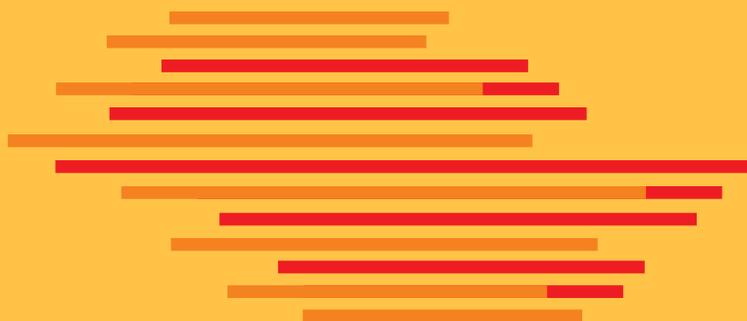


**VOLUME 43 | NÚMERO 1
JANEIRO/FEVEREIRO 2019**

BOLETIM

PGE-SP

ISSN 2237-4515



**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

BOLETIM

PGE-SP



**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

Procuradoria Geral do Estado

Procuradora Geral do Estado

Maria Lia Pinto Porto Corona

Procuradora Geral do Estado Adjunta

Cristina Margarete Wagner Mastrobuono

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Patricia de Oliveira Garcia Alves

Subprocuradora Geral da Consultoria

Eugenia Cristina Cleto Marolla

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Frederico José Fernandes de Athayde

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

João Carlos Pietropaolo

Corregedor Geral

Adalberto Robert Alves

Ouvidoria

Lucia de Faria Freitas

Conselho da PGE

Maria Lia Pinto Porto Corona (Presidente), Eugenia Cristina Cleto Marolla, Frederico José Fernandes de Athayde, João Carlos Pietropaolo, Adalberto Robert Alves, Bruno Maciel dos Santos, Lenita Leite Pinho, Julia Cara Giovannette, Maria Cecília Claro Silva, Paulo Sérgio Garcez Guimarães Novais, Rogério Pereira da Silva, Rafael Camargo Trida, Glauco Farinholi Zafanella, Lucas Pessoa Moreira.

Centro de Estudos e Escola Superior

Procurador do Estado Chefe

Bruno Maciel dos Santos

Assessoria

*Joyce Sayuri Saito,
Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira*

Comissão Editorial

Presidência

Bruno Maciel dos Santos

Secretária Executiva

Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

Alessandra Obara Soares da Silva, Américo Andrade Pinho, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Sérgio de Castro Abreu, Rafael Carvalho de Fassio, Juliana Campolina Rebelo Horta e Mariana Rosado Pântano.

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) 3286-7005.

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.

Editorial	7
<i>Cursos e Eventos</i>	
Cursos e eventos em parceria com outras instituições.....	9
<i>Atualidades da Área Jurídica</i>	11
<i>Peças e julgados</i>	17
Suspensão de Liminar nº 1.191, proposta pelo Estado de São Paulo junto ao Supremo Tribunal Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 20033663-93.2018.8.26.0000, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º da lei Complementar Estadual nº 1.093/2009, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado, conforme art. 115, inciso X, da Constituição do Estado de São Paulo, teor reproduzido pelo art. 37, IX da Constituição Federal de 1988. Inexiste, no caso, potencial violação constitucional na previsão legal que autoriza a contratação, por tempo determinado em casos de afastamento temporário de servidor, ou em outras situações excepcionais, para atender aos serviços essenciais do ente federado. Assim, presente o grave prejuízo à prestação dos serviços públicos essenciais de educação, saúde e segurança pública no Estado de São Paulo, a liminar foi deferida para suspender os efeitos da decisão guerreada	
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	45
ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA (LAQUEADURA OU VASECTOMIA). PLANEJAMENTO FAMILIAR (ART. 226, §7º, CF). ÉTICA MÉDICA. Dúvida relacionada à aplicação da Lei nº 9.263/96, que trata do planejamento familiar. Conflito entre a liberdade de decisão do paciente e a possibilidade de que o médico responsável formule objeção de consciência (inc. IX, Cap. II, da Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009). Inviabilidade do Hospital recusar a realização de laqueadura ou vasectomia, caso atendidas as condições previstas na Lei nº 9.263/96 e se inexistente impedimento relacionado à saúde do próprio indivíduo	
<i>Ementário da Consultoria Jurídica</i>	65
<i>Principais Julgados</i>	
STF	67
STJ	79

CAROS COLEGAS,

Apresento-lhes a primeira edição de 2019 do Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado.

O conteúdo, ora divulgado, reflete a diversidade e a complexidade dos temas hodiernamente enfrentados pelos Procuradores do Estado de São Paulo, especialmente na seção de *peças e julgados*, que traz o pedido de suspensão de liminar nº 1.191, decorrente de ação direta de inconstitucionalidade que discute a constitucionalidade de lei editada como fundamento no artigo 115, inciso X, da Constituição do Estado de São Paulo, disciplinando casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, e na seção de *Pareceres da Procuradoria Administrativa* que versa, em linhas gerais, o conflito envolvendo o planejamento familiar (artigo 226, § 7º da CFRB e Lei nº 9.263/96), consistente na liberdade de decisão do paciente para requerer a esterilização voluntária e a possibilidade de o médico apresentar objeção de consciência.

Assim, muito além de uma publicação bimestral para divulgar notícias, normas e decisões judiciais importantes para a carreira, o nosso boletim cumpre essencial função de lançar luzes sobre o árduo e excelente trabalho desenvolvido pela Procuradoria Geral do Estado nas mais diversas áreas de sua atuação.

Fica aqui o convite aos colegas para que enviem suas peças e pareceres para que possamos expor nosso trabalho e a carreira possa conhecer a si mesma.

Desejo a todos uma excelente leitura!

BRUNO MACIEL DOS SANTOS

Procurador do Estado Chefe

Centro de Estudos e Escola Superior

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

14.02 a 15.02 – “Workshop - Perícias e Dispute Boards” – CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial.

26.02 – “Proteção de dados e os atuais desafios da LGPD” – Migalhas – Alemweb. com Serviços de informação na Internet EIRELI.

1) TRT-2 DETERMINA QUE INTIMAÇÕES DE ENTES PÚBLICOS SEJAM FEITAS POR MALOTE DIGITAL¹

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região determinou que, a partir desta terça-feira (8/1), as intimações da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios deverão ser feitas preferencialmente por meio do sistema malote digital. A exceção são os processos em tramitação no PJe.

A decisão afeta também as partes representadas pela Defensoria Pública em sede de precatórios judiciais e requisições de pequeno valor. A nova norma do TRT-2 foi publicada na edição de terça do Diário da Justiça.

O malote digital é um sistema desenvolvido para possibilitar comunicações recíprocas, oficiais e de mero expediente. O sistema (originalmente chamado Hermes) foi desenvolvido pelo TJ-RN para uso interno. Posteriormente, foi cedido por meio de convênio ao CNJ, onde sofreu adaptações para permitir a troca eletrônica de correspondências entre diversos órgãos do Poder Judiciário, passando a ser conhecido como malote digital. Atualmente, o sistema é utilizado por todo o Poder Judiciário em substituição à remessa física de comunicações nos termos da resolução 100/2009/CNJ.

As comunicações entre as varas do trabalho e a Secretaria de Precatórios também ocorrerão, preferencialmente, por meio do sistema de malote digital.

2) CORTE ESPECIAL DECIDE QUE STJ PODE ANALISAR TEMAS PENDENTES DE JULGAMENTO NO STF²

O Superior Tribunal de Justiça pode julgar temas com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal que ainda estão pendentes de decisão final. O entendimento foi fixado, por unanimidade, em uma questão de ordem pela Corte Especial nesta sexta-feira (1º/2).

O caso analisado baseou-se em dois recursos especiais que discutem a possibilidade de contratação de escritórios de advocacia sem licitação pelo poder público.

1 Revista **Consultor Jurídico**, 9 de janeiro de 2019, 16h17, repórter: Fernando Martines.

2 Revista **Consultor Jurídico**, 1ª de fevereiro de 2019, 20h59, repórter: Gabriela Coelho.

No voto, o relator, ministro Herman Benjamin, afirmou que o “sobrestamento do trâmite de centenas de milhares de feitos por todo o País, por tempo indefinido, não se coaduna com os princípios da eficiência e do acesso ao Judiciário, especialmente quando há possibilidade de o relator no Supremo estipular a suspensão dos feitos em que o andamento possa causar incerteza jurídica”.

Na prática

A repercussão geral foi criada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Foi uma forma de evitar que o Supremo decidisse, diversas vezes, sobre o mesmo assunto, aplicando soluções diferentes a casos iguais. O assunto foi regulamentado em 2007 no Regimento Interno do Supremo.

Em 2015, o Código de Processo Civil trouxe o parágrafo 5º do artigo 1.035, segundo o qual, “reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”.

Numa questão de ordem definida em junho de 2017, no entanto, o Supremo decidiu que o sobrestamento depende de decisão monocrática do relator. Deixou de ser, portanto, consequência automática do reconhecimento da repercussão geral.

Repercussão Suprema

No Supremo, em 2017, no RE 656.558, o presidente da corte, ministro Dias Toffoli, afirmou que a administração pública pode contratar advogados sem licitação, quando houver real necessidade e nenhum impedimento legal, mesmo se houver procuradores concursados. A escolha, por sua vez, pode ser baseada na confiança, já que a competição entre escritórios envolve elementos subjetivos. O ministro rejeitou ato de improbidade administrativa envolvendo a contratação de uma banca no interior de São Paulo.

Na ocasião, o Plenário encerrou a sessão sem manifestação de outros ministros. Ainda não há data para o julgamento – o recurso, que já entrou na pauta pelo menos outras três vezes – deve ser analisado em conjunto com uma ação declaratória de constitucionalidade sobre tema semelhante (ADC 45), relatada pelo ministro Luís Roberto Barroso.

O processo envolve a contratação do Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados, em 1997, para patrocinar alguns processos da Prefeitura de Itatiba. O contrato, firmado sem licitação, estipulou honorários de R\$ 64,8 mil em 12 parcelas.

REsp 1.202.071/SP

REsp 1.292.976/SP

3) OAB PEDE QUE SUPREMO NÃO CONSIDERE CRIME DEIXAR DE PAGAR ICMS DECLARADO³

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pediu ao Supremo Tribunal Federal, nesta segunda-feira (18/2), para ser aceito como *amicus curiae* no Recurso Ordinário em habeas corpus 163.334. O Plenário da corte irá decidir se o não pagamento de ICMS declarado é crime. A OAB quer que o STF não considere que a medida é um delito.

Na petição, assinada por Felipe Santa Cruz (presidente), Luiz Gustavo Bichara (procurador especial tributário), Juliano Breda, Oswaldo Ribeiro Júnior e Bruno Lopes, a OAB afirma que, como tem a função de proteger os direitos fundamentais, pode agregar valor à discussão do caso.

De acordo com a Ordem, o fato de o contribuinte registrar em livros fiscais o imposto devido e não o pagar não é crime de apropriação indébita tributária. Isso porque o autor não se apropria de dinheiro público nem descumpre, de forma dolosa, nenhuma obrigação fiscal com o intuito de lesar os cofres públicos.

Para a OAB, só podem ser considerados crimes tributários aqueles casos em que há, além do não pagamento do imposto, o uso de artifícios como fraude, falsidade ou omissão. Caso o contribuinte declare o ICMS e não o pague, haverá apenas inadimplência fiscal, argumenta a entidade.

Além disso, a Ordem sustenta que, nas situações em que o contribuinte deve recolher ICMS por ele devido, não pode praticar apropriação indébita tributária. Afinal, não há apropriação de imposto devido por terceiros, já que o ICMS é devido pelo próprio contribuinte. E cabe a ele decidir se repassa esse custo ao consumidor final.

“Importante destacar que o ônus econômico do ICMS pode ou não ser repassado ao consumidor final, isto é, pode ser embutido no preço então praticado na operação final. O fato de que geralmente é feito esse repasse não permite presumir que sempre assim o será. Essa incerteza, por si só, impede a condenação por uma suposta apropriação indébita, já que a responsabilidade penal depende, no mínimo, da demonstração de que o imposto foi descontado ou cobrado.”

Em seu dia a dia, as empresas atravessam períodos de dificuldades financeiras, destaca a OAB. Assim, é um exagero tornar crime o atraso no pagamento de tributos.

“Num país como o Brasil, que já passou por diversas crises econômicas, e, segundo especialistas, vive a pior retomada de sua história, não é incomum que

3 Revista **Consultor Jurídico**, 19 de fevereiro de 2019, 15h23, correspondente do RJ: Sérgio Rodas.

contribuintes de boa-fé se vejam com dificuldades para arcar com suas obrigações tributárias, atrasando o pagamento de ICMS e outros tributos”.

Dessa maneira, a OAB pede, além do ingresso como *amicus curiae*, que o STF aceite o recurso dos contribuintes e decida que o não pagamento de ICMS não é crime.

Decisão do STJ

A decisão é aguardada tanto por empresários quanto por juristas. Os primeiros temem passar a responder criminalmente por inadimplência, ainda que declarada ao Fisco. Os segundos criticam o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça por entendê-lo desproporcional. Especialistas ouvidos pela ConJur apontam que não há como levar a dívida fiscal ao tratamento do Direito Penal. Uma decisão pela criminalização seria uma mudança radical na jurisprudência até aqui.

Em agosto de 2018, por seis votos a três, os ministros da 3ª Seção do STJ negaram habeas corpus de empresários que não pagaram valores declarados do tributo, depois de repassá-los aos clientes. Ao seguir o voto do relator, ministro Rogerio Schietti Cruz, a prática foi considerada apropriação indébita tributária, com pena de 6 meses a 2 anos, além de multa.

Até aquele momento, havia divergência entre as turmas da corte. Se, por um lado, os ministros da 5ª Turma consideravam o ato crime, por outro, os da 6ª decidiam em sentido oposto.

O HC foi proposto ao STJ pela Defensoria Pública de Santa Catarina depois de o Tribunal de Justiça do estado afastar sentença com absolvição sumária. No caso, o Fisco constatou que os denunciados apresentaram as declarações fiscais devidas, mas, em alguns meses de 2008, 2009 e 2010, não recolheram os valores apurados aos cofres públicos. O montante foi inscrito em dívida ativa e não foi pago nem parcelado.

4) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÃO COLETIVA NÃO PODEM SER FRACIONADOS, DECIDE STF⁴

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento aos embargos de divergência nos Recursos Extraordinários (REs) 919269, 919793 e 930251 e no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 797499) para re-

⁴ Fonte: STF – Supremo Tribunal Federal, notícia de 07 de fevereiro de 2019. Site: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=402754>. Acesso em 05/03/2019.

conhecer a impossibilidade do fracionamento de honorários advocatícios em ação coletiva contra a Fazenda Pública. Prevaleceu o entendimento do relator, ministro Dias Toffoli (presidente), de que a quantia devida a título de honorários advocatícios é uma só, fixada de forma global, pois se trata de um único processo, e, portanto, consiste em título a ser executado de forma una e indivisível.

O julgamento começou em novembro de 2017, com os votos do relator e do ministro Marco Aurélio no sentido da impossibilidade do fracionamento dos honorários. “Pode ser que os créditos individualizados de cada litisconsorte facultativo possam ser executados pelo regime da Requisição de Pequeno Valor (RPV), mas o honorário advocatício, tendo em vista o todo, se ultrapassar o valor permitido para RPV, se torna precatório”, apontou o ministro Toffoli em seu voto.

Em voto-vista apresentado em outubro de 2018, o ministro Alexandre de Moraes, por entender possível o fracionamento, abriu divergência para negar provimento aos embargos. Segundo ele, o STF pacificou entendimento no sentido da possibilidade do fracionamento dos valores devidos pela Fazenda Pública em execução por litisconsortes ativos facultativos para pagamento por meio de requisição de pequeno valor (RPV). Diante da relação acessória entre os litisconsortes e os advogados, observou o ministro, também seria possível o fracionamento dos honorários.

Esse entendimento foi acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin. Após os votos das ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia acompanhando o relator no sentido da impossibilidade do fracionamento dos honorários, a sessão foi suspensa.

Nesta quinta-feira (7), o julgamento foi finalizado com os votos dos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, ambos pronunciando-se pelo provimento dos embargos de divergência. Em seu voto, o ministro Celso de Mello, decano da Corte, salientou ter diversas decisões no sentido de que os honorários devem ser executados de forma integral, sem a possibilidade de fracionamento.

Processos relacionados

ARE	797499
RE	919269
RE	919793
RE	930251

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

URGENTE

Perigo de dano irreversível – Solução de continuidade na prestação de serviços públicos de educação, saúde e segurança pública. Grave lesão à ordem, à saúde e à segurança.

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO E A PROCURADORA GERAL DO ESTADO, pelos Procuradores do Estado signatários, vêm respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com base no artigo 4º, §1º, da Lei nº 8.437/92, requerer a **SUSPENSÃO DO ACÓRDÃO proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2003663-93.2018.8.26.0000**, o que faz pelos fundamentos doravante aduzidos:

I – Síntese do Processo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça para impugnar o artigo 1º, da Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009, norma que dispõe sobre a contratação por tempo determinado de que trata o artigo 115, inciso X¹, da Constituição do Estado de São Paulo (CE/SP), o qual possui redação idêntica à do artigo 37, inciso IX², da Constituição da República. Eis o teor da norma invalidada:

-
- 1 Art. 115, X, CE/SP - [...] X - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;
 - 2 Art.37, IX, CRFB - [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Artigo 1º - A contratação por tempo determinado de que trata o inciso X do artigo 115 da Constituição Estadual, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, será formalizada mediante contrato e nas seguintes hipóteses:

I - urgência e inadiabilidade de atendimento de situação que possa comprometer ou ocasionar prejuízo à saúde ou à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

II - necessidade de pessoal em área de prestação de serviços essenciais, em decorrência de:

- a) dispensa, demissão, exoneração, falecimento e aposentadoria;
- b) criação de novas unidades ou ampliação das já existentes;
- c) afastamentos que a lei considere como de efetivo exercício;
- d) licença para tratamento de saúde;

III - necessidade justificada de execução de função eventual, transitória e determinada:

- a) relativa à consecução de projetos de informatização;
- b) de natureza técnica nas áreas de pesquisa científica, tecnológica, educacional e cultural;
- c) de natureza técnica especializada, no âmbito de projetos implementados mediante contratos de financiamento externo e acordos de cooperação internacional, desenvolvidos sob a subordinação de órgão público estadual;

IV - para suprir atividade docente da rede de ensino público estadual, que poderá ser feita nas hipóteses previstas no inciso II deste artigo e, ainda, quando:

- a) o número reduzido de aulas não justificar a criação de cargo correspondente;
- b) houver saldo de aulas disponíveis, até o provimento do cargo correspondente;
- c) ocorrer impedimento do responsável pela regência de classe ou magistério das aulas.

Parágrafo único – Observado o disposto no artigo 5º desta lei complementar, a contratação somente será celebrada, nas hipóteses previstas nas alíneas “a” e “b” do inciso II deste artigo, se estiver em trâmite, conforme o caso, processo para a realização de concurso público ou para a criação de cargos.

Regularmente processada a ação direta, o pedido foi julgado procedente ao argumento de que as hipóteses da lei local seriam excessivamente abertas e não evidenciariam excepcionalidade da contratação (Anexo 01). Houve modulação dos efeitos desta decisão para que o v. acórdão passasse a vigorar em 120 (cento e vinte) dias da data do julgamento (DJ 19.09.2018). Eis a ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Art. 1º da Lei Complementar nº 1.093, de 16 de julho de 2009, do Estado de São Paulo Contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público Hipóteses excessivamente abertas que não evidenciam a excepcionalidade da medida Previsões legais de contratação temporária de professores Atividade essencial e permanente do Estado Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público Situações previsíveis de rotina administrativa que devem ser exercidas por ocupantes de cargos efetivos Inobservância dos artigos 111, 115, II e X da Constituição Estadual. Precedentes deste Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal (Tema 612) Configuração de inconstitucionalidade, cuja declaração se faz com modulação de efeitos, devendo a sua eficácia ter início em 120 dias, contados desta decisão. Ação precedente.

Foi interposto recurso extraordinário (Anexo 02), no qual se demonstrou a patente violação ao artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal, uma vez que a Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009 atende aos parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal em uma série de precedentes concernentes às contratações por tempo determinado, precedentes estes adiante mencionados.

A princípio, a e.Presidência do TJSP negou efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário interposto (Anexo 03), decisão esta parcialmente revista (Anexo 07) após apresentação de Pedido de Reconsideração (Anexo 08).

Na decisão de reconsideração (Anexo 07), o eminente Presidente do Tribunal de Justiça reconheceu que a extinção dos contratos temporários em 120 dias³ implicaria graves danos à prestação do serviço público de educação, dificultando o início do ano letivo. Assim, concedeu parcial efeito suspensivo ao recurso extraordinário apenas para preservar os contratos já celebrados e esclarecer que novas contratações ou prorrogações dos contratos existentes violariam o acórdão do Órgão Especial. Transcreve-se parte da decisão:

“Ante o exposto, concedo excepcionalmente o efeito suspensivo, apenas para o fim de preservar os contratos já celebrados com fundamento na Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009, observados os respectivos prazos de vigência, até que se finalize, neste Tribunal de Justiça, o juízo de admissibilidade recursal, inclusive com a análise, pela Câmara Especial de Presidentes, de eventual agravo interposto com fundamento no art. 1.030, §2º, do CPC, suspendendo-se, nesse interregno, o prazo de modulação de 120 dias.

[...]

3 Termo final para a manutenção dos contratos seria Janeiro/2019.

Não ficam autorizadas, contudo – e isso é importante ressaltar, pois há sugestão nesse sentido na peça de fls.441 e seguintes – novas contratações ou mesmo prorrogações dos contratos existentes, em desacordo com o decidido pelo C. Órgão Especial [...]

Ante o exposto e com fundamento no art. 1.030, inciso I, alínea “a”, do Código de Processo Civil, nego seguimento aos recursos extraordinários”

Contra esta decisão será interposto recurso de Agravo Interno à Câmara de Presidentes, uma vez que a inadmissão se fundou, em parte, na equivocada aplicação do Tema 612.

Sucedede que aguardar este prazo de tramitação para que se possa requerer a este e.STF a suspensão da eficácia do acórdão piorará os graves danos à Administração Pública e à população que depende dos serviços de educação, saúde e segurança.

Diante da excepcionalidade da situação, com a possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde e à segurança pública decorrentes da execução do acórdão impugnado, o qual teve seus efeitos somente parcialmente suspensos, apresenta-se o pedido de suspensão, na forma do artigo 4º da Lei 8.437/92⁴.

II – Do cabimento do pedido de Suspensão do Acórdão

O presente pedido de suspensão tem como objetivo evitar que a subtração dos efeitos da lei integralmente invalidada pelo e.TJSP produza grave lesão à ordem, à segurança e à saúde públicas no âmbito do Estado de São Paulo. **Esta grave lesão decorrerá da impossibilidade de prorrogação ou celebração de novas avenças necessárias à prestação de serviços de educação, saúde e segurança.**

No âmbito desta e. Suprema Corte, o pedido de **suspensão** cabe em todas as hipóteses em que se concede tutela provisória contra a Fazenda Pública ou **quando a sentença ou acórdão produz efeitos aptos a atingir gravemente os valores elencados no artigo 4º da Lei 8.437/92.**

4 Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. § 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.[...]

Muito já se discutiu se esta medida pode ser usada para suspender acórdãos proferidos em controle abstrato, tendo o e. STF se posicionado de forma favorável ao cabimento em diversos precedentes:

“[...] Preliminarmente, examino o cabimento do pedido de suspensão. Trata-se, na origem, ação de controle concentrado de norma de direito local contestada em face da Constituição do Estado de São Paulo e da Constituição Federal. Discute-se a constitucionalidade da Lei Municipal nº 2.320/02, que instituiu contribuição para custeio da iluminação pública. Em casos como o dos autos, o SUPREMO tem admitido a aplicabilidade da Lei nº 8.437/92[...].” (SL 104/SP, DJ 17.3.2006)

“[...] No concernente à possibilidade de suspensão de decisões cautelares proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, conforme ficou assentado no julgamento da Suspensão de Liminar nº 879/RR-AgR (Plenário, DJe de 5/5/2017), o Supremo Tribunal Federal tem entendido ser cabível quando, como na hipótese dos autos, da subtração dos efeitos da lei questionada decorrerem efeitos concretos e imediatos que possam resultar em grave lesão aos valores protegidos pelas medidas de contracautela [...]. (SL 1171, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CÁRMEN LÚCIA, julgado em 25/07/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 03/08/2018 PUBLIC 06/08/2018)

“[...] 14. Em 19.3.2014, o Plenário deste Supremo Tribunal, por unanimidade, mitigou o entendimento até então assentado, confirmando, no julgamento de agravo regimental, o cabimento do pedido de Suspensão de Liminar nº 423/RS, ajuizada pelo Rio Grande do Sul para suspenderem-se os efeitos de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça gaúcho que, em ação direta de inconstitucionalidade estadual, tinha afastado a aplicação do teto constitucional previsto no inc. XI do art. 37 da Constituição aos proventos de inativos, em contrariedade à jurisprudência deste Supremo Tribunal. O Ministro Joaquim Barbosa salientou que a execução imediata do acórdão pelo qual afastada a aplicação do teto resultaria em ameaça à ordem pública, pelo que ponderou ser recomendável a suspensão da decisão: “Quanto à preliminar de não cabimento da medida, entendo que o processo justifica e admite o conhecimento da contracautela, uma vez que o deferimento da liminar e a posterior conclusão pela procedência da ação direta destinam-se a preservar situação concreta e possuem efeitos financeiros imediatos, que consistem na possibilidade de os aposentados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) receberem proventos superiores ao teto constitucional. Basta ver que o conteúdo do ato normativo impugnado na origem, expedido pela presidência da corte de contas em 16.06.2010, indica como fundamentos diretos o art. 37, XI e § 12 da Constituição e o art. 17 do ADCT. Nesse contexto, a ordem judicial que restabelece a situação anterior, ainda que amparada no princípio da irredutibilidade,

possui impacto direto sobre a ordem pública, considerada sob o prisma constitucional, razão pela qual se deve admitir a impugnação da sua eficácia por meio da suspensão da liminar. Sem desconsiderar corrente em sentido contrário, entendo que a situação admite o cabimento da medida de contracautela, na linha do voto proferido pelo min. Gilmar Mendes no julgamento da Pet 2.701-AgR, ocorrido em 08.10.2003. Naquela oportunidade, muito embora tenha sido reconhecida a prejudicialidade daquele processo, houve discussão deste Plenário a respeito do tema do cabimento da suspensão. Extrai-se do voto do min. Gilmar Mendes, neste ponto, a preocupação com o impacto das decisões proferidas em sede de controle concentrado pela justiça estadual, as quais não poderiam ser questionadas se não existisse mecanismo efetivo de controle perante este Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, afasto a preliminar de não conhecimento da medida” (Plenário, DJe 11.4.2014). (SL 1045, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CÁRMEN LÚCIA, julgado em 11/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 01/02/2018 PUBLIC 02/02/2018)

Neste cenário de extrema excepcionalidade, representado pela inexistência de mecanismos processuais céleres, pela vigência do recesso do Poder Judiciário e pela situação de comprometimento na prestação de serviços essenciais à população, a presente medida tem como objetivo suspender os efeitos do acórdão até que o recurso extraordinário interposto seja julgado por este e. STF

III – Da Grave Lesão à Ordem, à Segurança e à Saúde Públicas – Solução de continuidade na prestação dos serviços públicos de educação, saúde e segurança pública no Estado de São Paulo – Modulação de efeitos insuficiente e contrária à posição do e. Supremo Tribunal Federal

O acórdão da ação direta em comento decretou a inconstitucionalidade de **todas as hipóteses de contratação por tempo determinado estabelecidas pela Lei Complementar Estadual 1.093/2009**, tendo o e. Órgão Especial modulado os efeitos da decisão para 120 (cento e vinte) dias após o julgamento (DJ 19.09.2018). Em momento posterior, a Presidência do Tribunal, reconhecendo os graves danos provocados pela decisão proferida, concedeu provisória e parcialmente efeito suspensivo ao recurso extraordinário, resguardando os contratos já celebrados e vedando expressamente prorrogações ou novas contratações por tempo determinado para toda a Administração Pública.

Sucedo que a decisão proferida pela e. Presidência do TJSP não é suficiente para evitar graves danos à Administração Pública.

Consoante informações da Unidade Central de Recursos Humanos do Estado de São Paulo (UCRH), órgão da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão,

e da Secretaria de Estado da Educação, no fim do ano de 2018, existiam 42.324 (quarenta e dois mil trezentos e vinte e quatro) servidores contratados ou com contratação autorizada para os próximos meses pelo regime da Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009. Tais servidores atuam ou irão atuar na execução de políticas públicas essenciais planejadas pelas Secretarias de Estado da Saúde, da Educação e da Segurança Pública (Anexos 04, 05 e 06).

Servidores contratados ou em via de contratação pela LCE 1093/2009	
Total = 42.324	
Secretaria da Educação	37.986 docentes ⁵
	805 agentes de organização escolar ⁶
Secretaria da Segurança Pública	600 guarda-vidas
Secretaria da Saúde	2933 servidores temporários (médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem e agentes técnicos de assistência à saúde)

Percebe-se, dessa forma, que o cumprimento do v. acórdão em sua integralidade atingiria mais de 40 mil contratos temporários, acarretando indiscutível e irreversível solução de continuidade na prestação dos serviços públicos de saúde, educação e segurança pública.

Todas as contratações (ou autorizações para contratar) foram estritamente legais e feitas para suprir as carências decorrentes de desaparelhamento temporário provocado por dispensas, demissões, exonerações, falecimentos, aposentadorias e criação ou ampliação de novas unidades. Em alguns casos, está em andamento ou autorizado concurso público destinado a prover as vagas necessárias, como nas situações dos agentes de organização escolar (1.495 cargos) e dos professores da Educação Básica II (autorização para concurso - 15 mil vagas).

5 Professor Educação Básica I e Professor Educação Básica II, regidos pelas Leis Complementares 444/85 e 836/97, com as atribuições de reger classes nos anos iniciais do ensino fundamental e ministrar aulas nos anos finais do ensino fundamental e séries do ensino médio. Nesse caso, a contratação tem vigência de 3 (três) anos e poderá ser prorrogada até o último dia letivo do ano em que findar esse prazo. O número corresponde à data-base de setembro/2018.

6 Agente de organização escolar – servidor que integra o Quadro de Apoio Escolar – QAE, regido pela LC 1.144/2011, com as atribuições de desenvolver atividades no âmbito da organização escolar, relacionadas com a execução de ações envolvendo a secretaria escolar e o atendimento a alunos e à comunidade escolar em geral, de acordo com as necessidades da unidade escolar. Nesse caso, a contratação é por período de 1 (um) ano, para suprir a necessidade de pessoal nos casos de dispensa, demissão, exoneração, falecimento e aposentadoria, bem como nos casos de criação de novas unidades ou ampliação das já existentes.

É importante ressaltar que o efetivo recrutado em caráter temporário pela Secretaria de Estado da Educação (SEE) o é por meio de processo seletivo simplificado⁷, sendo essencial para cumprimento da meta legal de 200 (duzentos) dias letivos para a educação básica⁸ (Lei Federal nº 9.394/1996). Eventual impossibilidade de efetivar novas contratações ou prorrogações impossibilitará o atendimento adequado desta política pública no próximo ano (Anexo 6). Destaque-se o prognóstico preocupante feito pelo antigo Secretário de Estado da Educação antes da decisão que concedeu parcial efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário:

*“[...] Ainda que se considere a modulação dos efeitos da decisão pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar do julgamento, é cediço que seus efeitos vindouros acarretarão **um colapso no âmbito da rede estadual da educação**. [...] ainda que se considerem os concursos públicos supracitados, **não haverá instrumento hábil e eficiente para suprir a demanda legal das 800 horas aulas de carga horária para os alunos, distribuídos em 200 dias letivos, que não suportará aguardar a morosidade do ingresso para reposição de pessoal nas unidades escolares, diante da defasagem que ocorre durante todo o período letivo, pelos motivos acima expostos**. E, ainda que se fosse possível a conclusão do concurso, é certo que restariam sem cobertura todos os outros casos em que a ausência do servidor não comporta preenchimento do cargo, especialmente licenças gestante e de saúde. Estes casos demandarão, se mantida a inconstitucionalidade, nova construção legislativa, cujo prazo concedido para modulação (120 dias) é insuficiente.”(Anexo 06)*

Permanecendo hígidos os efeitos do v. aresto, o planejamento das ações governamentais nas três searas acima mencionadas estaria totalmente comprometido, com consequências irreversíveis ao funcionamento adequado do serviço público. Na área da segurança pública, a título ilustrativo, as praias e represas do Estado de São Paulo ficariam com menos 600 guarda-vidas durante toda a alta temporada (até março/2019), comprometendo a própria saúde da população paulista (Anexo 05).

Especificamente em relação à área da Educação, a mais sensível e mais impactada pelo acórdão, o atual Secretário de Estado da Educação, após decisão que concedeu parcial efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário (Anexo 07), encaminhou novo ofício (Anexo 09) à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo para reforçar o impacto gravíssimo que a medida terá para a prestação do serviço. Diante da relevân-

7 Artigo 6º - O processo de seleção dos candidatos será regido por edital específico, que deverá ser objeto de ampla divulgação compreendendo, preferencialmente, provas, facultada a análise de curriculum vitae, sem prejuízo de outras modalidades que, a critério do órgão ou entidade contratante, venham a ser exigidas. (Decreto nº 54.682/2009)

8 Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: [...] - a carga horária mínima anual será de oitocentas horas para o ensino fundamental e para o ensino médio, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver; (Redação dada pela Lei nº 13.415, de 2017)

cia da questão, transcreve-se parcialmente o quadro concreto de comprometimento do ano letivo dos alunos da rede pública:

“Durante o período do Governo de Transição, chegou a conhecimento da atual equipe da Secretaria de Estado da Educação que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferira decisão judicial que invalidara todas as hipóteses de contratação por tempo determinado previstas na Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009. Como medida de modulação, a Corte Estadual permitiu a manutenção dos contratos já celebrados e proibiu expressamente a realização de novas contratações e de novas prorrogações destas avenças.

Diante desse cenário, apurou-se que no fim do ano de 2018 venceram os contratos de 8.653 professores nas diferentes regiões do Estado de São Paulo e que, ao longo do ano de 2019, vencerão mais 923 contratos, estando, por ordem judicial, proibida a prorrogação desses vínculos.

Nos estudos realizados, constatamos que cerca de 60 mil alunos dos anos iniciais do Ensino Fundamental (1º ao 5º ano) podem ficar sem aula em 1º de fevereiro de 2019, data do início do ano letivo. Em algumas Diretorias de Ensino, como nas dos Municípios de Mogi-Mirim e de Piracicaba, o déficit de professores gerados pelas restrições impostas à prerrogativa de contratação por tempo determinado pode impactar, respectivamente, 42% e 34% das turmas. Na capital do Estado de São Paulo, a falta de professores pode atingir cerca de 18.870 alunos, sendo certo que das 91 diretorias de ensino, 38 sofrerão com a falta de docentes.

Em relação aos anos finais do Ensino Fundamental (6º a 9º ano) e ao Ensino Médio, nos quais são necessários múltiplos professores para as diversas turmas, verificamos que até 90 mil aulas podem ser perdidas. Nas disciplinas de Língua Portuguesa e Matemática, o desfalque pode chegar a cerca de 32 mil aulas. Dessa forma, pode-se afirmar em termos estimados que 2,5 milhões de alunos da rede de ensino perderão aulas todas as semanas ao longo de 2019.

“Não há possibilidade viável de reposição de professores em poucos meses, mesmo com a realização imediata de concurso público. Ressalte-se que ainda que gozássimos de circunstâncias quase perfeitas de gestão, a Secretaria de Estado da Educação jamais poderia prescindir integralmente da prerrogativa de contratar servidores públicos por tempo determinado, pois o desaparelhamento transitório do corpo docente por circunstâncias supervenientes é inevitável em casos de doença, gravidez, falecimento e redução da capacidade laboral, por exemplo. São fatos imprevisíveis e que podem exigir do gestor público o rearmenjo e a eventual substituição temporária da força de trabalho para evitar solução de continuidade. Somente no Estado de São Paulo, cerca de 13 mil professores estão em gozo de licença-saúde ou readaptados para outras atividades por motivo de doença incapacitante, sendo legalmente proibido, por inexistência de vacância, preencher estas vagas e as decorrentes de licença à funcionária gestante pela via do concurso público.

Some-se a isto que esta situação pode se agravar com a perspectiva de votação da Reforma da Previdência pelo Governo Federal logo no início do ano, já que, em 2019, mais de 6 mil professores possuem condições de se aposentar e, historicamente, costuma haver um grande número de requerimentos de concessão do benefício em decorrência da alteração de regras previdenciárias. (Anexo 09)

Mesmo com a suspensão parcial do acórdão, verifica-se a existência de grave lesão para os alunos, para os pais e para a Administração Pública (Anexo 09). Destaque-se que o Estado de São Paulo apresenta um resultado insatisfatório no Índice de Desenvolvimento do Ensino Básico, de forma que a decisão do TJSP contribui para um verdadeiro apagão na educação pública paulista. **De acordo com as informações da Secretaria de Estado da Educação (SEE), no fim do ano de 2018, quase 10 mil contratos foram extintos e não poderão ser prorrogados em virtude da ordem judicial.** Ademais, a SEE não poderá repor os afastamentos gerados por situações de absoluta imprevisibilidade (doença, gestação, redução de capacidade laboral, aposentadoria em massa), tornando caótico o planejamento e a ordenação do serviço para o ano letivo de 2019.

Além dos prejuízos aos servidores contratados e à gestão das políticas públicas, é importante destacar que o efeito suspensivo parcial ao recurso é insuficiente para a adoção de medidas mitigadoras por parte do ente público, inclusive, para a aprovação de nova legislação que permita a contratação por tempo determinado para atender às necessidades temporárias de excepcional interesse público.

Isto porque, como acima demonstrado, o acórdão e a decisão monocrática não preservaram a prerrogativa de contratação e de prorrogação no período da suspensão da eficácia da decisão.

Destaque-se que a decisão do e. TJSP está em descompasso com a postura adotada pela c. Suprema Corte em casos análogos, visto que o e. Supremo Tribunal Federal costuma preservar os contratos celebrados e conceder prazo de 12 meses na modulação dos efeitos, justamente por sensibilizar-se com a complexidade das medidas necessárias à regularização da situação jurídica em discussão.⁹ Nesse sentido, colaciona-se o entendimento proferido na ADI 3.662/MT:

CONSTITUCIONAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES (ART. 37, IX, CF). LEI COMPLEMENTAR 12/1992 DO ESTADO DO MATO GROSSO. INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DE EFEITOS. 1. A Constituição Federal é intransigente em relação ao princípio do concurso público como requisito para o provimento de cargos públicos

⁹ ADI 3.721/CE (um ano após a publicação da ata de julgamento) e RE 658.026/MG (preservação dos contratos já firmados até 12 meses de duração).

(art. 37, II, da CF). A exceção prevista no inciso IX do art. 37 da CF deve ser interpretada restritivamente, cabendo ao legislador infraconstitucional a observância dos requisitos da reserva legal, da atualidade do excepcional interesse público justificador da contratação temporária e da temporariedade e precariedade dos vínculos contratuais. 2. A Lei Complementar 12/1992 do Estado do Mato Grosso valeu-se de termos vagos e indeterminados para deixar ao livre arbítrio do administrador a indicação da presença de excepcional interesse público sobre virtualmente qualquer atividade, admitindo ainda a prorrogação dos vínculos temporários por tempo indeterminado, em franca violação ao art. 37, IX, da CF. **3. Ação direta julgada procedente, para declarar inconstitucional o art. 264, inciso VI e § 1º, parte final, da Lei Complementar 4/90, ambos com redação conferida pela LC 12/92, com efeitos ex nunc, preservados os contratos em vigor que tenham sido celebrados exclusivamente com fundamento nos referidos dispositivos, por um prazo máximo de até 12 (doze) meses da publicação da ata deste julgamento.**

(ADI 3662, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 24-04-2018 PUBLIC 25-04-2018)

A invalidação total da Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009 sem que se estabeleça um adequado regime de transição¹⁰ e sem que o e. TJSP haja se debruçado sobre as consequências jurídicas e administrativas concretas decorrentes dessa manifestação¹¹ comprometem o regular provimento de serviços públicos essenciais à população residente no Estado de São Paulo, expondo-a à insegurança e afetando a execução de políticas públicas primordiais à garantia de direitos fundamentais.

Diante disso, fica provado o efetivo e concreto dano que o cumprimento do v. acórdão ocasionará, com indubitável prejuízo e interrupção nos serviços públicos de educação, saúde e segurança pública, decorrentes da supressão da possibilidade de contratar ou prorrogar contratos por tempo determinado.

10 Art. 23, LINDB - A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

11 Art. 21, LINDB - A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

IV – Da plausibilidade jurídica da tese veiculada no recurso extraordinário – Dispositivos da legislação paulista com teor análogo ao de leis reconhecidas como constitucionais nas ADI's 3.237/DF, 3.247/MA e 3.721/CE – Grave insegurança jurídica.

O pedido de suspensão do acórdão tem como pano de fundo discussão que será levada a este e. STF em recurso extraordinário a respeito da compatibilidade das hipóteses de contratação temporária previstas na lei paulista em face do artigo 37, inciso IX, CRFB. Esta questão já foi julgada pelo c. Supremo Tribunal Federal em diversas outras oportunidades, entre as quais se destacam os julgamentos das ADI's 3.237/DF, 3.247/MA e 3.721/CE.

A Suprema Corte, além de fixar critérios para decretação da inconstitucionalidade de normas que tratam sobre contratação de servidores temporários¹², reconheceu a constitucionalidade de diversas hipóteses de contratação, desde que obedecidos os seguintes parâmetros (ADI 3721/CE):

- a) previsão em lei das hipóteses específicas de contratação;
- b) prazo determinado;
- c) necessidade temporária;
- d) interesse público excepcional; e
- e) necessidade indispensável.

O acórdão que se pretende suspender considerou inconstitucionais situações ou possibilidades de contratação temporária que foram tidas como constitucionais por este c. Tribunal Supremo. Esta situação gera um quadro de enorme insegurança jurídica, desestruturando todo o planejamento da gestão pública paulista e comprometendo o ano letivo de milhares de alunos da rede pública estadual, bem como a contratação de pessoal para atender primordiais às necessidades na área de saúde e de prevenção a afogamento planejadas para o período do verão nas praias e represas paulistas.

No quadro abaixo, relacionam-se as hipóteses em que o c. STF reconheceu a **constitucionalidade** das contratações e, ao lado, os casos tidos como **inconstitucionais** pelo e. TJSP. O objetivo é demonstrar, em uma análise comparativa, que a legislação do Estado de São Paulo – *totalmente invalidada* na ação de controle concentrado estadual – segue os parâmetros usualmente adotados pela Suprema Corte em relação ao conteúdo normativo do art.37, inciso IX, CRFB:

12 Como destacado na ADI 3721/CE, o STF fixou jurisprudência no sentido de que a demonstração material da inconstitucionalidade dessas leis exige uma análise contextualizada e individualizada das disposições impugnadas (ADI 3.237/DF) e que são inconstitucionais leis que efetuam mera subdelegação para o administrador da competência para distinguir casos de contratação temporária (ADI 3210), preconizam hipóteses demasiado genéricas de contratação por excepcional interesse público (ADI 3210) ou permitem a perpetuação indeterminada das contratações (ADI 890).

TJ/SP – Proibiu a contratação temporária nestas hipóteses	STF – Permitiu a contratação temporária nestas hipóteses
<p style="text-align: center;"><u>ADI 2003663-93.2018.8.26.0000</u></p> <p>a) urgência e inadiabilidade de atendimento de situação que possa comprometer ou ocasionar prejuízo à saúde ou à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares” (I do art.1º)</p> <p>b) dispensa, demissão, exoneração, falecimento e aposentadoria (II, “a”, do art.1º), <i>desde que em trâmite concurso ou projeto de criação dos cargos (art.1º, pu)</i></p> <p>c) criação de novas unidades ou ampliação das já existentes (II, “b”, do art.1º), <i>desde que em trâmite concurso ou projeto de criação de cargos (Art.1º, pu)</i></p> <p>d) afastamento que a lei considere como de efetivo exercício (II, “c”, do art.1º)</p> <p>e) licença para tratamento de saúde (II, “d”, do art.1º)</p> <p>f) função eventual, transitória e determinada para projetos de informatização (III, “a”, do art.1º)</p> <p>g) função eventual, transitória e determinada de natureza técnica nas áreas de pesquisa científica, tecnológica, educacional e cultural (III, “a”, do art.1º)</p> <p>h) função eventual, transitória e determinada de natureza técnica especializada para projetos implementados mediante contratos de financiamento externo e acordos de cooperação internacional</p> <p>i) número reduzido de aulas para justificar criação de cargo (IV, “a”)</p> <p>j) houver saldo de aulas disponíveis, até o provimento do cargo correspondente (IV, “b”)</p> <p>k) ocorrer impedimento do responsável pela regência da classe ou magistério das aulas (IV, “c”)</p>	<p>Suprir falta de professor efetivo em razão de:</p> <p><u>ADI 3237/DF (2014)</u></p> <p>a) vacância de cargo</p> <p>b) afastamento ou licença, na forma de regulamento</p> <p>c) nomeação para ocupar cargo de direção de reitor, vice-reitor, pró-reitor e diretor de campus (art.2º, IV, c/c §1º, da Lei Federal 8.745/ 1993)</p> <p><u>ADI 3247/MA (2014)</u></p> <p>d) admissão de professores para o ensino fundamental, ensino especial, ensino médio e instrutores para oficinas pedagógicas e profissionalizantes, <i>desde que não existam candidatos aprovados em concurso público e devidamente habilitados.</i> (art.2º, VII, da Lei Estadual 6.915/97)</p> <p><u>ADI 3721/CE (2016)</u></p> <p>e) licença para tratamento de saúde</p> <p>f) licença gestante</p> <p>g) licença por motivo de doença de pessoa da família</p> <p>h) licença para trato de interesses particulares</p> <p>i) curso de capacitação (Art.3º, Lei Complementar Estadual 22/00, “a”, “b”, “c”, “d”, “e”)</p>

Da análise dos casos acima colacionados, percebe-se que o e.TJSP reconheceu a inconstitucionalidade de hipóteses de contratação por tempo determinado que já foram reconhecidas como constitucionais pelo c. STF em controle abstrato.

Por conseguinte, constata-se não apenas a plausibilidade jurídica do pedido recursal trazido no apelo extremo que terá seu mérito julgado por este c. STF, como principalmente o fato de que o e.TJSP reconheceu a inconstitucionalidade de contratações por tempo determinado em situações de imprevisibilidade para o gestor público, como aquelas decorrentes do exercício do direito de afastamento de que dispõem os servidores públicos efetivos.

A premissa do e.TJSP¹³ é a de que seria possível ao gestor público realizar prognose adequada de eventos que, por natureza, são imprevisíveis para os próprios atingidos pela contingência, tais como doenças, gravidez, falecimento, redução de capacidade laboral ou invalidez. E mais: este prognóstico, ao ver do e.TJSP, deve ser feito em relação a milhares de servidores públicos, dos mais diversos setores da burocracia estatal. Além disso, o e.TJSP também parece supor que seria possível ao gestor público possuir banco de reservas composto por candidatos concursados, habilitados, treinados e disponíveis para ocupar os cargos públicos tão logo ocorram vacâncias, evitando-se, de forma bastante célere, a interrupção da prestação dos serviços públicos. Ignora-se, entretanto, que é possível que existam afastamentos sem que o cargo esteja vago, como todas as hipóteses de licenças dadas a servidores públicos.

Assim, a prescrição idealizada pela Corte em seu acórdão é de impossível implementação pela Administração Pública ou mesmo pela gestão de grandes corporações do setor privado. Em grandes organizações, sabe-se que o processo de recrutamento de pessoas qualificadas demanda prazo razoável, que não se compatibiliza integralmente com a lógica do concurso público, mormente diante das restrições normativas que caracterizam o instituto (como a de que somente se pode abrir concurso caso existam cargos vagos). Não é por outra razão que a Constituição da República prevê, excepcionalmente, o instituto da contratação por tempo determinado e o instituto do cargo em comissão: trata-se do reconhecimento de que a complexidade dos desafios enfrentados pelos gestores não se amolda ao restrito universo da lógica de contratações pela via do concurso público.

13 “As hipóteses previstas no inciso II (dispensa, demissão, exoneração, falecimento, aposentadoria, criação de novas unidades ou ampliação das já existentes e afastamentos), fazem parte da rotina administrativa, tratando-se de situações corriqueiras e previsíveis em qualquer setor público, cabendo a substituição de seus titulares através da regra constitucional de concurso público para preenchimento efetivo, sem qualquer excepcionalidade do interesse público”. (Acórdão do TJ/SP– fl.390 -Anexo 01)

Ademais, da leitura do v. acórdão ora impugnado, percebe-se que a decretação da inconstitucionalidade se deu de forma ampla e genérica, retirando da Administração Pública todas as hipóteses relevantes de contratação temporária existentes, o que contradiz frontalmente o entendimento do e. STF firmado na ADI 3.237/DF.

A título de exemplo, o c. TJSP decretou a inconstitucionalidade da admissão de temporários em hipóteses nas quais a Administração Pública precisa suprir faltas decorrentes de afastamento por licença para tratamento de saúde ou de afastamentos que a lei considere como de efetivo exercício. No Estado de São Paulo, a lei conta como de efetivo exercício o tempo em que o servidor estiver afastado nas seguintes hipóteses do Estatuto dos Servidores Públicos (Lei Estadual 10.261/1968)¹⁴:

Lei Estadual 10.261/1968

Art.78 - Serão considerados de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, os dias em que o funcionário estiver afastado do serviço em virtude de:

I - férias;

II - casamento, até 8 (oito) dias;

III - falecimento do cônjuge, filhos, pais e irmãos, até 8 (oito) dias;

IV - falecimento dos sogros, do padrasto ou madrasta, até 2 (dois) dias;

V - serviços obrigatórios por lei;

VI - licença quando acidentado no exercício de suas atribuições ou atacado de doença profissional;

VII - licença à funcionária gestante;

VIII - licenciamento compulsório, nos termos do art. 206;

IX - licença-prêmio;

X - faltas abonadas nos termos do § 1º do art. 110, observados os limites ali fixados;

XI - missão ou estudo dentro do Estado, em outros pontos do território nacional ou no estrangeiro, nos termos do art. 68;

XII - nos casos previstos no art. 122;

¹⁴ Outras hipóteses previstas na legislação estadual: afastamento para exercício de mandato eletivo (art.125 da Constituição Estadual); afastamento de dirigente de entidade de classe (Lei Complementar Estadual 343/84); afastamento para organizações sociais (Lei Complementar Estadual 846/98).

XIII - afastamento por processo administrativo, se o funcionário for declarado inocente ou se a pena imposta for de repreensão ou multa; e, ainda, os dias que excederem o total da pena de suspensão efetivamente aplicada;

XIV - trânsito, em decorrência de mudança de sede de exercício, desde que não exceda o prazo de 8 (oito) dias; e

XV - provas de competições desportivas, nos termos do item I, do § 2º, do art. 75.

Da interpretação sistemática das regras, percebe-se que elas revelam ocorrências alheias ao controle da gestão pública e que decorrem do exercício do direito de servidores efetivos (afastamentos por licença gestante, por licença-prêmio, por missão ou estudo no exterior, para exercício de mandato eletivo, para exercício de cargo de dirigente de entidade de classe, etc.).

Como muito bem registrado na ADI 3.721/CE, contratar temporariamente em razão do exercício do direito dos servidores é uma forma de atender ao comando de mínima determinabilidade exigido pelo artigo 37, inciso IX, CRFB:

“No particular, a lei cearense autorizou a contratação temporária de professores no Estado nas seguintes situações: “a) licença para tratamento de saúde; b) licença-gestante; c) licença por motivo de doença de pessoa da família; d) licença para tratamento de interesses particulares; e) curso de capacitação; e f) e outros afastamentos que repercutem em carência de natureza temporária”; e também para “fins de implementação de projetos educacionais com vistas à erradicação do analfabetismo, correção do fluxo escolar e qualificação da população cearense” (art.3º, parágrafo único).

No que se refere às hipóteses descritas entre as alíneas “a” e “e”, a legislação local atendeu à exigência de mínima determinabilidade que a Constituição lhe cobrou, indicando, de modo suficiente, ocorrências alheias ao controle da Administração Pública – porque decorrentes do exercício de direitos dos professores em exercício – cuja superveniência pode resultar em desaparecimento transitório do corpo docente.” (ADI 3.721/CE)

***Data maxima venia*, da forma como decidido pelo e. TJSP, mesmo que a Administração Pública tenha sido providente e esteja em processo de recrutamento de novos servidores efetivos ou esteja impossibilitada de instaurar concurso público em razão da inexistência de vacância (casos em que os servidores se encontram afastados), não poderá contratar temporariamente para atender a uma necessidade pública relevante. Esta posição destoa completamente do entendimento fixado na ADI 3.247/MA.**

É importante esclarecer que as hipóteses consideradas pelo e.TJSP como excessivamente abertas foram, **em sua grande maioria, consideradas constitucio-**

nais pela colenda Suprema Corte quando da análise de legislações estaduais (ou federais) que apresentam conteúdo materialmente semelhante. Destacam-se, para exemplificar, os seguintes casos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI COMPLEMENTAR 22/2000, DO ESTADO DO CEARÁ. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES DO ENSINO BÁSICO. CASOS DE LICENÇA. TRANSITORIEDADE DEMONSTRADA. CONFORMAÇÃO LEGAL IDÔNEA, SALVO QUANTO A DUAS HIPÓTESES: EM QUAISQUER CASOS DE AFASTAMENTO TEMPORÁRIO (ALÍNEA “F” DO ART. 3º). PRECEITO GENÉRICO. IMPLEMENTAÇÃO DE PROJETOS DE ERRADICAÇÃO DO ANALFABETISMO E OUTROS (§ ÚNICO DO ART. 3º). METAS CONTINUAMENTE EXIGÍVEIS. 1. O artigo 37, IX, da Constituição exige complementação normativa criteriosa quanto aos casos de “necessidade temporária de excepcional interesse público” que ensejam contratações sem concurso. Embora recrutamentos dessa espécie sejam admissíveis, em tese, mesmo para atividades permanentes da Administração, fica o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada caso, os traços de emergencialidade que justificam a medida atípica. 2. **A Lei Complementar 22/2000, do Estado do Ceará, autorizou a contratação temporária de professores nas situações de “a) licença para tratamento de saúde; b) licença-gestante; c) licença por motivo de doença de pessoa da família; d) licença para trato de interesses particulares; e) cursos de capacitação; e f) e outros afastamentos que repercutam em carência de natureza temporária”;** e para “fins de implementação de projetos educacionais, com vistas à erradicação do analfabetismo, correção do fluxo escolar e qualificação da população cearense” (art. 3º, § único). 3. As hipóteses descritas entre as alíneas “a” e “e” indicam ocorrências alheias ao controle da Administração Pública cuja superveniência pode resultar em desaparecimento transitório do corpo docente, permitindo reconhecer que a emergencialidade está suficientemente demonstrada. O mesmo não se pode dizer, contudo, da hipótese prevista na alínea “f” do art. 3º da lei atacada, que padece de generalidade manifesta, e cuja declaração de inconstitucionalidade se impõe. 4. Os projetos educacionais previstos no § único do artigo 3º da LC 22/00 correspondem a objetivos corriqueiros das políticas públicas de educação praticadas no território nacional. Diante da continuada imprescindibilidade de ações desse tipo, não podem elas ficar à mercê de projetos de governo casuísticos, implementados por meio de contratos episódicos, sobretudo quando a lei não tratou de designar qualquer contingência especial a ser atendida. 5. Ação julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais a alínea “f” e o § único do art. 3º da Lei Complementar 22/00, do Estado do Ceará, com efeitos modulados para surtir um ano após a data da publicação da ata de julgamento.(ADI 3721, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 12-08-2016 PUBLIC 15-08-2016)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, INC. VII, DA LEI 6.915/1997 DO ESTADO DO MARANHÃO. CONTRATAÇÃO DE PROFESSORES POR TEMPO DETERMINADO. INTERPRETAÇÃO E EFEITO DAS EXPRESSÕES “NECESSIDADE TEMPORÁRIA” E “EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO”. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA SUPRIR ATIVIDADES PÚBLICAS DE NATUREZA PERMANENTE. TRANSITORIEDADE CARACTERIZADA. PARCIAL PROVIMENTO DA AÇÃO. **1.** A natureza permanente de algumas atividades públicas - como as desenvolvidas nas áreas da saúde, educação e segurança pública – não afasta, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir demanda eventual ou passageira. Necessidade circunstancial agregada ao excepcional interesse público na prestação do serviço para o qual a contratação se afigura premente autoriza a contratação nos moldes do art. 37, inc. IX, da Constituição da República. **2.** **A contratação destinada à atividade essencial e permanente do Estado não conduz, por si, ao reconhecimento da alegada inconstitucionalidade. Necessidade de exame sobre a transitoriedade da contratação e a excepcionalidade do interesse público que a justifica.** **3.** Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição .(ADI 3247, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 8.745/1993. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PROFESSORES SUBSTITUTOS. HOSPITAL DAS FORÇAS ARMADAS. PROGRAMAS SIVAM E SIPAM. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE **1.** Nos casos em que a Constituição Federal atribui ao legislador o poder de dispor sobre situações de relevância autorizadoras da contratação temporária de servidores públicos, exige-se o ônus da demonstração e da adequada limitação das hipóteses de exceção ao preceito constitucional da obrigatoriedade do concurso público. **2.** O legislador, ao fixar os casos autorizadores da contratação de professores substitutos, atendeu à exigência constitucional de reserva qualificada de lei formal para as contratações temporárias. Improcedência da alegada inconstitucionalidade do inciso IV e do § 1º do art. art. 2º da Lei 8.745/1993, com a redação dada pela Lei 9.849/1999. **3.** Contudo, ao admitir genericamente a contratação temporária em órgãos específicos, o legislador permitiu a continuidade da situação excepcional, sem justificativa normativa adequada. Conveniência da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, reconhecida a peculiaridade das atividades em questão. **4.** Ação julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição às alíneas “d” e “g” do inciso VI do art. 2º da Lei 8.745/1993, com a redação dada pela Lei 9.849/1999, a fim de que as contratações temporárias por elas permitidas para as atividades finalísticas do Hospital das Forças Armadas e desenvolvi-

das no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia SIVAM e do Sistema de proteção da Amazônia – SIPAM só possam ocorrer em conformidade com o art. 37, inciso IX, da Constituição da República, isto é, no sentido de que as contratações temporárias a serem realizadas pela União nos referidos casos apenas sejam permitidas excepcionalmente e para atender a comprovada necessidade temporária de excepcional interesse público nas funções legalmente previstas. A Corte limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que só incidam um ano após a publicação da decisão final desta ação no Diário Oficial da União quanto à alínea “d” e, quanto à alínea “g”, após quatro anos. (ADI 3237, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 18-08-2014 PUBLIC 19-08-2014)

A plausibilidade jurídica do pedido recursal é evidente e resta reforçada pelas razões deste pleito de Suspensão, que demonstra a manifesta contradição entre a postura do e. TJSP e a postura adotada por esta Corte Suprema em controle concentrado de constitucionalidade, tanto no que tange às modulações como em relação ao mérito de demandas análogas.

V – Subsidiariamente – Recebimento da Suspensão como Pedido de Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário *per saltum* – Extrema gravidade e Excepcionalidade da situação.

O Código de Processo Civil prevê expressamente que é possível a atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos em que os tribunais locais esgotam a análise da admissibilidade da impugnação (art. 1.029, §5º, I, do CPC). Entretanto, a jurisprudência pátria, de forma adequada, admite, em situações de *extrema excepcionalidade*, a atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário ainda pendente de admissibilidade final (a chamada concessão de efeito suspensivo *per saltum*). Neste sentido, eis a lição do saudoso Ministro Teori Zavascki:

[...] 2. Sobre o cabimento de medidas cautelares tendentes a atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário, ainda pendente de juízo de admissibilidade, dispõe o CPC/2015, no art. 1.029, § 5º, III, o seguinte: Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...) § 5o O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: (...) III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037. Nesse sentido é a orientação das súmulas 634 e 635 do STF, editadas sob a égide do CPC/1973: “Não compete ao Supremo

Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem” e “Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”, respectivamente. Em situações excepcionais, contudo, o STF admite a atribuição do efeito suspensivo em tais circunstâncias, desde que presentes, simultaneamente, os seguintes requisitos: (a) manifesta situação de verossimilhança (plausibilidade jurídica do pedido); e (b) risco iminente de dano irreparável ou de difícil reparação.

Nesse sentido: “AÇÃO CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO DA COMPETÊNCIA DA CORTE. MEDIDA LIMINAR. DEFERIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. MANDATO ELETIVO. CASSAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA EXIGÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A SUA EXECUÇÃO. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA. 1. Medida Liminar para conferir efeito suspensivo a recurso da competência do Supremo Tribunal Federal. Não obstante a dicção das Súmulas 635 e 634, subsiste a excepcionalidade prevista no artigo 21, IV, do RISTF que, ante a iminência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, permite ao magistrado o deferimento da pretensão cautelar para manter-se com plena eficácia o “status do quo” da lide. (...) Medida liminar deferida e referendada pelo Pleno da Corte”. (AC 509-MC, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, DJ de 08/04/2005). [...]

(Pet 6264, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 15/08/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 17/08/2016 PUBLIC 18/08/2016)

O Superior Tribunal de Justiça, em situações similares, também já admitiu o pedido de efeito suspensivo mesmo na pendência da admissibilidade de recurso extremo:

“AGRAVO INTERNO EM TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. DEFERIMENTO DO PEDIDO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE DUPLICIDADE DE ENTIDADE FAMILIAR. AGRAVO QUE NÃO É CAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO IMPROVIDO.1. **É possível a concessão diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça de efeito suspensivo a recurso especial pendente de juízo de admissibilidade na origem, quando efetivamente demonstrada, além dos requisitos próprios da tutela de urgência, situação de manifesta ilegalidade ou teratologia.** (...)” (Ag. Int. no Pedido de Tutela Provisória 18 / SP, STJ – 1ª Turma, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 4/4/2017, Dje 17/4/2017)

AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NA PETIÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM. INCOMPETÊNCIA DO STJ. ART. 1.029, § 5º, III, DO NOVO CPC. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL RECONHECIDA. MITIGAÇÃO DA REGRA. CAUTELAR OFERECIDA NA ORIGEM. PREJUDICIALIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. NÃO APRESENTAÇÃO DE ARGUMENTOS CAPAZES DE ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. 1. O art. 1.029, § 5º, III, do novo CPC apenas incorporou os enunciados das Súmulas nº 634 e 635 do STF, aplicados, por analogia, ao STJ, segundo os quais compete ao presidente do tribunal de origem examinar o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso extremo quando pendente juízo de admissibilidade. 2. Ante a competência constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça para o exame definitivo da admissibilidade do apelo extremo, a inovação legislativa não obsta a que, em casos excepcionais, seja mitigada a regra agora inserta no inciso III do § 5º do art. 1.029 do novo CPC, possibilitando o exame e deferimento de tutela de urgência recursal pelo STJ. 3. Admitida a competência do STJ, fica prejudicada a medida cautelar oferecida na origem. 4. Deve ser mantida a decisão agravada quando a parte não traz argumentos suficientes para sua alteração. 5. Agravo interno desprovido. (AgInt no RCD na Pet 11.435/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 23/08/2016)

No presente caso, a análise da decisão de admissibilidade no âmbito local se esgotará quando do julgamento do futuro recurso de Agravo Interno à Câmara de Presidentes, o que se dará em incerta data após o fim do recesso do Poder Judiciário e, provavelmente, após o início do ano letivo (1º de fevereiro de 2019).

Dessa forma, seguindo o precedente firmado na Pet 6264, relatada pelo saudoso Min. TEORI ZAVASCKI, é cabível a concessão de efeito suspensivo antes do esgotamento da fase de admissibilidade se preenchidos os seguintes requisitos: “(a) manifesta situação de verossimilhança (plausibilidade jurídica do pedido); e (b) risco iminente de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Como acima relatado, o STF já decidiu em uma série de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 3.237/DE, 3.247/MA e 3.721/CE¹⁵) que é possível a contratação por tempo determinado em casos de afastamento temporário de servidores públicos (afastamentos por licença gestante, por licença-prêmio, para

15 Destaque-se que a ADI 3.721/CE é posterior ao Tema 612, configurando-se eventual *overruling* pela ação de controle abstrato em relação a pontos dissonantes firmados no precedente de controle incidental que foram invocados pelo acórdão do TJSP.

exercício de mandato eletivo, para exercício de cargo de dirigente de entidade de classe, etc.), mostrando-se plausível juridicamente o provimento do futuro recurso extraordinário.

Em relação ao risco iminente de dano irreparável ou de difícil reparação, há que se destacar os danos para o planejamento e para a execução das políticas públicas educacionais, uma vez que a SEE sempre fez uso do instituto para repor os afastamentos dos servidores públicos. Além da educação pública, a proibição se estende a diversas outras áreas da Administração, inviabilizando a contratação de servidores públicos por tempo determinado de forma generalizada e afetando setores como a Saúde e a Segurança Pública.

Diante da excepcionalidade da situação, caracterizada pela possibilidade de graves danos a diversos setores da Administração Pública, requer-se, subsidiariamente, a admissão desta suspensão como pedido de efeito suspensivo, bem como, no mérito, a sua integral concessão (art. 1.029, §5º, III, CPC¹⁶).

Pedidos

Das razões acima expendidas, estão plenamente evidenciadas:

a) a grave lesão à ordem, à saúde e à segurança públicas, já que a decretação da inconstitucionalidade dos dispositivos inviabiliza novas contratações temporárias, afeta a possibilidade de prorrogação dos contratos já celebrados e acarreta indisputável e irreversível solução de continuidade à prestação dos serviços públicos de educação, saúde e segurança pública; e

b) a plausibilidade jurídica das razões recursais, uma vez que a constitucionalidade da norma paulista questionada pode ser constatada pela análise comparativa de situações análogas já apreciadas pelo c. Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes julgados pelo Plenário;

Diante do exposto e como forma de resguardar a continuidade dos serviços públicos essenciais à população paulista, requer a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO o deferimento de suspensão do acórdão proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual nº 2003663-

¹⁶ Art. 1.029, §5º, I, CPC – O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: [...] §5º - O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

93.2018.8.26.0000 até que haja o trânsito em julgado da decisão que apreciar o apelo extremo. Subsidiariamente, caso não admitida a suspensão do acórdão, a PROCURADORA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO requer seja admitido e provido o pleito como Pedido de Efeito Suspensivo ao Recurso Extraordinário pelas razões expostas no item IV.

São Paulo, 07 de janeiro de 2018.

MARIA LIA PINTO PORTO CORONA
Procuradora Geral do Estado

FREDERICO JOSÉ FERNANDES DE ATHAYDE
Subprocurador do Estado
Contencioso Geral
OAB/SP 270.368

LUCAS LEITE ALVES
Procurador do Estado
OAB /SP 329.911

Nota do editor: Trata-se de peça minutada pelo Dr. Lucas Leite Alves.

MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.191 SÃO PAULO

REGISTRADO : **MINISTRO PRESIDENTE**
REQTE.(S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
REQDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO:

Trata-se de suspensão de liminar proposta pelo Estado de São Paulo contra decisão do Tribunal de Justiça, nos autos de representação por inconstitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 20033663- 93.2018.8.26.0000), em que se reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009, a versar sobre a contratação por tempo determinado de que trata o art. 115, inciso X, da Constituição do Estado de São Paulo, cujo teor reproduz o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

O requerente sustenta a natureza constitucional da controvérsia, nos termos do art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90, por envolver o art. 37, inciso IX, da Carta da República.

Defende a constitucionalidade do ato normativo impugnado na ação principal, sublinhando o grave dano à ordem e à economia públicas, uma vez que, segundo alega, o pronunciamento do Tribunal de Justiça quanto à inconstitucionalidade do art. 1º, da Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009, fomentará insegurança jurídica, desestruturando o planejamento da gestão pública e comprometendo o ano letivo de milhares de alunos da rede pública estadual, bem como a contratação de pessoal para atender primordiais necessidades na área de saúde e de prevenção a afogamento organizadas para o período do verão nas praias e represas paulistas.

Afirma que a decisão lançada na representação reconheceu a inconstitucionalidade de todas as hipóteses de contratação por tempo determinado estabelecidas pela Lei Complementar Estadual 1.093/2009, tendo o Órgão Especial modulado os efeitos da decisão para 120 (cento e vinte) dias após o julgamento (DJ 19.09.2018).

Aduz que, posteriormente a Presidência do Tribunal conferiu parcialmente efeito suspensivo ao recurso extraordinário, resguardando os contratos já celebrados, mas impedindo expressamente eventuais prorrogações ou novas contratações por tempo determinado para toda a Administração Pública do Estado de São Paulo.

Por fim, requer o deferimento de suspensão do acórdão formalizado na representação por inconstitucionalidade nº 2003663- 93.2018.8.26.0000, até o superveniente trânsito em julgado da decisão a ser proferida no recurso extraordinário interposto.

É o relato do necessário. Decido.

A competência desta Suprema Corte para conhecer e julgar o incidente de suspensão de liminar exige a demonstração de que a causa de pedir presente na ação originária verse matéria de natureza constitucional (Rcl nº 497/RS-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ de 6/4/2001; Rcl nº 1.906/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 11/4/2003; Rcl nº 10.435/MA-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 24/8/2015).

O objeto do presente incidente relaciona-se à matéria constitucional, em especial quanto aos artigos 2º e 19, inciso I, da Constituição da República, a justificar a apreciação do pedido de suspensão de liminar pela Presidência desse Supremo Tribunal Federal.

Preliminarmente, reputo presentes os requisitos de admissibilidade do presente incidente de suspensão de liminar, passando ao exame da medida liminar postulada pelo requerente.

Os artigos 1º da Lei 9.494/1997 e 4º da Lei 8.437/1992 disciplinam os pedidos de suspensão de execução liminar e demais decisões formulados pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica de direito público interessada, em ações propostas contra o Poder Público, nos casos de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, assim como para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Em situações de perigo manifesto, o § 7º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, autoriza, em exame de cognição sumária, o deferimento de medida liminar, em requerimento de contracautela quando constatada a plausibilidade do direito evocado.

No caso em análise, em juízo de cognição superficial (Suspensão de Segurança 1.272-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ de 18/5/2001), constato que a plausibilidade jurídica está devidamente comprovada ante a manifesta existência de grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-administrativa, na medida em que a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo inviabiliza novas contratações temporárias e prorrogação dos contratos já celebrados, com-

prometendo, de forma irreversível a adequada prestação dos serviços públicos de educação, saúde e segurança pública no Estado de São Paulo.

Nos estreitos limites do exame de pedido liminar solicitado nesse incidente de suspensão de liminar, não observei, por ora, incompatibilidade material na previsão legal que autoriza a contratação excepcional, por tempo determinado, em casos de afastamento temporário de servidor, a exemplo das hipóteses de afastamento por licença gestante, por licença-prêmio, para exercício de mandato eletivo, para exercício de direção de classe. Nesse sentido, são diversos os julgados:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, INC. VII, DA LEI 6.915/1997 DO ESTADO DO MARANHÃO. CONTRATAÇÃO DE PROFESSORES POR TEMPO DETERMINADO. INTERPRETAÇÃO E EFEITO DAS EXPRESSÕES “NECESSIDADE TEMPORÁRIA” E “EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO”. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA SUPRIR ATIVIDADES PÚBLICAS DE NATUREZA PERMANENTE. TRANSITORIEDADE CARACTERIZADA. PARCIAL PROVIMENTO DA AÇÃO. 1. A natureza permanente de algumas atividades públicas - como as desenvolvidas nas áreas da saúde, educação e segurança pública - não afasta, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir demanda eventual ou passageira. Necessidade circunstancial agregada ao excepcional interesse público na prestação do serviço para o qual a contratação se afigura premente autoriza a contratação nos moldes do art. 37, inc. IX, da Constituição da República. 2. A contratação destinada a atividade essencial e permanente do Estado não conduz, por si, ao reconhecimento da alegada inconstitucionalidade. Necessidade de exame sobre a transitoriedade da contratação e a excepcionalidade do interesse público que a justifica. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição.

(ADI 3.247/DF, Relatora a Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 02/09/2014.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 8.745/1993. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PROFESSORES SUBSTITUTOS. HOSPITAL DAS FORÇAS ARMADAS. PROGRAMAS SIVAM E SIPAM. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE 1. Nos casos em que a Constituição Federal atribui ao legislador o poder de dispor sobre situações de relevância autorizadoras da contratação temporária de servidores públicos, exige-se o ônus da demonstração e da adequada limitação das hipóteses de exceção ao preceito constitucional da obrigatoriedade do concurso público. 2. O legislador, ao fixar os casos autorizadores da contratação de professores substitutos, atendeu à exigência constitucional de reserva qualificada de lei formal para as contratações temporárias. Improcedência da alegada inconstitu-

cionalidade do inciso IV e do § 1º do art. art. 2º da Lei 8.745/1993, com a redação dada pela Lei 9.849/1999. 3. Contudo, ao admitir genericamente a contratação temporária em órgãos específicos, o legislador permitiu a continuidade da situação excepcional, sem justificativa normativa adequada. Conveniência da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, reconhecida a peculiaridade das atividades em questão.

(ADI 3.237/DF, Relatora a Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 18/08/2014)

Assim, em exame de cognição sumária, considero inexistir potencial violação constitucional na previsão legal que autoriza a contratação, por tempo determinado, em casos de afastamento temporário de servidor, ou em outras situações excepcionais, para atender aos serviços essenciais do ente federado.

Nesse sentido, é importante sublinhar ainda que a modulação dos efeitos da decisão pelo prazo de 120 dias não foi suficiente, ante as circunstâncias fáticas do caso, para que o Estado de São Paulo pudesse estabelecer um cronograma adequado de implementação de medidas administrativas para observar o comando do dispositivo do acórdão, ainda mais em ano eleitoral e com mudança de governo.

Reafirmo, assim, que nesse juízo de cognição sumária não se assenta o direito existente, mas sim a probabilidade daquele direito existir, acautelando-se, tão somente, os interesses públicos em jogo.

Sendo assim, sob óptica restrita do comprometimento da ordem pública administrativa, entendo presente, no caso, o grave prejuízo à prestação dos serviços públicos essenciais de educação, saúde e segurança pública no Estado de São Paulo.

Ante o exposto, sem prejuízo do reexame posterior da questão, **defiro a liminar para suspender os efeitos da decisão** formalizada nos autos de representação por inconstitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 20033663-93.2018.8.26.0000), em que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º, da Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 12 de janeiro de 2019.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Presidente

Documento assinado digitalmente

Parecer da Procuradoria Administrativa

PROCESSO: IAMSPE/05911/2017

INTERESSADO: SERVIÇO SOCIAL MÉDICO

PARECER: PA nº 58/2018

EMENTA: ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA (LAQUEADURA OU VASECTOMIA). PLANEJAMENTO FAMILIAR (ART. 226, §7º, CF). ÉTICA MÉDICA. Dúvida relacionada à aplicação da Lei nº 9.263/96, que trata do planejamento familiar. Conflito entre a liberdade de decisão do paciente e a possibilidade de que o médico responsável formule objeção de consciência (inc. IX, Cap. II, da Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009). Inviabilidade do hospital recusar a realização de laqueadura ou vasectomia, caso atendidas as condições previstas na Lei nº 9.263/96 e se inexistente impedimento relacionado à saúde do próprio indivíduo.

1. Os presentes autos são encaminhados a esta Procuradoria Administrativa por determinação do Senhor Subprocurador Geral Adjunto, área da Consultoria Geral, tendo em vista proposta formulada pela Consultoria Jurídica do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE, relativa ao esclarecimento de dúvidas quanto à aplicação da Lei nº 9.263/96, que regulamenta o direito ao planejamento familiar, previsto no artigo 226, §7º, da Constituição Federal.

2. O ofício inaugural, oriundo do Serviço de Planejamento Familiar do Hospital do Servidor Público (HSPE), aponta que o inciso IX, do Capítulo II, do Código de Ética Médica reserva ao médico o direito de recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames da sua consciência. Nesse contexto, narra caso concreto envolvendo paciente que desejava efetuar procedimento de vasectomia, o que lhe foi recusado, não obstante contasse com 25 (vinte e cinco) anos de idade e atendesse às condições previstas na Lei nº 9.263/96 para que a esterilização voluntária fosse conduzida. Indaga, por fim, se o HSPE, na qualidade de instituição pública, pode recusar a esterilização, se considerada inapropriada pela equipe médica; bem como, quais as implicações para o Hospital e para os profissionais envolvidos (fl. 03).

3. A Consultoria Jurídica do IAMSPE solicitou esclarecimentos adicionais à Comissão de Planejamento Familiar, a qual informou que (fls. 04/05): (i) ao manifestar o desejo de realizar o procedimento de esterilização (vasectomia ou laqueadura), os pacientes passam por curso de planejamento familiar, ministrado por médico, e entrevista com assistente social, previamente à análise dos casos concretos por equipe multidisciplinar; (ii) durante o curso, os pacientes são informados sobre os métodos contraceptivos reversíveis e definitivos; (iii) são avaliadas as características do casal quanto à eventual existência de contraindicações para o emprego de algum dos métodos contraceptivos; (iv) no caso de pacientes jovens, sem prole constituída, que desejem realizar procedimentos de anticoncepção definitiva, a Comissão tem sugerido avaliação psiquiátrica/psicológica para verificar risco de arrependimento, grau de amadurecimento da decisão e se não existem outros fatores psicológicos subjacentes. Com relação ao caso concreto citado como exemplo, a Comissão mencionou que o paciente era solteiro e rejeitava as outras opções de métodos contraceptivos sugeridos. Ressaltou, por fim, do ponto de vista médico, que, em casos similares, envolvendo pacientes jovens e sem filhos, há grande risco de arrependimento futuro; razão pela qual se considera não recomendável o uso de método irreversível.

4. O questionamento submetido pela Comissão de Planejamento Familiar do IAMSPE foi analisado no Parecer CJ/IAMSPE nº 9/2018¹ (fls. 09/14), no qual exaradas as seguintes conclusões:

“(a) a recusa de realização do procedimento de esterilização voluntária com fundamento no Código de Ética Médica com base no inciso VII dos Princípios Fundamentais (recusa de prestação de serviço por contrariedade dos ditames de sua consciência) não é possível ao Hospital do Servidor Público Estadual, que é um serviço de assistência médico hospitalar (...);

(b) a recusa pura e simples da realização da esterilização voluntária do paciente jovem e sem prole, presentes os demais requisitos legais (termo de consentimento e curso de planejamento familiar) contrasta com a redação do *caput* do artigo 10 da Lei Federal nº 9.263/96;

(c) o HSPE poderá recusar a realização de esterilização no caso concreto mediante a análise de diversos fatores relevantes à prestação da assistência médica, dentre os quais destaca-se indicação médica, prioridade de atendimento a outros pacientes em fila de espera e gestão de recursos;

(d) eventual discussão acerca do acerto da decisão que entender pela recusa de realização do procedimento de esterilização voluntária poderá

1 De autoria da Procuradora do Estado Deise Carolina Muniz Rebello Chostakovis.

ser discutida pelo interessado na esfera administrativa ou judicial frente à autarquia.”

5. Ao aprovar o opinativo a Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica do IAMSPE destacou, no entanto, as duas questões que considera centrais e passíveis de maior controvérsia: (i) a recusa pura e simples da esterilização de paciente jovem e sem prole, a despeito do atendimento dos requisitos previstos no artigo 10 da Lei nº 9.263/96, e; (ii) a possibilidade do HSPE negar a realização de procedimento de esterilização, mediante análise do caso concreto, como a indicação médica, filas de espera e gestão de recursos.

6. Com relação ao primeiro ponto, a chefia do órgão jurídico pondera que a recusa à esterilização voluntária baseada exclusivamente nestes dois elementos – pouca idade do paciente e ausência de filhos – não reflete a posição que tem sido majoritariamente acolhida pelo Tribunal de Justiça paulista. No que concerne à segunda hipótese de recusa, diverge, em parte, das conclusões exaradas no Parecer CJ/IAMSPE nº 9/2018, considerando possível a negativa do hospital sustentada em fatores de contraindicação médica; o que não ocorreria, porém, se os elementos para recusa envolvessem a gestão orçamentária, visto que o direito ao planejamento familiar é reconhecido pela Constituição Federal. Em razão da divergência, propõe o encaminhamento dos autos para análise pela Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria (fls. 15/17).

7. Preliminarmente à remessa dos autos, manifestou-se a área técnica da Autarquia para esclarecer que não há recusa na realização de esterilização voluntária por questões orçamentárias ou existência de filas (fl. 20).

É o relatório. Passamos a opinar.

8. Trata-se de dúvida jurídica, relacionada à aplicação da Lei nº 9.263/96, que regula o §7º do artigo 226 da Constituição Federal, e dispõe sobre o planejamento familiar.

9. A partir das manifestações lançadas no presente – incluindo o esclarecimento prestado pela área técnica do IAMSPE, no sentido de que não há recusa na realização de procedimentos de esterilização voluntária *por força de filas ou restrições orçamentárias* – constata-se que a controvérsia cinge-se ao *conflito entre o direito do paciente à realização de vasectomia ou laqueadura, e a recusa pelo médico responsável e pelo HSPE, sustentada em objeção de consciência formulada pelo primeiro*.

10. A chamada objeção de consciência é prevista, no Código de Ética Médica, como direito dos médicos, que podem “*recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência*” (inc. IX, Cap. II, da Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009).

11. Conquanto tenha sido feita referência a caso concreto, envolvendo paciente do sexo masculino, com mais de 25 (vinte e cinco) anos e sem prole constituída, a dúvida jurídica é submetida em tese. Para análise em tese, porém, é necessário tomar como *pressuposto a inexistência de qualquer tipo de contraindicação relacionada à saúde do paciente*, para a realização de vasectomia ou laqueadura, o que, evidentemente, deverá sempre ser avaliado caso a caso.

12. Isto posto, passa-se ao exame do disposto no §7º, do artigo 226, da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelecendo:

“Art. 226. (...)

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (g.n.)

13. Trata-se de *direito atrelado à liberdade e intimidade dos indivíduos*, bem como *visa a propiciar a paternidade responsável, em proteção ao direito das crianças e adolescentes*; atribuindo ao Estado competência para prover meios educacionais e científicos para que tal direito seja exercido. Ao comentar o conteúdo do dispositivo, MARIA CELINA BODIN DE MORAES e ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA² consignam:

“Aparentemente simples, o dispositivo do §7º do art. 226 afirma uma série de princípios. Em primeiro lugar, e acima de tudo, destina-se a evitar, coerentemente com os princípios fundamentais, que possam ser adotadas políticas coercitivas de esterilização, como já se havia proposto no passado. (...)

Em segundo lugar, ao vincular este direito ao princípio da ‘paternidade responsável’, o dispositivo visa mais uma vez a proteger a pessoa do filho, impondo limites à liberdade dos pais, quais sejam aqueles decorrentes da responsabilidade com a criação e o sustento da prole. Como não há responsabilidade sem liberdade, garante-se a liberdade de decisão de planejar a dimensão da família e dessa liberdade faz-se decorrer a responsabilidade parental de assisti-la material e moralmente. Desta ótica, por exemplo, o ‘direito de visita’ do genitor não guardião passa a ser entendido também como um ‘dever de convivência’.

O direito ao planejamento familiar, assim, é um direito a ser livremente exercido, mas apenas no sentido de não admitir qualquer ingerência de outrem, estatal ou privada, com vistas a restringi-lo ou condicio-

2 In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2122.

ná-lo, uma vez que a decisão sobre ter ou não prole, seu aumento ou redução vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos. O papel do Estado aqui, embora ativo, limita-se à função promocional de ‘propiciar recursos educacionais e científicos’ para seu exercício, de modo a que todos estejam suficientemente informados e conscientes das maneiras pelas quais podem exercê-lo, respeitados os limites legais.” (g.n.)

14. Por ocasião do julgamento do ADI 3510, que teve por objeto a chamada Lei de Biossegurança, envolvendo a realização de pesquisas científicas com a utilização de células-tronco, o acórdão proferido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal tangenciou o exame do direito constitucional ao planejamento familiar, reconhecendo a proteção à *autonomia da vontade dos indivíduos*. Consignou a ementa do julgamento:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. (...) **NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR.** (...)

...

V – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como ‘direito ao planejamento familiar’, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da ‘dignidade da pessoa humana’ e da ‘paternidade responsável’. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo ‘in vitro’ de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário**, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou ‘in vitro’. **De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à ‘liberdade’ (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, ‘fruto da livre decisão do casal’, é ‘fundado nos princípios**

da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável' (§7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do 'planejamento familiar' na citada perspectiva da 'paternidade responsável'. (...)” (g.n.)

15. Com o intuito de regulamentar o §7º, do artigo 226, da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 9.263/96, que dispõe sobre o planejamento familiar. Destaco, no que interessa à questão em debate, o conteúdo dos artigos 1º, 2º, 3º, 6º, 9º e 10, do referido diploma:

“Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o **conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.**

Parágrafo único – (...)

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único – As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I – a assistência à concepção e contracepção;

(...)

Art. 6º As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta Lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único – Compete à direção nacional do Sistema Único de Saúde definir as normas gerais de planejamento familiar.

(...)

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cien-

tificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o *caput* só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

Art. 10 Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I – em homens e mulheres com **capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou**, pelo menos, **com dois filhos vivos**, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciada à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II – risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressão manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do §1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

§6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

(...)” (g.n.)

16. Do exame do disposto no §7º do artigo 226 da Constituição Federal, interpretado em conjunto com os demais dispositivos da Lei Maior, em especial o artigo 1º, inciso III, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 5º, *caput* (liberdade) e inciso II (legalidade) e o artigo 196, que trata do direito à saúde (art. 196 CF), entendemos que, *atendidos os requisitos previstos na Lei nº 9.263/96 – inclusive o amplo esclarecimento quanto aos métodos contraceptivos disponíveis e suas implicações –, e inexistindo impedimento relacionado à saúde do paciente*, deverá ser reconhecido a este o direito de optar pelo método contraceptivo de sua preferência, ainda que resulte na esterilização voluntária.

17. Por força dos princípios que regem a Administração Pública, em especial a legalidade, cumpre reforçar a *necessidade de que as condicionantes fixadas na Lei nº 9.263/96 sejam efetivamente observadas*; como a oferta de métodos cientificamente aceitos; a capacidade civil plena do paciente e sua inequívoca manifestação de vontade; idade superior a vinte e cinco anos ou, pelo menos, dois filhos vivos; o fornecimento de informações e acesso aos diversos métodos existentes etc.

18. De outro lado, o registro existente nos autos dá conta que o IAMSPE adota diversas medidas para amplo esclarecimento dos pacientes, com objetivo de propiciar recursos educacionais para o exercício do direito ao planejamento familiar, como cursos, com informação sobre os métodos contraceptivos reversíveis e definitivos. São providos, também, recursos científicos, mediante a disponibilização de diversos métodos contraceptivos, análise das características do paciente quanto à eventual existência de contraindicações para o emprego de algum destes métodos, e até mesmo a sugestão de avaliação psiquiátrica/psicológica para verificar risco de arrependimento e grau de amadurecimento da decisão, no caso de métodos definitivos.

19. Nesse contexto, como apontou a Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica, Dra. MIRIAM REGINA CABRAL AURÉLIO, na manifestação que analisou o Parecer CJ/IAMSPE nº 9/2018:

“(...) a recusa pura e simples de realizar o procedimento de esterilização em paciente jovem e sem filhos ou em outros casos que o paciente preencha os requisitos legais, ... contrasta com o *caput* do artigo 10 da Lei Federal 9.263/96 e, parece-me, não reflete a posição majoritária dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como podemos constatar das decisões abaixo transcritas:

VOTO Nº 28466

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005413-20.2015.8.26.0664

COMARCA: Votuporanga APELANTE: Jaqueline de Oliveira

APELADO: o Juízo

Alvará judicial – Sentença que não autorizou a realização laqueadura tu-

bária – Requisitos do art. 10 da Lei 9.263/96 cumpridos – Inteligência dos artigos 196 e 226, §7º da Constituição Federal – Sentença reformada – Recurso provido.

(...)

Da análise da petição inicial dos autos depreende-se que a Requerente possui 29 anos de idade, comprovou ser mãe de dois filhos menores e não tem condições financeiras, tampouco interesse de ter outros filhos.

A Apelante assinou Termo de Declarações (fls. 13/14) na qual declarou ter ciência de outros métodos contraceptivos, sendo de sua livre vontade submeter-se a esterilização cirúrgica, por meio da laqueadura tubária, mas não tem condições de arcar com os custos dessa cirurgia.

Desta forma, adoto como fundamento o acórdão proferido no julgamento da Apelação 0001241-69.2014.8.26.0664 de minha relatoria, citado pelo ilustre representante do Ministério Público.

Observa-se que foram preenchidos todos os requisitos legais do artigo 10 da Lei Federal nº 9.263/96 que trata do Planejamento Familiar, que assim dispõe:

Nos termos da referida legislação, o planejamento familiar é o conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, para regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Acrescente-se, ainda, que o artigo 226, caput, e §7º, da Constituição Federal, estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado e o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva de instituições oficiais ou privadas.

Nesse sentido, é dever do Estado em sentido amplo promover o direito constitucional do indivíduo a ter pleno acesso aos meios que lhe proporcionem a saúde.

Neste ponto, já decidi este Colendo Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL Alvará judicial – Sentença que autorizou a Fazenda do Estado a realizar laqueadura tubária na autora. Requisitos do art. 10 da Lei 9.263/96 atingidos no decorrer do processo – Inteligência dos artigos 196 e 226, §7º da Constituição Federal. Sentença mantida – Recurso desprovido. (Apelação nº 0000433-57.2013.8.26.0128. 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Eduardo Gouvêa. São Paulo, 24 de fevereiro de 2014)

APELAÇÃO EM ALVARÁ JUDICIAL. Pedido para realizar cirurgia de esterilização voluntária por meio da laqueadura tubária. Possibilidade. A família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado e o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. A autora preenche os requisitos legais da Lei Federal nº 9.263/96 que trata do Planejamento Familiar. Inteligência do artigo 226, caput, e §7º, da Constituição Federal.’

‘VOTO Nº 24.571

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001241-69.2014.8.26.0664

COMARCA: São Paulo

APELANTE: Ministério Público do Estado de São Paulo

APELADO: o Juízo

Alvará judicial – Sentença que não autorizou a realização laqueadura tubária – Requisitos do art. 10 da Lei 9.263/96 cumpridos – Inteligência dos artigos 196 e 226, §7º da Constituição Federal – Sentença reformada – Recurso provido’ (grifo nosso)

(...)” (g.n.)

20. Assim, uma vez atendidas as condicionantes da Lei nº 9.263/96, e se inexistente impedimento relativo à saúde do paciente, consideramos que o IAMSPE não poderá se recusar a realizar procedimentos de vasectomia ou laqueadura, ante o direito garantido pelo artigo 226, §7º, da Constituição Federal.

21. Registro que a Associação Nacional de Defensores Públicos ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5097), perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da qual questiona a validade jurídico-constitucional do §5º do artigo 10 da Lei nº 9.263/96, visto que tal dispositivo estabeleceu condicionante, *na vigência da sociedade conjugal*, para a realização de procedimento de esterilização, consistente no consentimento de ambos os cônjuges. A demanda ainda não foi julgada, porém não interfere na conclusão sintetizada no item anterior, relacionada ao objeto da consulta formulada.

22. Cabe notar, no entanto, que, como não foi suspensa a eficácia do dispositivo inquinado de inconstitucional (§5º, do art. 10, da Lei nº 9.263/96), o mesmo permanece aplicável, devendo ser observado pela Administração, por força do princípio da legalidade; salvo decisão judicial que venha a ser proferida em sentido contrário.

23. Ainda quanto à ADI 5097, anoto que o parecer exarado pela Procuradoria Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação direta, sob o fundamen-

to de ilegitimidade ativa da associação autora; porém, *quanto ao mérito, por sua procedência*. Conquanto – como dito anteriormente – o objeto da ação não interfira diretamente na questão central posta em discussão no presente, peço licença para transcrever trecho do opinativo elaborado pelo *Parquet*, vez que as razões de mérito reforçam a conclusão desenvolvida neste opinativo, no sentido da autonomia do paciente para decisão quanto a submeter-se a procedimento contraceptivo que resulte em sua esterilização:

“(…)

Decisões referentes a gerar prole ou não, inseridas no direito ao planejamento familiar, e este próprio, deverão ser exercidas sem restrições ou condicionantes incompatíveis com as garantias constitucionais, por estarem estritamente ligadas à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos, além de à autonomia de sua vontade e ao direito à saúde.

Planejamento familiar existirá também nos casos em que a família optar por não ter filhos biológicos. Mesmo após esterilização voluntária ou ante incapacidade para reprodução, podem os membros da família optar por filhos, por meio de adoção. **Esterilização voluntária não inviabiliza planejamento familiar. É tão legítima quanto qualquer outra a decisão de não gerar descendência biológica**, mas adotar crianças para constituir o ente familiar.

Por conseguinte, esterilização voluntária realizada por vontade única daquele que se submeterá ao procedimento cirúrgico, ou seja, sem consentimento do cônjuge ou companheiro(a), não se incompatibiliza com o planejamento familiar, tutelado pelo art. 226, §7º, da CR.

(…)

A ordem constitucional impõe ao Estado o dever de desenvolver instrumentos que priorizem as manifestações de vontade daqueles que formem núcleo familiar. Nesse campo, **não lhe cabe tolher ou rechaçar escolhas legítimas feitas pelos indivíduos capazes, como seres autodeterminantes que são**, sob propósito de resguardar a família (até porque o próprio art. 2º, parágrafo único, da lei prevê as ações ali previstas não podem ser empregadas para controle demográfico). **Incumbe-lhe promover mecanismos que possibilitem o êxito das escolhas dos cidadãos, tanto no sentido da reprodução, quanto no da esterilização, consoante a parte final do art. 226, §7º, da CR.**

(…)

III.3 Autodeterminação como expressão da dignidade humana. Planejamento familiar e liberdade individual.

A dignidade do ser humano, consagrada pelo art. 1º, III, da Constituição da República, revela-se, entre outras perspectivas, na capacidade de autodeterminação da vontade, a qual, por sua vez, é componente da liberdade humana. Materializada estará a dignidade humana na medida em que se garanta ao indivíduo conduzir-se segundo o próprio entendimento.

(...)

A dignidade humana fundamenta o sistema positivo de normas e, portanto, serve de vetor de interpretação para os demais preceitos contidos na Constituição da República. Uma das dimensões fundamentais da dignidade é o direito à liberdade, que se manifesta pela autodeterminação.

Nessa linha de raciocínio, faz-se necessário revisitar o art. 226, §7º, da CR, nos termos do qual, 'fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas'.

Planejamento familiar é, sem dúvida, decisão autônoma das famílias, mas, em passo antecedente, se funda nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. **O planejamento familiar extrai-se da dignidade do ser humano e de direitos fundamentais essenciais, como o direito à intimidade e à saúde**, em suas várias dimensões (física, mental, sexual etc.). **Por isso, o exercício do direito ao planejamento familiar não pode ser interpretado de modo a limitar o direito que lhe dá suporte de validade, que tem por facetas a disposição do próprio corpo e a liberdade de reprodução.**

INGO SARLET, ao analisar o conteúdo e o alcance jurídico-normativo do princípio da dignidade humana, no aspecto pertinente à autodeterminação, ou seja, à possibilidade de a pessoa determinar-se conforme sua vontade, na compreensão do Supremo Tribunal Federal, observa:

Para além das dimensões já apresentadas e em diálogo com as mesmas, [é] indispensável compreender – até mesmo pela relevância de tal aspecto para os direitos e deveres humanos e fundamentais – que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta por estar em causa simultaneamente a expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.

(...)

Entendimento de que a decisão de esterilização deve partir de ato voluntário, informado e autônomo é também a posição das agências do sistema das Nações Unidas que lidam com o tema, como se vê de declaração conjunta divulgada em 2014. Nela, entre os princípios para o fornecimento de serviços médicos de esterilização, se defende o seguinte:

Autonomia na decisão

Respeito à dignidade e à integridade física e mental de uma pessoa incluem propiciar-lhe a oportunidade de fazer escolhas reprodutivas autônomas (40, §22; 114, art. 23; 167, art. 16). O princípio da autonomia, expressado mediante decisão integral, livre e informada, é tema central na Ética Médica e é incorporado ao regime dos Direitos Humanos (168, 169). As pessoas devem estar aptas a escolher e a recusar a esterilização. Respeitar a autonomia exige que qualquer orientação, aconselhamento ou informação dada por profissionais de saúde, por outros profissionais e por membros da família deve ser não compulsória (119), de forma a permitir aos indivíduos tomar decisões que sejam as melhores para si, com o conhecimento de que esterilização é procedimento permanente e de que outros métodos não permanentes de controle da fertilidade são disponíveis. [...]

Exigir consentimento ou autorização de terceiro (inclusive de cônjuge, parceiro, profissional médico ou autoridade) para esterilização contraceptiva compromete a capacidade de decidir e o desfrute de direitos humanos. Ao decidir a favor ou contra esterilização, um indivíduo não deve ser induzido por incentivos ou forçado por ninguém, independentemente de esta pessoa ser cônjuge, parente, membro da família, guardião, profissional de saúde ou autoridade (28; 36, §20; 114, art. 25; 136, §38; 164; 171, §20; 172, §§31 e 32; 173, §22).

Em suma, o exercício da liberdade e da disponibilidade física do corpo do indivíduo não deve depender de consentimento de terceiros, sob pena de ser, sem justificativa legítima, severamente debilitado.

(...)” (g.n.)

24. Dessa forma, uma vez atendidos os requisitos previstos na Lei nº 9.263/96, e inexistindo óbice relacionado à saúde do paciente, deverá ser respeitada sua autonomia para decidir livremente quanto à realização de procedimento contraceptivo, ainda que resulte em sua esterilização voluntária. Em observância ao disposto no artigo 226, §7º da Constituição Federal e na Lei nº 9.263/96, o IAMSPE deverá proporcionar os meios para garantir o direito ao planejamento familiar.

25. Observo, ainda que, ante o esclarecimento da área técnica da autarquia, acerca da inexistência de recusas fundadas na gestão de recursos ou filas, consideramos inexistir controvérsia quanto a este ponto.

26. Por fim, quanto a eventual objeção de consciência, manifestada por médico da autarquia para realização de vasectomia ou laqueadura, considerando, por exemplo, o risco de superveniente arrependimento do paciente; entendemos que tal circunstância não deverá inviabilizar o exercício do direito constitucionalmente garantido ao planejamento familiar, se atendidos os requisitos da Lei nº 9.263/96 e inexistentes impedimentos relacionados à saúde do interessado.

27. Convém observar que o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - CREMESP já pontuou, no Parecer nº 151.842/2016, que o direito à objeção de consciência não é absoluto. A consulta que ensejou a manifestação do CREMESP tratou, entre outros pontos, da possibilidade de alegação de objeção de consciência em hipótese legalmente autorizada para aborto, consignando que:

“(…)

Entendemos que um médico somente pode invocar ser um objetor de consciência quando sua solicitação de recusa a realizar uma atividade ou prestar um serviço, entre outras, com a alegação de que realizá-lo iria contra suas mais íntimas e profundas convicções e seja incompatível com seus princípios religiosos, filosóficos, morais e éticos de sua consciência.

É preciso existir um balanço entre a garantia da integridade profissional e a necessidade e interesses dos pacientes.

A Tese do renomado bioeticista Wicclair estabelece três pressupostos para o exercício da objeção de consciência:

- 1) A Objeção de consciência não pode impedir a implementação de serviços;
- 2) Não pode ser barreira ao acesso a um direito legal de saúde nem fazer discriminação;
- 3) Não pode impedir a que outros estejam dispostos a cumprir a Lei.

Estamos claramente diante de direitos em tensão: direito de liberdade de consciência, pensamento e religião versus os direitos fundamentais a vida, a saúde, autonomia e dignidade.

Assim sendo, entendo que sim há limites para o exercício da objeção de consciência por parte dos médicos, devendo para invocá-la ter certeza de que se vai evitar danos ou agravo à saúde, brindar informação completa sobre seu estado de saúde, inclusive sobre os direitos legais de interrupção da gravidez à paciente e os motivos de sua objeção. Deve-se sempre fazer a referência a uma instituição previamente contatada pelo objetor para ter a

certeza de que a paciente venha a ter acolhida sua solicitação. Entendemos como boa norma a notificação antecipada de sua objeção de consciência por parte do médico ao diretor clínico da instituição que deverá providenciar profissional não objeter quando houver necessidade.

Ainda, **somente poderá alegar objeção de consciência, aquele que tem consciência, ou seja, o indivíduo; não podendo hospital, instituições alegarem objeção** mormente as credenciadas pelo SUS, visto terem a obrigação de executarem todos os programas e dar acesso a todos os direitos de saúde.

(...)” (g.n.)

28. A atuação dos médicos e supervisão da ética profissional é orientada pelo Conselho Federal de Medicina e pelos respectivos Conselhos Regionais. Não logramos localizar, nos autos, orientação ou manifestação destes órgãos acerca da hipótese tratada. Em pesquisa realizada, detectamos a Resolução CFM nº 1901/2009, que estabeleceu normas éticas para a esterilização cirúrgica masculina, reiterando a necessidade de observância do disposto na Lei nº 9.263/96, em especial a capacidade civil plena do paciente, a manifestação de vontade registrada em prontuário e a observância de prazo de 60 (sessenta) dias posteriores a tal manifestação para a realização do ato. A Resolução prevê também a necessidade de que o médico esteja habilitado para efetuar procedimento de reversão; não tendo restado claro, para a signatária, os exatos termos em que esta última orientação tem sido aplicada. Não detectamos pareceres exarados pelo Conselho Regional Paulista³, observando, contudo, que as ferramentas de busca não podem garantir com segurança a inexistência de manifestação sobre a matéria. Caso haja interesse no aprofundamento da análise quanto à conduta médica, seria relevante que a instrução fosse complementada, inclusive mediante a prévia formulação de consulta específica aos órgãos competentes.

29. De toda sorte, consideramos que, caso médico do IAMSPE manifeste objeção de consciência quanto à realização da laqueadura ou vasectomia, a despeito de estarem atendidos os requisitos da Lei nº 9.263/96 e de inexistirem impedimentos relacionados à saúde do paciente, deverá ser indicado outro profissional na Autarquia, garantindo-se o exercício do direito ao planejamento familiar.

3 No Processo-consulta CRM/DF nº 65/2017, por exemplo, o Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal exarou o Parecer CRM/DF nº 20/2018 concluindo pela **inexistência de impedimento legal ou ético para a realização de vasectomia em pacientes maiores de 25 (vinte e cinco) anos, ainda que não tenham prole constituída, “desde que haja sua livre manifestação, seja observado o prazo legal de 60 (sessenta) dias entre tal manifestação de vontade e o ato, estando o paciente em capacidade civil plena”**. O fundamento foi o atendimento dos requisitos previstos na Lei nº 9263/96.

30. Por todo o exposto, concluímos, em síntese, que, uma vez atendidas as condicionantes da Lei nº 9.263/96, e se inexistente impedimento relativo à saúde do paciente, o IAMSPE não poderá se recusar a realizar procedimentos de vasectomia ou laqueadura, ante o direito garantido pelo artigo 226, §7º, da Constituição Federal.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 14 de novembro de 2018.

LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 120.706

PROCESSO: IAMSPE/05911/2017
INTERESSADO: SERVIÇO SOCIAL MÉDICO
ASSUNTO: Orientação jurídica referente realização de esterilização me-
morando ssm nº 36/2017
PARECER: PA nº 58/2018

De acordo com o **Parecer PA nº 58/2018**.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria Geral.

P.A., em 23 de novembro de 2018.

SUZANA SOO SUN LEE
Procuradora do Estado Chefe Substituta da
Procuradoria Administrativa
OAB/SP nº 227.865

PROCESSO: IAMSPE/05911/2017
INTERESSADO: SERVIÇO SOCIAL MÉDICO
ASSUNTO: Orientação jurídica referente realização de esterilização memorando ssm nº 36/2017
PARECER: PA nº 58/2018

1. Estou de acordo com o entendimento exposto no **Parecer PA nº 58/2018**, que contou com a aprovação da Chefia da Procuradoria Administrativa.
2. Ao Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

SubG-Consultoria, 17 de dezembro de 2018.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Subprocuradora Geral
da Área da Consultoria Geral

PROCESSO: IAMSPE/05911/2017

INTERESSADO: SERVIÇO SOCIAL MÉDICO

ASSUNTO: Orientação jurídica referente realização de esterilização memorando ssm nº 36/2017

1. Aprovo o **Parecer PA nº 58/2018**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.
2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 28 de dezembro de 2018.

JUAN FRANCISCO CARPENTER
Procurador Geral do Estado

Consultoria

1) ESTAGIÁRIOS. PLANO DE SAÚDE. Licitações realizadas pela ARTESP e ARSESP para contratação de serviço especializado em plano de saúde para seus servidores (PA nº 14/2013) e estagiários. Dúvida quanto à necessidade de previsão em lei estadual para que este benefício seja estendido a estagiários. Inexistência de vínculo empregatício ou funcional na relação de estágio (PA-3 nºs 65/00 e 160/02; e PA nº 199/07); sendo inaplicáveis aos estagiários os dispositivos constitucionais que cuidam dos servidores públicos (PA nº 199/2007). Lei federal nº 11.788/2008, que disciplina a relação de estágio, inclusive na Administração direta, indireta e fundacional dos Estados (PA nº 84/2009). Prevista a facultatividade da concessão de benefícios relacionados a saúde no art. 12, §1º Lei nº 11.788/2008. Desnecessária edição de lei estadual para instituir plano de saúde para estagiários da ARTESP e ARSESP, ante a inexistência de vínculo empregatício ou funcional. (Parecer PA 57/2018 – O Procurador Geral do Estado, em 27/12/2018, deixou de aprovar o Parecer PA nº 57/2018, nos termos das ponderações externadas pela chefia da Procuradoria Administrativa)

2) VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Prêmio de Desempenho Individual (PDI). Lei Complementar nº 1.158, de 2 de dezem-

bro de 2011, regulamentada pelo Decreto estadual nº 57.781, de 10 de fevereiro de 2012. Avaliação de desempenho individual. Regulamentação dada pelo Decreto estadual nº 57.780, de 10 de fevereiro de 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. Precedente: Parecer PA nº 30/2017. A avaliação de desempenho individual poderá ser aplicada aos servidores que registrarem ao menos 180 dias de efetivo exercício, ficto ou real, no ciclo de desempenho (art. 11, §§ 1º e 3º, do Decreto estadual nº 57.780/2012). A concessão do PDI observará a atuação pessoal do servidor no desempenho de suas atividades (art. 5º da LCE nº 1.158/2011). Caso o produto final da avaliação seja inferior a 50%, excepcionalmente o PDI será concedido na ordem de 50% nas hipóteses em que o servidor conte com ao menos 2/3 (dois terços) de efetivo exercício no ciclo de desempenho e não registre nenhuma penalidade neste período (art. 3º, § 1º, Decreto estadual nº 57.781/2012). (Parecer PA 49/2018 – Aprovado parcialmente, nos termos da manifestação da chefia da Procuradoria Administrativa, em 28/12/2018)

3) SERVIDOR TRABALHISTA. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. Artigo 129 da Constituição Estadual. Norma dependente de integração legisla-

tiva para sua eficácia. Precedentes: PA-3 108/2000, PA 249/2005, PA 69/2007, PA 65/2010, Parecer PA 81/2016. A Lei Complementar nº 180/78 outorgou o benefício aos servidores dos quadros da administração centralizada e autárquica submetidos à disciplina da Consolidação das Leis do Trabalho. Despacho Normativo do Governador de 17 de maio de 1985. Precedentes: PA 181/2005, PA 140/2008, PA 142/2011 e PA 96/2013. (Parecer PA 64/2018 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 28/12/2018)

4) PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPUTAÇÃO DE ILÍCITO DISCIPLINAR CORRESPONDENTE À PRÁTICA DE ATO DEFINIDO COMO CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Advento de decisão judicial absolutória, decorrente do reconhecimento da atipicidade da conduta imputada – artigo 386, III, do Código de Processo Penal. Hipótese que não se enquadra dentre as exceções à incomunicabilidade das instâncias criminal e disciplinar – artigo 65, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar Estadual nº 207/1979, e artigo 65, do Código de Processo Penal. Nítida distinção entre tipicidade penal e disciplinar, que tutela bens jurídicos diversos. Prescrição da pretensão punitiva disciplinar que se regula pela prescrição em abstrato da pena criminal. Ausência de repercussão da sentença penal absolutória sobre o cálculo do prazo da prescrição disciplinar. Jurisprudência dominante. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 81/1998, 120/1999, 91/2001, 257/2003, 306/2003, 329/2003, 353/2003 e 463/2003 e Pareceres PA

nº 92/2004, 221/2004, 168/2007, 129/2011 e 76/2014. (Parecer PA 59/2018 – Aprovado pela Procuradora Geral do Estado em 09/01/2019)

5) VANTAGENS PECUNIÁRIAS. PRÊMIO DE INCENTIVO (PIN).

Vantagem pecuniária criada pela Lei Estadual nº 8.975/1994 e regulamentada pelo Decreto Estadual nº 41.794/1997, em benefício dos servidores em exercício na Secretaria da Saúde e autarquias a ela vinculadas, mediante avaliação de fatores indicativos do incremento da produtividade e do aprimoramento da qualidade dos serviços e das ações executadas. Normas que atribuem competência ao Secretário de Estado da Saúde para traçar os parâmetros das avaliações de desempenho dos servidores e fixar critérios para a quantificação do Prêmio de incentivo, assim viabilizando a efetiva caracterização do direito a tal vantagem. Servidores do quadro do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Marília (HCFAMEMA), autarquia vinculada à Secretaria da Saúde nos termos do art. 1º da Lei Complementar nº 1.262/2015, que em tese fazem jus à percepção do PIN. Necessidade de prévia disciplina do tema em resolução do Secretário da Saúde. Recomendável a remessa dos autos à Coordenadoria de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Saúde, para esclarecimentos quanto à existência de ato normativo do titular da pasta que contemple o pagamento de PIN ao Superintendente da Autarquia. (Parecer PA 2/2019 – Anuência pela Subprocuradora Geral da Área da Consultoria Geral em relação à proposta de diligência, em 16/02/2019)

Elaborados com base nos informativos divulgados pelo Supremo Tribunal Federal¹

PLENÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Processo objetivo: prazos e Fazenda Pública

Não se conta em dobro o prazo recursal para a Fazenda Pública em processo objetivo, mesmo que seja para interposição de recurso extraordinário em processo de fiscalização normativa abstrata.

Ao reafirmar esse entendimento, o Plenário, por maioria, negou provimento a dois agravos regimentais apreciados em conjunto. Na espécie, um dos recursos pugnava pela tempestividade de recurso extraordinário com agravo e o outro, pela tempestividade de agravo interno interposto de decisão em que deferida medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade.

Para tanto, o Colegiado levou em consideração a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal (STF).

O ministro Alexandre de Moraes salientou que o tratamento diferenciado diz respeito à defesa dos interesses subjetivos, e não se aplica ao processo objetivo. A natureza objetiva afasta a prerrogativa da Fazenda Pública.

Por sua vez, o ministro Edson Fachin enfatizou que o tratamento isonômico na matéria, além de ser consentâneo com a orientação jurisprudencial, decorre do princípio republicano.

Já o ministro Luiz Fux assinalou que a Fazenda Pública, no caso do recurso extraordinário, é representante da unidade federativa onde há a declaração de inconstitucionalidade da lei por ela editada; logo, tem contato direto com a questão, e não se justifica o prazo em dobro.

1 Elaborado com base no informativo 929 do STF

Segundo o ministro Gilmar Mendes, o próprio Código de Processo Civil (CPC), em parágrafo específico, faz menção à inaplicabilidade desses prazos aos procedimentos especiais.

O ministro Celso de Mello frisou que a norma inscrita no art. 188 do CPC/1973 (1), hoje consubstanciada no art. 183 do CPC/2015 (2), não se aplica ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade. Isso, inclusive para efeito de interposição de recurso extraordinário em ação instaurada perante tribunal de justiça com fundamento no art. 125, § 2º, da Constituição Federal (CF) (3). Essa diretriz jurisprudencial reflete o entendimento de que o processo de fiscalização normativa abstrata ostenta ordinariamente posição de autonomia em relação aos institutos peculiares aos processos de índole meramente subjetiva. O direito processual constitucional é autônomo, regido por princípios próprios, em que são afastados os interesses meramente subjetivos.

Vencidos os ministros Dias Toffoli (presidente) e Marco Aurélio, que deram provimento aos agravos, uma vez que entenderam ser aplicável o prazo em dobro.

(1) CPC/1973: “Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.”

(2) CPC/2015: “Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.”

(3) CF: “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

ADI 5814 MC-AgR-AgR/RR, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 6.2.2019. (ADI-5814)

ARE 830727 AgR/SC, rel. orig. Min. Presidente, red. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 6.2.2019. (ARE-830727)

DIREITO CONSTITUCIONAL – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE***ADI: citação e competência legislativa***

O Plenário iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face do art. 7º, III, da Lei Complementar mineira 30/1993, que dispõe competir ao procurador-geral do estado receber citação e comunicação referente a qualquer ação ou processo ajuizado contra o estado-membro ou sujeito à intervenção da procuradoria.

O ministro Alexandre de Moraes (relator) julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade formal do preceito impugnado. Para ele, citação é matéria de direito processual, cuja competência legislativa é da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal (CF). Não é questão procedimental ou de auto-organização, até porque ela inicia a relação entre autor e réu.

O relator observou, ainda, que o § 3º (1) do art. 242 do Código de Processo Civil (CPC) determina a citação de estados e municípios pelo órgão de advocacia pública, e não pela chefia.

Por fim, avaliou que, se o estado-membro puder disciplinar citação, também poderá tratar de intimação.

Em seguida, o julgamento foi suspenso com o pedido de vista da ministra Cármen Lúcia.

(1) CPC/2015: “Art. 242. A citação será pessoal, podendo, no entanto, ser feita na pessoa do representante legal ou do procurador do réu, do executado ou do interessado. (...) § 3º A citação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público será realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial.”

ADI 5773/MG, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 6.2.2019.
(ADI-5773)

DIREITO CONSTITUCIONAL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Competência concorrente e proteção ao consumidor

O Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face do art. 2º, I, da Lei 7.574/2017 do estado do Rio de Janeiro. O dispositivo em questão obriga as empresas prestadoras de serviços de televisão a cabo, por satélite ou digital, a fornecerem previamente ao consumidor informações sobre a identificação dos profissionais que prestarão serviços na sua residência.

A Corte afirmou não ser a Federação apenas um mecanismo de distribuição de competências e rendas, mas também de desconcentração do poder político e, como tal, um instrumento para estimular a democracia.

Antes de ter-se como inconstitucional determinada norma que, aparentemente, se insere na competência normativa de outro ente, deve-se proceder a uma leitura sistemática e teleológica da Constituição Federal (CF).

No caso, o valor constitucional tutelado primariamente pela norma impugnada não é o serviço de telecomunicações em si, mas a própria segurança do consumidor. O ato normativo impugnado estabelece uma obrigação de fazer, ou seja, uma obrigação de prestação positiva, que é informar ao consumidor. Tratando-se de matéria sujeita à competência concorrente (CF, art. 24, V (1), mostra-se legítima a atividade legislativa do estado-membro ao ampliar as garantias dos consumidores. Assim, não há que se falar em invasão da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações.

Vencidos os ministros Alexandre de Moraes (relator), Gilmar Mendes e Dias Toffoli (presidente), que julgaram procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações.

(1) CF: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) V – produção e consumo;”

ADI 5745/RJ, rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 7.2.2019. (ADI-5745)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO LIQUIDAÇÃO/CUMPRIMENTO/EXECUÇÃO

Fazenda Pública e fracionamento de execução de honorários advocatícios

O Plenário, por maioria e em conclusão de julgamento, deu provimento aos embargos de divergência para determinar que a execução dos honorários advocatícios se dê de forma una e indivisa.

No caso, discutiu-se a possibilidade de execução fracionada contra a Fazenda Pública de honorários advocatícios fixados em ação proposta em regime de litisconsórcio ativo facultativo. Com o trânsito em julgado da sentença, foram promovidas tantas execuções quantos eram os litisconsortes. Considerado o valor de cada execução, postulou-se o pagamento por meio de Requisição de Pequeno Valor (RPV).

O acórdão ora embargado, proferido pela Primeira Turma deste Tribunal, manteve a decisão monocrática do ministro Edson Fachin (relator). O ministro deu provimento ao recurso extraordinário, reformando o acórdão de origem, para reconhecer a possibilidade de pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais sobre o crédito proporcional à fração de cada um dos litisconsortes facultativos na forma de requisição de pequeno valor, se couber, ou de precatório.

No entanto, para o Colegiado, os honorários sucumbenciais não se confundem com o crédito dos patrocinados. Inexiste, aqui, a pluralidade de autores, de titulares do crédito, ou seja, não há litisconsórcio. A quantia devida a título de honorários advocatícios é uma só, fixada de forma global, e consiste em título a ser executado de forma una e indivisível.

O fato de o patrono ter atuado em causa plúrima não torna plúrimo também o seu crédito. A verba advocatícia é única, visto ser calculada sobre o montante total devido, ainda que esse consista na soma de vários créditos unitários. Como se trata de credor e devedor único, não há como parcelar o débito, sob pena de gerar desequilíbrio e frustração do que está determinado no art. 100 (1) da Constituição Federal (CF), prejudicando-se a Fazenda.

A verba honorária goza de autonomia em relação ao crédito principal, podendo ser destacada do montante da execução. Assim, o fracionamento dessa parcela caracteriza, indubitavelmente, hipótese vedada pelo art. 100, § 8º (2), da CF. Essa mesma conclusão foi adotada pela Segunda Turma deste Tribunal no julgamento do [RE 949.383](#).

O argumento de que o litisconsórcio facultativo simples representa, na verdade, várias causas cumuladas não pode ser utilizado para justificar a legitimidade do fracionamento da execução dos honorários advocatícios sucumbenciais se a condenação à verba honorária, no título executivo, tiver sido global, ou seja, tiver buscado remunerar o trabalho conjunto prestado pelo causídico aos litisconsortes.

Vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento aos embargos. Para eles, é possível a execução fracionada dos honorários advocatícios sucumbenciais constituídos em processo com litisconsortes facultativos no polo ativo da relação jurídica processual, tendo como devedora a Fazenda Pública.

O litisconsórcio facultativo no polo ativo permite que vários sujeitos deduzam suas respectivas pretensões em um único processo, com evidente economia processual e menor desgaste da máquina do Poder Judiciário. Todavia, isso não descaracteriza o direito autônomo de cada um dos litisconsortes, notadamente quando se trata de direito de crédito. Tanto é que, conquanto se tenha um único processo, cada litisconsorte ativo recebe específica tutela jurisdicional, compatível com o bem jurídico que lhe deva ou não ser reconhecido.

Assim também se constitui o crédito dos honorários sucumbenciais, pois sua existência está diretamente ligada à vitória de cada um dos litisconsortes. Não se pode tomar como único o crédito em favor do advogado, de natureza sucumbencial, ao singelo argumento processual de que fora arbitrado pelo magistrado de forma única na sentença em que foram constituídos créditos autônomos a favor de cada um dos litisconsortes por ele representados processualmente.

A autonomia dos créditos de titularidade dos litisconsortes, que legitima a execução fracionada, conduz ao mesmo tratamento com relação aos honorários sucumbenciais. O advogado não pode ser prejudicado, na hora da execução de seus honorários, porque optou pelo mais racional e mais célere, em contribuição à própria prestação jurisdicional.

(1) CF: “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

(2) CF: “Art. 100. (...) § 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo. ”

RE 919269 ED-EDv/RS, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 7.2.2019. (RE-919269)

ARE 930251 AgR-ED-EDv/RS, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 7.2.2019. (RE-930251)

ARE 797499 AgR-EDv/RS, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 7.2.2019. (ARE-797499)

RE 919793 AgR-ED-EDv/RS, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 7.2.2019. (RE-919793)

DIREITO CONSTITUCIONAL – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE***Regime jurídico: opção retroativa e transmutação***

O Plenário, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra os arts. 6º, parágrafo único, e 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição (ADCT) do estado do Rio Grande do Sul e contra a Lei estadual 9.123/1990, que os regulamenta.

O art. 6º do ADCT estadual assegura aos empregados da ex-Companhia de Energia Elétrica Rio-Grandense (CEERG) o direito de optar retroativamente pelo regime jurídico mais favorável, apenas para fins de contagem de tempo de serviço para a aposentadoria. Já o art. 7º reconhece como servidores autárquicos da então Comissão Estadual de Energia Elétrica (CEEE) todos os empregados admitidos até 9 de janeiro de 1964 não detentores dessa condição.

O Colegiado entendeu que os dispositivos impugnados não modificaram de forma retroativa o regime jurídico do pessoal de obras ou dos trabalhadores encampados oriundos da CEERG, mas apenas revestiram de segurança jurídica situação regulada pelo art. 12 da Lei estadual 4.136/1961 (1), preexistente à Constituição Federal de 1988 (CF/1988). Esse diploma legal garantiu que fossem incorporados aos contratos de trabalho dos então funcionários da CEEE os direitos relativos ao regime funcional anterior, aplicado até janeiro de 1964, quando a autarquia foi convertida em sociedade de economia mista.

O Plenário, inicialmente, afirmou, mediante análise cronológica das alterações da natureza jurídica e do quadro de pessoal da CEEE, estar diante de uma situação complexa consolidada há décadas. Em seguida, afastou as apontadas inconstitucionalidades.

Para isso, considerou inexistir violação do art. 22, I (2), da CF/1988, haja vista que as normas atacadas se revestem de natureza administrativa, o que afasta a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho. Elas tratam de regulamentação da relação jurídica mantida entre a administração pública e seus funcionários antes mesmo da conversão do regime jurídico.

Ressaltou, ainda, que os empregados ex-autárquicos da CEEE, sujeitos ao regime celetista, aposentam-se pelo Regime Geral da Previdência. Em sua maioria, as controvérsias examinadas pela Justiça do Trabalho dizem respeito às diferenças de complementação de aposentadoria, tendo por escopo a incorporação de direitos relativos aos servidores autárquicos, como, por exemplo, a aplicação da Lei 3.096/1956, que garante a paridade entre proventos e vencimentos dos servidores em atividade.

Da mesma forma, não vislumbrou a citada ofensa ao art. 61, § 1º, II, c (3), da CF/1988, porque não usurpada a iniciativa do chefe do Poder Executivo para dispor sobre servidores públicos e seu regime jurídico. O poder constituinte estadual conferiu natureza constitucional à normatização da relação jurídica preexistente à transformação da natureza jurídica da CEEE dentro dos limites de auto-organização conferidos pelo art. 25 da CF/1988.

O Colegiado rejeitou, também, o suposto desrespeito aos arts. 37, II (4), e 173, § 1º (5), da CF/1988, haja vista a incolumidade do princípio do concurso público. Não se trata de ingresso originário no serviço público na vigência da CF/1988. Trata-se de trabalhadores que prestaram serviço até 9 de janeiro de 1964, período muito anterior à Constituição Federal vigente.

Por fim, afastou a alegada incompatibilidade entre a Lei estadual 9.123/1990 e o art. 5º, XXXVI, da CF/1988, em razão da jurisprudência da Corte no sentido de que a autoridade da coisa julgada, nas relações jurídicas de trato continuado, opera sob a cláusula *rebus sic stantibus*. O reconhecimento da condição de ex-autárquicos aos antigos trabalhadores da CEEE, pela Assembleia Constituinte do Estado do Rio Grande do Sul, como medida endereçada a dirimir controvérsias e a assegurar igualdade entre empregados na mesma situação, constitui elemento suficiente para delimitar os efeitos de coisa julgada formada em sentido contrário.

Vencidos os ministros Dias Toffoli (relator), Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, que julgavam procedentes as ações por reputar violados os arts. 37, II, 173, § 1º, da CF/1988 e o art. 19 do ADCT (6).

Para eles, a intenção dos dispositivos impugnados foi a de conferir retroativamente direitos estatutários aos empregados admitidos pela então CEEE como pessoal de obras, contratados à época pela autarquia já sob regime de direito privado, e não como servidores estatutários.

(1) Lei 4.136/1961: “Art. 12. Os atuais servidores autárquicos da Comissão Estadual de Energia Elétrica, compreendendo os do quadro e os contratados, inclusive os não enquadrados, dos serviços encampados de eletricidade de Porto Alegre e de Canoas, passarão a ser empregados da Companhia, respeitados integralmente os seus direitos, vantagens e prerrogativas, já adquiridos ou em formação, previstos na legislação em vigor e nas resoluções do Conselho Estadual de Energia Elétrica, aprovadas pela autoridade superior. (...) § 4º Qualquer direito, vantagem ou prerrogativa, não contido no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, porém a ele acrescido em virtude de lei posterior será estendido aos atuais servidores autárquicos acima referidos.”

(2) CF/1988: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

(3) CF/1988: “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II – disponham sobre: (...) c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;”

(4) CF/1988: “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: (...) II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

(5) CF/1988: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)”

(6) ADCT: “Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. ”

ADI 807/RS, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o ac. Min. Rosa Weber, julgamento em 7.2.2019. (ADI-807)

ADI 3037/RS, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o ac. Min. Rosa Weber, julgamento em 7.2.2019. (ADI-3037)

PRIMEIRA TURMA

DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITOS SOCIAIS

Fixação de piso salarial em múltiplos do salário mínimo

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento, negou provimento a agravo regimental em recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de fixação de salário profissional em múltiplos de salário mínimo.

A Turma decidiu não haver vedação para a fixação de piso salarial em múltiplos do salário mínimo, desde que inexistam reajustes automáticos.

Salientou que o Tribunal Superior do Trabalho, ao aplicar a Lei 4.950-A/1966, que estabelece o salário profissional dos engenheiros em múltiplo de salário mínimo, não contrariou o enunciado 4 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (1) nem o art. 7º, IV, da Constituição Federal (CF) (2), já que o salário mínimo foi utilizado como parâmetro para a fixação de salário-base, e não como fator de indexação.

(1) Enunciado 4 da Súmula Vinculante: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”

(2) CF: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

RE 1077813 AgR/PR, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 05.02.2019.
(RE-1077813)

DIREITO CONSTITUCIONAL – PRECATÓRIOS

Precatórios: parcelamento e incidência de juros moratórios e compensatórios

A Primeira Turma iniciou julgamento de agravo interno em recurso extraordinário no qual se discute a possibilidade de incidência de juros moratórios e compensatórios no pagamento das prestações sucessivas resultantes de precatório sujeito ao parcelamento previsto no art. 78 (1) do ADCT, introduzido pelo art. 2º da Emenda Constitucional 30/2000.

O ministro Marco Aurélio (relator) negou provimento ao agravo interno para manter a decisão monocrática por meio da qual negou provimento ao recurso extraordinário, em prevalência do princípio da segurança jurídica. Para o ministro, a sentença que reconheceu a incidência desses juros já transitou em julgado.

A divergência foi inaugurada pelo ministro Alexandre de Moraes, que deu provimento ao recurso extraordinário para excluir a incidência de juros (a) compensatórios nas prestações decorrentes do parcelamento previsto no art. 78 do ADCT; e (b) moratórios das parcelas adimplidas no prazo estipulado no requisitório.

Para ele, é inviável a incidência de juros compensatórios e moratórios nas prestações decorrentes do parcelamento previsto no art. 78 do ADCT quando essas prestações forem pagas no prazo estipulado. Essa orientação foi firmada pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RE 590.751. Ademais, o Tribunal tem assentado que a condenação ao pagamento de juros moratórios firmada na sentença com trânsito em julgado não impede a incidência dessa jurisprudência. Nesse sentido foi a decisão do RE 544.033.

Em seguida, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do ministro Roberto Barroso.

(1) ADCT: “Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.”

RE 699424 AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 5.2.2019. (RE-699424)

Elaborados com base nos informativos divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça¹

RECURSOS REPETITIVOS

PROCESSO REsp 1.704.520-MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, por maioria, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018 (Tema 988)

RAMO DO DIREITO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015. Impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do referido dispositivo legal. Possibilidade. Urgência. Excepcionalidade. Taxatividade mitigada. Tema 988.

DESTAQUE

O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Inicialmente, é importante destacar as conflitantes posições doutrinárias e, aparentemente indissolúveis, divergências jurisprudenciais sobre as quais se pretende pacificar o entendimento desta Corte. São elas: a) o rol do art. 1.015 do CPC é absolutamente taxativo e deve ser interpretado restritivamente; b) o rol do art. 1.015 do CPC é taxativo, mas admite interpretações extensivas ou analógicas; e c) o rol do art. 1.015 é exemplificativo, admitindo-se o recurso fora das hipóteses de cabimento previstas no dispositivo. Nesse sentido, registre-se que o legislador,

¹ Elaborado com base nos informativos 639 e 640 do STJ

ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”. Contudo, a enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. Da mesma forma, a tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se ineficaz para conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. Por sua vez, a tese de que o rol seria meramente exemplificativo, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/1973 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. Assim, a tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência. Trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.

PROCESSO REsp 1.569.948-AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, por unanimidade, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA Ação rescisória. Sentença mantida em segundo grau de jurisdição. Pedido rescisório dirigido contra a sentença em vez do acórdão. Mera irregularidade formal. CPC/1973.

DESTAQUE

O pedido de rescisão da sentença, em vez do acórdão que a substituiu, não conduz à impossibilidade jurídica do pedido, constituindo mera irregularidade formal.

INFORMAÇÕES DE INTEIRO TEOR

Cinge-se a controvérsia a analisar as consequências do vício formal da inicial da rescisória consistente em pedir a rescisão da sentença em vez do acórdão que a substituiu, na vigência do CPC/1973. No caso dos autos, o Tribunal de origem não conheceu da rescisória por entender juridicamente impossível o pedido de rescisão de sentença que fora mantida em segundo grau de jurisdição, pois, por força do efeito substitutivo, a ação rescisória deveria ter sido dirigida contra o acórdão que a manteve. Esse entendimento está em sintonia com julgados desta Corte Superior proferidos na vigência do CPC/1973. Contudo, dificilmente se sustentaria na vigência do CPC/2015, tendo em vista o princípio da primazia da resolução do mérito, bem como a norma do art. 968, §§ 5º e 6º, que estatui uma hipótese específica de emenda à petição inicial da ação rescisória, destinada justamente ao saneamento do vício relacionado à inobservância do efeito substitutivo dos recursos.

PROCESSO

REsp 1.760.966-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, por unanimidade, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA

Pedido de tutela antecipada. Caráter antecedente. Arts. 303 e 304 do CPC/2015. Ausência de interposição de agravo de instrumento. Contestação apresentada pelo réu. Efetiva impugnação. Estabilização da tutela antecipada. Não ocorrência.

DESTAQUE

A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303 do CPC/2015, torna-se estável somente se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária.

INFORMAÇÕES DE INTEIRO TEOR

Inicialmente cumpre salientar que uma das grandes novidades trazidas pelo novo diploma processual civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, disciplinada no referido art. 303. Nos termos do art. 304 do CPC/2015, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução do mérito. O referido instituto, que foi inspirado no *référé* do Direito francês, serve para abarcar aquelas situações em que as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença). Em outras palavras, o autor fica satisfeito com a simples antecipação dos efeitos da tutela satisfativa e o réu não possui interesse em prosseguir no processo e discutir o direito alegado na inicial. A ideia central do instituto, portanto, é que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, nem o autor nem o réu tenham interesse no prosseguimento do feito, isto é, não queiram uma decisão com cognição exauriente do Poder Judiciário, apta a produzir coisa julgada material. Por essa razão é que, conquanto o *caput* do art. 304 do CPC/2015 determine que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária. Sem embargo de posições em sentido contrário, o referido dispositivo legal disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da

finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada. Nessa perspectiva, caso a parte não interponha o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que defere a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, mas, por exemplo, se antecipa e apresenta contestação refutando os argumentos trazidos na inicial e pleiteando a improcedência do pedido, evidentemente não ocorrerá a estabilização da tutela. Ora, não se revela razoável entender que, mesmo o réu tendo oferecido contestação ou algum outro tipo de manifestação pleiteando o prosseguimento do feito, a despeito de não ter recorrido da decisão concessiva da tutela, a estabilização ocorreria de qualquer forma. Com efeito, admitir essa situação estimularia a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, quando bastaria uma simples manifestação do réu afirmando possuir interesse no prosseguimento do feito, resistindo, assim, à pretensão do autor, a despeito de se conformar com a decisão que deferiu os efeitos da tutela antecipada.

PROCESSO

REsp 1.733.820-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por maioria, julgado em 02/10/2018, DJe 10/12/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA

Art. 942 do CPC/2015. Técnica de ampliação de julgamento. Apelação não unânime. Reforma ou manutenção da sentença impugnada. Emprego automático e obrigatório.

DESTAQUE

A técnica de ampliação de julgamento prevista no CPC/2015 deve ser utilizada quando o resultado da apelação for não unânime, independentemente de ser julgamento que reforma ou mantém a sentença impugnada.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Inicialmente cumpre salientar que nos termos do *caput* do art. 942 do CPC/2015, quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. Assim, percebe-se que diferentemente dos embargos infringentes do CPC de 1973 – que limitava, no caso da apelação, a incidência do recurso aos julgamentos que resultassem em reforma da sentença de mérito –, o CPC de 2015 se refere ao cabimento da técnica de julgamento “quando o resultado da apelação for não unânime”, não havendo, na redação do dispositivo, referência a julgamento que reforma ou mantém a sentença de piso. Além disso, a interpretação do art. 942 do CPC/2015 não pode afastar-se da letra da lei, que não deixa dúvidas quanto ao seu cabimento em todas as hipóteses de resultado não unânime de julgamento da apelação, e não apenas quando ocorrer a reforma de sentença de mérito. Corroborando este entendimento, nota-se que, no caso da ação rescisória e do agravo de instrumento (art. 942, § 3º), o legislador teve o cuidado de especificar as hipóteses de cabimento da técnica processual, limitando, nesses casos, o âmbito de incidência deste dispositivo. Desse modo, é possível perceber que o interesse havido na manutenção do procedimento correspondente aos infringentes – ainda que mediante a extinção do recurso –, não é apenas das partes, mas também público, dada a uniformização e a amplitude da discussão que possibilita junto aos julgados não unânimes. Ademais, essa técnica de julgamento não se configura como espécie recursal nova. Isso se deduz por faltar à sua utilização, a voluntariedade, ou seja, a facultatividade do direito de recorrer, porquanto seu emprego será automático e obrigatório, conforme indicado pela expressão “o julgamento terá prosseguimento”, no *caput* do art. 942 do NCPC. De acordo com a doutrina, “o que se tem aí é pura e simplesmente uma ampliação do colegiado, que passa a ser formado por cinco, e não mais por três magistrados”.

PROCESSO	REsp 1.753.990-DE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, por maioria, julgado em 09/10/2018, DJe 11/12/2018
RAMO DO DIREITO	DIREITO PROCESSUAL CIVIL
TEMA	Indeferimento da inicial. Recurso. Citação do executado na fase de apelação. Fixação dos honorários sucumbenciais. Art. 85, § 2º, do CPC. Cabimento.

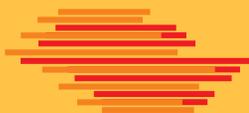
DESTAQUE

Em caso de indeferimento da petição inicial seguida de interposição de apelação e a integração do executado à relação processual, mediante a constituição de advogado e apresentação de contrarrazões, uma vez confirmada a sentença extintiva do processo, é cabível o arbitramento de honorários em prol do advogado do vencedor (CPC, art. 85, § 2º).

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

De início, é importante lembrar que a jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que “os honorários recursais não têm autonomia nem existência independente da sucumbência fixada na origem e representam um acréscimo (o CPC/2015 fala em ‘majoração’) ao ônus estabelecido previamente, motivo por que na hipótese de descabimento ou na de ausência de fixação anterior, não haverá falar em honorários recursais” (AREsp 1.050.334/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/3/2017, DJe de 3/4/2017). Na hipótese, não se trata dos honorários recursais, a que se refere o §11 do art. 85 do CPC, mas sim dos honorários de sucumbência decorrentes da extinção da relação processual (CPC, art. 85, caput e §1º). Destaca-se que não houve arbitramento de verba honorária em primeiro grau de jurisdição unicamente porque foi proferida a sentença de indeferimento da inicial, sem angularização da relação jurídica processual. E, de fato, sem a citação ou o comparecimento espontâneo do réu, não se completou a formação da relação jurídica processual, não houve resistência ao pedido. Não tendo sido constituído advogado cujo labor justificasse o estabelecimento de honorários de sucumbência, não havia, no momento da prolação da sentença, substrato para a incidência da regra do art. 85, segundo o qual “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”. Com a apresentação do recurso de apelação do autor, foi procedida a citação do executado que constituiu advogado e apresentou contrarrazões ao recurso. Com o julgamento da apelação, o Tribunal de origem entendeu improsperável o pleito de reforma da sentença, momento a partir do qual passou estar configurada a hipótese de estabelecimento de honorários de sucumbência, em face

da extinção da execução, após a apresentação de defesa pelo executado. Desse modo, o mero fato de não ter havido, em primeira instância, fixação de verba honorária, não autoriza que deixe de ser aplicado o art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil a partir da apelação, quando, extinta a relação processual, houver advogado constituído nos autos pela parte vitoriosa.



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ISSN 2237-4515



9

772237451009



50