



**CONSULTORIA JURÍDICA
PARECER Nº 1.006**

PROJETO DE LEI Nº 11.853

PROCESSO Nº 73.407

De autoria do **PREFEITO MUNICIPAL**, o presente projeto de lei altera a Lei 8.382/15, que autorizou a criação da Fundação Serra do Japi e deu outras providências, para prever a sua criação e, em sua estrutura, a dos cargos em comissão que especifica, correspondentes aos da Diretoria Executiva.

A propositura encontra sua justificativa às fls. 10/11 e vem instruída com os documentos de fls. 12/28.

A Diretoria Financeira, órgão técnico que detém a competência exclusiva de se pronunciar sobre matérias de cunho contábil e financeiro do Legislativo, informa através de seu Parecer nº 0049/2015, de fls. 29, em síntese, que o projeto não apresenta impacto econômico-financeiro e que atende aos termos da LRF.

É o relatório.

PARECER:

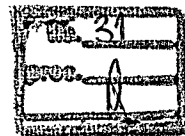
O tema é tormentoso e remete à interpretação do artigo 37, inciso XIX, da CRB, à luz da EC 19/98, que aboliu a expressão "fundação pública".

Diz o referido dispositivo:

Art. 37 - (...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, DOU 05.06.1998)

Na redação original da Constituição Federal de 1988, o artigo 37, inciso XIX fazia distinção entre fundações públicas e privadas. A



redação de alguns dispositivos preceituava em administração fundacional ou em fundação instituída ou mantida pelo Poder Público. Exemplificativamente, dois artigos usavam a expressão fundação pública: o artigo 39 da Constituição da República e o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com a emenda constitucional n.º 19/98, não se adotou mais a expressão fundação pública.

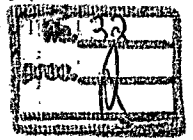
De veraz, o E. STF não analisou o tema, consoante se nota das declarações de voto dos Ministros Carlos Ayres Brito e Marco Aurélio, na ADI 191-4/RS. No referido julgado, o Min Carlos Ayres Brito apontou que a CRB distinguia as figuras jurídicas da autarquia e da fundação (afastando a idéia das “fundações autárquicas” ou “autarquias fundacionais”), tendo o Min. Marco Aurélio anotado que a dualidade entre as fundações públicas e privadas, à luz da EC 19, não afetava o julgamento da ADI, supracitada.

Mesmo considerando a indiferenciação das fundações públicas e privadas, remanesceria a exigência de lei complementar para estabelecer as hipóteses de seu cabimento, tendo alguns autores acenado para a recepção, como lei complementar dos comandos do DL 200/67 (que em seu artigo 4º, inciso IV, faz menção **exclusivamente** à sua natureza de direito privado)¹.

O entendimento tido como predominante (mas sedimentado à luz da antiga redação do artigo 37, XIX, da CRB) é o de que o ente público instituidor pode atribuir à fundação personalidade de direito público ou de direito privado (Di Pietro, Diógenes Gasparini, Miguel Reale, Cretella Jr.), há ainda a posição de Celso A. Bandeira de Melo que adota a tese de que todas as fundações pú-

¹Nesse sentido, Marçal Justen Filho: *“Passados mais de oito anos da EC n.º 19/1998, a lei complementar relativa às áreas de atuação das fundações governamentais ainda não foi editada. Em virtude disso, alguém poderia supor que, desde a entrada em vigor da sobredita emenda, estaria vedada a instituição de qualquer fundação pelo Poder Público, dado o vácuo legislativo existente. Consequentemente, se fundações governamentais tivessem sido criadas nesse período, seriam ilegítimas.*

Mas assim não é, pois já existia, antes da emenda, a disciplina legal do tema (campos de atuação das fundações governamentais privadas), e ela foi recepcionada pela nova norma constitucional. Trata-se do art. 5.º, IV, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, na redação da Lei n.º 7.596, de 1987. É verdade que a regra surgiu originalmente em lei ordinária, mas o certo é que, editada a emenda, foi recepcionada com eficácia de lei complementar.” (Parecer sobre Fundação Governamental de Direito Privado – Consultante: Fundação para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico em Saúde – FIOTEC – Rio de Janeiro-RJ. 13.07.2006)



blicas são pessoas jurídicas de direito público, e, por fim, o entendimento de Hely Lopes Meireles, Carvalho Filho e Marçal Justen Filho², de que todas as fundações são de Direito Privado (com cláusulas derogatórias de direito público), independentemente de serem instituídas pela Administração Direta.

Cabe aqui apontar que a sua natureza jurídica de direito público ou privado não interfere no exercício de suas prerrogativas, previstas na CRB (v.g., artigo 150, § 2º, artigo 37, XXI, artigo 100), bem como para a estabilização jurídica das fundações instituídas antes da EC/19/98 (sua "constitucionalização").

Esta breve digressão serve para alertar que o tema está longe de ser considerado pacificado, bem como não se mostra coadunado com o Estado de Direito a adoção da tese de que a natureza jurídica das fundações é opção do Poder Público, com a manutenção da ideia de fundações com natureza jurídica de autarquia (fundações autárquicas) e fundações com natureza jurídica de sociedades de economia mista (fundações mantidas pelo Poder Público).

Sob o enfoque utilitarista, à luz da impossibilidade do registro de seu ato constitutivo e ausência de suscitação de dúvida (inversa) junto ao Corregedor Permanente da Comarca, a adoção da tese de que as fundações públicas são criadas pela lei representa a medida apta a sua existência jurídica, tangenciando a nova situação jurídica posta pela EC 19/98.

² Adotando tal posição: MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (RDA 25/387), CAIO TÁCITO (RF 205, P. 417), SEABRA FAGUNDES (RDA 78/1); EROS ROBERTO GRAU (RDP, Nº 98, p. 77). Para Marçal J. Filho: *"Em primeiro lugar, o campo próprio para as fundações públicas é aquele de atividades administrativas que possam ser desempenhadas por sujeitos dotados de personalidade de direito privado. Se a natureza das atividades impuser o regime de direito público, será descabida a criação de uma fundação pública. Seria caso, então, de instituir autarquia (...). Não é cabível imaginar que o Estado possa criar uma pessoa privada para realizar suas próprias funções, atribuir-lhe patrimônio público e impedir a incidência sobre ela do regime de direito público. Isso corresponderia à desnaturalização do direito constitucional e do direito administrativo, gerando situação incompatível com o próprio Estado de Direito"*. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, páginas 195 a 197). Para Hely Lopes Meireles ou a entidade era uma fundação e nela estaria insita sua personalidade privada, ou seria uma autarquia com personalidade de direito público, pois *"uma entidade não pode, ao mesmo tempo, ser fundação e autarquia; ser pessoas de direito privado e ter personalidade jurídica de direito público"*. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1993, pág. 350)



Conferida a sua personalidade jurídica com a aprovação da lei (como se autarquia fosse), a criação concomitante de cargos públicos se apresenta plausível, bem como o exercício de eventual poder de polícia.

Quanto aos cargos comissionados³ da FUNDAÇÃO "SERRA DO JAPI" (Superintendente/Diretor Administrativo-Financeiro e Diretor Técnico) estes devem respeito ao disposto no artigo 37, inciso V, da CF. Di-Io:

Art. 37 - (...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Nesse sentido:

CONCURSO PÚBLICO – AUSÊNCIA - NOMEAÇÃO – CARGO PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE – "Administrativo. Nomeação para cargo público. Ausência de concurso público. 1. Cargos em comissão destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, V), assim não se qualificando cargos com atribuições rotineiras, administrativas, para os quais a nomeação pressupõe prévia aprovação em concurso público. 2. Nomeação para cargo público, sem prévia aprovação em concurso público, em casos em que esse é exigido, causando dano ao Erário, autoriza antecipação de tutela para o fim de coibir a prática do ato. 3. Agravo não provido." (TJDFT – AI 2009.00.2.001483-7 – (367925) – 6ª T.Cív. – Rel. p/o Ac. Des. Jair Soares – DJe 05.08.2009) .

Logo, deve ser aferido se os cargos em comissão respeitam o mandamento constitucional, supracitado, ou seja, se os cargos criados são destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

³Cargos comissionados que são exceção ao princípio do concurso público (art. 37, inciso II, da CF) e que são de livre nomeação e exoneração. Nesse sentido:

AGENTE PÚBLICO – CARGO EM COMISSÃO – EXONERAÇÃO – POSSIBILIDADE – "Servidor público. Cargo em comissão. Exoneração quando da troca do chefe do Poder Executivo Municipal. Possibilidade. Cargo de livre nomeação e exoneração. Inteligência do art. 37, V, da CF/1988. Inexistência, na espécie, de reprovação da dispensa pelo comandante da região militar local. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido. A escolha deste ou daquele para ocupar cargo em comissão se insere no poder discricionário de quem nomeia e, destarte, a relação de confiança se revela primordial, guardando ela natureza eminentemente pessoal. Assim, o ocupante de cargo em comissão somente nele permanece se e enquanto gozar da confiança daquele que o nomeou, não se submetendo, por outro lado, à regra do concurso público." (TJSP – Ap 994.06.174266-6 – 9ª CDPúb. – Rel. Luis Ganzerla – DJe 29.04.2010)



Tais elementos deverão ser analisados pelo Soberano Plenário, na condição de "juízes do interesse público". Esta valoração meritória não compete, em regra, à Consultoria Jurídica da Casa.

Sobre o prisma jurídico, portanto, a proposta, no que concerne à criação de cargos em comissão, é constitucional e legal, posto ser da competência privativa do Poder Executivo a iniciativa de projetos de lei que versam sobre a organização administrativa (reestruturação e criação/extinção de cargos públicos).

Nesse sentido, posicionamento uníssono do

E. STF:

Processo: RE 370563 SP
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Julgamento: 31/05/2011
Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação: DJe-121 DIVULG 24-06-2011 PUBLIC 27-06-2011 EMENT VOL-02551-01 PP-00053
Parte(s):
MIN. ELLEN GRACIE
ANDRÉIA DA COSTA
LUIS FERNANDO CESAR LENCIONI
PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LIMEIRA
PREFEITO MUNICIPAL DE LIMEIRA

Ementa

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME JURÍDICO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO EXECUTIVO MUNICIPAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

1. A norma municipal foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do TJ/SP, por violação aos arts. 24 (§ 2º, 4) e 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

2. A disposição sobre regime jurídico dos servidores municipais é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, II, a e c, da Constituição Federal, de observância obrigatória pelos Municípios.

3. É inadmissível emendas parlamentares em projeto de lei de iniciativa privativa do Prefeito Municipal visando ampliar vantagens dos servidores que impliquem aumento de despesas. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Processo: RE 374922 RJ
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Julgamento: 07/06/2011



Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJe-121 DIVULG 24-06-2011 PUBLIC 27-06-2011 EMENT
VOL-02551-01 PP-00060

Parte(s):

CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO
SÉRGIO ANTÔNIO FERRARI FILHO E OUTRO(A/S)
MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PAULO ROBERTO SOARES MENDONÇA

Ementa

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS A SERVIDORES ATIVOS. EXTENSÃO AOS INATIVOS. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO EXECUTIVO MUNICIPAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

1. A norma do art. 5º da Lei Municipal 2.285/1995 foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do TJ/RJ, por violação aos arts. 112, § 1º, II, a e b, e 113, I, c/c 342 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

2. **A disposição sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica dos servidores públicos municipais é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo.**

3. É inadmissível emendas parlamentares em projeto de lei de iniciativa privativa do Prefeito Municipal visando estender aos inativos vantagem concedida aos servidores em atividade que impliquem aumento de despesas. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

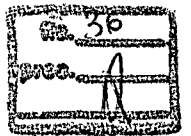
Por esta razão o projeto, **sob o aspecto jurídico-formal**, não apresenta máculas.

A análise do mérito do projeto (*rectius*, valoração sobre os benefícios práticos que o projeto acarretará, se convertido em lei) compete ao Plenário que deverá valorar o tema, à luz da justificativa e documentos que instruem o projeto (fls. 12/13).

A análise valorativa também deve levar em conta os princípios estabelecidos no art. 37, *caput* da Constituição Federal e art. 111, da Constituição Estadual, no sentido de buscar a concretização do "resultado ótimo" para a comuna jundiaense. Di-los, respectivamente:

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:

(...)



Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.

Por versar sobre matéria da esfera privativa do Alcaide é cabível tão somente, por parte do Poder Legislativo, a edição de emendas supressivas ao projeto.

OITIVA DAS COMISSÕES:

Além da Comissão de Justiça e Redação, nos termos do inc. 1º do art. 139, do R.I., sugerimos a oitiva das Comissões de Finanças e Orçamento.

PROJETO QUE NÃO ADMITE VOTAÇÃO EM REGIME DE URGÊNCIA

Ressalta este órgão técnico que o presente projeto de lei, por força do que dispõe o § 2º do art. 200 do Regimento Interno da Edilidade, não poderá tramitar em regime de urgência, por versar sobre concessão de vantagem.

2º do art. 44, L.O.M.).

QUORUM: maioria absoluta (letra "a" do §

Jundiaí, 28 de agosto de 2015.

Fábio Nadal Pedro
Consultor Jurídico

Rafael Cesar Spinardi
Estagiário de Direito

Ronaldo Salles Vieira
Ronaldo Salles Vieira
Consultor Jurídico