público<sup>41</sup>. Todavia, decerto essa incidência é condicionada à vigência de previsão legal nesse sentido. O professor PAULO MODESTO<sup>42</sup>, em lapidar estudo sobre a aplicação do direito público às entidades privadas que colaboram com o Poder Público, adverte:**

[...] não pode o direito público pretender abranger essas relações da mesma forma que incide sobre o Estado e seus delegados no exercício de função pública: não pode ser aplicado de forma abrangente, para publicizar estritamente as relações dessas entidades privadas nos serviços sociais, ou autarquizá-las, transformando-as todas em repartições públicas para os fins de direito, tratando com equivalência (portanto, sem distinção) *relações de delegação e relações de parceria*.

[...]. As entidades de colaboração não são delegadas do Estado e não gozam de prerrogativas de direito público, processuais ou materiais. Não editam atos administrativos nem estão sujeitas ao processo administrativo para decidir. **São entidades privadas, não estatais, que colaboram com o Estado, mas não se equiparam a ele ou a qualquer órgão do Poder Público. Como é sabido, poderes, prerrogativas públicas e sujeições não se presumem, sem norma de atribuição, especialmente para entidades privadas não estatais.** (g.n.).

<sup>41</sup>O Parecer PA n. 289/1999 já ensinava: “constituíam essas novas organizações um meio caminho entre as entidades puramente privadas e o Estado, na medida em que, não integrando propriamente o aparelho estatal e, portanto, gozando da agilidade e autonomia peculiares ao setor privado, estariam submetidas a alguns controles típicos do Estado” (Parecerista DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS).

<sup>42</sup> O direito administrativo do terceiro setor: a aplicação do direito público às entidades privadas sem fins lucrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73409>>. Acesso em: 23 maio 2017.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

227

49. Assim, não há dúvidas de que, a despeito de seu caráter privado, os entes de apoio ao Poder Público, ao receberem verbas públicas, ficam sujeitos à fiscalização da Corte de Contas, por força da regra posta no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal. Veja-se:

Artigo 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. **Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária<sup>43-44</sup>.**

50. Quanto ao ponto, o **Parecer PA nº 59/2010<sup>45</sup>** preceitua:

Os recursos públicos recebidos pela organização social não se tornam privados após terem sido recebidos pela entidade da sociedade civil. Esses valores continuam vinculados a uma destinação pública. A organização social deve deles prestar contas à própria Administração Pública e ao Tribunal de Contas. O artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, ao determinar que todo aquele que utilize, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos está sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas está justamente centrado no reconhecimento inequívoco desse fato. A situação é muito diferente do contratado pelo Estado ou do servidor público que recebe remuneração do Estado. Uma vez recebidos os recursos, repassados em pagamento do trabalho ou da atividade empresarial de cada um, eles se tornam privados, podendo

<sup>43</sup> O artigo 32 da Constituição Estadual estabelece: “Artigo 32 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, das entidades da administração direta e indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único - Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado responda, ou que, em nome deste, assumira obrigações de natureza pecuniária”.

<sup>44</sup> Em obediência a esse comando constitucional, o parágrafo único do artigo 1º da Lei Complementar Estadual nº 846/1998 dispõe: “As pessoas jurídicas de direito privado a que se refere o “caput” deste artigo serão submetidas ao **controle externo da Assembleia Legislativa, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ficando o controle interno a cargo do Poder Executivo**” (Redação conferida pela Lei Complementar Estadual nº 1.095/2009 – g.n.).

<sup>45</sup> Parecerista DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

228  
R

imediatamente receber a destinação que bem entenderem cada um de seus destinatários.

51. Há que se observar, no entanto, que o espectro de incidência do artigo 70 da Constituição Federal é bem mais amplo que o do artigo 37, que tem como foco os domínios da Administração Pública. Logo, evidente que o **fato de as fundações de apoio estarem sujeitas ao controle do Tribunal de Contas certamente não as equipara aos entes governamentais.**

52. Daí que, sem respaldo no ordenamento normativo, não se pode entender que os contratos de trabalho firmadas por fundações de apoio conferem a seus empregados o *status* de servidor público, com os ônus e bônus daí decorrentes. **Os empregados das fundações de apoio não são servidores públicos nem são aplicáveis àqueles e a estas as normas constitucionais destinadas à Administração Pública que tratam, por exemplo, de admissão de pessoal, acumulação de cargos e remuneração.**

53. Nesse passo, o **Parecer PA-3 n° 296/2002<sup>46</sup>**, respondendo consulta acerca da natureza do vínculo havido entre servidor público e fundação de apoio à Administração Pública (FUNDEPAG - Fundação de Desenvolvimento de Pesquisa do Agronegócio), esclareceu:

[...] a FUNDEPAG é **fundação de apoio** às atividades desenvolvidas no âmbito da Secretaria de Agricultura. Instituída por pessoas privadas e sem qualquer outra vinculação com o Poder Público que não a mera vontade institucional de apoiar suas atividades, tem natureza privada. **Seu pessoal, portanto, regido pela CLT, nenhuma vinculação tem com a Administração Pública.** A pergunta formulada, não obstante, envolve situação em que servidor público é também representante legal de fundação privada. Nessa hipótese, a questão deve ser apreciada por diversos ângulos, comportando a análise da compatibilidade do exercício das duas funções, inclusive no que se refere à coincidência dos horários.

Nesse sentido, deve ser questionada eventual colisão de interesses entre o órgão público em que esse servidor exerce suas funções e a Fundação privada por ele representada, tipificadora de eventual ilícito disciplinar. (g.n.)

d

<sup>46</sup> Parecerista DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS.



229  
8

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

54. E, seguindo a mesma linha de raciocínio, o Parecer PA nº 201/2008<sup>47</sup> preceituou:

As fundações de apoio não são entes da Administração Descentralizada. São fundações privadas, instituídas nos termos da lei civil. [...]. Por esse raciocínio, a folha de pagamento de referidas instituições privadas não estão submetidas à diretriz do Decreto Estadual n. 50.964, de 18 de julho de 2006, que determinou a transferência do pagamento de toda a folha de pessoal da Administração direta e indireta do Estado para o Banco Nossa Caixa. (g.n.)

55. A reforçar tal entendimento, cumpre destacar a posição recentemente firmada pelo Supremo Tribunal Federal, ao tratar das Organizações Sociais, no julgamento da ADI nº 1.923<sup>48</sup>:

As organizações sociais, como já dito, não fazem parte da Administração Pública Indireta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, caput), sem que sequer estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública. No entanto, o fato de receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca a impessoalidade.

Isso significa que as Organizações Sociais não estão sujeitas às regras formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do núcleo essencial dos princípios definidos no caput. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado.

[...] E não há qualquer inconstitucionalidade nos §§ 1º e 2º do art. 14 da Lei nº 9.637/98. Da interpretação conjugada de tais dispositivos extrai-se ser possível, em primeiro lugar, que a Organização Social pague, com recursos próprios, vantagens pecuniárias a servidores públicos que lhe forem cedidos; caso se trate, porém, de recursos advindos do contrato de gestão, tal pagamento apenas será válido “na hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria” (§2º do art. 14). Em qualquer dos casos, porém, como visto, acima, “não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social”.

<sup>47</sup> Parecerista DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS.

<sup>48</sup> Rel. Min. Ayres Brito. Redator do acórdão Min. Luiz Fux, j. 16/04/2015.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

230  
J

Tais disposições não ofendem a Constituição porquanto **os arts. 37, X, e 169, em seu §1º, apenas condicionam ao princípio da legalidade os pagamentos feitos aos servidores públicos por entidades da Administração Pública Direta e Indireta**, pois é isso que se extrai do caput do art. 37 (CF, Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)) e do próprio corpo do §1º do art. 169 (CF, Art. 169. § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (...)).

Assim, embora a própria Lei nº 9.637/98 já pudesse ser lida, em teoria, como uma autorização legislativa para o pagamento das referidas verbas, a verdade é que **a natureza jurídica das OS's, componentes do Terceiro Setor, afasta a necessidade de previsão em lei para o pagamento de verbas ainda que para os servidores cedidos. Entender de modo contrário consubstanciaria, na realidade, uma verdadeira autarquiaização das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do modelo.** (g.n.)

56. Do voto do i. relator, Min. Ayres Brito, colhe-

se:

[...] as organizações sociais, ainda que eventualmente habilitadas a empregar recursos públicos, não se caracterizam jamais como parcela da Administração Pública. Seus diretores e empregados não são servidores ou empregados públicos. Consequentemente, não se lhes aplica o disposto nos incisos II e X do art. 37 da Constituição Federal. Noutras palavras, **mesmo sujeitas a procedimento impessoal na seleção dos empregados e na fixação dos respectivos salários, não há que se falar em concurso público, ou remuneração fixada por lei.** (g.n.)

57. Induvidoso, então, que **os empregados das Organizações Sociais não se submetem às normas insertas no artigo 37 da Constituição Federal, vocacionado a incidir somente sobre os entes que compõem a Administração Pública direta e indireta e seus servidores.** Além de não ficarem sujeitos à fixação da remuneração por lei, como decidido pelo STF, certamente não sofrem a limitação ao acúmulo de funções inscrita nos incisos XVI e XVII do aludido dispositivo.

J



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

231  
A

**58.** Em relação a esses trabalhadores, devem prevalecer os termos da Lei Complementar Estadual nº 846/1998 que determina, por exemplo, que o contrato de gestão contenha, obrigatoriamente, a "estipulação dos limites e critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções" (artigo 8º, II<sup>49</sup>).

**59.** No tocante ao acúmulo de relações laborais no âmbito das Organizações Sociais, em verdade, há que se observar o artigo 20 da Lei Complementar Estadual nº 846/1998, segundo o qual "os Conselheiros e Diretores das organizações sociais não poderão exercer outra atividade remunerada com ou sem vínculo empregatício, na mesma entidade".

**60.** Outrossim, na hipótese de um servidor público exercer função no Terceiro Setor, é evidente que não poderá haver coincidências de horário. Sobre o acúmulo de vínculos com ente privado e público, MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>50</sup> adverte:

Se as características do cargo e da atividade privada forem compatíveis entre si, poderá admitir-se a acumulação do seu desempenho. Mas dever-se-á, sempre, dar preferência ao cargo público. Isso significa que o sujeito deverá respeitar as regras pertinentes ao desempenho do cargo, dedicando-se à atividade privada *fora* das repartições e dos horários próprios da função pública.

A atividade privada apenas será admitida se não acarretar prejuízo à atividade própria do cargo público.

**61.** De rigor reconhecer, destarte, que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo vem incorrendo em grave equívoco ao afirmar que os vínculos empregatícios entabulados por fundações privadas que atuam em colaboração com o Poder Público estão sujeitos à vedação ao acúmulo de cargos que atinge os servidores públicos.

<sup>49</sup> O teor do artigo 7º, II, da Lei Federal nº 9.637/1997 é o mesmo de tal norma.

<sup>50</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed.. São Paulo: RT, 2015, p. 965.

d



232  
B

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

62. Conquanto, nos termos da Resolução PGE nº 07/1996, as decisões emitidas pela Corte de Contas vinculem a Administração, é evidente que, quando ofensivas ao ordenamento jurídico, sujeitam-se à impugnação no âmbito judicial. O Parecer GPG/CONS nº 70/2014<sup>51</sup>, encampando lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, assentou que “*é juridicamente viável que o Poder Judiciário revise a decisão do Tribunal de Contas e julgue legal a despesa ou inexistente o vício localizado*”.

63. À vista disso, **diante de decisões do E. TCE que afirmem a configuração de acúmulo irregular com fundamento no artigo 37, XVI e XVII da Constituição, levando em conta vínculo de trabalho com entidades privadas de apoio, propõe-se que a Administração encaminhe os autos à Procuradoria Geral do Estado, para ajuizamento de demanda vocacionada à desconstituição do julgado.**

64. Anote-se que a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado, no que concerne a fundações de apoio, tem sido duramente criticada por autores como FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e CARLOS EDUARDO BERGAMINI CUNHA, para quem a Corte de Contas “insiste em tratar entes que se inserem em estrutura administrativa estatal e os que dela estão apartados como se fossem a mesma coisa”<sup>52</sup>.

65. Em arremate, impende destacar que, caso se detecte eventual – e inadmissível – confusão, na prática, entre as fundações de apoio e as entidades públicas apoiadas, a situação exigirá acertamento dos mecanismos que disciplinam as relações entre essas entidades<sup>53</sup>, mas **nunca a equiparação de seus regimes jurídicos. Não se pode ignorar que o enquadramento desses entes privados na Administração Pública significaria impor-lhes não somente os ônus decorrentes de tal condição, mas também as prerrogativas próprias do Poder Público, o que apenas seria viável mediante autorização constitucional.**

<sup>51</sup> Parecerista DRA. FLÁVIA DELLA COLETTA DEPINÉ.

<sup>52</sup> *Serviços Sociais Autônomos*. RDA, RJ, v. 263, p. 135-174, maio/ago 2013.

<sup>53</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO assevera que, “não se admite, portanto, que o Estado constitua certa entidade, por meio da atribuição de recursos e patrimônio públicos, outorgue sua administração a servidores públicos, sujeitos aos desígnios e influências estatais, e pretenda caracterizá-la como “organização não governamental” (*Op. Cit.*, pp. 314/315).

8



233  
A

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

66. Por esse viés, imperioso frisar que o presente opinativo não se prestou a examinar a higidez da FAMESP ou do contrato de gestão por ela entabulado com o Estado de São Paulo, restringindo-se à análise do enquadramento jurídico do vínculo laboral firmado entre fundações desse jaez e seus empregados, para fins de incidência da vedação constitucional ao acúmulo remunerado no âmbito da Administração.

67. Por todo o exposto, conclui-se:

- (i) os entes do Terceiro Setor, inclusive quando qualificados como Organizações Sociais, ainda que atuem em parceria com o Poder Público e recebam verbas públicas destinadas a auxiliar no cumprimento de suas finalidades também públicas, não integram a Administração Pública que, por força do artigo 37, XIX, da Lei Maior, é composta apenas de entes cuja origem remonta à lei;
  - (ii) por receberem aportes de verbas públicas e atuarem em prol da consecução de interesses públicos, as entidades privadas de apoio decerto ficam sujeitas aos influxos de certas normas do direito público; essa incidência é condicionada, todavia, à existência de previsão legal nesse sentido;
  - (iii) considerando que as entidades privadas de apoio não compõem a Administração Pública, é certo que seus empregados não são servidores públicos e indubitoso que a vedação ao acúmulo de funções remuneradas, posta no artigo 37, XVI e XVII, da Constituição Federal, a eles não se aplica;
  - (iv) caso se detecte eventual – e inadmissível – confusão, na prática, entre as fundações de apoio e as entidades públicas apoiadas, a situação exigirá acerto dos mecanismos que disciplinam as relações entre essas entidades, mas nunca a equiparação de seus regimes jurídicos;
- J



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

234  
8

(v) as decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que, com fundamento no artigo 37, XVI e XVII, da Lei Maior, verberem a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas com empregos em entes que não integram a Administração Pública violam a Constituição e assim estão sujeitas ao controle do Poder Judiciário.

**É o parecer, *sub censura*.**

São Paulo, 2 de Junho de 2017.

JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA  
Procuradora do Estado  
OAB/SP nº 249.114

235  
↑**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

**PROCESSO:** 001/0706/000.315/2011  
**INTERESSADO:** INSTITUTO LAURO DE SOUZA LIMA  
**ASSUNTO:** Acumulação de Cargos e Funções. Fundações de Apoio.  
**PARECER:** PA n.º 37/2017

O bem-lançado Parecer PA n.º 37/2017 resgata, no nível teórico, as distinções entre fundações governamentais de direito público e de direito privado e entre estas e as fundações privadas de apoio a entidades públicas, qualificadas ou não como organizações sociais.

A clareza meridiana dessas distinções evidencia que a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não extrai legitimidade do ordenamento jurídico, senão reage de forma quase mecânica a uma constatação empírica: a de que o modo de operar das entidades privadas de apoio que administram e gerenciam recursos públicos tem reproduzido, até certo ponto, o funcionamento de entes que compõem a Administração Pública<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> De diversos julgados do TCE/SP colhe-se que são classificadas como “fundações de apoio”, nos termos do “Sistema Integrado de Controle de Protocolo” e do “Manual de Auditoria” daquela Corte, quaisquer entidades fundacionais privadas que auxiliem o desempenho de atividades estatais e administrem ou gerenciem recursos públicos; e que uma das decorrências dessa classificação é a submissão dessas fundações privadas às regras constitucionais que tratam da admissão de pessoal e da acumulação de cargos, funções e empregos públicos (TC-000229/002/2012, j. 01/12/2015; TC 371/989/14, j. 15/9/2015; TC-008454/026/12, j. 31/01/2017; TC-0007328/026/11, j. 31/01/2017 etc.)

↘



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

Consoante demonstra o parecer, a configuração desse estado de coisas está longe de ser suficiente para que se tratem entes privados como se públicos fossem, especialmente no que se refere à aplicação das disposições constitucionais sobre a admissão de pessoal, a acumulação de cargos, funções e empregos e a remuneração desses postos de trabalho.

Com efeito, o regime jurídico administrativo, a que estão jungidas, em maior ou menor grau, todas as entidades da Administração Pública direta e indireta, decorre necessariamente de um sistema de princípios e normas, não de elementos de informação colhidos diretamente da realidade dos fatos e submetidos a um tratamento casuístico, quiçá de viés moralizador<sup>2</sup>.

Assim como um serviço que gera proveito à coletividade não pode ser considerado serviço público se o ordenamento jurídico-positivo não o tiver submetido a um regramento de direito público, uma fundação não será governamental pelo só fato de seu funcionamento emular, mesmo que de forma contrária ao direito, o de uma entidade desta espécie.

Não é a realidade que determina o regime; pelo contrário, é este que determina o tratamento a ser dispensado à realidade.

A desatenção a esse substrato formal das pessoas jurídicas governamentais acaba, no caso, por retirar do legislador uma prerrogativa que é só sua: a de autorizar, mediante a lei específica exigida pelo inciso XIX do artigo 37 da Constituição, a instituição dos entes de direito privado que integram a Administração Pública indireta.

<sup>2</sup> É o que ensinam autores como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem “é forçoso (...) estabelecer cabal distinção entre as noções substanciais, que em nível pré-jurídico informam o legislador, e as que correspondem a realidades próprias do Direito”, na medida em que “Estas definem-se como regimes jurídicos, complexos de princípios e normas” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 92).

237  
①

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

No limite, em lugar de prevenir ou evitar a constituição de uma administração paralela, abordagens desse jaez legitimam a existência desta esfera análoga à pública, contanto que regulada por um “parassistema jurídico”<sup>3</sup> que toma de empréstimo do sistema formal apenas determinadas regras de direito e não outras.

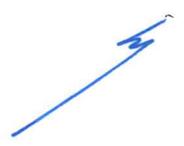
Como os fins não justificam os meios, o que se pode e deve recomendar é a adoção de providências pelo Estado com vistas a que o relacionamento das fundações de apoio com o Poder Público seja mantido dentro de parâmetros adequados à natureza não estatal desses sujeitos e ao caráter privado das atividades que desempenham – sem prejuízo do aprimoramento do material legislativo que, ao admitir essas mesmas características, atrai, em determinados pontos, a incidência do regime de direito público<sup>4</sup>.

Quanto ao mais, ressalvada a competência do Tribunal de Contas para veriïcar a regularidade do manejo, por qualquer pessoa, de dinheiros, bens e valores públicos, deve ser permanentemente recordada a lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO a respeito dessa espécie problemática a que se tem chamado de entidade de apoio:

(...) sendo a atividade prestada em caráter privado, ela [a entidade] não fica sujeita ao regime jurídico imposto à Administração Pública; por outras palavras, os seus contratos são de direito privado, celebrados sem licitação; os seus empregados são celetistas, contratados sem concurso

<sup>3</sup> A expressão é do Professor Emérito da Universidade de Buenos Aires AGUSTÍN GORDILLO, que escreveu sobre a existência, sobretudo nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, de um sistema administrativo paralelo que vive de modo parasitário dentro do sistema jurídico, usando-o e dessangrando-o, cuja violação acarreta sanções também por via do próprio sistema (GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 6º, El método em derecho - La Administración paralela, 1ª edición. Buenos aires: FDA, 2012. Disponível em: <<http://www.gordillo.com/tomo6.php>>. Acesso em: 05/06/2017).

<sup>4</sup> A exemplo da Lei Estadual n.º 846, de 4 de junho de 1998, que, no entanto, abarca apenas as entidades qualificadas como organizações sociais. Lembro que a Lei Federal n.º 8.958, de 20 de dezembro de 1994, foi editada pela União para disciplinar, de modo mais amplo, as relações entre instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e fundações de apoio.



238  
A

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

público; por não serem servidores públicos, não ficam sujeitos às normas constitucionais pertinentes a essa categoria de trabalhadores; por não desempenharem atividade delegada pelo Poder Público, não se sujeitam à tutela administrativa; (...) <sup>5</sup>

Portanto, endosso o **Parecer PA n.º 37/2017** e proponho seja ele integralmente aprovado pelas instâncias superiores da Procuradoria Geral do Estado.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

P.A., em 6 de junho de 2017.

  
**DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR**

Procurador do Estado respondendo pelo expediente  
da Procuradoria Administrativa  
OAB/SP n.º 245.540

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 575.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL**

**PROCESSO:** 001/0706/000.315/2011  
**INTERESSADO:** INSTITUTO LAURO DE SOUZA LIMA  
**ASSUNTO:** Acumulação de Cargos e Funções.  
**PARECER:** PA n.º 37/2017

Estou de acordo com o entendimento exposto no **Parecer PA nº 37/2017**, que contou com a aprovação da Chefia da Procuradoria Administrativa.

Ao Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

SubG-Consultoria, 21 de Junho de 2017.

Assinatura manuscrita em tinta azul de Cristina M. Wagner Mastrobuono.

**CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO**  
**SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO**  
**CONSULTORIA GERAL**



# PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Rua Pamplona, 227, 17º Andar - Jardim Paulista - CEP 01405-902 - São Paulo - SP

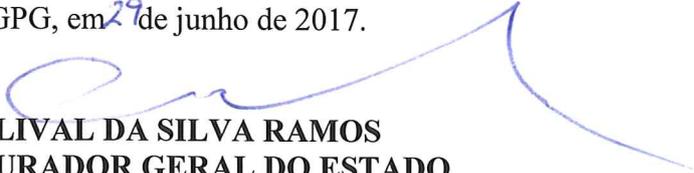
**PROCESSO:** 001/0706/000.315/2011

**INTERESSADO:** INSTITUTO LAURO DE SOUZA LIMA

**ASSUNTO:** Acumulação de Cargos e Funções.

1. Aprovo o **Parecer PA nº 37/2017**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.
2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 29 de junho de 2017.

  
**ELIVAL DA SILVA RAMOS**  
**PROCURADOR GERAL DO ESTADO**



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL**

**PROCESSO:** 001/0706/000.315/2011  
**INTERESSADO:** INSTITUTO LAURO DE SOUZA LIMA  
**COTA:** **SUBG-CONS n.º 353/2017**  
**ASSUNTO:** Acumulação de Cargos e Funções.

Ao Expediente,

1. Solicito divulgação do parecer **PA n.º 37/2017** por meio de Ofício Circular SubG Cons para “Listagem completa PA”, UCRH, DDPE.
2. Após, encaminhe-se à d.Consultoria Jurídica da Secretaria da Saúde, para prosseguimento.

São Paulo, 29 de Junho de 2017.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO  
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO  
CONSULTORIA GERAL