



67

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Processo: SEP 336/2008- PGE – 18487-186941/2008

Interessado: Secretaria de Economia e Planejamento

Parecer: **PA nº 144/2008**

Assunto: Afastamento.

AFASTAMENTO. Afastamento de servidores públicos estaduais, sem prejuízo dos vencimentos para prestar serviço na Fundação Prefeito Faria Lima – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM e na Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – SEADE. Natureza jurídica de direito privado – Leis estaduais 902, de 18.12.1975, e 1866, de 04.12.1978. Descabida a continuidade da percepção da Gratificação por Suporte Administrativo – GASA (Lei Complementar 876, de 04.07.2000) e da Gratificação Geral (Lei Complementar 901, de 12.09.2001). Artigo 128 da Constituição do Estado. Precedentes: parecer publicado no 2º volume de pareceres sobre a “Aplicação da Nova Constituição Federal” e pareceres **PA-3 nº 118/90, 150/91, 195/91, 263/92, 198/93 e 233/01; PA-191/2007.**

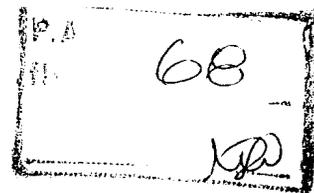
1 – Retornam os autos a esta Procuradoria Administrativa para dirimir dúvida acerca do cabimento de serem pagas gratificações a servidores afastados sem prejuízo de vencimentos e das demais vantagens dos cargos ou funções-atividades que detêm junto da Administração Direta.

A manifestação da origem foi desfavorável por se tratar de hipótese que exigiria interpretação estrita do texto das Leis Complementares 876, de

A. Te
1



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



04.07.2000, que instituiu a Gratificação por Suporte Administrativo – GASA¹, e 901, de 12.09.2001, que instituiu a Gratificação Geral², consoante parecer nº 36/2008 (fls.25/30) da Consultoria Jurídica da Secretaria de Economia e Planejamento – CJ/SEP, que indicou a oitiva desta Especializada, nos termos do artigo 21, I, da Lei Complementar nº 478, de 18.07.1986.

Nesta Procuradoria, conforme parecer **PA nº 68/2008** (fls.35/56), foi apontada a necessidade de ser ouvida a UCRH –Unidade Central de Recursos Humanos do Estado, vindo, então, aos autos a Informação U.C.R.H. nº **324/2008** (fls.59/62), acolhida pela Coordenadora da Unidade (fls.63) e pela Chefia de Gabinete da Secretaria de Gestão Pública (fls.64), no sentido da inviabilidade da percepção dessas gratificações por ocasião do afastamento de servidores junto a Fundações, pois as leis que instituíram as referidas vantagens pecuniárias condicionaram o seu pagamento ao efetivo exercício e ao local de trabalho, sendo, assim, devidas apenas aos servidores em efetivo exercício nas Secretarias de Estado e nas autarquias.

É o relatório. Passo a opinar.

2 – Trata-se do afastamento de servidores da Administração centralizada (SEP) para prestar serviços à Administração Indireta, mais especificamente, na Fundação Prefeito Faria Lima – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM e na Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – SEADE.

É orientação da Procuradoria Geral do Estado que “*a natureza jurídica de cada fundação instituída pelo Poder Público deve ser perquirida casuisticamente, a partir da análise da lei instituidora e respectivos estatutos.*” O parecer **PA-191/2007**³ invoca ainda o magistério de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO no sentido de que o Estado quando institui fundação pode atribuir a ela regime jurídico

¹ Cópia às fls.54/55.

² Cópia às fls.38/53.

³ da Procuradora do Estado Patrícia E. Fryzman, aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado.



69
100

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, com derrogações por normas de direito público, devendo ser extraída do exame da lei instituidora e dos respectivos estatutos a natureza jurídica – pública ou privada.⁴ Assim, temos fundações de direito público que nada mais são do que uma modalidade de autarquia (autarquia fundacional), que, no regime jurídico de direito público, têm no princípio da legalidade um de seus pilares, e fundações de direito privado, instituídas ou mantidas pelo Poder Público (entidades com personalidade privatística nas quais, por exemplo, os planos de funções e salários não são fixados por lei, mas sim aprovados pelo Governador mediante proposta da Fundação).

O Grupo de Trabalho criado pela Portaria GPG nº 212, de 07.10.1988, em parecer publicado no 2º volume de pareceres sobre a “Aplicação da Nova Constituição Federal”⁵, expressou o seguinte:

“ O cerne da questão aqui examinada reside efetivamente na distinção entre as chamadas fundações públicas e as fundações de direito privado criadas pelo Estado. A admitir-se que se trate de duas realidades diferentes, o regime jurídico a que terão que se submeter haverá de ser também distinto.” (p.84)

...

“ Dada a diversidade de locuções utilizadas pela Constituição Federal para referir-se às fundações, parece que não se pode igualar o significado de fundação utilizando-o indistintamente em qualquer caso. Em outras palavras, haverá de extrair-se, em cada caso concreto, o tipo de fundação a que faz referência determinado dispositivo.” (p.86)

...

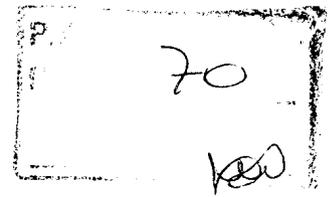
“ As fundações de direito público se distinguem das fundações de direito privado, ainda que estas últimas tenham sido instituídas e sejam mantidas pelo

⁴ Em “Direito Administrativo”, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, pp.371 a 373.

⁵ Centro de Estudos da P.G.E., série documentos nº 13, pp. 83 e seguintes.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



Poder Público, porque as primeiras não ficam sujeitas às regras do Código Civil concernentes às fundações.” (p.88)

3 – Dispõe a Lei 902, de 18.12.1975, que autorizou a instituição da Fundação CEPAM, no artigo 2º, *verbis*:

“ A Fundação, com prazo de duração indeterminado, sede e foro na Capital do Estado, **adquirirá personalidade jurídica a partir da inscrição de seu ato institutivo no registro competente**, mediante apresentação dos estatutos e respectivo decreto de aprovação.”

Dispõe a Lei 1866, de 04.12.1978, que autorizou a instituição da Fundação SEADE, no artigo 2º, *verbis*:

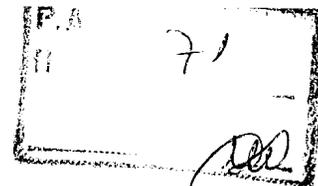
“ A Fundação terá prazo de duração indeterminado, sede e foro na Capital do Estado e **adquirirá personalidade jurídica a partir da inscrição de seu ato institutivo no registro competente**, com o qual serão apresentados os estatutos e o respectivo decreto de aprovação.”

4 – Especificamente sobre a natureza jurídica da Fundação CEPAM, já se pronunciou diversas vezes esta Procuradoria Administrativa, sustentando tratar-se de fundação de direito privado como nos precedentes PA-3 118/90, 150/91, 195/91 e 263/92. Ressaltamos do precedente **PA-3 nº 198/93**⁶ que examinou o cabimento de se pagar gratificação de informática a que se referia a Lei 7578, de 03.12.1991, apenas aos servidores públicos, detentores de cargo (regidos pela Lei 10.261, de 28.10.1968) ou de funções-atividade (sob a égide da Lei 500, de 13.11.1974, em hipóteses exauridas pelo artigo 205 da Lei Complementar 180, de 1978), o seguinte:

⁶ Prolatado pela Procuradora do Estado Márcia Junqueira Sallowicz Zanotti, aprovado pela Chefia da Instituição.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



“ 13. Sobre a natureza jurídica da Fundação Prefeito Faria Lima (CEPAM), em que pese a conclusão do alentado parecer PA-3 333/92, entendendo-a como fundação de direito público, vislumbramos, s.m.j., acompanhando Aditamento da Chefia desta Procuradoria Administrativa, nos moldes de inúmeras manifestações anteriores, bem como pela análise feita no Parecer PA-3 263/92, tratar-se de fundação de direito privado.”

Essa a orientação consagrada de longa data, valendo transcrever do adendo da então Subprocuradora Geral da Área da Consultoria⁷, Dra. Fernanda Dias Menezes de Almeida, ao parecer PA-3 nº 118/90, o seguinte:

“ Com efeito, podem existir fundações de direito público, criadas por lei, com regime jurídico de direito público, que adentram o mundo jurídico pela própria lei, e fundações privadas instituídas pelo Poder Público, que têm sua instituição autorizada por lei e ingressam no mundo jurídico pelo **registro** de seus atos constitutivos nos cartórios de registro competentes. A Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM é, seguramente, desta última espécie, o que elimina, para o deferimento ou não do recurso, a controvérsia suplementar dos pareceres mencionados sobre tratar-se ou não de serviço público.” (g.o., negrito nosso).

5 – A aplicação de vantagem pecuniária, que só deve ser instituída por lei e na medida em que atenda efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço consoante estipulado no artigo 128 da Constituição do Estado, merece sempre interpretação restritiva.

Sobre a GASA, pronunciou-se esta Especializada conforme parecer **PA-3 nº 233/2001**,⁸ no sentido de não ser devida a servidores das autarquias de regime especial⁹, que contam com vantagens próprias “na medida em que a entidade

⁷ cuja manifestação foi objeto de destaque pelo sr. Procurador Geral quando da apreciação do referido parecer.

⁸ Prolatado pela Procuradora do Estado Dora Maria de Oliveira Ramos.

⁹ No caso, a Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto – FAMERP.



72
100

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

regularia sua própria política salarial, nos limites legais e constitucionais admissíveis,” sob pena de “ser reconhecido aos seus servidores um duplo sistema retributivo: o decorrente das normas ditadas pela própria Faculdade e o aplicado genericamente ao funcionalismo do Estado.”

6 – Ante o exposto, os servidores que prestam serviços a Fundações de direito privado mediante afastamento não estão incluídos nas hipóteses de incidência das normas que instituíram as vantagens pleiteadas, normas estas de interpretação restrita e enumeração taxativa, destinadas tão somente àqueles abrangidos pelas leis complementares 876/2000 e 901/2001 que dispuseram expressamente que as gratificações por elas instituídas (GASA e Geral, respectivamente) eram devidas **aos servidores em efetivo exercício nas Secretarias de Estado e Autarquias** (artigo 1º de ambas). Não havendo, no caso dos autos, efetivo exercício na Secretaria de Estado (da qual estão afastados) ou em ente autárquico (pois as Fundações CEPAM e SEADE não têm essa natureza), descabido o pagamento das vantagens.

É o parecer. À consideração superior.

São Paulo, 04 de julho de 2008.

ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI

Procuradora do Estado – OAB/SP nº 60.585



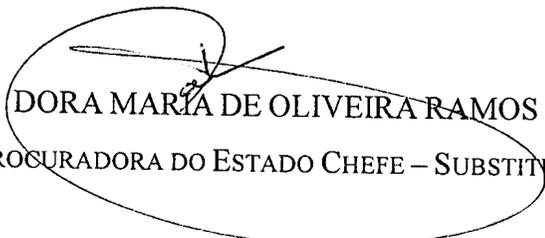
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

78
fel

Processo: SEP n. 336/2008 (PGE 18.487-186941/2008)
Interessado: SECRETARIA DE ECONOMIA E PLANEJAMENTO
Parecer: PA n. 144/2008

De acordo com o Parecer PA nº 144/2008.
Encaminhem-se os autos à análise da Subprocuradoria Geral do
Estado – Consultoria.

São Paulo, 11 de julho de 2008.


DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
PROCURADORA DO ESTADO CHEFE – SUBSTITUTA



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

79
b

PROCESSO SEP-336/2008 (PGE- 18.487-186941)
INTERESSADO SECRETARIA DE ECONOMIA E PLANEJAMENTO
ASSUNTO AFASTAMENTO.

Cuidam os autos de consulta formulada sobre a viabilidade de servidores afastados para prestar serviços na Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM e na Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – SEADE perceberem a Gratificação por Suporte Administrativo (GASA), instituída pela Lei Complementar nº 876, de 04/07/2000 e a Gratificação, Geral, instituída pela Lei Complementar nº 901, de 12/09/2001.

Endosso as razões exaradas no Parecer PA nº 144/2008, que concluiu, na esteira de precedentes análogos, pela impossibilidade dos servidores auferirem as referidas vantagens quando afastados, pois elas são destinadas exclusivamente aos servidores em efetivo exercício nas Secretarias de Estado e nas autarquias. No caso em análise, as Fundações SEADE e CEPAM são entidades instituídas pelo Poder Público, de direito privado, não têm natureza jurídica de ente autárquico, não havendo que se cogitar no pagamento das vantagens aludidas.

Subg., 14 de julho de 2008.

Maria Christina Bahbouth
MARIA CHRISTINA TIBIRIÇÁ BAHBOUTH

SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO

ÁREA DA CONSULTORIA