



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação nº 308

do Processo nº 2017-0.165.829-8

em 08/01/19

(a) Andréa

ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

EMENTA nº 11.918

Servidor público. Acúmulo de cargos. Vínculo com a PMSP e com entidade do Terceiro Setor. Situação que não se enquadra na regra do artigo 37, incisos XVI e XVII da CF. Entidades não integrantes da Administração Pública. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Saúde

ASSUNTO: Servidor. Acúmulo ilícito de cargos- Fundação privada qualificada como organização social- Necessidade de análise da natureza do vínculo e sua subsunção aos artigos 37, XVI e XVII da CF.

Informação n.º 1408/2018-PGM.AJC

**PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
COORDENADORIA GERAL DO CONSULTIVO
Senhor Procurador Chefe**

Trata-se de consulta formulada pelo Departamento de Procedimentos Disciplinares desta Procuradoria acerca da subsunção de empregos do terceiro setor às vedações de acúmulo constitucional de cargos e empregos, nos termos do artigo 37, XVI e XVII da CF.

O questionamento decorre de apuração preliminar instaurada para averiguar eventual acúmulo ilícito de cargos pela servidora [REDACTED] por exercer um cargo de AGPP no Município de São Paulo e outro de Assistente Social na Fundação ABC, a qual é qualificada como Organização Social.

J



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação nº 309

do Processo nº 2017-0.165.829-8

em 08/01/19

(a) ANDREA WESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

O referido Departamento destacou parecer da PGE/SP no sentido de que a acumulação de cargos não atinge os empregados do terceiro setor, bem como decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos.

Pois bem. Estabelece o artigo 37, inciso XVI e XVII, CF:

“XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

c) a de dois cargos privativos de médico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001)

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 dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

Como se vê, o artigo transcrito veda o acúmulo de cargos, empregos e funções fora das hipóteses mencionadas nas alíneas “a” a “c” e abrange as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou seja, a vedação alcança a Administração Direta e as entidades da Indireta. Neste sentido, o cerne da questão está em saber se as entidades do terceiro setor estariam assim enquadradas para fins de referido dispositivo.

A respeito do terceiro setor conferimos as lições de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹, que assim o define:

¹ Manual de Direito Administrativo- 14ed. Ed. Atlas. p.414.



PREFEITURA DE SÃO PAULO

Folha de informação nº 310

do Processo nº 2017-0.165.829-8

em 08/01/19

(a) Andréa

ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

"(...) assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; este setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe em muitos casos ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento (...)

E mais:

"Em todas essas entidades estão presentes os mesmos traços: são entidades privadas, no sentido de que são instituídas por particulares, desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; recebem algum tipo de incentivo do poder público, por essa razão, sujeitam-se a controle pela Administração Pública e Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é predominante direito privado, porém parcialmente derogados por normas de direito público. Integram o terceiro setor, porque nem se enquadram inteiramente como entidades privadas, nem integram a Administração Pública, direta e indireta (...)". (g.n)

Colacionamos, também, os ensinamentos de José dos Santos Carvalho

Filho²:

"Referidas entidades que, sem dúvida, se apresentam com certo híbrido, na medida em que sendo privadas, desempenham função pública, em sido denominadas de entidades do terceiro setor, a indicar que não se trata nem dos entes federativos nem das pessoas que executam a administração indireta e descentralizada daqueles, mas simplesmente compõem um *tertium genus (...)*" (g.n)

Como se vê, tais entidades cooperam com o Poder Público na consecução dos seus fins, por meio de regimes de parcerias, mas estão fora do âmbito da Administração Pública; "são pessoas jurídicas de Direito Privado dispostas paralelamente ao Estado"³, não integrando a estrutura da Administração Direta ou Indireta.

² Manual de Direito Administrativo – 32ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2018 p. 370/371

³ Hely Lopes Meirelles- Direito Administrativo Brasileiro- 34ª Ed. – São Paulo: Malheiros – 2008 p.387-386



PREFEITURA DE SÃO PAULO

Folha de informação nº 311

do Processo nº 2017-0.165.829-8

em 08/01/19

(a) Andréa Wieser Testa
Assist. Gestão P. Públicas

Entre tais entidades estão os Serviços Sociais Autônomos, as entidades qualificadas como Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e as Entidades de Apoio.

E, conforme destacado pelo Departamento de Procedimentos Disciplinares, a questão já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1923, que analisou a situação das Organizações Sociais. Da extensa ementa do acórdão destaca-se o aspecto relevante para o presente caso:

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE

f



PREFEITURA DE SÃO PAULO

Folha de informação nº 312

do Processo nº 2017-0.165.829-8

em 08/01/19

(a) ANDREA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

(...)

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal. 17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo (...)"

Destaca-se trecho do voto do Ministro Luiz Fux- voto vencedor:



PREFEITURA DE SÃO PAULO

Folha de informação nº 313

do Processo nº 2017-0.165.829-8

em 08/01/19

(a)

Andréa

ANDRÉA WIESEN TULLA
Assist. Gestão P. Públicas

"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. 21. 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.

(...)

Se a OS não é entidade da administração indireta, pois não se enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo poder público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF."

Ressalta-se que este também foi o entendimento dos Tribunais Superiores em relação a outras entidades do Terceiro Setor:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS VINCULADOS A ENTIDADES SINDICAIS. SISTEMA "S". AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. RECRUTAMENTO DE PESSOAL. REGIME JURÍDICO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA. SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE. NÃO SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CF).

1. Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema "S", vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho - SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas,



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação nº 314

do Processo nº 2017-0.165.829-8

em 08/01/19

(a) Andressa
ANDRESSA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. **Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal"** (g.n)

(RE 789874, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-227 DIVULG 18-11-2014 PUBLIC 19-11-2014)

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

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

II - Conflito de competência conhecido, para declarar competente o MM. Juízo de Direito da Vara Cível de Santa Maria - RS, suscitado.

(CC 89.935/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/11/2008)

Nesta linha de consideração, tendo em vista que tais entidades não fazem parte da Administração Pública (Direta ou Indireta), seus empregados não são servidores/empregados públicos, mas sim empregados privados e, portanto, não estão submetidos às regras dos incisos do artigo 37 da Constituição Federal, no qual se encontra a regra de acumulação de cargos, empregos e funções (inciso XVI e XVII).

Por óbvio, tal conclusão não afasta a necessidade de compatibilidade de horários entre os dois vínculos.



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação nº 315

do Processo nº 2017-0.165.829-8

em 08/01/19

(a) Andréa
ANDREA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

Relativamente ao caso em questão, a servidora, além de servidora municipal, é empregada contratada da Fundação ABC (fl.277), que é uma pessoa jurídica de direito privado qualificada como Organização Social para atuação na área da saúde(fl.302). Nestes termos, a situação está enquadrada no entendimento acima exposto, de modo que não há que se falar em acúmulo ilícito de empregos públicos, nos termos dos artigos 37, XVI e XVII da CF. Contudo, como já mencionado pelo Departamento de Procedimentos Disciplinares, há que se analisar eventual sobreposição de horários.

Por fim, há que se fazer uma consideração em relação aos servidores municipais afastados para as Organizações Sociais, nos termos do artigo 16 da Lei nº 14132, que assim dispõe:

“Art. 16. Fica facultado ao Poder Executivo o afastamento de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor afastado qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor afastado com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor afastado perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem.

§ 4º. O afastamento de que trata este artigo dar-se-á sem prejuízo dos direitos e demais vantagens do respectivo cargo ou função, computando-se o tempo em que o servidor estiver afastado, integralmente, para todos os efeitos legais. (Incluído pela Lei nº 14.669/2008)”



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação nº 316

do Processo nº 2017-0.165.829-8

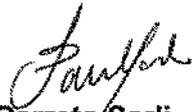
em 08/01/19

(a) Andréia
ANDREIA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

Nos termos das disposições acima transcritas, o servidor afastado para as organizações sociais permanece vinculado ao regime jurídico público, de modo que devem ser observadas as regras de direito público. Assim, se o vínculo com a OS for mantido na qualidade de servidor afastado da PMSP, estará ele submetido à regra do artigo 37, XVI da CF, caso venha a ocupar outro cargo, emprego ou função em outro ente federativo.

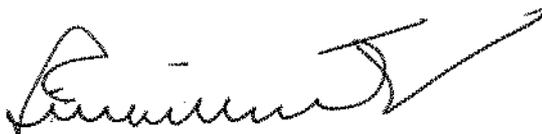
À apreciação e deliberação de Vossa Senhoria.

São Paulo, 12 de novembro de 2018


Paula Barreto Sarli
Procuradora Assessora – AJC
OAB/SP 200.265
PGM

De acordo.

São Paulo, 28 / 11 / 2018.


TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO
Procuradora Assessora Chefe-AJC
OAB/SP 175.186
PGM/AJC



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação nº 317

do Processo nº 2017-0.165.829-8

em 08/01/19

(a) Andréa

ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Saúde

ASSUNTO: Servidor. Acúmulo ilícito de cargos- Fundação privada qualificada como organização social- Necessidade de análise da natureza do vínculo e sua subsunção aos artigos 37, XVI e XVII da CF.

Cont. da Informação nº 1408/2018- PGM/AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Senhor Procurador Geral

Encaminho o presente, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Coordenadoria, que acolho.

São Paulo,

04/12/2018

**TIAGO ROSSI
PROCURADOR DO MUNICÍPIO
COORDENADOR GERAL DO CONSULTIVO
OAB/SP nº 195.910
PGM**


EBS/TNSS



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação nº 318

do Processo nº 2017-0.165.829-8

em 08/01/19

(a) Andréa

ANDREA WIEGERS FERREIRA
Assist. Gestão P. Públicas

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Saúde

ASSUNTO: **Servidor.** Acúmulo ilícito de cargos- Fundação privada qualificada como organização social- Necessidade de análise da natureza do vínculo e sua subsunção aos artigos 37, XVI e XVII da CF.

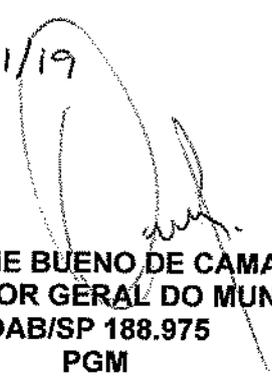
Cont. da Informação nº 1408/2018- PGM/AJC

PROCED

Senhor Diretor

Encaminho o presente, com a manifestação da Coordenadoria Geral do Consultivo desta Pasta, que acolho, no sentido de que as entidades do Terceiro Setor não integram a Administração Pública (Direta ou Indireta), de modo que seus empregados são empregados privados e, portanto, não estão submetidos às regras dos incisos XVI e XVII do artigo 37 da Constituição Federal, que disciplina a de acumulação de cargos, empregos e funções públicos.

São Paulo, 08/01/19


GUILHERME BUENO DE CAMARGO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP 188.975
PGM


PBS/TNSS/TR