

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

MAIO/JUNHO 2017

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado

Elival da Silva Ramos

Procurador Geral do Estado Adjunto

José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Silvia Helena Furtado Martins

Subprocurador Geral da Consultoria

Cristina Margarete Wagner Mastrobuono

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Fernando Franco

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Maria Lia Pinto Porto Corona

Corregedor Geral

Sergio Seiji Itikawa

Ouvidoria

Lucia de Faria Freitas

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Fernando Franco, Maria Lia Pinto Porto Corona, Sergio Seiji Itikawa, Mariângela Sarrubbo Fragata, Anna Cândida Alves Pinto Serrano, Henrique Martino Monteiro, Priscilla Souza e Silva Menário Scofano, Rebecca Correa Porto de Freitas, Renan Raulino Santiago, Rodrigo Augusto de Carvalho Campos, Rogério Augusto da Silva, Valéria Cristina Farias

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck,

Joyce Sayuri Saito, Valter Farid Antonio Junior

Escola Superior da PGE

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Coordenador Geral

Fábio André Uema Oliveira

Comissão Editorial

Presidência

Mariângela Sarrubbo Fragata

Secretária Executiva

Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Américo Andrade Pinho, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Rafael Carvalho de Fassio, Sérgio de Castro Abreu

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7016/7009. Homepage: www.pge.sp.gov.br E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

Rua da Mooca, 1.921 – Mooca

03103-902 – São Paulo – SP – Brasil

sac 0800 01234 01

www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 300 exemplares

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

Distribuição gratuita

Vedada a comercialização

Editorial	7
<i>Cursos e Eventos</i>	
Cursos do Centro de Estudos	9
Cursos e eventos em parceria com outras instituições	9
<i>Peças e julgados</i>	
Contestação em ação de desapropriação indireta ajuizada contra o Estado de São Paulo, por suposto apossamento administrativo em decorrência da edição da Lei estadual nº 13.579, de 13 de julho de 2009, que define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório Billings-APRM-B. Restrições que já existiam desde o primeiro Código Florestal (Lei estadual 1.172/76). Direito de propriedade que deve atender à função social. Prejuízo econômico não comprovado. Prescrição. Ocorrência. Ação improcedente.....	11
<i>Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda</i>	
LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. Aquisição de amplificadores para adequação das salas de treinamento da FAZESP. Valor estimado da contratação inferior a R\$ 80.000,00. Tratamento diferenciado a micro e pequenas empresas. Lei Complementar federal nº 147/2014. Lei estadual nº 13.122/08 e Decreto nº 54.229/2009. Orientação da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral. Observância da legislação estadual. Inexistência de hipótese excludente de realização de licitação exclusiva. Recomendações.....	31
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	
TERCEIRO SETOR. FUNDAÇÕES DE APOIO. FUNDAÇÕES PRIVADAS, QUALIFICADAS COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS POR CONTRATOS DE GESTÃO ENTABULADOS NOS TERMOS DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 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, em-	

pregos e funções no âmbito da Administração Pública. Precedentes: Parecer produzido no bojo do processo PAJ nº 7.488/1988, por Grupo de Trabalho; Pareceres PA-3 nº 369/1993, 88/1997, 24/1998, 289/1999 e 296/2002; Parecer AJG nº 427/1998; Pareceres PA nº 201/2008, 144/2008, 114/2009, 59/2010, 104/2010 e 101/2014; Pareceres GPC/CONS nº 53/2014 e 70/2014..... 41

Ementário

Consultoria.....	73
Contencioso Geral.....	77
Contencioso Tributário-Fiscal.....	78

No ano que vem, a Procuradoria Administrativa completa sessenta anos desde sua criação, ainda na estrutura do antigo Departamento Jurídico, embrião da nossa Procuradoria Geral do Estado. Nesse longo período de existência, em que se viu integrada por grandes e saudosas personagens, a PA desenvolveu e consolidou sua vocação uniformizadora da interpretação das leis no âmbito do Poder Público estadual, a ponto de, na disciplina da nova Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, de 2015, competir-lhe manifestar sobre toda e qualquer matéria de especial interesse da Administração Pública, seja pela repercussão, seja pela complexidade.

Não é comum que se concentrem em único órgão jurídico competências para propor orientações gerais sobre gama tão variada de assuntos, especialmente em tempos de excessiva especialização do conhecimento. Se, por um lado, essa circunstância acrescenta considerável desafio ao nosso ofício, muito de proveitoso dela resulta, porque nos compele a um olhar mais amplo sobre as questões afetas ao Estado e demove do sedutor, mas ardiloso caminho do Direito compartimentalizado, estanque, tecnocrático e pouco humano.

A tarefa que hoje temos por diante na PA é impedir que se perca o trabalho dos que nos precederam sem, com isso, estacionar no tempo. Possuímos um fabuloso repertório de pareceres com os quais dialogamos diariamente, procurando atualizá-los segundo novas normas, novos fatos e novos paradigmas. Buscamos ampliar o contato com a realidade da Administração e dos órgãos de execução da PGE, ao mesmo tempo em que conservamos certa dose da abstração necessária à elaboração de teses jurídicas de alcance geral. Acompanhamos a evolução da jurisprudência dos nossos tribunais, mas não subestimamos o peso da construção doutrinária e de seu apuro científico. Apesar de tudo o que percebemos na atual produção jurídica do País, guardamos um apreço quase fora de moda pelo texto legal, por seu conteúdo vivamente democrático.

Essas e outras são as tensões com que diariamente operamos, como os leitores poderão perceber ao encontrar neste número do Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado o recentíssimo Parecer PA nº 37/2017, proferido pela Procuradora do Estado Juliana de Oliveira Duarte Ferreira e aprovado em toda a escala hierárquica. Na peça, a parecerista enfrenta com singular desenvoltura a questão do regime jurídico de entidades privadas que, no contexto da chamada “Reforma do Estado”, têm replicado, de forma até desconcertante, o funcionamento dos entes que compõem a Administração Pública. Conclui que certos aspectos do tratamento jurídico conferido pelo Tribunal de Contas do Estado a esses sujeitos

são fruto de uma abordagem puramente prática ou simplesmente moralizadora, apartada até mesmo de prescrições constitucionais como a de necessidade de autorização legislativa para a instituição de entes governamentais de direito privado.

Para além da PA, compõe ainda este fascículo o Parecer nº 385/2015, da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, em que a Procuradora do Estado Dânae Dal Bianco analisa com a costumeira argúcia a obrigação legal de realização de licitação destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte. As conclusões do opinativo, no sentido da anulação do certame então em andamento e elaboração de novo edital para observância das prescrições legais de tratamento diferenciado, foram integralmente aprovadas pela Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

A peça judicial desta vez selecionada é a contestação oferecida pelo Estado nos autos de demanda de desapropriação indireta fundada em intervenção decorrente da edição de lei estadual que definiu área de proteção e recuperação de mananciais. Fez ver a Procuradora do Estado Julia Cara Giovannetti, da Procuradoria do Contencioso Ambiental e Imobiliário, que a limitação administrativa ao direito de propriedade já existia décadas antes da vigência da lei em questão e que, de qualquer modo, não poderia gerar o direito a indenização, desde que bem compreendidos a função social da propriedade e o caráter abstrato das restrições impostas pelo Estado em favor do interesse público. Altamente persuasiva, a argumentação foi prestigiada pela juíza da causa na sentença, com o reconhecimento, ao final, da prescrição da pretensão deduzida pelo particular em face da Fazenda do Estado de São Paulo.

Em seu conjunto, os trabalhos divulgados pela iniciativa salutar do Centro de Estudos não apenas dão uma ideia da variedade e da profundidade da atuação da Procuradoria Geral do Estado, como também contribuem para o aprimoramento profissional de todos nós, Procuradores e Advogados Públicos.

À leitura!

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado Chefe
da Procuradoria Administrativa

Cursos do Centro de Estudos

04.05 – “Workshop – Medida Provisória nº 759/2016”.

12.06 – Aula aberta da ESPGE: “Fundamentos jurídicos da quantificação de danos”.

22.06 – Reunião do Núcleo de PPP’s: “Conceitos econômicos e financeiros para advogados”.

27.06 – Palestra “Questões práticas sobre licitações e contratos”.

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

08.05 a 10.05 – “XVI Congresso Brasileiro de Direito do Estado” – Instituto Brasileiro de Direito Público – IDBP.

09.05 a 11.05 – “5º Congresso Internacional de Compliance” – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo – APESP.

17.05 a 19.05 – “Alterações de Aditivos aos Contratos Administrativos” – Zênite Informação e Consultoria S/A.

1º/06 a 02/06 – “15º Fórum Brasileiro de Contratação e Gestão Pública” – Editora Fórum Ltda.

08/06 – “PPP’s e Concessões” – Hiria Organização de Feiras e Eventos.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL-SP

DESAPROPRIAÇÃO Nº 1010821-33.2013.8.26.0053

REQUERENTE: PETER FRAUENDORF

REQUERIDO: ESTADO DE SÃO PAULO

O ESTADO DE SÃO PAULO, por sua procuradora que esta subscreve, nos autos em epígrafe, vem, tempestivamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 297 c/c 188, CPC, apresentar **CONTESTAÇÃO**, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

SÍNTESE DA LIDE

Trata-se de Ação de Desapropriação Indireta ajuizada contra o Estado de São Paulo, objetivando indenização pelo suposto apossamento administrativo de imóvel de propriedade do autor em virtude da edição da Lei estadual nº 13.579, de 13 de julho de 2009, a qual define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório Billings-APRMB.

Em breve síntese, sustenta o autor a usurpação do seu direito de propriedade, a partir da vigência da referida Lei, em razão do enquadramento do seu imóvel no perímetro da ZEPAM-Zona Especial de Proteção Ambiental, sob a classificação de ARO-Áreas de Restrição à Ocupação. Essa categorização teria provocado o esvaziamento econômico do seu bem, por ter restringido a sua utilização a fins exclusivamente ambientais, tais como o manejo e o desenvolvimento de recursos de forma sustentável.

Requer a declaração de que o imóvel em discussão foi desapropriado indiretamente pelo Estado de São Paulo, pleiteando a sua condenação ao pagamento de indenização, em montante a ser apurado em perícia judicial, acrescido de correção monetária, juros compensatórios e moratórios de 12% ao ano, a partir do apossamento da área ou do ajuizamento da presente demanda. Requer, ainda, a condenação do Estado ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios. Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 10.000, 00 (dez mil reais), para fins fiscais.

O Douto juízo recebeu a Petição Inicial, determinando a citação do Estado de São Paulo. Não obstante, a pretensão do autor não merece guarida, como a seguir se demonstrará.

PRELIMINARMENTE DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL

Primeiramente, deve-se destacar a inépcia da petição inicial, por não estar instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, conforme exigência do artigo 283 do CPC, tais como memorial descritivo, planta topográfica e planimétrica do imóvel.

A cópia da matrícula do imóvel, único documento apresentado pelo autor, é insuficiente à sua descrição, localização e confrontação, inviabilizando por decorrência a apreciação da presente demanda. Nesse sentido, é o pronunciamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Desapropriação Indireta. Petição inicial inepta. Inobservância dos requisitos previstos no artigo 282 e seus incisos do Código de Processo Civil e artigo 13, do Decreto-Lei nº 3.365/ 41. Descrição do imóvel e seus confrontantes, que devem fazer parte da inicial, não podendo ser tal atribuição transferida ao perito judicial. Processo julgado extinto. Decisão mantida e recurso improvido. (APELAÇÃO CÍVEL nº 7.365-5/4 - SANTOS - SP)

Desapropriação Indireta. Parque Estadual de Jacupiranga Petição inicial. Inépcia. Falta de individualização do imóvel. Necessidade de descrição, localização e confrontação precisas da área a que se refere o alegado apossamento administrativo. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Recurso não provido. (APELAÇÃO CÍVEL nº 035.272-5/0 - JACUPIRANGA – SP)

Desta feita, de rigor a extinção do feito, sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 267, CPC.

DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR

Não obstante tenha o autor informado a inserção do seu imóvel no perímetro da APRMB, essa informação não é suficiente para saber quais seriam as restrições ambientais a que estaria submetido e de que forma essas restrições teriam afetado seu direito de propriedade a ponto de esvaziá-lo, gerando o interesse para a propositura da desapropriação indireta.

Nesse sentido, a leitura da petição inicial não permite aferir em que consistiria a “pretensão resistida” a dar ensejo à presente ação judicial. Confirma-se, a respeito, o teor dos seguintes acórdãos que tratam de matéria absolutamente análoga:

Com efeito, incumbia a eles próprios providenciar diretamente junto à Prefeitura Municipal de Ilha Comprida a certidão de localização de

seus lotes, em relação ao zoneamento imposto pelo Decreto Estadual nº 30.817, de 30.11.89, não podendo o juiz substituir a iniciativa probatória da parte, sob pena de violação do princípio da isonomia. (Acórdão na Apelação Cível – nº 253.923.2/0. Iguape. Apelante: Antônio Pignato e outros. Relator: Des. Celso Bonilha)

Inexistente, pois, essa condição essencial da ação, pelo que, também por isso, o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito nos termos do art. 267, VI do CPC

DO MÉRITO PREJUDICIALMENTE DA PRESCRIÇÃO

Não bastassem as preliminares acima suscitadas, há prejudicial ao mérito da presente ação, a impedir o seu exame, uma vez que prescrito o direito do autor.

Isso porque, as limitações administrativas contra as quais se insurge o autor foram impostas por meio da promulgação do Decreto 23. 793/ 34 (*primeiro Código Florestal*), *revogado pela Lei federal 4.771/ 65, e das Leis estaduais nº 898/ 75 (Lei de Proteção aos Mananciais) e nº 1.172/ 76 (Delimita as áreas de Proteção relativa aos mananciais, cursos e reservatórios de água).*

O primeiro Código Florestal brasileiro proibia a derrubada de matas existentes nas margens dos cursos d'água e das encostas dos morros, disposição essa repetida pela Lei federal 4.771/ 65, que em seu artigo 2º, considera de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo de rios ou de qualquer curso d'água ao redor de lagoas, lagos ou reservatórios de d'água naturais e artificiais, nas nascentes, ainda que intermitentes, e nos chamados “olhos d'água”, qualquer que seja a sua situação topográfica. As APPs têm, à luz do art. 1º, § 2º, II da Lei 4.771/ 1965, dentre outras, a função ambiental de preservação dos mananciais.

A Lei estadual Paulista nº 898/ 75 disciplinou o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da região metropolitana da Grande São Paulo, impondo limites para a ocupação do solo, tipos de uso e para a implantação de infraestruturas em áreas de mananciais.

O artigo 2º, inciso I da referida Lei declara o Reservatório Billings como área de proteção, condicionando à aprovação da Secretaria dos Negócios Metropolitanos, da Secretaria de Obras e Meio Ambiente e da CETESB todo e qualquer projeto e execução de arruamento, loteamento, edificação e obra, bem como toda atividade agropecuária, comercial, industrial e recreativa.

A Lei estadual 1.172, de 17 de novembro de 1976, delimitou as áreas de proteção a que se referia a Lei 898/ 75, criando as faixas de 1ª categoria (ou maior restrição) e de 2ª categoria (ou de menor restrição), impondo-lhe restrições ambientais, de modo a impedir atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente.

Conforme informação técnica prestada pela CETESB, o imóvel em debate foi enquadrado, pela referida Lei e pelo Decreto Estadual nº 9.714/ 77, como integrante na zona de restrição ambiental, área de 1ª categoria, classe C.

Nos termos dos artigos 10 e 11 da referida Lei, nas áreas de 1ª categoria somente são permitidos serviços, obras e edificações destinados à proteção dos mananciais, ficando proibidos o desmatamento, a remoção da cobertura vegetal existente e a movimentação de terra. O artigo 16, por seu turno, fixou os índices urbanísticos para fins residenciais no local.

Portanto, não resta dúvida de que as limitações contra as quais se insurge o autor foram impostas há mais de 20 anos, estando prescrita a presente demanda.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é uníssono em considerar como marco inicial para a contagem do prazo prescricional a vigência do primeiro diploma legal que estabelece restrições ambientais à propriedade em debate.

Ora, nos termos do Decreto Federal 20.910/32 e agora nos termos do art. 10, parágrafo único, do Decreto-lei n. 3.665/41, o direito de propor ação contra a Fazenda Pública extingue-se em cinco anos.

O entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça já se firmou no sentido de que, em se tratando de mera limitação administrativa ao uso da propriedade, e não de desapropriação indireta, a pretensão se funda em direito pessoal, submetendo-se ao prazo prescricional de cinco anos, nos termos do Decreto 20.910/32.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. MATA ATLÂNTICA. DECRETO Nº 750/1993. RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS AO USO. POSSE MANTIDA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA E AÇÃO DE NATUREZA REAL NÃO CARACTERIZADAS. INDENIZAÇÃO. AÇÃO PESSOAL. PRESCRIÇÃO DE CINCO ANOS.

- A ausência de efetiva omissão no acórdão afasta a violação do art. 535 do Código de Processo Civil.
- Carece de prequestionamento o tema relativo à efetiva violação do art. 170, I, do anterior CC e dos artigos 269, II, 471 e 473 do CPC, não enfrentado no acórdão dos embargos infringentes, expressamente, porque “não fizeram parte do julgado por estarem fora dos estritos limites da divergência dos embargos infringentes”.
- **Na linha da jurisprudência desta Corte, não tendo o Decreto nº 750/1993 retirado do proprietário a posse do imóvel, mas, apenas, imposto restrições administrativas ao uso, proibindo o corte, a exploração e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio**

de regeneração da Mata Atlântica, a ação viável tem natureza pessoal, indenizatória, com prazo prescricional de cinco anos. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1204607/SC, Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Segunda Turma, DJ 17/ 05/ 2011) (grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MATA ATLÂNTICA. DECRETO 750/1993. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. As restrições ao aproveitamento da vegetação da Mata Atlântica, trazidas pelo Decreto 750/1993, caracterizam limitação administrativa e não desapropriação indireta, razão pela qual se aplica o prazo prescricional de cinco anos, nos moldes do Decreto 20.910/32. Precedentes do STJ.
2. Hipótese em que a Ação foi ajuizada somente em 27.2.2007, decorridos mais de dez anos do ato do qual se originou o suposto dano (Decreto 750/ 1993), o que configura a prescrição do pleito dos autores.
3. Recurso Especial provido. (Resp 1090622/ SC, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe **31/ 08/ 2009**) (grifo nosso).

Mas, ainda que reconheça pela aplicabilidade da prescrição vintenária ao presente caso, de acordo com o disposto na Súmula nº 119 do Superior Tribunal de Justiça, o que se admite em prestígio ao princípio da eventualidade, a presente ação estaria prescrita desde os idos de 1996.

Diante do exposto, requer-se a decretação da prescrição, com a extinção do feito com julgamento do mérito, *ex vi* do disposto no artigo 269, IV, do CPC.

DO MÉRITO

DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, o direito de propriedade, condicionando esse exercício ao cumprimento da sua função social (artigo 5º, inciso XXII e XXIII).

O princípio da função social da propriedade, por seu turno, é reiterado nos arts. 170, inciso III e 186, incisos I a IV, da Carta Republicana: *a função social da propriedade rural é cumprida quando atender, além de outros requisitos, ao da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.*

Da interpretação sistemática desses dispositivos decorre uma importante distinção entre o conteúdo estrutural e o exercício do direito de propriedade. Discorrendo sobre o inciso XXIII, que trata da função social da propriedade, José Afonso da Silva assim preleciona:

A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito do proprietário, aquela à estrutura do direito mesmo, à propriedade.

(...)

A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais.

(...)

Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, RT, 7. ed., p. 249-250).

Portanto, a partir de 1988, a função social passou a integrar o próprio conteúdo do direito de propriedade, que passa a ser limitada em função desse princípio. Incumbe ao Poder Público a garantia do princípio da função socioambiental da propriedade, em cumprimento ao que dispõem os incisos I a IV, do § 1º, do art. 225.

O atual Código Civil Brasileiro veio a dar voz à relevância do princípio da função social da propriedade ao prescrever, no § 1º, do art. 1.228, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais. Além do mais, condicionou o exercício do direito de propriedade à preservação da flora, da fauna, das belezas naturais, ao equilíbrio ecológico e ao patrimônio histórico e artístico.

Assim, bem andou o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo ao asseverar:

O direito de explorar economicamente a coisa não é ilimitado. A função social da propriedade é consagrada pelo art. 160, III, da CF. As limitações administrativas são tradição de nosso direito. **A faculdade de explorar o solo encontra restrições nas normas de direito público, que ora impedem a construção de acessões prejudiciais ao interesse coletivo, ora vedam a destruição de acessões que devem ser preservadas.** Levando-se em conta a enorme importância da conservação da mata atlântica, cuja existência é anterior à própria nação brasileira e cujos benefícios são essenciais à cultura, à saúde e à segurança da população, torna-se evidente, também, a presença do terceiro pressuposto da restrição administrativa. (AC 61.582-1, 6ª Câmara)

A Bacia Hidrográfica do Reservatório Billings, APRM-B, situada na Unidade de Gerenciamento dos Recursos Hídricos do Alto Tietê, constitui manancial de interesse regional destinado ao abastecimento das populações atuais e futuras, tratando-se por isso de direito de 3ª geração.

Assim, não há que se falar em direito à indenização decorrente de limitação administrativa que visa a compatibilizar o direito absoluto de propriedade à sua função socioambiental, na forma preconizada na Carta Federal.

DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO A INDENIZAR:
LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE NÃO SE CONFUNDE
COM APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO

O autor ingressou com a presente ação de indenização por entender que a inserção de seu imóvel no perímetro da Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais no Reservatório Billings seria motivo a justificar o esvaziamento do seu direito de propriedade e, por decorrência, haveria o pagamento de indenização.

A pretensão deduzida em Juízo, embora nominada desapropriação indireta, não apresenta essa natureza, pois, para tanto, seria necessário o apossamento do imóvel pelo Estado e sua destinação a uma finalidade tipicamente pública.

Ou seja, a desapropriação indireta pressupõe a ocupação de um imóvel particular pela Administração Pública para ser afetado na realização de um serviço ou uso público, com fundamento na prerrogativa da supremacia do interesse público sobre o particular. Em outras palavras, o Estado deve dar ao bem **destinação típica de um bem desapropriado**, mas **sem o prévio procedimento de desapropriação e sem o pagamento da indenização**.

No presente caso, não houve desapropriação indireta, pois não houve sequer ocupação do bem pelo Estado, tampouco sua afetação à prestação de qualquer serviço público, não havendo usurpação ao direito de propriedade do autor ou esvaziamento de seu valor econômico.

O autor não trouxe aos autos qualquer prova de restrição do Estado sobre sua propriedade, especialmente sobre a sua posse, remanescendo assim a incidência das limitações ambientais impostas pelas Leis estaduais nº 898/75 e nº 1172/76.

Com efeito, as regras a que se submetem as Áreas de Preservação Permanente caracterizam **mera limitação administrativa, não gerando**, segundo doutrina e jurisprudência, **qualquer direito a indenização** e, muito menos, o esvaziamento do valor econômico da propriedade, condicionante da desapropriação indireta.

Como sabido e consagrado, as **limitações administrativas não são indenizáveis**, já que são restrições abstratas, de ordem geral, que afetam sujeitos indeterminados e que beneficiam toda a coletividade. Esse é justamente o caso de áreas de mananciais, onde há regramento específico para uso e ocupação do solo, o que não significa impossibilidade de exercício do direito de propriedade, mas seu condicionamento de sorte a não agredir o meio ambiente. Doutrinariamente, repita-se, essa restrição é designada limitação administrativa, exercida por intermédio do poder de polícia, nos limites da lei.

Caso uma restrição, excepcionalmente, cause algum dano específico ao proprietário, será possível, então, pleitear indenização. Porém, nesse caso, **não se estará diante de uma desapropriação indireta** (já que o Estado não se apossou do bem e o mesmo *continua no domínio de seu proprietário*), mas sim diante de uma pretensão indenizatória comum, de reparação de perdas e danos por responsabilidade civil do estado.

Aponte-se ainda que, no caso concreto em análise, o uso do bem pelo proprietário continua autorizado até hoje. Por outro lado, o autor não comprovou que explorava economicamente o seu imóvel, o que afastaria qualquer indenização nesse sentido.

A Lei estadual nº 13.579/ 09, ao enquadrar o referido imóvel na categoria de Área de Ocupação Dirigida (AOD), em uma Subárea de Conservação Ambiental (SCA), manteve a possibilidade de sua utilização para fins residenciais e não residenciais, ratificando os parâmetros urbanísticos de lote mínimo já fixado pela Lei estadual nº 1172/ 76.

Áreas de Ocupação Dirigida (AOD) correspondem às áreas de interesse para a consolidação ou implantação de usos urbanos ou rurais, desde que atendidos os requisitos que assegurem a manutenção das condições ambientais necessárias à produção de água em quantidade e qualidade para o abastecimento público.

As AODs são divididas em cinco subáreas, sendo que cada uma delas possui suas diretrizes de planejamento e gestão, que diferem entre si em relação a sua localização por compartimentos ambientais e à restrição dos parâmetros urbanísticos básicos: lote mínimo, coeficiente de aproveitamento, taxa de permeabilidade mínima e índice de área vegetada.

A Subárea de Ocupação de Conservação Ambiental, na qual se localiza o imóvel em debate, de acordo com o artigo 26 da citada Lei, apresenta como diretrizes de planejamento e gestão: o controle e a expansão dos núcleos urbanos existentes e o impedimento de implantação de novos assentamentos; a ampliação de áreas de especial interesse de preservação para uso em programas de compensação ambiental de empreendimentos da APRM-B; a limitação dos investimentos em ampliação da capacidade do sistema viário que induzam à ocupação ou adensamento populacional; o incentivo a ações e programas de manejo, recuperação e conservação da cobertura florestal; o incentivo à implantação de sistemas autônomos, individuais ou coletivos, de afastamento, tratamento e destinação final de efluentes líquidos.

Saliente-se que o imóvel do autor não está localizado em área de maior restrição ambiental, como ocorreria caso situado em Área de Restrição à Ocupação (ARO), área de especial interesse para a preservação, conservação e recuperação dos recursos naturais da bacia, e em Área de Recuperação Ambiental, ou na Área de Recuperação Ambiental (ARA), perímetro onde existem usos ou ocupações que comprometam

a quantidade e a qualidade das águas do reservatório e exijam intervenções urgentes de caráter corretivo.

Portanto, cai por terra a alegação do autor no sentido de que o apossamento da área pelo Estado decorreria pura e simplesmente do fato de o imóvel estar inserido no perímetro de Zona Especial de Proteção Ambiental (ZEPAM) e enquadrado em Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica no Reservatório Billings.

Pois, além de cabalmente demonstrado que a edição da Lei estadual nº 13.579/09 não restringiu a utilização do imóvel a atividades voltadas ao meio ambiente, a classificação da área como ZEPAM foi feita pelo Plano Diretor Estratégico de São Paulo, lei editada pela Municipalidade em 2002.

Neste sentido, posicionam-se o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NECESSIDADE DO EFETIVO APOSSAMENTO E DA IRREVERSIBILIDADE DA SITUAÇÃO. NORMAS AMBIENTAIS. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. AÇÃO DE DIREITO PESSOAL - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. Não há desapropriação indireta sem que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não se constituem desapropriação indireta.
2. O que ocorre com a edição de leis ambientais que restringem o uso da propriedade é a limitação administrativa, cujos prejuízos causados devem ser indenizados por meio de uma ação de direito pessoal, e não de direito real, como é o caso da ação em face de desapropriação indireta.
3. Assim, ainda que tenham ocorrido danos aos agravantes, em face de eventual esvaziamento econômico de propriedade, tais devem ser indenizados pelo Estado por meio de ação de direito pessoal, cujo prazo prescricional é de 5 anos, nos termos do art.10, parágrafo único, do Decreto- Lei n. 3365/ 41. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1192971/ SP, Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJ 03/09/2010).

Constitucional. Limitação Administrativa. Inocorrência de desapropriação, mas de simples limitação administrativa, que não se equipara ao apossamento administrativo. Precedente do STF: RE 102.847- PR - DJ 18.04.86. Agravo regimental improvido. (STF – Agreg., em Ag. Instrumento nº 129993-2, Paraná)

Por tudo isso, impõe-se a improcedência da presente demanda.

IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO
EM CASO DE RESTRIÇÕES PREEXISTENTES

O STJ já pacificou entendimento no sentido de que os atos estatais que imponham restrições ambientais sobre imóveis **não geram indenização aos particulares** quando o conteúdo jurídico das limitações impostas não for mais que **repetição de restrições administrativas preexistentes já fixadas em legislação, principalmente Código Florestal, Código de Águas e legislações similares.**

Para esses casos entende o STJ de forma já pacificada, que não é cabível indenização pelo Poder Público. E a referida pacificação ocorreu inclusive por meio de julgamento de **EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA** (recurso para *uniformização de jurisprudência interna* do STJ, usado quando diferentes turmas do tribunal estão decidindo a mesma matéria de formas diferentes).

Vide o paradigma:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO Nº 407.817 - SP(2007/0051663-7)		
RELATORA	:	MINISTRA DENISE ARRUDA
EMBARGANTE	:	ESTADODE SÃO PAULO
PROCURADORA	:	PAULA NELLY DIONIGI E OUTRO(S)
EMBARGADO	:	ODAIR CASSOLA GARCIA E CÔNJUGE
ADVOGADO		MARCOS DE CARVALHO BRAUNE E OUTRO(S)
EMENTA PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO ESTADUAL 10.251/77. CRIAÇÃO DO “PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR”. LIMITAÇÕES PREEXISTENTES EM DECORRÊNCIA DE OUTRAS NORMAS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1. Para que fique caracterizada a desapropriação indireta, exige-se que o Estado assumira a posse efetiva de determinando bem, destinando-o à utilização pública, o que não ocorreu na hipótese dos autos, visto que a posse dos autores permaneceu íntegra, mesmo após a edição do Decreto Estadual 10.251/ 77, que criou o Parque Estadual da Serra do Mar.		

3. Daí se conclui que é indevida qualquer indenização em favor dos proprietários dos terrenos atingidos pelo ato administrativo em questão, salvo se comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes.
4. Ademais, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp 254.246/SP (Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12.3.2007), firmou o entendimento de que: (a) “se, quando da realização do negócio jurídico relativo a compra e venda de imóvel, já incidiam restrições administrativas decorrentes dos Decretos nº 10.251/77 e 19.448/82, editados pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame”; (b) “não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte, conquanto alegue, a toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria ser utilizado com respeito às restrições anteriormente impostas pela legislação estadual”.
5. Na hipótese, conforme consta da petição inicial, os autores adquiriram a propriedade do imóvel no ano de 1986.
6. Embargos de divergência providos.

Desde então, os julgados seguintes do Tribunal Superior seguiram a mesma toada:

Processo
AgRg no REsp 1092051/SP AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0211169-6
Relator(a)
Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)
Órgão Julgador
T2 - SEGUNDA TURMA
Data do Julgamento
06/04/2010

Data da Publicação/ Fonte

DJe 23/04/2010

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR – DECRETO ESTADUAL 10.251/1977. LIMITAÇÕES PREEXISTENTES EM DECORRÊNCIA DE OUTRAS NORMAS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
2. A Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que “a criação do Parque Estadual da Serra do Mar não gera direito à indenização pura e simplesmente, eis que as limitações administrativas previstas no Decreto Estadual 10.251/77 já estavam anteriormente entabuladas no Código Florestal, sendo devida a indenização somente no caso de restar comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes na área antes do decreto e, também, prejuízo concreto decorrente da impossibilidade de exploração econômica da propriedade” (REsp 610.158/ SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 22/ 9/ 2008).
3. Agravo Regimental não provido.

Processo
AgRg no REsp 649183 / SP AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2004/ 0027509-8
Relator(a)
Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141)
Órgão Julgador
T2 - SEGUNDA TURMA
Data do Julgamento
17/12/2009
Data da Publicação/ Fonte
DJe 04/02/2010
Ementa
<p>PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRADO REGIMENTAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR (DECRETO ESTADUAL Nº 10.251/77). LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE CARÁTER GERAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.</p> <p>(...)</p> <p>4. Quanto à questão de fundo, tem-se que <u><i>a pretensão recursal não encontra guarida na jurisprudência pacífica desta Corte. “A criação do “Parque Estadual da Serra do Mar”, por intermédio do Decreto 10.251/77, do Estado de São Paulo, não acrescentou qualquer limitação àquelas preexistentes, engendradas em outros atos normativos (Código Florestal, Lei do Parcelamento do Solo Urbano), que já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade” (AgRg no REsp 988.785/ SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18.2.2009).</i></u></p>

5. Alterar o entendimento do acórdão recorrido, no sentido de que não foi comprovado, nem sequer alegado, que a autora perdeu qualquer negócio enquanto não caduca a declaração de utilidade pública, é tarefa que demandaria necessariamente uma incursão no acervo fático-probante dos autos, o que é vedado pela Súmula nº 7/ STJ.
6. Agravo regimental não provido.

Assim, a teor da jurisprudência, está configurada situação de não indenizabilidade.

LIMITE INDENIZATÓRIO

Apenas em observância ao princípio da eventualidade, deduz o Estado toda a matéria de defesa, sublinhando, inclusive, o absurdo da pretensão de obtenção de ressarcimento contra o Estado, por tudo o que acima se expôs, e, mais ainda, de indenização correspondente ao valor total do imóvel para adquirir-lhe o domínio, visto que dele não se apoderou e nem tem intenção de fazê-lo.

Portanto, na remota hipótese de se entender cabível indenização a favor dos autores, deve a condenação limitar-se ao efetivo valor das RESTRIÇÕES de uso do imóvel, a ser aquilutado e, jamais, ao valor integral da área. Decorrendo tais limitações da legislação federal, a responsabilidade deverá ser carreada à União, como de direito, e de todo modo descontado o valor das despesas de exploração e recomposição do dano ambiental que seria provocado.

Assim, estando a área já sujeita a limitações de uso impostas por legislação federal, o Estado não poderá responder por qualquer condenação, não se concebendo venha o particular a experimentar enriquecimento desmedido e sem causa à custa do Estado.

JUROS COMPENSATÓRIOS

Os juros compensatórios foram uma criação da jurisprudência para indenizar o proprietário da perda antecipada de sua posse, excluindo o pagamento de lucros cessantes.

A Súmula nº 69 do STJ estabelece que “*na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a imissão na posse e, da desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel*”.

Resulta claro que se o expropriado detém a posse do bem até o pagamento definitivo da indenização, não há fundamento para a condenação do expropriante em juros compensatórios, uma vez que o proprietário do imóvel não ficou privado dos frutos que o bem produziu ou poderia ter produzido.

No presente caso, além de ausente o apossamento do imóvel por parte do Estado, não há qualquer exploração econômica do bem. Nada há, assim, a ser compensado, sob pena de enriquecimento ilícito, razão pela qual os mesmos não poderiam ser incluídos em eventual condenação. Incabível, portanto, a condenação do Estado ao pagamento de juros compensatórios.

JUROS MORATÓRIOS

Os juros moratórios destinam-se a compensar a mora, recompondo a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão de mérito transitada em julgado.

Nesse sentido, ainda que fosse devida alguma indenização por parte do Estado, o que se admite apenas em prestígio ao princípio da eventualidade, os parâmetros de incidência dos juros moratórios deveriam observar o artigo 15-B do Decreto Lei 3.365/41, incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001.

Segundo a dicção do referido dispositivo legal, a fluência dos juros moratórios se daria a partir de 1º de janeiro do ano seguinte àquele em que o precatório deveria ser pago, limitado à razão de até 6% ao ano.

Portanto, não cabe falar em juros moratórios antes do prazo previsto no artigo 15-B da Lei de Desapropriações, sob pena de ofensa ao artigo 100, § 1º da Constituição Federal, que assegura prazo à Fazenda para o pagamento de seus débitos.

Improcedente, portanto, o pedido de incidência dos juros moratórios sobre o valor principal.

DO PEDIDO

Por todo o exposto, o Estado de São Paulo requer a extinção do presente processo sem julgamento de mérito, ou, caso seja examinado o mérito da ação, pugna pelo reconhecimento da prescrição, ou, ainda, pela improcedência da presente ação.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito permitidos ou não defesos, em especial prova pericial.

Requer-se, por fim, a inclusão do nome da ora subscritora e de MARCO ANTONIO GOMES, OAB/ SP 245.543 das futuras intimações.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2014.

JULIA CARA GIOVANNETTI
Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 234.469

CONCLUSÃO

Em 16 de agosto de 2015, faço estes autos conclusos à Mma. Juíza de Direito, Dra. CYNTHIA THOMÉ.

Processo nº: **1010821-33.2013.8.26.0053 – Desapropriação**

Requerente: **Peter Frauendorf**

Requerido: **Fazenda do Estado de São Paulo – FESP**

Juiz(a) de Direito Dr.(a): Cynthia Thomé

Visto.

PETER FRAUENDORF, qualificado nos autos, moveu ação ordinária contra a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** alegando, em síntese, que é proprietário do imóvel descrito na inicial e teve seu direito de propriedade usurpado em decorrência da edição da Lei estadual nº 13.579, de 13 de julho de 2009, a qual “define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório Billings-APRM-B”, onde se restringe o uso apenas para atividades voltadas ao meio ambiente. Argumenta que a área em questão situa-se em Zona Especial de Proteção Ambiental-ZEPAM e enquadra-se como ARO-Áreas de Restrição à Ocupação, o que levou ao esvaziamento econômico do seu bem por permitir apenas as atividades voltadas ao meio ambiente, como o manejo e desenvolvimento de recursos naturais de forma sustentável. Pretende a procedência da ação para declarar que o imóvel em questão foi desapropriado indiretamente pela Administração Pública, bem como a condenação da requerida ao pagamento de indenização, em montante a ser apurado em perícia, acrescido de correção monetária, juros compensatórios e moratórios de 12% ao ano, a partir do apossamento da área ou do ajuizamento da presente ação, e demais verbas da sucumbência. Juntou documentos.

Devidamente citada, a requerida contestou a ação alegando, em preliminar, inépcia da inicial e falta de interesse de agir. No mérito, sustentou a ocorrência de prescrição, argumentando, ainda, que a Lei estadual nº 13.579/09 não restringiu a utilização do imóvel a atividades voltadas ao meio ambiente. Aduziu que não houve desapropriação indireta, visto que não houve sequer ocupação do bem pelo Estado, tampouco sua afetação à prestação de qualquer serviço público. Resalvou em caso de procedência da ação que a indenização se limite ao valor das

restrições de uso do imóvel e não ao valor integral da área. Sustentou ser incabível o pagamento de juros compensatórios e moratórios. Requereu a extinção do feito sem julgamento do mérito, ou, a improcedência da ação. Juntou documentos.

Houve réplica.

O feito foi saneado às fls. 107, determinando-se a realização de perícia.

O Sr. Perito apresentou laudo pericial às fls. 160/210, seguindo-se manifestações do autor e de seu assistente técnico.

Aos autos vieram esclarecimentos do Sr. Perito, manifestações das partes e pareceres de seus assistentes técnicos.

Encerrada a instrução, as partes apresentaram alegações finais.

É o relatório.

DECIDO.

O autor objetiva a condenação da ré ao pagamento de indenização por apossamento administrativo. Alega, para tanto, *“que o exercício do direito de propriedade foi inegavelmente usurpado quando reconhecido como Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório Billings – APRM-B através da Lei estadual nº 12.579, de 13 de julho de 2009, onde se restringe o uso apenas para atividades voltadas ao meio ambiente, tal como o desenvolvimento de recursos naturais de forma sustentável, sendo que tal fato levou ao esvaziamento econômico do bem imóvel, por ato inequivocamente cometido pelo Réu”*.

A ação não procede.

Trata-se de imóvel de 154.477,13 m², com densa vegetação, às margens da Represa Billings.

As limitações administrativas contra as quais se insurge o autor não foram impostas originalmente pela Lei estadual nº 12.579, de 13 de julho de 2009, mas sim por uma séria de normas legais, editadas há décadas.

Como anotado em contestação, o primeiro Código Florestal Brasileiro proibia a derrubada de matas existentes nas margens dos cursos d'água e das encostas e morros, disposição repetida pela Lei federal nº 4.771/65, que em seu artigo 2º considera de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo de rios ou de qualquer curso d'água, ao redor de lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais e artificiais, nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados olhos d'água, qualquer que seja a sua situação topográfica.

A Lei estadual nº 898/75, que disciplina o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo, em cumprimento ao disposto nos incisos II e III do artigo 2º e inciso VIII do artigo 3º da Lei Complementar nº 94, de 29 de maio de 1974, declarou área de proteção e, como tal reservada, o reservatório Billings e impôs limites para a ocupação do solo, tipos de uso e para a implantação de infraestruturas em áreas de mananciais.

A Lei estadual nº 1172/76 delimitou as áreas de proteção a que se referia a Lei 898/75, criando as faixas de 1ª categoria (maior restrição) e de 2ª categoria (menor restrição), impondo restrições ambientais de modo a impedir atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente.

De acordo com o informado pela Cetesb, o imóvel foi enquadrado como integrante de zona de restrição ambiental, área de 1ª categoria, classe C.

Conforme artigos 10 e 11 da Lei estadual nº 1172/76, nas áreas de primeira categoria somente são permitidos serviços, obras e edificações destinados à proteção dos mananciais, ficando proibido o desmatamento, a remoção da cobertura vegetal existente e a movimentação da terra.

Assim, não há dúvida que as restrições contra as quais se insurge o autor foram impostas há mais de 20 (vinte) anos, encontrando-se prescrita a ação, sendo, então, irrelevante qualquer manifestação a respeito da prescrição quinquenal.

Ademais, as restrições impostas indiscriminadamente a todos os detentores do domínio áreas de preservação permanente não podem ser tidas como ato de apossamento pela Administração Pública e capazes de autorizar a desapropriação indireta.

O artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal garante o direito de propriedade, e o inciso XXIII estabelece que a propriedade atenderá sua função social.

O art. 170 da Lei Maior elenca como princípios da ordem econômica, entre outros, a propriedade privada e a função social da propriedade (incisos II e III).

Ante tais dispositivos, verifica-se que ao mesmo tempo em que é assegurado o direito de propriedade exige-se que ela atenda à função social. A obrigação e o dever encontram-se lado a lado, no mesmo patamar de valores.

A fruição individual do proprietário está condicionada ao atendimento dos múltiplos interesses de não proprietários. A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores, são interesses tutelados constitucionalmente e que passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária.

Anote-se, ainda, que não há prova de qualquer prejuízo sofrido. Não há notícia de qualquer exploração de atividade econômica no imóvel que pudesse garantir algum rendimento. Ora, se nunca foi desenvolvida qualquer atividade econômica no imóvel, qual o prejuízo sofrido pelo autor?

Ressalte-se que não ocorreu processo expropriatório, não havendo que se falar em interdição total do uso da propriedade, tampouco em supressão de seu valor econômico. Em consequência, inexistente o direito de indenização pela perda total do imóvel, bem como benfeitorias nele existentes.

As limitações impostas não impediram a normal utilização da área, conforme sua função social e disponibilidade, mas apenas impuseram algumas restrições, perfeitamente legítimas, com a finalidade de prevenir e controlar a poluição do meio ambiente. E tais restrições não esvaziam o conteúdo econômico da propriedade, tendo em vista ela comportar outros empreendimentos.

Como se vê, de rigor a improcedência.

Ante o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta, **RECONHEÇO PRESCRITA** a ação que **PETER FRAUENDORF** move contra a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**.

Em consequência, arcará o autor com as custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, ao arquivo.

P. R. I.

São Paulo, 17 de agosto de 2015.

CYNTHIA THOMÉ
Juíza de Direito

PROCESSO: 94113-1310685/2015

PARECER Nº 385/2015

INTERESSADO: UNIDADE DE COORDENAÇÃO DE PROGRAMA - UCP

ASSUNTO: SUPRIMENTOS – PROCESSO DE AQUISIÇÃO MATERIAL PERMANENTE – 04.01.04.03

EMENTA: LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE AMPLIFICADORES PARA ADEQUAÇÃO DAS SALAS DE TREINAMENTO DA FAZESP. VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO INFERIOR A R\$ 80.000,00. TRATAMENTO DIFERENCIADO A MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 147/2014. LEI ESTADUAL 13.122/08 E DECRETO 54.229/2009. ORIENTAÇÃO DA SUBPROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA ÁREA DA CONSULTORIA GERAL. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE EXCLUDENTE DE REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO EXCLUSIVA. RECOMENDAÇÕES.

Senhora Doutora Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica,

1. Tratam os autos de processo originado na Unidade de Coordenação de Programa - UCP visando à aquisição de amplificadores para adequação das salas de treinamento da FAZESP no edifício-sede e nas Unidades Regionais, que deverá observar o procedimento licitatório do Pregão Eletrônico, com fundamento na Lei federal nº 10.520/2002 e no Decreto estadual nº 49.722/2005.
2. Publicado o Edital em 31 de março de 2015 (fl. 81) e aberto o prazo para envio da proposta eletrônica em 1º de abril de 2015 (fls. 63-80), a empresa LAFORMA COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA. apresentou IMPUGNAÇÃO ao Edital “*para que seja alterado em benefício às micro e pequenas empresas*”, com fundamento no artigo 48 da Lei Complementar federal nº 147/2014, visto o Edital não ter restringido o certame à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte.

3. O valor estimado do bem a ser contratado, conforme pesquisa de mercado, é R\$19.235,67 (fl. 09).
4. O Departamento de Suprimentos e Infraestrutura – DSI, mediante Despacho nº 459/15 – DSI-G (fl. 85), encaminha os autos a esta Consultoria Jurídica solicitando orientações quanto à condução do pregão e em relação ao deferimento ou indeferimento da impugnação, bem como orientação de procedimento em relação a futuros certames.

É o relato do essencial. Opino.

5. A Lei Complementar federal n.º 147, de 07 de Agosto de 2014, tornou obrigatória a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).
6. No âmbito do Estado de São Paulo, a Lei estadual n.º 13.122, de 7 de julho de 2008, ao dispor sobre o tratamento simplificado e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações levadas a cabo pela Administração Pública paulista, em seu artigo 2º, inciso I, já dispôs a respeito da referida obrigação, da seguinte forma:

“Artigo 2º - Para o cumprimento do disposto no artigo 1º desta lei, a Administração Pública deverá realizar processo licitatório:

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e de empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

(...)”

7. O Decreto estadual n.º 54.229, de 13 de abril de 2009, dispôs em seu artigo 3º que:

“Artigo 3º - A adoção do tratamento simplificado e diferenciado de que trata este decreto em cada contratação, dependerá da ocorrência cumulada dos seguintes fatos:

I - a existência de no mínimo três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - for vantajosa para a administração e não representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado ou à preservação da economia de escala;

III - a soma dos valores licitados nos termos do disposto no artigo 2º não ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

Parágrafo único - A adoção ou não do tratamento referido no “caput” deste artigo deverá ser definida em despacho fundamentado da autoridade competente no ato de abertura do procedimento licitatório.”

8. Considerando essas premissas, a Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral encaminhou aos diversos órgãos de execução a ela submetidos orientações a respeito da aplicabilidade dos artigos 48 e 49 da Lei Complementar nº 123/2006, recentemente alterados pela Lei Complementar nº 147/2014, conforme mensagem eletrônica ora juntada em anexo (fls. 86-91).
9. Dentre outras, ficou consignado que *“no Estado de São Paulo existe lei em sentido estrito e regulamento já conferindo tratamento diferenciado e simplificado às ME e EPPs, os artigos 48 e 49, da LC 123/2006 recentemente alterados pela LC 147/2014, não são aqui aplicáveis”*.
10. Na mesma oportunidade, a Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral fixou o entendimento de que *“eventuais orientações das minutas-padrão elaboradas pela PGE, bem como do sistema BEC, serão objeto de análise e divulgação oportuna”*, com exceção da alteração do prazo para a regularização da situação fiscal, que seria aplicável imediatamente.
11. Fixadas as balizadas de análise jurídica, quer parecer que, no limite e ao menos, desde 13 de abril de 2009, quando houve a regulamentação da Lei estadual nº 13.122/2008 pelo Decreto estadual nº 54.229, haveria a obrigatoriedade de contratação se fossem atendidas as disposições e as medidas de natureza orçamentária aduzidas na orientação eletrônica ora juntada.
12. Desse modo, haveria, no âmbito do Estado de São Paulo, legislação local mais benéfica às microempresas e empresas de pequeno porte de tal sorte a restar afastada a aplicação dos artigos 48 e 49 da Lei Complementar federal nº 123/2006, com redação modificada pela Lei Complementar federal nº 147/2014, inclusive a teor do parágrafo único do artigo 47¹ da citada lei complementar.
13. Assim sendo, nas licitações cujo valor estimado da contratação seja inferior a R\$ 80.000,00 deve ser aplicado o tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte previsto na Lei estadual nº 13.122/2008 e Decreto estadual nº 54.229/2009. A área responsável

1 Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

deve, portanto, inicialmente avaliar se a realização de licitação exclusiva para essas microempresas e empresas de pequeno porte se enquadraria em alguma das hipóteses excludentes dessa obrigatoriedade previstas no art. 3º do referido Decreto (que reproduz o art. 2º, §1º e art. 3º da Lei estadual nº 13.122/2008).

14. Cabe aqui uma observação. Ainda que o art. 3º, §1º da Lei estadual permita não realizar licitação exclusiva quando “*os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório*”, me parece que essa hipótese específica estaria afastada pela previsão de caráter geral da Lei Complementar nº 123/06, na redação alterada pela Lei Complementar nº 147/14, quanto à obrigatoriedade de se conferir tratamento diferenciado a essas empresas.
15. Aplicar-se-ia, ao presente caso, portanto, as disposições da legislação estadual suprarreferidas, de forma a ser obrigatória a adoção da licitação destinada exclusivamente a microempresas e empresas de pequeno porte, exceto se configurada alguma situação excludente desta obrigação prevista no art. 3º do Decreto estadual nº 54.229/09 (supratranscrito).
16. Conforme informações obtidas verbalmente junto ao DSI-G, a aquisição que aqui se pretende realizar não se enquadra em nenhuma hipótese excludente prevista no art. 3º do referido Decreto. Em assim sendo, e não sendo possível se valer do quanto previsto no art. 3º, inc. I, da Lei nº 13.122/08, entendo que o presente certame deva ser anulado, com a elaboração de novo edital prevenindo que a licitação em questão será destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte.
17. Caso o procedimento licitatório destinado exclusivamente a essas empresas resultar infrutífero – seja por deserto² ou fracassado³, poderá⁴ a Administração realizar novo certame, com idêntico objeto, para ampla concorrência (ou seja, ficando dispensada da realização de nova licitação destinada exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte). Caso essa segunda licitação se mostre deserta ou fracassada, poderá então a Administração, caso configurados os demais requisitos legais, contratar diretamente nos termos do art. 24, incs. V e VII da Lei nº 8.666/93.

2 Licitação em que não há interessados em dela participar.

3 Licitação em que todos os licitantes e suas propostas não atendem aos requisitos constantes do edital (todos os licitantes são inabilitados e/ou todas as propostas são desclassificadas).

4 Trata-se de decisão discricionária; caso preferir, a Administração poderá realizar nova licitação destinada exclusiva.

18. Acrescento que, em virtude do art. 34 da Lei federal nº 11.488/2007, o tratamento diferenciado previsto para as microempresas e empresas de pequeno porte é extensivo à cooperativa que preencha as condições estabelecidas no referido artigo:

“Art. 34. Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar.”

19. Por fim, me parece salutar sejam as conclusões aqui ofertadas levadas ao crivo da Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria Geral, visto se tratar de tema que supera o âmbito de atuação desta Consultoria Jurídica e que demanda tratamento uniforme por parte da Procuradoria Geral do Estado.

É o parecer que submeto à apreciação de V.Sa.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

DÂNAE DAL BIANCO
Procuradora do Estado

*Mensagem eletrônica de 07/10/2014 - Orientações referentes
à Lei Complementar federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006,
por conta das alterações advindas da
Lei Complementar federal nº 147, de 07 de agosto de 2014:*

MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006, ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 147, DE 07 DE AGOSTO DE 2014. LEI ESTADUAL Nº 13.122, DE 07 DE JULHO DE 2008 E DECRETO ESTADUAL N. 54.229, DE 13 DE ABRIL DE 2009.

1. No Estado de São Paulo, após a edição da Lei Complementar federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, foi editada a Lei nº 13.122, de 7 de julho de 2008, que dispõe sobre o tratamento simplificado e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, nas contratações realizadas no âmbito da Administração Pública direta e indireta.
2. Este diploma estadual **já estabeleceu** a obrigatoriedade de realização de licitações destinadas à participação exclusiva de microempresas e EPPs para contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00; a exigência de subcontratação de ME e EPPs, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda 30% do total licitado; e o estabelecimento de cota de até 25% do objeto para contratação de ME e EPPs em certames para aquisição de bens e serviços de natureza divisível (artigo 2º, incisos I, II e III, respectivamente).
3. A lei estadual em questão foi submetida à análise da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, que resultou na parcial aprovação do Parecer CJ/SF nº 1017/2008 (a parte não aprovada refere-se à autoaplicabilidade do artigo 7º, da Lei estadual nº 13.122/2008, que alude à comprovação de regularidade fiscal de ME e EPPs, na oportunidade não questionada) que, em linhas gerais, concluiu no sentido da necessidade de edição de regulamentação para aplicação daquela lei.
4. Essa regulamentação sobreveio com a edição do Decreto estadual nº 54.229, de 13 de abril de 2009, que, considerando o teor do artigo 2º, § 2º da Lei nº 13.122/2008 (que repetiu a redação do artigo 48, § 1º, da Lei Complementar federal nº 123/2008, posteriormente revogado pela Lei Complementar federal nº 147/2014, com o seguinte teor: *“a soma dos valores licitados em conformidade com este artigo não poderá exceder a 25% [vinte e cinco por cento] do*

- total licitado em cada ano civil*”), determinou a elaboração (e ampla divulgação) do **Plano de Contratações Públicas do Estado de São Paulo**, que deveria conter, entre outros elementos, as diretrizes para a adoção do tratamento simplificado e diferenciado previsto no Decreto (artigo 6º, caput).
5. O mesmo edito, em Disposição Transitória, estabeleceu que, enquanto não elaborada a regulamentação própria do Plano Anual, fossem observados os parâmetros fixados no artigo único.
 6. Em 02 de março de 2012, sobreveio o Decreto estadual nº 57.829, que atribuiu ao Comitê de Qualidade da Gestão Pública o acompanhamento do cumprimento do objetivo fixado no Programa de Melhoria de Gasto Público-Desperdício Zero no que se refere à implantação do Plano Anual de Contratações Públicas (artigo 1º, inciso III c/c artigo 7º).
 7. Diante da regulamentação acima descrita, restou superada a orientação traçada quando da parcial aprovação do Parecer CJ/SF nº 1017/2008.
 8. Com a edição da Lei Complementar federal nº 147, de 07 de agosto de 2014, que alterou a redação da Lei Complementar federal nº 123/2006, **surgiram dúvidas quanto à sua aplicabilidade no âmbito do Estado de São Paulo, na medida em que substituiu a “faculdade” pela “obrigatoriedade” de atribuição de tratamento diferenciado às ME e EPPs nas licitações e contratações públicas** (artigos 47, 48 e 49, da LC 123/2006, com redação alterada pela LC 147/2014).
 9. A despeito da LC 123/2006 traçar “normas gerais” na matéria, o parágrafo único do seu artigo 47 delimitou a aplicação da legislação federal exclusivamente aos casos em que ausente lei estadual, municipal ou regulamento “*mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte*”. Dessa forma, e **considerando que no Estado de São Paulo existe lei em sentido estrito e regulamento já conferindo tratamento diferenciado e simplificado às ME e EPPs, os artigos 48 e 49, da LC 123/2006, recentemente alterados pela LC 147/2014, não são aqui aplicáveis.**
 10. Contudo, a efetividade das normas estaduais depende do cumprimento do artigo 6º, do Decreto estadual nº 54.229/2009 e de sua disposição transitória: “*Artigo único - Até que seja elaborada a regulamentação de que trata o § 1º do artigo 6º, o Plano Anual de Contratações Públicas terá como parâmetro: I - para a Administração Direta, Autarquias, Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as sociedades de economia mista dependentes, assim definidas nos termos do artigo 2º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a dotação disponível consignada para contratações na Lei Orçamentária Anual; II - para as sociedades de economia*

mista, não dependentes, os recursos previstos para contratação consignados no orçamento empresarial, que deverá ser divulgado no Diário Oficial do Estado e Internet”.

11. Nesse sentido, cada Unidade Orçamentária deve observar o Plano Anual de Contratações Públicas ou, na sua ausência, tomar como parâmetro a sua dotação disponível consignada para contratações na Lei Orçamentária Anual, a fim de dar cumprimento ao disposto na Lei estadual nº 13.122/2008, observado o limite fixado no seu artigo 2º, §1º, repetido no artigo 2º, § 2º do Decreto nº 54.229/2009.
12. Com relação às Unidades que deixaram de estabelecer o tratamento diferenciado em suas contratações, impõe-se que, a partir do conhecimento da dotação disponível para o exercício orçamentário seguinte, caso inexistente Plano de Contratações Públicas a que se refere o artigo 6º do Decreto estadual nº 54.229/2009, adotem providências para o cumprimento do artigo único da Disposição Transitória do mencionado edito, ou seja, deverão observar os ditames do artigo 2º, da Lei 13.122/2008 c/c artigo 3º, do Decreto nº 54.229/2009 **ou** justificar a não adoção do tratamento diferenciado para ME e EPPs, na hipótese do caso concreto enquadrar-se no disposto no artigo 2º, § 1º (conforme o Plano de Contratações previamente definido por cada Unidade Orçamentária) ou no artigo 3º, ambos da Lei nº 13.122/2008.
13. **Eventuais alterações das minutas-padrão elaboradas pela PGE, bem como do sistema BEC, serão objeto de análise e divulgação oportuna, cabendo aqui salientar, entretanto, que a alteração do prazo para regularização da situação fiscal** (art. 43, § 1º, da LC 123/2006, com a redação alterada pela LC 127/2014), **é aplicável desde já** e deve, doravante, ser objeto de consideração nos pareceres jurídicos.
14. Solicito que a orientação ora veiculada seja divulgada a todos(as) os Procuradores(as) desse órgão consultivo.

07 de outubro de 2014.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado
da Área da Consultoria Geral

PROCESSO Nº 94113-1310685/2015

PARECER Nº 385/2015

1. Aprovo o Parecer CJ/SF nº 385/2015¹
2. Abra-se expediente próprio, instruindo-o com cópia do presente, bem como de fls. 3-9 e 63-91 dos presentes autos, e encaminhe-o à apreciação da Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria Geral, com vistas a identificar se as conclusões aqui alcançadas encontram-se em consentânea com a orientação de fls. 86-91.
3. Restitua-se a DSI para as providências decorrentes.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

JUSTINE ESMERALDA RULLI

Procuradora do Estado
Chefe Substituta da CJ/SF

1 Este expediente recebeu os seguintes enquadramentos, conforme as escalas de classificação divulgadas no site da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda: **Primeira Categoria** pela qualidade da instrução, clareza na formulação da dúvida jurídica e antecedência do encaminhamento; e **Alta Complexidade** pela extensão do trabalho realizado e o tempo despendido com o exame do assunto, incluindo a emissão de parecer ou manifestação.

PROCESSO: 12092-312546/2015

INTERESSADO: UNIDADE DE COORDENAÇÃO DE PROGRAMA – UCP

ASSUNTO: SUPRIMENTOS – PROCESSO DE AQUISIÇÃO DE MATERIAL PERMANENTE – 04.01.04.03. AQUISIÇÃO DE AMPLIFICADORES PARA ADEQUAÇÃO DAS SALAS DE TREINAMENTO DA FAZESP

Com a edição da Lei Complementar federal nº. 147, de 07/08/2014, que alterou a redação da Lei Complementar federal nº 123/2006, esta Subprocuradoria, por meio de mensagem eletrônica encaminhada às Consultorias Jurídicas das Secretarias de Estado e Autarquias (cópia juntada às fls. 86/91), fixou entendimento jurídico segundo o qual os artigos 48 e 49 da LC 123/2006, recentemente alterados pela LC 147/2014, não são aplicáveis no Estado de São Paulo, considerando que existe, neste âmbito, lei em sentido estrito e regulamento já conferindo tratamento diferenciado e simplificado às ME e EPPs nas licitações e contratações públicas.

Na mesma oportunidade, traçou-se orientação jurídica quanto à aplicabilidade da Lei estadual nº 13.122, de 7/07/2008, que dispõe sobre tratamento simplificado e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, nas contratações realizadas no âmbito da Administração Pública estadual direta e indireta, inclusive à luz do Decreto estadual nº 54.299, de 13/04/2009, que a regulamentou.

No âmbito da Secretaria da Fazenda, em procedimento licitatório, na modalidade pregão eletrônico, para aquisição de amplificadores cujo valor estimado da contratação é inferior a R\$80.000,00, foi apresentada impugnação ao edital, com fundamento no artigo 48 da LC federal nº 147/2014, porquanto o ato convocatório não restringiu o certame à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte.

Consultado o órgão jurídico que serve a Pasta, foi proferido o Parecer CJ-SF nº 385/2015 (fls. 92/94), que contou com a aquiescência da Chefia da Unidade (fl. 94).

Coloco-me de acordo com as conclusões alcançadas na referida peça opinativa, que estão em linha com a manifestação desta Subprocuradoria, juntada por cópia às fls. 86/91¹.

Com essas considerações, restitua-se o presente à Secretaria da Fazenda, por intermédio da Consultoria Jurídica que serve a Pasta.

Subg. Consultoria, em 30 de abril de 2015.

ADALBERTO ROBERT ALVES
SUBPROCURADOR GERAL DO ESTADO
DA ÁREA DA CONSULTORIA GERAL

1 NE: Trata-se da mensagem constante de fls. 38/40.

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 Nº 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 nº 7.488/1988, por Grupo de Trabalho; Pareceres PA-3 nº 369/1993, 88/1997, 24/1998, 289/1999 e 296/2002; Parecer AJG nº 427/1998; Pareceres PA nº 201/2008, 144/2008, 114/2009, 59/2010, 104/2010 e 101/2014; Pareceres GPC/CONS nº 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 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 Social¹, 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 960/2011², 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 532/2016³ 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).
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 1405/2016⁴, que indicou os divergentes entendimentos acerca da matéria e sugeriu a remessa dos autos

1 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).

2 Parecerista Dra. Suzana Maria Pimenta Catta Preta.

3 Parecerista Dra. Márcia Amino.

4 Parecerista Dra. Márcia Amino.

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 e Hospitalar – FAMESP é fundação privada⁵, qualificada como Organização Social⁶, 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.
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*)⁷. (g.n.).

5 Do artigo 1º do Estatuto da FAMESP, extrai-se: “Artigo 1º - A FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO MÉDICO E HOSPITALAR – FAMESP, com prazo de duração indeterminado, é pessoa jurídica de direito privado de fins não lucrativos, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, e rege-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.).

6 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).

7 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

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 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 privada⁸⁻⁹, a doutrina majoritária defendia que as

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).

8 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*, 14. ed. São Paulo: RT, 1989, p. 332).

9 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.).

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*:

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 2º, 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 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]¹⁰.

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 37¹¹ 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”.

10 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].

11 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: [...].

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 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 191¹², 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 Pública¹³.

12 J. 29/11/2007.

13 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 à “administração direta”. Em razão disso, com essa proliferação, pretendeu-se, num primeiro momento, que

21. Todavia, no Estado de São Paulo essa existência já era reconhecida há muito mais tempo.
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 RAMOS¹⁴, 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 Público¹⁵.

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”.

14 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.

15 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

24. Na mesma toada, CARLOS ARI SUNDFELD¹⁶, 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 constitucionais¹⁷:

- 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 à 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.)¹⁸

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”.

16 *Fundações Governamentais*, RDP 97/89, p. 86/93.

17 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.).

18 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,

25. Seguindo esse raciocínio, o **Parecer PA-3 nº 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”¹⁹.
26. A EC nº 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 CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA²⁰ :

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.)

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 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*. 6. ed.. São Paulo: Atlas, 2016, p. 620).

19 Sob o mesmo fundamento, o **Parecer PA-3 nº 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. [...]”.

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

28. A *quaestio iuris* a ser solucionada nesta sede diz respeito, contudo, à possibilidade de se equiparar as fundações privadas ditas “de apoio”²¹ 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 sozinhos²². 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 NOHARA²³ acerca de tais entidades:

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

21 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.

22 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”.

23 *Op. cit.*, p. 652.

contenção de gastos, a gestão direta da comunidade de serviços sociais e assistenciais, prestados por entidades não integrantes da Administração Pública, porém com o apoio do Estado. (g.n.).

31. Especificamente sobre as fundações de apoio no âmbito da União, ODETE MEDAUAR²⁴ 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, mantêm 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 846/1998²⁵, cujo artigo 12º dispõe:

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 complementar²⁶.

24 *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed.. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010, p. 100.

25 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 os requisitos previstos nesta Lei".

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

33. A parceria entre as Organizações Sociais e a Administração Pública ocorre por meio de contratos de gestão²⁷, 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 complementar²⁸⁻²⁹.

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

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

27 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 incidam 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 Sylvia 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. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 268)” (g.n.).

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

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

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 gestão³⁰. (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 MEIRELLES³¹ 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.) para a realização de atividades necessariamente de interesse coletivo. (g.n.)

36. Na mesma senda, os ensinamentos de DIOGENES GASPARINI³²:

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 nº 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

30 Artigos 11 e 12 da Lei federal nº 9.637/1997 também estão redigidos nesses termos.

31 *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed..São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 406/407.

32 *Direito Administrativo*. 12. ed.. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 463/464.

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 o 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 NOHARA³³:

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 Estado³⁴.

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 À 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 e/ou deverão ser julgadas pela

33 *Op. cit.*, pp. 657/658.

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

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 INDEBÍTA. LAVAGEM DE CAPITAIS. COMPETÊNCIA. VÍTIMA. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO INSTITUÍDA PARA APOIAR FUNDAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR. RELAÇÃO REGULAMENTADA PELA LEI Nº 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 nº 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.

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 nº 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**³⁵, 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**³⁶ contou com a seguinte ementa:

LICITAÇÃO. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE SAÚDE. ÓRGÃO PARTICIPANTE. IMPOSSIBILIDADE. **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 governamentais³⁷.

35 Parecerista DRA. MARIA CHRISTINA TIBIRIÇÁ BAHBOUTH.

36 Parecerista DRA. CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES.

37 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, de-

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**”.
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”³⁸.
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 instituída³⁹.

semprenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivos seus’. Maria Sylvia 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”’.

38 *Fundações – Fiscalização de Contas pelo Ministério Público*. RDP-98, p. 70/74.

39 J. CRETILLA JUNIOR ensina que, para enquadrar uma fundação no âmbito da Administração Pública, “deve-se

46. MIGUEL REALE JUNIOR⁴⁰ 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 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 público⁴¹. Todavia, decerto essa incidência é condicionada à vigência de previsão legal nesse sentido.** O professor PAULO MODESTO⁴², em lapi-

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 FUNDAÇÕES 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*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 2236/2237).

40 *Op. Cit.*, p. 70.

41 O Parecer PA nº 289/1999 já ensinava: “constituíram 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).

42 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, nº 33, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=73409>>. Acesso em: 23 maio 2017.

dar 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.).

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, assuma obrigações de natureza pecuniária**⁴³⁻⁴⁴.

43 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, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

44 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.).

50. Quanto ao ponto, o **Parecer PA nº 59/2010**⁴⁵ 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, gere ou administre dinheiros, bens e valores públicos está sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas, está justamente centrado no reconhecimento 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 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 firmados 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 nº 296/2002**⁴⁶, 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

45 Parecerista DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS.

46 Parecerista DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS.

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.)

54. E, seguindo a mesma linha de raciocínio, o **Parecer PA nº 201/2008**⁴⁷ 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 nº 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 1.923⁴⁸:

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.

47 Parecerista DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS.

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

[...] 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”.

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 autarquia 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.

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, II⁴⁹).
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 FILHO⁵⁰ 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.
62. Conquanto, nos termos da Resolução PGE nº 07/1996, as decisões emitidas pela Corte de Contas vinculem a Administração, é evidente que,

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

50 *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed.. São Paulo: RT, 2015, p. 965.

quando ofensivas ao ordenamento jurídico, sujeitam-se à impugnação no âmbito judicial. O Parecer GPG/CONS nº 70/2014⁵¹, 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”⁵².
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 entidades⁵³, 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.**
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.

51 Parecerista DRA. FLÁVIA DELLA COLETTA DEPINÉ.

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

53 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 designios e influências estatais, e pretenda caracterizá-la como “organização não governamental” (*Op. Cit.*, pp. 314/315).

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 indubitavelmente 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 acertamento dos mecanismos que disciplinam as relações entre essas entidades, mas nunca a equiparação de seus regimes jurídicos;
- (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

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 Pública¹.

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, quicá de viés moralizador².

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

1 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.).

2 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*. 31. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 92).

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.

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”³ 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 público⁴.

Quanto ao mais, ressalvada a competência do Tribunal de Contas para verificar 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 público; por não

3 A expressão é do Professor Emérito da Universidade de Buenos Aires AGUSTIN 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).

4 A exemplo da Lei estadual nº 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.

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; (...) ⁵

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

5 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 575.

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.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA GERAL

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, 29 de Junho de 2017.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Consultoria

35) SERVIDOR TRABALHISTA. VANTAGENS. Licença para tratar de assuntos particulares. A CLT destina-se a assegurar aos trabalhadores um mínimo de garantias, inexistindo óbices jurídicos a que o empregador, querendo, conceda a seus empregados direitos e vantagens adicionais aos expressamente conferidos pela legislação trabalhista, desde que o faça mediante outorga legislativa. Precedentes: Pareceres PA nº 3/2016; PA-3 nºs 171/1985, 348/1994, 245/1999. Aos servidores públicos admitidos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho não se aplica o regramento fixado pelo Estatuto dos Funcionários Públicos. Pareceres PA-3, nºs 348/1994, 160/1999, 183/2006; PA nºs 222/2007 e 76/2010. É nulo o ato normativo que institui ou disciplina benefício aos servidores regidos pela legislação trabalhista à míngua de autorização legislativa. (Parecer PA nº 65/2016 – Nos termos da manifestação da Subprocuradora Geral da Consultoria Geral, em 28/04/2017, o Procurador Geral do Estado deixou de aprovar o Parecer PA nº 65/2016, para concluir pela possibilidade de o Centro Estadual de Educação Tecnológica “Paula Souza” emitir regramento disciplinando acerca de afastamento de empregado público. Em consequência, modificou a orientação traçada pelo Parecer PA nº

3/2016, para estabelecer que a Administração Estadual poderá decidir, em conjunto com os empregados públicos e com base no art. 144 da CLT, sobre as suspensões dos respectivos contratos de trabalho, quando não houve norma específica disciplinando a questão)

36) PROCURADOR DO ESTADO. Dúvida quanto à existência de óbices à atuação de Procurador do Estado como árbitro em processo regido pela Lei nº 9.307/1996. Atividade privada, autorizada a “qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”, que não caracteriza exercício de advocacia. Inexistência de impedimento, em tese, a que Procurador do Estado exerça arbitragem. Limites temporais (jornada de 40 horas semanais) e materiais (conflito de interesses) decorrentes da Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015. Recomendável que a Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado acompanhe o exercício da arbitragem pelos integrantes da carreira e avalie a conveniência de editar norma destinada a disciplinar a matéria. Precedente: Parecer PA nº 19/2016. (Parecer PA nº 10/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 28/04/2017)

37) SERVIDOR PÚBLICO, PROCURADOR DO ESTADO. DIREITOS E VANTAGENS. LICENÇA-PRÊMIO. Conversão em pecúnia. Servidor que

deduziu a pretensão antes do “prazo de 3 (três) meses antes do seu aniversário” (artigo 56 da LCE nº 1.080/2008). Norma de caráter organizativo que tem por escopo proporcionar melhor arranjo do órgão pagador. Aplicação do princípio do formalismo moderado, de modo que não se cogita de intempestividade no caso concreto. O fato de o servidor não mais estar em exercício no momento do pagamento não obsta, por si só, a conversão em pecúnia, cujo deferimento observará a satisfação das exigências legais. Precedente: Pareceres PA 209/2009 e PA 7/2014. (Parecer PA nº 25/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 28/04/2017)

38) DIREITO À INTIMIDADE (art. 5º, X CF). SIGILO PROFISSIONAL. ACESSO A PRONTUÁRIOS MÉDICOS. Dúvida acerca da compatibilidade do dever de sigilo profissional dos médicos relativo aos pacientes e o atendimento a solicitações formuladas por delegados de polícia em inquéritos policiais, relacionadas ao fornecimento de prontuário médico. O direito à intimidade não é absoluto. No entanto, a solicitação de informações protegidas pelo sigilo médico em inquérito policial não pode prescindir da análise judicial. (Parecer PA nº 86/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 08/05/2017)

39) LICITAÇÃO. PREGÃO. SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL (ART. 7º, LEI Nº 10.520/02). Como regra, a sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração Estadual,

prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/02, produz efeitos a partir da publicação no Diário Oficial da decisão que a imputou. A inclusão da sanção no portal e-Sanções não altera os termos de sua vigência. Eventual contrato firmado na vigência da pena de impedimento de licitar e contratar a empresa contratada restará eivado de nulidade. (Parecer PA nº 24/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 10/05/2017)

40) CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 15.413, DE 09 DE MAIO DE 2014, QUE DISPÕE SOBRE TRATAMENTO TÉRMICO POR CREMAÇÃO DE ANIMAIS MORTOS PROVENIENTES DE ESTABELECIMENTOS DE ENSINO E PESQUISA E DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE VETERINÁRIA SEDIADOS NO ESTADO DE SÃO PAULO. Lei de iniciativa parlamentar, resultante de rejeição parcial do veto total do Governador do Estado. Tema submetido à competência concorrente. Conflito com o quadro normativo federal conferido pelas Leis federais n.ºs 6.938/81 e 9.782/99 e pelas Resoluções ANVISA 306/2004 e CONAMA 358/2005. Tendo a União editado normas gerais de proteção do meio ambiente e defesa da saúde, caberia aos Estados apenas suplementá-las. Violação do artigo 24ª, incisos VI e XII, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Viabilidade de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. (Parecer PA nº 27/2017 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Consultoria Geral em 23/05/2017)

41) SERVIDOR TRABALHISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

Artigos 189 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho. Norma Regulamentadora nº 15, expedida pelo Ministério do Trabalho. A insalubridade é caracterizada pela avaliação qualitativa (Anexo XIV da NR-15) e tal análise deverá necessariamente ser realizada por Médico ou Engenheiro do Trabalho. Caso a avaliação conclua pela inexistência de exposição a agentes nocivos, deverá ser cessado o pagamento do correspondente adicional de insalubridade, não se cogitando, na espécie, ofensa ao direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial. Súmula 248 do Tribunal Superior do Trabalho. (Parecer PA nº 6/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 12/06/2017)

42) SPPREV. PROCEDIMENTO PARA APLICAÇÃO DE PENA DE ADVERTÊNCIA A SEUS EMPREGADOS, SUBMETIDOS AO REGIME CELETISTA, NOS TERMOS DA LC 1.010/2007. INTERPRETAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.183/2012, QUE FIXA AS ATRIBUIÇÕES DA PROCURADORIA DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES. Cabe à SPPREV realizar procedimento disciplinar em face de seus empregados celetistas, para aplicação da pena de advertência. Situação que não macula a Lei Complementar Estadual nº 1.183/2012. Os demais procedimentos punitivos devem ser realizados pela Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. (Parecer PA nº 117/2014 – Aprovado parcialmente

pelo Procurador Geral do Estado em 28/04/2017);

43) APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DIREITO IMPLEMENTADO NA DATA EM QUE CONSTATADA A INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE, A CRITÉRIO DO DEPARTAMENTO DE PERÍCIAS MÉDICAS DO ESTADO – DPME. Inteligência dos artigos, 222, 223, 224 e 228 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado. Interpretação sistemática dos artigos 20 e 21 do Decreto Estadual nº 29.180/1988, a indicar que o laudo de aposentadoria por invalidez deverá trazer, como data de início do jubramento, a data fixada pelo DPME como correspondente ao momento em que comprovada a incapacitação definitiva do servidor, que consta da publicação da decisão favorável à concessão do benefício previdenciário. A critério exclusivo do DPME essa data poderá inclusive coincidir com aquela em que realizada a inspeção médica. Precedentes: Pareceres PA nº 338/2002, 299/2006, 18/2014, 109/2014 e 135/2014. (Parecer PA nº 39/2017 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Consultoria Geral em 26/06/2017);

44) VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Prêmio de Desempenho Individual. Lei Complementar Estadual nº 1.158, de 2 de dezembro de 2011, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 57.781, de 10 de fevereiro de 2012. Norma regulamentar própria que disciplina os afastamentos ocorridos durante o ciclo de desempenho. Artigo 11 do Decreto Estadual nº 57.780/2012 e artigo 3º do Decreto Estadual nº 57.781/2012. O artigo 7º da

LCE nº 1.158/2011 diz respeito ao período de concessão da vantagem e não ao ciclo de desempenho que serve de base à Avaliação de Desempenho Individual. Servidor que, durante o período de concessão, conserva o direito à percepção do PDI nas situações de afastamentos considerados de efetivo exercício para todos os efeitos legais e, nos casos de licença para tratamento de saúde, no limite de 90 (noventa) dias por ano. (Parecer PA nº 30/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 28/06/2017)

45) PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. Interposição em face de decisão do Governador do Estado, que negou provimento a recurso hierárquico, mantendo a decisão proferida pelo Secretário dos Transportes Metropolitanos. Dúvida acerca da obrigatoriedade de manifestação da Consultoria Jurídica da Pasta, previamente ao encaminhamento à Casa Civil. Art. 44, II c.c. art. 45, III, ambos da LC n. 1.270/2015 (LOPGE); art. 1º, Decreto n. 51.704/07. Obrigatoriedade restrita aos casos de recursos a serem submetidos à análise da autoridade assessorada juridicamente pelo órgão consultivo, ou se instado a manifestar-se, segundo juízo da aludida autoridade. (Parecer

PA nº 38/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 28/06/2017)

46) SERVIDOR PÚBLICO. DIREITOS E VANTAGENS. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. SERVIDOR ESTADUAL REQUISITADO PELA JUSTIÇA ELEITORAL. O artigo 9º da Lei federal nº 6.999/1982, segundo o qual “o servidor requisitado para o serviço eleitoral conservará os direitos e vantagens inerentes ao exercício de seu cargo ou emprego”, deve ser interpretado à luz do princípio federativo, reconhecendo-se a prevalência da legislação estadual relativa ao regime jurídico dos servidores públicos paulistas. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 364/1987, 469/1988, 342/1992, 191/1993, 371/1994, 49/1999 e nº 218/1999; PA nº 459/2004; PA nº 27/2015 e nº 48/2016. A Lei estadual nº 7.524/1991, que instituiu o auxílio-alimentação como benefício devido em função dos dias efetivamente trabalhados, obsta sua incidência sobre os servidores afastados para prestar serviços obrigatórios por lei (artigo 4º, III) e para prestar serviços junto a órgãos ou entidades da União (artigo 4º, IV). Precedentes: Pareceres PA-3 nº 218/1999 e PA nº 48/2016. (Parecer PA nº 35/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado – em 29/06/2017)

Contencioso Geral

47) SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. APELAÇÃO CÍVEL – Agente de Segurança Penitenciária – Pretensão de compelir a Fazenda Estadual ao pagamento de *pro labore* correspondente ao cargo de Diretor de Serviço por preencher os requisitos previstos na Lei Complementar nº 898/2001, alterada pela Lei Complementar nº 976/2005 – Cargos de direção e chefia que são essencialmente providos em comissão, sendo livre a nomeação e a exoneração – Inexistência de amparo legal para compelir a Administração ao pagamento de *pro labore* em razão do simples preenchimento dos requisitos previstos na lei – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL nº 0005812-75.2014.8.26.0602 – Sorocaba – 5ª Câmara de Direito Público – Relator(a) Maria Laura Tavares – 07/05/2017 - 21.273 – Unânime)

48) SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – SECRETARIA DA FAZENDA – Aposentada – Abono por Satisfação do Usuário (ASU) – Pretensão ao restabelecimento ou à incorporação de décimos – Impossibilidade – Vantagem que não se incorpora aos vencimentos por se tratar de gratificação de serviço vinculada diretamente a condições específicas e condicionais de trabalho – Sentença de improcedência – Recurso não provido (Apelação nº 1052851-15.2015.8.26.0053 – São Paulo – 6ª Câmara de Direito Público – Relator(a) Reinaldo Miluzzi – 08/05/2017 – 24.397 – Unânime)

49) AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. TETO REMUNERATÓRIO. Agente Fiscal de rendas aposentado. Pretensão de receber indenização relativa à licença-prêmio não usufruída em atividade sem a incidência do redutor constitucional. Decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de desconsideração do teto remuneratório para fins de cálculo do valor da licença-prêmio convertida em pecúnia. Liminar incabível. Ausência dos requisitos previstos no art. 7º da Lei nº 12.016/09. Reforma da decisão. Recurso provido. (Agravo de instrumento nº 2034224-37.2017.8.26.0000 – São Paulo – 6ª Câmara de Direito Público – Relator(a) Osvaldo de Oliveira – 28/06/2017 – 24.404 – Unânime)

50) MANDADO DE SEGURANÇA – Fornecimento do medicamento Te-trabenazina. Paciente acometida por Discinesia (Coreia induzida). Medicamento que não possui registro ao órgão oficial de vigilância sanitária. Apesar de ser dever do Estado assistência à saúde, não pode este ser compelido a fornecer medicamento que não teve sua segurança e eficácia asseguradas pela ANVISA. Sentença que denegou a segurança – Recurso desprovido. (Apelação nº 1016670-78.2016.8.26.0053 – São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator(a) Luciana Bresciani – 30/06/2017 – 19.731 – Unânime)

Contencioso Tributário-Fiscal

51) TRIBUTÁRIO. ITCMD. ARROLAMENTO. Decisão que determinou à inventariante a abertura de procedimento administrativo junto ao Fisco para que haja manifestação sobre o pedido de isenção do ITCMD – Direito da Fazenda do Estado que deve ser resguardado, a teor do disposto no Artigo 659, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil – Cumpre ao órgão fazendário a apreciação do pedido de isenção do tributo – Entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial com efeito repetitivo nº 1.150.356 – Decisão mantida – Recurso não provido (Agravo de Instrumento nº 2073186-32.2017.8.26.0000 – Hortolândia – 4ª Câmara de Direito Privado – Relator(a): Marcia Dalla Déa Barone – 30/05/2017 – 16906 – Unânime)

52) AGRAVO DE INSTRUMENTO. Insurgência da FESP contra r. decisão que deferiu a pretensão de substituir a garantia consubstanciada em depósito judicial por seguro-garantia. Depósito em dinheiro e seguro-garantia não são equivalentes, sendo certo que este último não permite a suspensão da exigibilidade do débito nos termos do artigo 151 do CTN (Súmula 112 do C. STJ). Precedentes do C. STJ e desta C. Corte. Substituição que não pode se dar sem a expressa con-

cordância da Fazenda Pública, o que, no presente caso, não ocorreu. R. decisão agravada reformada. Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 2025072-62.2017.8.26.0000 – Franca – 13ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Flora Maria Nesi Tossi Silva – 28/06/2017 – 11.367 – Unânime)

53) ACÓRDÃO ANTERIOR ANULADO, conforme decidido nos Embargos de Declaração nº 1002377-20.2015.8.26.0577/50000, face à decisão por maioria sem a realização do julgamento estendido. Inteligência do art. 942 do CPC/15. Embargos à execução fiscal. IPVA. Locatária de automóvel. Lei nº 13.296/08. Demanda ajuizada por empresa locatária de veículos automotores registrados em outro Estado. Pretensão de ver reconhecida a ilegalidade da cobrança de IPVA pelo Estado de São Paulo. Impossibilidade. Cobrança com respaldo na Lei estadual de São Paulo nº 13.296/08, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo C. Órgão Especial. Multa aplicada dentro do patamar legal, sem caráter confiscatório. Honorários advocatícios fixados em valor razoável e compatível com a complexidade da causa e celeridade de julgamento. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Apelação nº 1002377-20.2017.8.26.0577 – São José dos Campos – 12ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Souza Meirelles – 28/06/2017 – 10.675 – Unânime)

editoração e impressão

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

