

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

MARÇO/ABRIL 2018

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado

José Renato Ferreira Pires
(06/03/2018 a 09/04/2018)
Juan Francisco Carpenter
(a partir de 10/04/2018)

Procurador Geral do Estado Adjunto

Fernando Franco
(de 14/03/2018 a 10/04/2018)
Caio Cesar Guzzardi da Silva
(a partir de 11/04/2018)

Procurador(a) do Estado Chefe de Gabinete

Silvia Helena Furtado Martins
(04/01/2011 a 13/04/2018)
Vinicius Teles Sanches
(a partir de 14/04/2018)

Subprocuradora Geral da Consultoria

Cristina Margarete Wagner Mastrobuono

Subprocurador(a) Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Fernando Franco
(04/01/2011 a 13/03/2018)
Rosana Martins Kirschke
(22/03/2018 a 19/04/2018)
Frederico José Fernandes de Athayde
(a partir de 20/04/2018)

Subprocuradora Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Maria Lia Pinto Porto Corona
(04/01/2018 a 19/04/2018)
Ana Lucia Correa Freire Pires de Oliveira Dias
(a partir de 20/04/2018)

Corregedor Geral

Adalberto Robert Alves

Ouidoria

Lucia de Faria Freitas

Conselho da PGE

José Renato Ferreira Pires (Presidente de 06/03/2018 a 09/04/2018), Juan Francisco Carpenter (Presidente a partir de 10/04/2018), Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Fernando Franco (04/01/2011 a 13/03/2018), Rosana Martins Kirschke (22/03/2018 a 19/04/2018), Frederico José Fernandes de Athayde (a partir de 20/04/2018), Maria Lia Pinto Porto Corona (04/01/2018 a 19/04/2018), Ana Lucia Correa Freire Pires de Oliveira Dias (a partir de 20/04/2018), Adalberto Robert Alves, Mariângela Sarrubbo Fragata, Anna Cândida Alves Pinto Serrano, Henrique Martino Monteiro, Priscilla Souza e Silva Menário Scofano, Rebecca Correa Porto de Freitas, Renan Raulino Santiago, Rodrigo Augusto de Carvalho Campos, Rogério Augusto da Silva, Valéria Cristina Farias.

Centro de Estudos e Escola Superior

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck, Joyce Sayuri Saito,
Valter Farid Antonio Junior

Comissão Editorial

Presidência

Mariângela Sarrubbo Fragata

Secretária Executiva

Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

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

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7016.
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 do Centro de Estudos	9
Cursos e eventos em parceria com outras instituições.....	9
<i>Apresentação</i>	11
<i>Parecer em Ação Civil Pública</i>	
Parecer em Ação Civil Pública proposta pelo Estado de São Paulo contra laboratório estrangeiro que, após promover pesquisa de medicamento de alto custo, descumpriu com o dever de fornecê-lo permanentemente aos pacientes participantes da pesquisa e concorreu para o manejo de ação judicial contra o Estado para obrigá-lo ao fornecimento contínuo. Elaborada consulta a respeito da obrigação jurídica de os patrocinadores prosseguirem no fornecimento do medicamento, à luz das normas que regulamentavam a pesquisa à época em que fora realizada, o Professor de Saúde e Direitos Humanos da <i>Queen Mary, University of London</i> e Membro do <i>Central London NHS Research Ethics Committee</i> , Daniel Wei L. Wang, respondeu aos quesitos formulados pelo Estado de São Paulo e corroborou a tese esposada na ação em comento	13
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	
SERVIDOR PÚBLICO. DIREITOS E VANTAGENS. TETO REMUNERATÓRIO – ARTIGO 37, XI, XV E XVI, §§ 9º E 11 DA CF/1988; ARTIGO 40, § 11, DA CF/1988; ARTIGO 11 DA EC Nº 41/2003. Julgamento dos Recursos Extraordinários nº 602.043 e nº 612.975. Fixação de tese que impõe a incidência isolada do teto constitucional em quaisquer hipóteses de acúmulos de vínculos autorizados pela Lei Maior, independentemente de se tratar de situações consolidadas antes ou depois da EC nº 41/2003. Exame da repercussão do <i>decisum</i> sobre a jurisprudência administrativa em vigor. ACÚMULO REMUNERADO DE ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS. Proposta de alteração da orientação vigente na Procuradoria Geral do Estado, para que passe a admitir que o teto remuneratório incide isoladamente em todas as situações constitucionalmente autorizadas de percepção cumulada de remunerações ou proventos de aposentadoria. Quanto às situações que envolvam acúmulo de pensão por morte, afigura-se recomendável aguardar o julgamento do RE	

nº 602.584, que trata do tema, para defini-las. ACÚMULO DE REMUNERAÇÃO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO COM REMUNERAÇÃO DECORRENTE DE AULAS EVENTUALMENTE MINISTRADAS EM ACADEMIA DE POLÍCIA. Hipótese que não caracteriza acúmulo de vínculos autônomos com a Administração Pública e, portanto, não recebe os influxos do julgado em tela. Inexistência de motivos que justifiquem mudança do entendimento segundo o qual os honorários pagos em virtude de aulas ministradas nas academias de polícia, por se revestirem de nítido caráter remuneratório, devem ser somados às demais parcelas percebidas pelo servidor público, para fins de incidência do limite posto no artigo 37, XI, da CF/1988. ACÚMULO DE REMUNERAÇÃO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO COM VALORES DECORRENTES DE PARTICIPAÇÃO EM ÓRGÃOS DE DELIBERAÇÃO COLETIVA (“JETON”). Situação que não configura acumulação de vínculos nos termos previstos no artigo 37, XVI, da CF/1988, também não sofrendo os influxos do *decisum*. Inexistência de fundamento para mudança da orientação anteriormente fixada no sentido de que o “jeton” deve ser somado para fins de aplicação do teto remuneratório, exceto quando percebido em decorrência de participação em órgãos de deliberação coletiva de empresas estatais, dependentes ou não. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 246/1993, 285/1993, 404/1993, 92/1995, 169/1997, 170/1997, 186/2001, 200/2001, 311/2001, 216/2002, 175/2003, 379/2003, 402/2003; Pareceres PA nº 44/2004, 46/2004, 156/2004, 158/2004, 280/2004, 387/2004, 317/2005, 314/2006, 34/2007, 50/2009, 27/2010, 149/2010, 130/2011, 16/2012, 30/2012, 46/2012, 06/2013, 22/2013, 24/2013, 61/2013, 03/2014, 67/2014, 114/2014, 06/2015, 28/2015, 109/2015, 112/2015, 36/2016 e 29/2017; Parecer GPG 10/2009; Pareceres GPG-Cons nº 39/200 e 151/2004 e Parecer SubG Cons nº 97/2017 47

Ementário

Consultoria	111
Contencioso Geral.....	116
Contencioso Tributário-Fiscal.....	119

MUDANÇA REPRESENTA VIDA; VIDA EXIGE TRANSFORMAÇÃO. É ASSIM QUE CRESCEMOS.

Prefaciando este número do Boletim do CE, se mostra tarefa difícil. Seu conteúdo, como de costume, é rico e se destaca especialmente pelo parecer de lavra do Dr. Daniel Wei L. Wang, Professor de Saúde e Direitos Humanos da *Queen Mary, University of London* e Membro do *Central London NHS Research Ethics Committee*, em resposta à consulta elaborada pelo Estado de São Paulo, em sede de Ação Civil Pública, proposta contra o laboratório Biomarin Brasil Farmacêutica Ltda. Nesta ação, o Estado argumenta que, depois de promover pesquisa, o laboratório obteve a aprovação e licença para comercialização de medicamento de alto custo, contudo, omitiu-se no dever de fornecê-lo permanentemente aos participantes da pesquisa antecedente, tendo ainda concorrido para o manejo de ação contra o Estado que, condenado, viu-se obrigado a suportar o custeio dos medicamentos pleiteados.

Em que pese a ação ainda pender de julgamento, referido parecer reforçou a tese defendida pelo Estado e, certamente, será de grande valia no momento da decisão judicial.

Também consta deste número o parecer PA nº 3/2018, que analisou, pormenorizadamente, o acúmulo de remunerações para fins de incidência do teto constitucional. Assunto tormentoso que, com frequência, ocasiona dúvidas na Administração.

Pois bem. Feito isto, não é possível encerrar sem traçar algumas linhas à respeito da atividade do Centro de Estudos nos últimos sete anos.

O comprometimento na busca da eficiência, do aprimoramento dos procedimentos, e na atenção aos temas candentes enfrentados por servidores e Procuradores do Estado no desempenho das atribuições, foi a tônica do trabalho de nossa equipe.

Muitas, e, portanto, difíceis enumerar, as conquistas alcançadas. Podemos destacar a mudança das instalações físicas do CE, o melhor aproveitamento dos espaços da Escola Superior da PGE, como também a alteração de procedimentos administrativos que passaram a ser pautados nos meios eletrônicos a partir da construção de novos programas de informática que, certamente, disponibilizam maior segurança aos usuários daqueles que coordenam, assim como dos que se utilizam dos programas disponibilizados pelo órgão.

A difícil tarefa de uniformização de procedimentos ao lado do rigoroso treinamento dos servidores para uma nova postura na gestão de despesas e utilização dos recursos públicos, com a precisa observação da legislação vigente e sua interpretação pelo TCE, foram metas importantes alcançadas nesta gestão.

Neste aspecto, o auxílio da colega Ana Sofia Schmidt de Oliveira foi essencial para que fossem elaborados os primeiros memoriais descritivos, os primeiros pareceres jurídicos que ficam aqui consignados, dentre outras contribuições decisivas para o desenvolvimento do Centro de Estudos.

Sua atuação, com a mesma maestria, foi sucedida pela colega Mirian Kiyoko Murakawa que, também à frente do Serviço de Aperfeiçoamento do CE, organizou os mais diversos cursos de modo irretocável e deflagrou a reforma dos programas de informática para essa área de maneira desafiadora.

O colega Valter Farid Antônio Junior, a quem também estamos muito agradecidos, a sucedeu, e com o mesmo rigor e compromisso imprimiu a sua identidade à área, tendo-se sobressaído, especialmente, pela ênfase empenhada no Curso de Formação Continuada destinado aos servidores da PGE, que hoje conta com sua segunda edição.

Em relação aos programas de reembolso e ajuda financeira, alterações pontuais nas resoluções que disciplinam a matéria os aperfeiçoaram e, estamos certos, garantiram a atualização dos valores a serem reembolsados, sempre de forma rápida e pontual, sob a atenta supervisão da colega Camila Rocha Schwenck que, dentre tantas contribuições, enfrentou o desafio do aprimoramento do sistema de informática, a fim de viabilizar a realização de todos os pedidos de reembolso pela internet, permitindo o rápido processamento e respectivo pagamento.

Ainda, necessário destacar o importante Serviço de Divulgação. Neste particular, também dentre outras atribuições, destacou-se o compromisso da nossa colega Joyce Sayuri Saito que pautou sua preocupação em não deixar que as Revistas da PGE e os Boletins do CE fossem publicados com atraso e extemporaneamente. Este trabalho contou no início de nossa gestão com os colegas Norberto Oya e Luiz Henrique Tamaki, os quais também merecem o nosso reconhecimento.

Quanto à Escola Superior da PGE, testemunhamos seu crescimento e o desenvolvimento sob a direção das colegas Patrícia Ulson Pizarro Werner e Marily Diniz do Amaral Chaves, sucedidas pelos Daniel Smolentzov e Fábio André Uema Oliveira, que deram não só prosseguimento ao valioso trabalho traçado por suas precursoras, mas também trazendo inovações com o início de cursos de extensão, com duração inferior aos já existentes cursos de especialização.

Também não posso deixar de consignar minhas homenagens aos membros do Conselho Curador da ESPGE; docentes e discentes que muito contribuíram para o engrandecimento de nossa Escola Superior.

Agradeço a todos que trabalharam no Centro de Estudos nesses anos, pela dedicação e lealdade! Estendo também os agradecimentos a todos os membros da Comissão Editorial, que garantiram a qualidade de nossas publicações, e faço uma especial saudação aos servidores do órgão que, com muito esforço e dedicação, formaram um time da melhor qualidade e nos renderam muito orgulho.

Chegada a hora do revezamento desta corrida, ao passar o bastão à nova Procuradora Chefe do Centro de Estudos, nossa colega Anna Cândida Alves Pinto Serrano, e sua qualificada equipe, desejo uma gestão profícua, repleta de realizações.

Estou certa de que a história a que sucedemos, acrescida de a por nós construída deixa uma base segura para um novo olhar que se deflagra.

Alcemos novos voos.

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA

Cursos do Centro de Estudos

18.04 a 09.05 – “Informática: Microsoft Excel 2010 – Básico”.

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

09.04 – “6º Congresso Internacional de Compliance” – Lec Editora e Organizações de Eventos Ltda.

09.04 – “II Fórum de Parcerias Públicas Privadas e Concessões” – Editora Fórum.

09.04 a 10.04 – “Curso Prático de Gestão de Riscos nas Contratações” – JML Eventos.

11.04 a 13.04 – “VI Encontro Nacional de Procuradorias Fiscais” – Associação dos Procuradores do Distrito Federal – APDF/Sindicato dos Procuradores do Distrito Federal.

27.04 a 15.06 – “2º Curso de Introdução em Justiça Restaurativa” – Escola Paulista da Magistratura.

Inicialmente, gostaria de agradecer o Centro de Estudos pela publicação deste importante parecer de lavra do Dr. Daniel Wei L. Wang, renomado professor de Saúde e Direitos Humanos da *Queen Mary, University of London* e um dos mais requisitados palestrantes do mundo em temas relacionados à Judicialização da Saúde e Direitos Humanos, que corroborou o entendimento do Estado de São Paulo no sentido de que, no caso em apreço, o patrocinador de pesquisa de medicamento é obrigado a continuar os pacientes, sujeitos de pesquisa, mesmo após a obtenção do seu registro junto à ANVISA, quando proveitosa a terapia testada.

Referido parecer foi elaborado em resposta à consulta realizada pelo Estado de São Paulo, em sede de Ação Civil Pública, proposta contra laboratório que promoveu pesquisa relativa a medicamento de alto custo, denominado Galsufase (Naglazyme), utilizado na terapia de reposição enzimática em pacientes com diagnóstico confirmado de mucopolissacaridose tipo VI ou síndrome de Maroteaux-Lamy, doença hereditária rara causadora de insuficiência de enzima necessária à manutenção e desenvolvimento de diversos órgãos, podendo ocasionar alterações osteoarticulares, neurológicas, audiovisuais, cardiovasculares, dentre outras.

Embora não haja consenso quanto à existência de tal dever no Direito Comparado ou nas diretrizes éticas internacionais, afirmou o parecerista que a jurisprudência pátria reconhece as resoluções do Conselho Nacional de Saúde, inclusive, a Resolução CNS 196/96, como normatizações hábeis a assegurar o fornecimento perpétuo do tratamento objeto da pesquisa, entendendo, para tanto, ser insuficiente a mera disponibilização do medicamento no mercado.

Tal obrigação, ao contrário do que as empresas ligadas à indústria farmacêutica defendem, não desestimularia as pesquisas, uma vez que este mercado é global (ou seja, não se restringe ao mercado brasileiro) e que, ao longo do tempo, o seu potencial só se amplia, sem mencionar a existência de incentivos econômicos para o desenvolvimento e registro de drogas para doenças raras existentes nos principais centros consumidores mundiais.

Outra importante conclusão do mencionado parecer foi a ausência de conflito entre essa obrigação do patrocinador da pesquisa com o direito à saúde, princípio constitucionalmente consagrado, até porque, ao exigir o fornecimento do acesso aos medicamentos pós-estudo, o Estado protege a saúde dos participantes da pesquisa.

Atualmente, vale observar a proliferação de demandas judiciais para obrigar o Estado a adquirir medicamentos que, não raro, sequer contam com a aprovação dos

órgãos competentes ou, são indicados por organizações criminosas que requerem em juízo medicamentos de alto custo para obrigar o Estado a suportá-los e franqueá-los a supostos pacientes que, muitas vezes, deles não necessitam ou, pior, que podem ser inclusive prejudiciais à sua saúde.

Ademais, com a elevada judicialização da saúde, a verba orçamentária destinada à aquisição de medicamentos tem-se esvaziado vertiginosamente, sendo essencial a análise cautelosa de tais demandas pelo Poder Judiciário. Conforme afirmou o i. parecerista: *Não existe a priori o dever de fornecer tratamentos não incorporados ao SUS, e a jurisprudência tende a atribuir ao patrocinador a responsabilidade pelo acesso pós-estudo por tempo indeterminado.*

A ação que originou o mencionado parecer ainda pende de julgamento. No entanto, o entendimento nele esposado, além de muito didático e esclarecedor, certamente será decisivo para o sucesso da demanda.

Desejo a todos uma excelente leitura!

LUIZ DUARTE DE OLIVEIRA

Procurador do Estado Chefe da 8ª Subprocuradoria– PJ
Coordenador Judicial de Saúde Pública

A CONSULTA

O GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO propôs ação civil pública contra a BIOMARIN BRASIL FARMACÊUTICA LTDA. em que pede, dentre outros, (i) o ressarcimento dos valores despendidos pelo Estado para cumprimento de ordem judicial determinando o fornecimento do medicamento Galsufase (Naglazyme®) a paciente que participara de pesquisa clínica patrocinada pela empresa ré com esse medicamento, (ii) a condenação da empresa ré a fornecer Galsufase a esse paciente, bem como a outros participantes da referida pesquisa que vierem a pleiteá-lo.

Como consignado na peça inicial, o paciente que participou de estudo clínico já encerrado com Galsufase entrou com ação judicial para que o Estado lhe fornecesse esse medicamento com base no art. 196 da Constituição Federal. O GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, contudo, entende que cabe ao patrocinador da pesquisa, no caso a BIOMARIN BRASIL FARMACÊUTICA LTDA., o dever de continuar fornecendo esse medicamento ao participante da pesquisa após a conclusão do estudo e por tempo indeterminado em virtude das resoluções do Conselho Nacional de Saúde. A inicial alega que a empresa ré teria fomentado a ação judicial do participante de sua pesquisa contra o Estado para, assim, tornar o custo de fornecer acesso pós-estudo em lucro, quando o SUS é judicialmente obrigado a comprar seu produto.

Para subsidiar sua demanda, O GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO elaborou consulta a respeito da obrigação jurídica dos patrocinadores de continuar o fornecimento de tratamento objeto do estudo ao fim de uma pesquisa clínica, à luz das normas que regulamentavam a pesquisa com seres humanos vigentes em 2004, quando a referida pesquisa foi realizada. Os seguintes quesitos foram apresentados:

1. As diretrizes éticas internacionais estabelecem de forma inequívoca a obrigação dos patrocinadores da pesquisa de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?
2. Existe no direito comparado o dever dos patrocinadores da pesquisa de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?

3. As normas que regulamentavam as pesquisas com seres humanos no Brasil em 2004 estabeleciam a obrigação dos patrocinadores da pesquisa de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?
4. Está consolidado na jurisprudência o entendimento de que os patrocinadores da pesquisa têm o dever de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?
5. Podem resoluções do Conselho Nacional de Saúde estabelecer a obrigação dos patrocinadores da pesquisa de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?
6. Pode o termo de consentimento livre e esclarecido excluir ou limitar o dever dos patrocinadores da pesquisa de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?
7. A obrigação dos patrocinadores da pesquisa de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término de uma pesquisa inviabilizaria o desenvolvimento de tratamentos para doenças raras?
8. Existe conflito entre o direito à saúde na Constituição Federal, que cria ao Estado o dever de prover tratamentos médicos, e as resoluções que obrigam os patrocinadores a continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?

INTRODUÇÃO

As pesquisas clínicas – estudos envolvendo seres humanos em que são testadas intervenções médicas para avaliar sua segurança e/ou eficácia – são o método científico mais rigoroso para se identificar os tratamentos que realmente beneficiam a saúde humana. Pesquisas clínicas promovem o desenvolvimento da medicina e protegem pacientes contra intervenções desnecessárias ou que tragam mais riscos que benefícios. Pode-se dizer que as pesquisas clínicas separam a medicina contemporânea de outros tipos de conhecimento que também pretendem melhorar a saúde das pessoas.

As pesquisas clínicas diminuem os riscos e aumentam os benefícios da medicina para a população, mas isso é possível apenas porque um determinado grupo de pessoas – os participantes da pesquisa (também chamados de sujeitos de pesquisa) – aceita se submeter a um tratamento sobre o qual ainda não se tem informação suficiente, sendo exposto a riscos desconhecidos e benefícios incertos.

Portanto, existe o interesse público de se fomentar pesquisas clínicas, mas também o de se proteger os seus participantes. Isso se reflete no elevado grau de proteção aos participantes de pesquisa estabelecido em diretrizes éticas internacionais e no direito de vários países. Como afirmado na DECLARAÇÃO DE HELSINQUE de 2013:

8. Embora o objetivo primário da investigação médica seja gerar novo conhecimento, essa finalidade nunca prevalece sobre os direitos e interesses individuais dos participantes na investigação.

Para proteger os participantes da pesquisa, existem algumas regras que são universalmente aceitas para a condução de uma pesquisa clínica, como a exigência de consentimento livre e esclarecido do participante, que a importância científica da pesquisa justifique o risco e o incômodo aos participantes e a garantia de que, ao participar da pesquisa, o participante não receberá um nível de cuidado menor do que aquele que receberia fora do estudo.

Nas últimas décadas tem também sido reconhecido o princípio da justa distribuição de riscos e benefícios da pesquisa. Esse princípio surge a partir da preocupação com a realização de pesquisas para tratamentos para HIV/AIDS em países subdesenvolvidos (sobretudo na África). Os medicamentos que resultaram dessas pesquisas beneficiaram muitos em países desenvolvidos, mas seus preços eram inacessíveis para a grande maioria das pessoas nos países onde foram testados, inclusive, para os próprios participantes das pesquisas. Ou seja, os riscos da pesquisa recaíam sobre os países em desenvolvimento, enquanto os benefícios dela eram usufruídos principalmente em países desenvolvidos.

É nesse contexto que diretrizes internacionais e ordenamentos jurídicos nacionais passaram a incluir deveres para os patrocinadores da pesquisa mesmo após a sua conclusão. Esses deveres integram o que se convencionou chamar de *responsabilidades pós-estudo*. As responsabilidades pós-estudo podem ser divididas em duas categorias: (1) as responsabilidades perante a *comunidade* onde a pesquisa foi feita e (2) as responsabilidades perante os *participantes da pesquisa*.

Essa distinção é clara nas diretrizes éticas. Por exemplo, a Diretriz 2 da COUNCIL FOR INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF MEDICAL SCIENCES (CIOMS)¹ estabelece os deveres dos patrocinadores perante a comunidade ou população onde a pesquisa é conduzida, o que inclui

fazer todos os esforços, em cooperação com governos e outros grupos interessados, para tornar disponível (make available), tão logo quanto possível, qualquer

1 Council for International Organizations of Medical Sciences. International ethical guidelines for health-related research involving humans (2016).

*intervenção ou produto desenvolvido ou conhecimento gerado para a população ou comunidade onde a pesquisa é realizada*².

Já a Diretriz 6, que trata do “*cuidado às necessidades de saúde dos participantes*”, estabelece o dever de fazer planos para, após o fim de uma pesquisa, “*fornecer acesso continuado*” (*providing continued access*) ao tratamento experimentado que mostrou benefício significativo no estudo. São, portanto, deveres para grupos diferentes (a comunidade onde a pesquisa é realizada vs. participantes da pesquisa) e de natureza diferente (tornar disponível vs. fornecer acesso continuado).

É preciso ter clara a diferença entre essas duas categorias de responsabilidades pós-estudo para se interpretar corretamente a legislação brasileira e para entender o escopo da presente ação civil pública, que discute apenas o dever da empresa ré de fornecer o tratamento objeto do estudo aos participantes da pesquisa após o fim de um ensaio clínico (o chamado “acesso continuado” ou “acesso pós-estudo”).

QUESITO 1

As diretrizes éticas internacionais estabelecem de forma inequívoca a obrigação dos patrocinadores da pesquisa de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?

Não. Embora as principais diretrizes internacionais reconheçam que os patrocinadores tenham responsabilidades pós-estudo, não há consenso de que isso implique o dever de continuar o fornecimento do tratamento objeto do estudo aos participantes uma vez encerrada a pesquisa.

Há diretrizes que criam a obrigação de planejar o acesso dos participantes ao tratamento experimentado após o estudo e de informá-los sobre esses planos, mas que não são normalmente interpretadas como criando o dever de fornecer o tratamento em todos os casos. A versão de 2013 da DECLARAÇÃO DE HELSINQUE, da Associação Médica Internacional, estabelece no parágrafo 34 o “*dever de tomar providências para o acesso pós-estudo a todos os participantes que ainda precisem de uma intervenção identificada como benéfica na pesquisa*” e que essas providências devem ser informadas aos participantes durante o processo de consentimento informado.³

2 A versão de 2002 do documento coloca esse princípio na sua Diretriz 10: “qualquer intervenção ou produto desenvolvido, ou conhecimento gerado, será razoavelmente disponível (*reasonably available*) para o benefício da população ou comunidade”.

3 World Medical Association. Declaration of Helsinki (2013).

Outras diretrizes reforçam os deveres de planejamento e de transparência, mas vão mais longe em reconhecer circunstâncias em que pesquisas são antiéticas se não garantirem o acesso pós-estudo ao tratamento estudado, ainda que por um período determinado. O capítulo 4 das diretrizes para pesquisas em países em desenvolvimento do NATIONAL BIOETHICS ADVISORY COMMITTEE dos Estados Unidos afirma que *“patrocinadores e pesquisadores (...) devem fazer esforços de boa-fé para garantir a continuação do benefício de intervenções efetivas”*. Isso inclui transparência no protocolo de pesquisa e no termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) com relação às *“providências tomadas para tornar o tratamento efetivo disponível depois da pesquisa”*. Recomenda, ainda, que participantes sejam informados *“que a disponibilidade do tratamento [pós-estudo] cessará quando ele se tornar o tratamento padrão (standard of care) no país onde a pesquisa for realizada”*. Recomenda, ainda, que os patrocinadores reconsiderem a realização da pesquisa se concluírem, antes de iniciá-la, que o acesso pós-estudo aos participantes da pesquisa é inviável.⁴

Na mesma linha, e de forma mais enfática, a mais recente versão das diretrizes do COUNCIL FOR INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF MEDICAL SCIENCES (CIOMS),⁵ ligado à UNESCO e à Organização Mundial da Saúde, estabelece na Diretriz 6 que:

atender às necessidades dos participantes da pesquisa requer, no mínimo, que pesquisadores e patrocinadores façam planos para (...) o acesso continuado às intervenções que se mostrarem benéficas (...) o benefício pode terminar tão logo o tratamento experimentado torne-se disponível por meio do sistema de saúde local ou depois de um período pré-acordado entre patrocinadores, pesquisadores e a comunidade (...) a obrigação será maior quando os participantes não possuírem acesso pelo sistema de saúde local ao tratamento ou prevenção necessários que nos casos em que esteja imediatamente disponível. (destacamos)

As diretrizes estabelecidas pela UNIVERSIDADE DE HARVARD⁶ (o único documento dessa natureza que trata exclusivamente sobre acesso pós-estudo e do qual o signatário do presente parecer é coautor) reconhecem o dever dos patrocinadores de continuar o fornecimento do tratamento testado se a interrupção afetar seriamente a saúde do participante e não houver alternativas terapêuticas acessíveis. Esse dever normalmente se extingue quando o tratamento se torna acessível ao paciente por meio de seu plano de saúde ou pela incorporação do tratamento no sistema público de saúde.

4 National Bioethics Advisory Committee. *Ethical and Policy Issues in International Research: Clinical Trials in Developing Countries* (2001), p. 65.

5 Council for International Organizations of Medical Sciences. *International ethical guidelines for health-related research involving humans* (2016).

6 MRCT at Harvard. *Continued Access to Investigational Medicines, Guidance Document* (2017).

Há também diretrizes que estabelecem o dever de fornecer acesso pós-estudo sem limites temporais. O PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE AIDS (UNAIDS) dispõe que “qualquer vacina para HIV que tenha sido demonstrada ser segura e efetiva (...) deve ser disponível a todos os participantes do estudo em que foi testada”.⁷ A versão de 2000 da DECLARAÇÃO DE HELSINQUE estabelecia em seu parágrafo 30 que “[...]a conclusão do estudo, todo paciente nele incluído deve ter o acesso assegurado aos melhores métodos profiláticos, diagnóstico e terapêuticos comprovados, identificados pelo estudo”. Conforme o Editorial da *Canadian Medical Association Journal*, sob este parágrafo, participantes de uma pesquisa “teriam a garantia de que, ao final da pesquisa, continuariam a receber o tratamento enquanto durasse sua doença ou pelo resto da vida”.⁸ O receio dos custos que isso traria aos patrocinadores gerou a pressão por parte da indústria farmacêutica e de países desenvolvidos em que essas empresas possuem sede, para mudar esse entendimento em versões posteriores da Declaração, o que, nos dizeres do Editorial, nulificou a força do parágrafo 30.

Importa ressaltar que as diretrizes éticas não são tratados de direito internacional e, sem força legal cogente, limitam-se a orientar profissionais da saúde, indústria, pesquisadores e governos. Cada país, de forma soberana, pode escolher quais diretrizes internalizar em seu ordenamento doméstico de maneira a criar direitos e deveres jurídicos. O Brasil, por exemplo, decidiu por meio da Resolução CNS 404/08 do Conselho Nacional de Saúde (CNS) não adotar mudanças trazidas pelas versões mais recentes da DECLARAÇÃO DE HELSINQUE por entender que a versão de 2000 é a que melhor protege os sujeitos de pesquisa, sobretudo no tocante ao acesso pós-estudo.

Ademais, as diretrizes éticas buscam estabelecer um piso e não um teto para os direitos dos sujeitos de pesquisa. Elas identificam o mínimo de proteção aos participantes abaixo do qual uma pesquisa é antiética, mas não impedem que Estados nacionais garantam um nível de proteção maior. Portanto, um país que reconheça a obrigação do patrocinador de fornecer acesso pós-estudo não contraria qualquer diretriz ética internacional. Seria uma distorção selecionar uma diretriz ética internacional menos protetiva do participante da pesquisa para apontar um suposto conflito com uma norma de direito interno mais protetiva. Em outras palavras, as diretrizes éticas internacionais não podem ser usadas para justificar a não observância de direitos dos sujeitos de pesquisa garantidos pelo direito interno.

Nesse sentido, o parágrafo 10 da DECLARAÇÃO DE HELSINQUE de 2013, reafirmando o entendimento das versões anteriores, é claro:

7 UNAIDS. Ethical considerations in HIV preventive vaccine research (2000).

8 CMAJ, “Editorial,” *Canadian Medical Association Journal* 11 (169), 2003.

Os médicos têm de ter em consideração as normas éticas, legais e regulamentares e os padrões de investigação em seres humanos em vigor nos seus países, assim como as normas e padrões internacionais aplicáveis. Nenhum requisito ético, legal ou regulamentar, nacional ou internacional deve reduzir ou eliminar qualquer das proteções relativas a participantes sujeitos de investigação indicadas nesta Declaração.

Em conclusão, não há nas diretrizes éticas internacionais consenso quanto ao reconhecimento da obrigatoriedade dos patrocinadores de fornecerem aos participantes da pesquisa o acesso ao tratamento objeto do estudo por tempo indeterminado. Não é, porém, estranho ao conjunto dessas diretrizes a existência de tal dever, com ou sem limitações temporais. Ademais, não há empecilho legal para que um país eleve o nível de proteção aos participantes além do estabelecido em qualquer dessas diretrizes.

QUESITO 2

Existe no direito comparado o dever dos patrocinadores da pesquisa de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?

Sim. Conforme mencionado, nada impede que os países reconheçam direitos aos participantes da pesquisa além daqueles estabelecidos nas diretrizes éticas internacionais. Assim como as diretrizes éticas possuem posicionamentos diferentes sobre o tema, o direito comparado também apresenta alto grau de variação.

Nos ESTADOS UNIDOS, a regulamentação sobre as pesquisas clínicas é silente sobre o dever de fornecer acesso pós-estudo, deixando isso a critério de cada patrocinador. Não existe nem mesmo a obrigação legal de se considerar a possibilidade de acesso pós-estudo ou de informar o participante sobre se haverá acesso continuado ou não.⁹ Nesse ponto, os Estados Unidos parecem estar aquém do que exigem as diretrizes éticas internacionais, mesmo aquelas menos protetivas dos direitos dos participantes.

Alguns países decidiram se ater ao mínimo estabelecido na DECLARAÇÃO DE HELSINQUE de 2013, como o REINO UNIDO, cujo regulamento exige apenas a obrigação de explicar e justificar ao comitê de ética em pesquisa e ao participante o que ocorrerá após o término do estudo, ainda que seja apenas para

9 Richard Klein, "Post-Trial Responsibilities". Apresentação feita na conferência *Post-Trial Responsibilities: Ethics and Implementation*, Harvard Law School, Cambridge, MA (18 de setembro de 2014). Disponível em: <http://mrctcenter.org/wp-content/uploads/2015/11/2014-09-18_harvard_mrct_pta_conf_slides_for_session_2.pdf>

informá-los de que não haverá continuação no fornecimento do tratamento estudado.¹⁰

Outros países optaram por elevar o nível de proteção dos participantes ao reconhecerem a obrigação dos patrocinadores de fornecerem o tratamento objeto da pesquisa pós-estudo, embora com diferenças quanto à duração dessa obrigação. Em PORTUGAL, o patrocinador da pesquisa deve fornecer o tratamento até a sua introdução no mercado. Assim determina a Lei nº 46/2004¹¹:

39.2 Após a conclusão do ensaio, o medicamento experimental deve, até a sua introdução no mercado, ser disponibilizado gratuitamente pelo promotor ao participante, desde que o investigador considere indispensável a continuação da sua utilização pelo mesmo e não existam alternativas terapêuticas.

ISRAEL também assegura o fornecimento contínuo após completado o estudo, o que se aplica mesmo a tratamentos já registrados, desde que ainda não cobertos pelo plano de saúde ao qual o participante estiver vinculado e se o participante estiver dentro do prazo legal de três anos. O *Guidelines for Clinical Trials in Human Subjects* (2006)¹² do Ministério da Saúde de Israel estabelece que:

17.1 Caso se verifique que após completado o estudo clínico, e se for recomendado pelo investigador principal, que o bem-estar do paciente participante da pesquisa requer a continuação do tratamento com o produto investigado e não há alternativa apropriada para ele, o paciente deve continuar a receber o produto investigado gratuitamente (...) mesmo após o período da pesquisa, por um período de 3 anos, exceto (...) [se] o produto pesquisado for aprovado para comercialização no Estado de Israel para a indicação requerida e estiver disponível por meio do plano de saúde ao qual o paciente está conveniado.

Na ÁFRICA DO SUL existe o reconhecimento “da obrigação por parte do patrocinador de continuar a fornecer (provide) o medicamento do estudo sem custo aos pacientes que ainda estejam se beneficiando dele”.¹³ Essa obrigação não termina quando o medicamento é comercialmente disponível, mas apenas quando passar a ser fornecido pelo sistema público. O *Medicine Control Council* do Ministério da Saúde da África do Sul detalha:

A todos os pacientes (...) recebendo medicação em pesquisas clínicas devem ser fornecidos acesso pós-estudo de seus medicamentos sem nenhum custo por tanto tempo quanto se beneficiarem deles (...) Pacientes do sistema público não conse-

10 NHS Health Research Authority. *Care After Research: A Framework for NHS RECS* (2013).

11 Disponível em: < http://www.fcsaude.ubi.pt/comissaoetica/docs/Lei_2004_46.pdf>.

12 Ministry of Health. *Guidelines for Clinical Trials in Human Subjects* (2006).

13 Department of Health, Medicines Control Council. *Post Clinical Trial Drug Access* (2016).

quem obter muitos produtos registrados devido ao custo e aos limites das listas de medicamentos, o que torna essencial para esses pacientes receber tratamento pós-estudo até que o medicamento esteja disponível aos pacientes no sistema público e não apenas até que esteja comercialmente disponível.

Posição semelhante é a da ARGENTINA, onde o Código Civil e Comercial estabelecem no Artigo 58, j, que pesquisas médicas com seres humanos podem ocorrer apenas se “*assegurarem aos participantes da pesquisa a disponibilidade e acessibilidade aos tratamentos da pesquisa que se tenham demonstrado benéficos*”. A lei não estabeleceu um limite temporal, mas normas infralegais restringiram o dever até o período estabelecido pelo comitê de ética em pesquisa que aprovou a pesquisa ou quando o “*acesso encontre-se garantido por outro meio*”¹⁴.

Em outros países da América Latina são encontrados exemplos de legislação que estabelece o dever de fornecer acesso pós-estudo por tanto tempo quanto o paciente precise do tratamento experimentado, sem estabelecer como limites o registro do produto ou a incorporação no sistema de saúde. No CHILE, a Lei nº 20.850/15 estabelece o dever de se fornecer acesso pós-estudo mesmo quando o tratamento já tenha registro para comercialização:

Artigo 17. *Igualmente, os pacientes sujeitos de ensaios clínicos terão direito por parte do titular da autorização especial para uso provisório para fins de pesquisa ou do titular do registro, quando for o caso, à continuidade gratuita dos tratamentos recebidos conforme o protocolo de pesquisa, ainda quando esse tenha terminado e enquanto subsista sua utilidade terapêutica.*

Artigo III C. *O paciente sujeito de ensaio clínico terá direito a que, uma vez encerrada a pesquisa, o titular da autorização especial para uso provisório para fins de pesquisa e, posteriormente, se for o caso, o titular do registro sanitário do referido produto de saúde, conceda, sem custo para o paciente, a continuidade do tratamento por todo o tempo em que persista sua utilidade terapêutica, conforme o respectivo protocolo de pesquisa.*

Legislação similar existe na COSTA RICA, em que a Lei nº 9.234/14 estabelece o dever do patrocinador de fornecer o tratamento objeto da pesquisa enquanto o participante precise dele e queira usá-lo:

14 Disposición ANMAT Nº 6677/2010 e Resolución 1480/11 del Ministerio de Salud de la Nación.

Artigo 28. Direito a usufruir dos benefícios que resultem da pesquisa.

Os participantes de uma pesquisa clínica terão direito a usufruir gratuitamente, enquanto necessitarem, dos tratamentos preventivos, terapêuticos e diagnósticos gerados pela pesquisa, caso se tenham demonstrado seu benefício para a saúde (...).

Artigo 53. Obrigações do patrocinador. São obrigações do patrocinador: (...) **k)** Fornecer (prover) ao participante, de maneira gratuita após a conclusão de uma pesquisa clínica o medicamento, dispositivo ou procedimento que tenha sido objeto de pesquisa, exceto quando: **i.** o medicamento, dispositivo ou procedimento deixe de ser eficaz para o participante ou não seja mais necessário; **ii.** o desenvolvimento do medicamento, dispositivo ou procedimento tenha sido interrompido; **iii.** o pesquisador certifique que não é indispensável para preservar a saúde do participante e haja alternativas terapêuticas; **iv.** o paciente não dê consentimento esclarecido para a continuação do tratamento.

No BRASIL, o dever do patrocinador de continuar a fornecer o tratamento após encerrada a pesquisa, e por tanto tempo quanto o paciente precisar dele, também é claro e está atualmente regulamentado nas seguintes resoluções:

Resolução CNS 251/97

IV.1 – O protocolo deve conter todos os itens referidos no Capítulo VI da Resolução 196/96 e ainda as informações farmacológicas básicas adequadas à fase do projeto, (...) incluindo: (...) **m** – Assegurar por parte do patrocinador ou, na sua inexistência, por parte da instituição, pesquisador ou promotor, acesso ao medicamento em teste, caso se comprove sua superioridade em relação ao tratamento convencional.

Resolução CNS 466/12

III.3 – As pesquisas que utilizam metodologias experimentais na área biomédica, envolvendo seres humanos, além do preconizado no item III.2, deverão ainda: (...) **d)** assegurar a todos os participantes ao final do estudo, por parte do patrocinador, acesso gratuito e por tempo indeterminado, aos melhores métodos profiláticos, diagnósticos e terapêuticos que se demonstraram eficazes.

Resolução ANVISA 38/2013

Art. 15. O fornecimento gratuito de medicamentos após o término do ensaio clínico será disponibilizado aos sujeitos de pesquisa, enquanto houver benefício, a critério médico.

Dessa breve incursão no direito comparado percebe-se grande variação na forma como a questão do acesso pós-estudo é regulada, que vai desde o completo silêncio à exigência de fornecimento de forma indefinida. Essa variação parece seguir uma lógica: países desenvolvidos onde empresas farmacêuticas multina-

cionais estão sediadas, tendem a evitar onerá-las com a obrigação de fornecer acesso pós-estudo, talvez por interesse econômico e confiando que seus sistemas de saúde atenderão às necessidades dos participantes. No entanto, países em desenvolvimento onde essas empresas buscam sujeitos de pesquisa tendem a aumentar o nível de proteção aos participantes para evitar que fiquem desassistidos e para impedir que o custo do acesso pós-estudo recaia sobre seus sistemas de saúde subfinanciados.

Em conclusão, a regulação do acesso pós-estudo no Brasil, longe de ser idiosincrática, está alinhada com a de outros países latino-americanos e é coerente com o estágio de desenvolvimento do país, que não possui grandes empresas farmacêuticas multinacionais, atrai interesse da indústria para a realização de pesquisas com seres humanos e tem um sistema de saúde gravemente subfinanciado.

QUESITO 3

As normas que regulavam as pesquisas com seres humanos no Brasil em 2004 estabeleciam a obrigação dos patrocinadores da pesquisa de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?

Sim. Atualmente, não há dúvidas quanto à existência da obrigação do patrocinador da pesquisa de continuar o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa por tanto tempo quanto o paciente precise dele. Contudo, argumenta-se que essa obrigação passou a existir somente a partir das supramencionadas Resoluções ANVISA 38/2013 e CNS 466/12. Anteriormente, a pesquisa com seres humanos era regulamentada pela Resolução CNS 251/1997, que segue em vigor, e pela Resolução CNS 196/96, revogada pela Resolução CNS 466/12.

Dizia a Resolução CNS 196/96:

III.3 – A pesquisa em qualquer área do conhecimento, envolvendo seres humanos deverá observar as seguintes exigências(...)

p) assegurar aos participantes da pesquisa os benefícios resultantes do projeto, seja em termos de retorno social, acesso aos procedimentos, produtos ou agentes da pesquisa;

O argumento de que houve uma mudança nas regras relativas ao acesso pós-estudo a partir de 2012 sustenta-se em duas teses. A **primeira tese** afirma que “assegurar acesso” na Resolução CNS 196/96 significava apenas disponibilizar no mercado. A **segunda tese** defende que, se a Resolução CNS 466/12 estabele-

ce a obrigação especificando que ele existe “*por tempo indeterminado*”, então isso significa que a norma anterior não pretendia ter esse alcance.

A **primeira tese** sustenta-se na proposição de que a Resolução CNS 404/08, na sua exposição de motivos, teria reconhecido que “assegurar acesso” significa apenas disponibilização no mercado:

*considerando a necessidade de garantir eficientemente o acesso dos **voluntários de pesquisas** aos produtos que se mostrarem eficazes nos ensaios clínicos;*

*considerando que este acesso **não só** deve ser garantido ao voluntário da pesquisa mas também é necessário o aprofundamento das discussões sobre acesso a todos os que podem se beneficiar do progresso proporcionado pelas pesquisas clínicas, o que deve incluir **por exemplo**, o compromisso da indústria de **comercializar no País** o método testado na sua população; (destacamos)*

Utilizar a Resolução CNS 404/08 para sugerir um alcance menor do termo “assegurar o acesso” na Resolução CNS 196/96 é surpreendente considerando que a CNS 404/08 faz veemente defesa do Art. 30 da versão de 2000 da DECLARAÇÃO DE HELSINQUE que, conforme visto no Quesito 1, reconhece um amplo dever de fornecimento do acesso pós-estudo pelo patrocinador. Essa proposição, na verdade, confunde a responsabilidade perante *a comunidade ou população* em que a pesquisa foi feita com a responsabilidade perante *os participantes da pesquisa*. O primeiro parágrafo do trecho acima está se referindo à obrigação devida ao participante. O segundo refere-se à comunidade, para a qual, conforme já visto na Introdução, a responsabilidade pós-estudo cria deveres de natureza mais geral e difusa, como o compromisso de comercializar no País. Essa distinção entre os deveres com relação à *comunidade*, de um lado, e ao *participante da pesquisa*, de outro, aparecia já na Resolução CNS 196/96, como mostram os seguintes incisos:

III.1 – A eticidade da pesquisa implica:

*m) garantir que as pesquisas em **comunidades**, sempre que possível, traduzir-se-ão em benefícios cujos efeitos continuem a se fazer sentir após sua conclusão (...);*

*n) garantir o retorno dos benefícios obtidos através das pesquisas para as pessoas e as **comunidades** onde as mesmas forem realizadas (...).*

*p) assegurar aos **sujeitos da pesquisa** os benefícios resultantes do projeto, seja em termos de retorno social, acesso aos procedimentos, produtos ou agentes da pesquisa; (destacamos)*

Importa ressaltar que o compromisso de comercializar foi usado na Resolução CNS 404/08 apenas como “*exemplo*” do que “garantir acesso” deve incluir, o que pressupõe logicamente que garantir é mais do que comercializar. O entendi-

mento de que assegurar acesso é mais que comercializar tem respaldo na literatura especializada e nos trabalhos de organizações internacionais.

O documento *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation* produzido conjuntamente pela ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS), a ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI) e a ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC) diz de forma explícita que acesso é mais que disponibilidade. Disponibilidade é necessária para o acesso, mas não é suficiente. Disponibilidade no mercado não garante acesso quando, por exemplo, o preço do tratamento é exorbitante para indivíduos e sistemas de saúde, não há médicos para prescrevê-lo ou não há infraestrutura e profissionais para administrá-lo.¹⁵ Como afirmou a OMS em outra oportunidade, registro na agência define a disponibilidade de um tratamento no mercado, mas não sua acessibilidade para pacientes.¹⁶

As já mencionadas diretrizes sobre acesso pós-estudo estabelecidas pela UNIVERSIDADE DE HARVARD (resultado do trabalho conjunto de acadêmicos, representantes da indústria, governos e sociedade civil) também fazem essa distinção de forma clara. Disponibilidade “*refere-se à presença de um objeto em um determinado lugar e tempo*”, enquanto acesso “*refere-se ao uso desse objeto por um indivíduo (...) e implica a remoção de obstáculos que permitem tal uso*”. O documento afirma:

*a presença de um objeto (disponibilidade) é condição necessária para o uso daquele objeto (...) contudo, garantir disponibilidade não implica garantir acesso a todos (...) outras barreiras (como capacidade de pagar) podem impedir um participante da pesquisa de acessar um tratamento.*¹⁷

A posição e a prática da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP (órgão do CNS responsável pela aplicação e fiscalização das normas que regulam a pesquisa com seres humanos no Brasil) sobre o significado de “*assegurar o acesso*” nas Resoluções 196/96 e 251/97 do CNS não permitem margem à dúvida. O professor Bruno Rodolfo Schlemper Jr.¹⁸ (membro titular da CONEP e do Comitê de Ética em Pesquisa da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina) afirmou em artigo acadêmico de 2008 que:

15 WHO, WIPO e WTO. *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation* (2013), p. 144-145.

16 WHO. *How to Develop and Implement a National Drug Policy*, 2nd ed. (2001), p.29.

17 MRCT at Harvard. *Continued Access to Investigational Medicines*, Guidance Document (2017), p. 16-17

18 Bruno Schlemper Junior, “Acesso às drogas na pesquisa clínica”, *Revista Bioética* 15(2), 2007.

há consenso de que os sujeitos do estudo clínico devem ter acesso ao benefício da droga – o que significa dizer que deve haver garantia incondicional para o fornecimento do fármaco em teste, caso demonstre superioridade e traga benefício ao sujeito. (p. 259)

A respeito do alcance do dever de fornecer o tratamento após o estudo e a possibilidade dos patrocinadores delimitarem por conta própria seu dever, ele afirma:

Ausência de restrições ao acesso – a norma ética máxima (Resolução CNS 196/96) não estabelece qualquer critério restritivo ao acesso ao afirmar que o responsável pelo estudo deve assegurar aos sujeitos da pesquisa os benefícios resultantes do projeto, com o acesso aos procedimentos, produtos ou agentes de pesquisa (...). Desse modo, se a legislação não estabelece parâmetros restritivos, não podem os integrantes do sistema ético regulatório aceitar propostas que façam qualquer restrição. (p. 260)

Tempo de fornecimento do fármaco – os textos legais afirmam que o tempo de acesso ao fármaco deve ser delimitado exclusivamente pelos benefícios que proporciona ao sujeito: deve ser assegurado o acesso pelo tempo em que o mesmo estiver obtendo resultados positivos pelo uso do medicamento ou procedimento. (p. 261)

Igualmente, e com muito mais razão, não se pode aceitar que o acesso seja garantido apenas até que a droga seja disponibilizada pelo SUS. Em primeiro lugar, porque não se sabe se a droga, após aprovação pela Anvisa, será selecionada para integrar a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) do Ministério da Saúde, uma vez que critérios de farmacoeconomia são considerados na escolha dos medicamentos. Secundariamente, não é ético e/ou moral transferir responsabilidades para terceiros sem que os mesmos tenham conhecimento e estejam de acordo com tal pretensão. (p.261)

Sobre o posicionamento e a prática da CONEP, órgão ao qual o autor já fazia parte à época, ele escreveu:

Pelas razões referidas percebe-se não ser eticamente adequado que o sujeito da pesquisa deixe de ter acesso, após o encerramento do projeto, a medicamento que se mostrava benéfico, razão pela qual a CONEP vem adotando rigorosa posição, exigindo que, nas condições em que seja pertinente, o patrocinador ou o promotor do estudo assegure o acesso do sujeito à droga (...) Essas responsabilidades devem estar identificadas no protocolo e no TCLE, para apreciação pelo CEP e CONEP, de modo a agilizar a aprovação do mesmo. (p.260-261)

A visão de um membro da CONEP tem peso, mas importa mais a posição institucional do CNS e da CONEP sobre o tema. O CNS em diversas oportunidades, inclusive nas Resoluções 301/00 e 404/08, afirmou de forma inequívoca o alinhamento entre as suas Resoluções 251/1997 e 196/96 e o parágrafo 30 da

DECLARAÇÃO DE HELSINQUE de 2000, que, conforme já mencionado, reconhece um amplo dever de fornecer acesso pós-estudo.

Os CADERNOS DE ÉTICA EM PESQUISA¹⁹, uma publicação da CONEP direcionada a membros de comitês de ética em pesquisa (CEPs), possuem um espaço para esclarecer questões que aparecem frequentemente durante encaminhamentos para realização de pesquisas. Em uma das edições, de 2005, fica claro o entendimento da CONEP de que as normas à época garantiam ao participante o recebimento do medicamento após o estudo:

A consulta

*Tendo em vista o disposto no item III da Resolução CNS 196/96 e suas alíneas m, n e p, consultamos essa Comissão se eventual projeto de pesquisa deverá observar a exigência, para fins de aprovação, de garantir e assegurar que o participante continuará, se necessário, a **receber** os respectivos medicamentos e por quanto tempo.*

A resposta

Considerando posicionamentos anteriores da CONEP, a continuidade do tratamento para sujeitos de pesquisa tem sido buscada, sempre que haja o interesse clínico. A Resolução CNS 251/97 refere no item IV.1.m que deve ser assegurado acesso ao medicamento em teste, caso se comprove sua superioridade em relação ao tratamento convencional. Desta forma, tem sido exigida nestas situações. Os protocolos devem ser analisados caso a caso para garantir aspectos de direito e de justiça aos sujeitos envolvidos.²⁰ (destacamos)

Também não se pode dizer que a posição da CONEP à época não era conhecida pelos que atuavam no setor. A ata de reunião no CNS em 2009²¹, em que membros da CONEP defendem perante pesquisadores e representantes de empresas a posição da instituição sobre o acesso pós-estudo, não deixa dúvidas quanto à interpretação e aplicação da legislação à época. A Associação Brasileira de Organizações Representativas de Pesquisa Clínica (ABRACRO), que congrega empresas contratadas pela indústria farmacêutica para realização de pesquisas clínicas, publicou em 2011 um documento crítico ao fato de que “a CONEP condiciona a aprovação dos estudos clínicos à garantia por parte do patrocinador de acesso gratuito e irrestrito ao produto investigacional, caso o investigador principal o prescreva no final do tratamento”.²²

19 Os Comitês de Ética em Pesquisa (CEP), organizados em cada instituição de pesquisa, têm a responsabilidade primária de revisar os protocolos de pesquisa e os TCLE das pesquisas envolvendo seres humanos a serem desenvolvidas nas respectivas instituições quanto à sua adequação às normas do CNS.

20 CONEP, “A CONEP responde”, Cadernos de Ética em Pesquisa 15 (2005), p. 6.

21 Relato da Reunião Ampliada na CONEP de 21 de Agosto de 2009. Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/Web_comissoes/conep/aquivos/relatorio_final_CONEP_21_agosto_2009.pdf>.

22 ABRACRO. Garantia de Acesso a Medicamentos Pós-Estudos Clínicos (2011), p. 4.

A **segunda tese** sustenta que, se a Resolução CNS 466/12 especificou o dever de assegurar o acesso “*gratuito*” e “*por tempo indeterminado*”, isso significa que a norma anterior (a Resolução CSN 196/96) não pretendia ter esse alcance. Essa segunda tese é incompatível com a primeira (“*assegurar acesso significa disponibilizar no mercado*”). Tanto a Resolução CNS 196/96 quanto a Resolução CNS 466/12 usam o termo *assegurar o acesso*. Portanto, caso se aceite que assegurar o acesso na Resolução CNS 466/12 significa o dever de fornecer o tratamento objeto da pesquisa, não há fundamento para dizer que pode ser tão diferente o significado do mesmo termo pela mesma instituição na Resolução CNS 196/96. Ademais, a Resolução CNS 251/97, que também fala em assegurar o acesso, continua em vigor.

Resolução 196/96 do CNS (revogada pela 466/12)	<i>“assegurar aos participantes da pesquisa os benefícios resultantes do projeto, seja em termos de retorno social, acesso aos procedimentos, produtos ou agentes da pesquisa”</i>
Resolução 251/97 do CNS (em vigor)	<i>“Assegurar por parte do patrocinador ou, na sua inexistência, por parte da instituição, pesquisador ou promotor, acesso ao medicamento em teste, caso se comprove sua superioridade em relação ao tratamento convencional”</i>
Resolução 466/12 do CNS (em vigor)	<i>“assegurar a todos os participantes ao final do estudo, por parte do patrocinador, acesso gratuito e por tempo indeterminado, aos melhores métodos profiláticos, diagnósticos e terapêuticos que se demonstraram eficazes”</i>

Desse modo, ou se defende que mesmo após 2012 existe apenas o dever do patrocinador de registrar o tratamento somente para os participantes da pesquisa, o que não faria sentido, ou se admite que antes de 2012 já havia o dever de fornecer o tratamento objeto do estudo. Há uma terceira saída, em que se aceita o dever de fornecer o tratamento antes de 2012, mas não por tempo indeterminado, uma vez que isso foi trazido de forma explícita apenas com a Resolução CNS 466/12.

Essa terceira saída, porém, não tem base fática nem se sustenta logicamente. Imaginemos a **Norma 1**: “*Fica vedada a discriminação no acesso aos elevadores de edifícios existentes no Município X*”. Uma norma posterior, a **Norma 2**, tem a seguinte redação: “*Fica vedada qualquer forma de discriminação em virtude de raça, sexo, cor, origem, condição social, idade, porte ou presença de deficiência e doença não contagiosa por contato social no acesso aos elevadores de todos os edifícios públicos municipais ou particulares, comerciais, industriais e residenciais multifamiliares existentes no município X*”. Alguém que discriminou uma pessoa negra no elevador de um

shopping center enquanto a **Norma 1** estava em vigor não poderia alegar que sua conduta não era antijurídica porque a proibição de discriminação em virtude de raça e em edifício comercial veio apenas com a **Norma 2**. A **Norma 1** já tinha amplitude suficiente para abarcar a conduta. A **Norma 2** apenas consolida e detalha a **Norma 1**, tendo as duas igual alcance e intenção. É exatamente assim que o CNS entende a relação entre a Resolução CNS 196/96 e a Resolução CNS 466/12.

Não há qualquer indicação por parte da CNS (a instituição que editou as normas) ou da CONEP (a instituição responsável pela sua aplicação e fiscalização) de que a Resolução CNS 466/12 representa uma mudança de posição. Vale ler a manifestação oficial do CNS e da CONEP a respeito do projeto de lei sobre pesquisas com seres humanos atualmente em discussão no Congresso Nacional, que pode trazer critérios mais restritos para se reconhecer a obrigação do patrocinador de fornecer acesso pós-estudo. O CNS e a CONEP afirmam que a obrigação de “*garantir o fornecimento*” do tratamento testado de forma irrestrita, desde que o paciente ainda se beneficie dele, começou com as Resoluções CNS 196/96 e 251/97, foi reafirmada pelas Resoluções CNS 301/00 e 404/08 e “*consolidada*” com a Resolução CNS 466/12.²³ Portanto, “*assegurar o acesso*” sempre teve o mesmo sentido desde 1996. Nesse documento, o CNS e a CONEP também manifestam a preocupação com qualquer tentativa de se relativizar ou reduzir a obrigação do patrocinador, o que teria como consequência deixar participantes da pesquisa sem o tratamento que lhes beneficiou ou criar “*uma situação bastante peculiar, onde o bônus será todo da indústria farmacêutica, e o ônus, do Sistema Único de Saúde (SUS)*”.

Em conclusão, existe farta documentação institucional do CNS e da CONEP, além de trabalhos acadêmicos e de organizações internacionais, mostrando que assegurar acesso não se limita a disponibilizar no mercado. Para o CNS e a CONEP, assegurar acesso sempre significou fornecer o tratamento objeto da pesquisa por tempo indeterminado. Essa posição foi defendida publicamente e consistentemente pelas instituições em diversas ocasiões.

QUESITO 4

Está consolidado na jurisprudência o entendimento de que os patrocinadores da pesquisa têm o dever de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?

23 CNS/CONEP. Análise técnica da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa sobre o Projeto de Lei nº 200/2015. Disponível em http://www.conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/Analise- tecnica-Lei200-2015.pdf

Não. A questão do acesso pós-estudo é relativamente nova no Judiciário brasileiro e seria precipitado falar em uma posição jurisprudencial consolidada. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, decidiu pela primeira vez sobre o tema na AC nº 1021549-02.2014.8.26.0053 e entendeu, com base em razões discutidas nesse parecer, que a empresa farmacêutica não tem o dever de continuar a fornecer o tratamento objeto do estudo após o fim da pesquisa.

Contudo, nos Tribunais que têm lidado com essa questão há mais tempo, a jurisprudência tem sido no sentido de reconhecer que as resoluções do CNS criam para os patrocinadores a obrigação de fornecer acesso pós-estudo por tempo indeterminado, inclusive para participantes de pesquisas realizadas antes de 2012.

Um dos primeiros casos foi o processo nº 001/1.10.0103252-8 no Estado do Rio Grande do Sul, em que um paciente que participou de pesquisas com medicamento para HIV buscava ordem judicial para que a empresa patrocinadora da pesquisa lhe fornecesse o tratamento testado. Concedida a liminar em favor do paciente, confirmada pelo Tribunal de Justiça, a empresa propôs um acordo em que forneceria o medicamento por dois meses e, posteriormente, a parte autora deveria desistir do processo e ingressar com ação contra a União pleiteando o remédio. A proposta não foi aceita pela representante do paciente por entender que essa condição oneraria o paciente. Por fim, a empresa aceitou fornecer o tratamento e o processo foi extinto sem julgamento do mérito.²⁴

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no notório caso do menino Cauã (70031235633/RS) confirmou, por maioria, a sentença do juiz de 1ª instância que entendeu que, de acordo com as normas brasileiras (dentre as quais o magistrado incluiu as Resoluções CNS 196/96 e 251/07):

os laboratórios internacionais, juntamente com a subsidiária brasileira, são responsáveis pela manutenção de fornecimento da medicação descoberta, ao sujeito de pesquisa, mesmo após o término do experimento.

Essa sentença, embora reconheça a obrigação subsidiária do poder público de fornecer tratamentos médicos, entendeu que no caso de participantes de pesquisas clínicas a “*relação de direito privado* [entre patrocinadores e participantes] *supera a obrigação geral do ente público em assegurar o direito à saúde*”.

Casos envolvendo especificamente pacientes de mucopolissacaridose que participaram de pesquisas clínicas chegaram ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) para decisão sobre quem se deve responsabilizar pela continuação

24 Sobre esse processo ver <http://www.dpe.rs.gov.br/site/noticias.php?id=925>

do tratamento após o fim da pesquisa. O recente julgamento da AC nº 5034156-97.2012.4.04.7100/RS, em 2015, confirmou a sentença de primeira instância, que, reconhecendo a obrigação “exclusiva” da empresa farmacêutica, afirmou:

não se pode exigir que os entes públicos arquem com o fornecimento de um remédio de altíssimo custo que já vinha sendo fornecido ao autor pelo laboratório, se foi este quem deu azo à esperança da continuidade do tratamento (...) no caso concreto se está diante de um medicamento que, muito embora autorizado pela ANVISA, foi disponibilizado ao autor pelo laboratório fabricante.

Também foi rejeitado o argumento de que a obrigação de fornecer acesso pós-estudo teria sido criada apenas com a Resolução CNS 466/2012:

A edição da Resolução 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde não muda o dever do Laboratório Apelante, que sempre existiu, de fornecer medicamento ao Apelado, da forma como reconhecido na sentença ora em reexame.

Ademais, a ementa do acórdão afirma, baseado sobretudo em decisões do Tribunal de Justiça do RS e do TRF 4, que a questão já está se consolidando na jurisprudência:

A jurisprudência vem assegurando à pessoa que participa de pesquisa farmacológica o direito de continuar a receber medicamento após a conclusão do estudo clínico.

Esta decisão confirma o entendimento do TRF 4 na decisão da AC nº 5014934-71.2011.404.7200/SC, em que se busca judicialmente o reconhecimento da obrigação da empresa farmacêutica de fornecer tratamento para mucopolissacaridose a paciente que participou de seu estudo clínico. Diz a Ementa do acórdão:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO POR LABORATÓRIO APÓS CONCLUSÃO DE PESQUISA. SUCUMBÊNCIA.

1. No caso dos autos, houve a realização de perícia médica em que confirmado o diagnóstico de ‘Mucopolissacaridose Tipo II (Síndrome de Hunter)’, (...); inexistência de indicação de medicamento capaz de substituir o INDURSULFASE para o tratamento da doença do autor; a medicação pretendida possui registro na ANVISA, desde 2008; (...) o SUS não padronizou o medicamento solicitado e não tem substituto a oferecer. A respeito do pleito da parte autora, **importa destacar a jurisprudência da Corte** no sentido de ser assegurado à pessoa que participa de pesquisa farmacológica o direito de continuar a receber medicamento após a realização de pesquisa, desde que a medicação lhe traga benefício.

2. Desse modo, é caso de que seja deferido o pedido de efeito suspensivo ativo (tutela antecipada recursal) para ordenar à recorrida SHIRE HUMAN GENETIC THERAPIES FARMACÊUTICA LTDA que forneça ao autor o medica-

mento INDULSURFASE, na posologia indicada na petição inicial e com as alterações que se fizerem necessárias nos termos da prescrição médica, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais), reformando-se a sentença para condenar a recorrida SHIRE HUMAN GENETIC THERAPIES FARMACÊUTICA LTDA. à prestação do medicamento INDULSURFASE, na posologia indicada na petição inicial e com as alterações que se fizerem necessárias nos termos da prescrição médica. (...) (destacamos)

Entendimento igual é o do Conselho Nacional de Justiça na Recomendação CNJ 31/2010. Cabe lembrar que o CNJ não está criando direitos ou obrigações, mas fazendo recomendações aos magistrados com base na legislação existente:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ, no uso de suas atribuições, e (...) RESOLVE:

1. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

A questão do dever do patrocinador de fornecer acesso pós-estudo ainda não foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal. A empresa farmacêutica desistiu do recurso extraordinário contra a supracitada sentença na AC nº 5034156-97.2012.4.04.7100/RS e o recurso ao STF da empresa farmacêutica no caso *Cauã* foi devolvido em virtude da repercussão geral no RE nº 566471. Porém, o STF manifestou o entendimento sobre o tema em diversas decisões²⁵ posteriores à audiência pública sobre saúde de 2009:

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

Como esclarecido, na Audiência Pública da Saúde, pelo Médico Paulo Hoff, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou ava-

25 Suspensão de Tutela Antecipada 175, Suspensão de Tutela Antecipada 211, Suspensão de Tutela Antecipada 278, Suspensão de Segurança 3724, Suspensão de Segurança 2944, Suspensão de Segurança 2361, Suspensão de Segurança 3345, Suspensão de Segurança 3355, Suspensão de Segurança 47, Suspensão de Tutela Antecipada 260, Suspensão de Tutela Antecipada 283, Suspensão de Tutela Antecipada 424, Suspensão de Tutela Antecipada 434, Suspensão de Liminar 256, Suspensão de Segurança 3941, Suspensão de Segurança 4045, Suspensão de Segurança 3962, Suspensão de Segurança 3852 e Suspensão de Segurança 3989.

liadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término. (destacamos)

Esse trecho não se encaixa perfeitamente no caso em tela porque se refere a tratamentos experimentais (grupo ao qual o tratamento na presente ação civil pública já não pertence por ter registro na ANVISA). Porém, há elementos importantes que podem ser apreendidos dele. Primeiro, reconhece-se que os patrocinadores estão vinculados às “normas que regulam a pesquisa médica”, o que dissipa dúvidas quanto à possibilidade das resoluções do CNS de criar obrigações para o patrocinador. Segundo, que essas normas, ao criarem obrigações para o patrocinador da pesquisa de continuar o fornecimento do tratamento, eximem o Estado dessa obrigação.

O STF é silente sobre se essa obrigação termina ou continua, uma vez que o tratamento deixa de ser experimental. Contudo, e considerando que o STF baseou seu entendimento na manifestação do médico PAULO HOFF na audiência pública, vale conferir o que disse esse respeitado profissional.

*Então, começo pelas drogas completamente experimentais: não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso deve ser apenas em estudos clínicos ou programas de acesso expandido. Certamente, não há nenhum papel do SUS ou nenhuma fonte pagadora em cobrir esses custos. (...) na Universidade de São Paulo, incorporamos, nos contratos com as indústrias farmacêuticas, a obrigação da indústria de continuar cobrindo os custos de tratamento dos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após a droga ter sido aprovada. Concordo que seria uma ganância absurda das empresas se recusarem a pagar e assumirem esses custos depois de o paciente ter voluntariado a sua vida para ajudar no desenvolvimento dessa medicação e ajudar outros pacientes.*²⁶ (destacamos)

Em conclusão, ainda que não se possa falar em um entendimento pacífico na jurisprudência sobre o tema, os Tribunais que têm tratado do tema há mais tempo têm reconhecido que as resoluções do CNS são normas que criam a responsabilidade do patrocinador da pesquisa pela continuação do acesso pós-estudo, mesmo após o registro na ANVISA. Por fim, existem manifestações por parte da cúpula do Poder Judiciário – STF e CNJ – que parecem endossar esse entendimento.

26 Paulo Marcelo Hoff. Manifestação na audiência pública sobre saúde realizada no STF (4 de maio de 2009). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSau-de/anexo/Marcelo_Hoff.pdf>

QUESITO 5

Podem resoluções do Conselho Nacional de Saúde estabelecer a obrigação dos patrocinadores da pesquisa de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?

Sim. Superada a questão do conteúdo das resoluções do CNS que obrigam o fornecimento do acesso pós-estudo, é preciso discutir se essa obrigação pode ser criada por meio de resoluções ao invés de uma lei em sentido estrito. Se a resposta for negativa, essas resoluções estariam violando o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da Constituição Federal (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”).

Se lida por uma lente formalista, o princípio da legalidade sugeriria que apenas o Legislador pode estabelecer direitos e obrigações. Desse *paradigma da lei formal*²⁷ se depreende a máxima de que “apenas a lei inova o ordenamento jurídico”. Porém, não apenas o exercício da hermenêutica jurídica desafia essa máxima, como um olhar mais detido ao cenário fático de produção normativa mostra que ela está em descompasso com a realidade da atuação estatal contemporânea em que existe um amplo espaço de criação na esfera administrativa.²⁸

Na literatura jurídica e de ciência política são hoje reconhecidas diversas razões pragmáticas e de legitimidade democrática que levam à mudança de paradigma da *lei formal* para o *sistema normativo*, do qual participam uma pluralidade de fontes normativas, inclusive os regulamentos. Dificilmente a lei em sentido estrito disporá sobre todas as minúcias necessárias para que um determinado comando seja operável pela Administração. Faltam ao Legislativo tempo, conhecimento especializado e um processo decisório abreviado para responder a mudanças rápidas de conjuntura. Nessa linha, a descentralização das escolhas públicas para a Administração é medida necessária para tornar a atuação estatal mais dinâmica, eficiente e qualificada. Outra razão é a proximidade da instituição burocrática com a sociedade, tornando o processo decisório mais permeável à participação de seus destinatários finais por meio de audiências e consultas públicas. Essa proximidade e permeabilidade bus-

27 Cf. BINEBOHM, Gustavo, *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e institucionalização*. Ed. Renovar, 2006, p. 34-35.

28 “Uma das mudanças foi o surgimento da Administração Pública como ampla estrutura personificada, com múltiplas e amplas tarefas a perseguir. Isso fez com que a ação administrativa não pudesse mais ser definida como singela execução de leis. A figura do administrador como braço mecânico do legislador era capaz, talvez, de descrever um pouco do Executivo imaginado nos primórdios. Mas não é boa figura para explicar a administração multifuncional da experiência jurídica histórica, que foi aparecendo aos poucos”. SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed., Ed. Malheiros, 2014, p. 236.

cam materializar ideais de democracia deliberativa e participativa que complementam a política eleitoral em uma democracia.²⁹

Salvo nos casos de reserva de lei, quando é atribuição única e exclusiva da lei formal dispor sobre um assunto, o que a Constituição de fato impede é que a norma infralegal suspenda a eficácia da lei ou extrapole os limites nela estabelecidos. A Administração deve necessariamente atuar nas específicas hipóteses predefinidas em lei, mas a atividade administrativa não se encerra no conteúdo dela. Ao contrário, existe necessariamente um espaço de criatividade para que o Executivo consiga executar sua função. A jurisprudência do STF tem, inclusive, reconhecido o instituto da “reserva da administração”, o espaço autônomo da Administração para a efetivação de direitos por meio de suas funções administrativas e normativas.³⁰

O legislador pode, explícita ou implicitamente, conferir ao Executivo a atribuição de criar normas por meio de regulamentos. Na área da saúde, em particular, o Legislativo tem feito amplas delegações normativas ao Executivo, limitando o papel da lei em sentido estrito à definição de competências, desenho de estrutura burocrática e definição de modo não exaustiva dos principais direitos e deveres. Há vários exemplos, como a competência da Agência Nacional de Saúde (criada pela Lei nº 9.961/2000) para regular o setor da saúde suplementar, criando deveres para planos e direitos para usuários por meio de resoluções. Esse é também o caso das regras concernentes às pesquisas com seres humanos. Diz a Lei nº 8.080/90:

*Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: (...) XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a **definição e controle dos padrões éticos para pesquisa**, ações e serviços de saúde; (destacamos)*

O Executivo federal, como definido no Decreto nº 99.438/90, executa esse dispositivo por meio do CNS, um órgão vinculado ao Gabinete do Ministro da Saúde e com ampla participação social, como exigido pelo art. 15 da Lei nº 8.080/90. O CNS é um órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários. Ele é um dos órgãos de democracia deliberativa e participativa que instrumentaliza o princípio da participação social no SUS (art. 198, inc. III da Constituição Federal). Suas resoluções tornam-se regulamentos executivos exigíveis após a homologação do Ministro da Saúde (art. 1º do Decreto nº 5.938/06 e art. 58, §2º, do Regimento Interno do CNS), enqua-

29 Pierre Rosanvallon. *Le Bon Gouvernement* (Le Seuil, 2015).

30 Ver voto do Min. Luís Roberto Barroso na ADI 5505 MC.

drando-se na hipótese do art. 87, parágrafo único, II, da Constituição Federal. O Decreto nº 99.340/90 foi posteriormente revogado pelo Decreto nº 5.839/06, que manteve o seguinte dispositivo:

Art. 2º Ao CNS compete: (...)

VII - acompanhar o processo de desenvolvimento e incorporação científica e tecnológica na área de saúde, visando à observação de padrões éticos compatíveis com o desenvolvimento sócio-cultural do País;

Portanto, não se pode dizer que a obrigação de fornecer acesso pós-estudo viola o princípio da legalidade na Constituição. É em virtude de lei formal que o Executivo tem o poder-dever de regulamentar a pesquisa em saúde. Esse poder-dever é exercido por meio de um órgão colegiado e de participação social cujas resoluções são homologadas pelo Ministro da Saúde. Trata-se, portanto, de uma delegação expressa da lei ao Executivo para inovar no sistema normativo por meio de normas infralegais.

Ademais, aceitar que as resoluções do CNS não podem criar deveres por não serem lei em sentido estrito teria como consequência admitir que patrocinadores e pesquisadores não estão legalmente obrigados a obedecer a nenhuma das regras relativas à pesquisa clínica, anteriores ou atuais, estabelecidas nos mesmos instrumentos normativos que estabeleceram a obrigação de assegurar acesso pós-estudo. Isso incluiria, por exemplo, o dever de conseguir consentimento livre e esclarecido, de prestar assistência imediata durante a pesquisa, de evitar danos previsíveis, de contar com os recursos necessários que garantam o bem-estar do participante da pesquisa, de respeitar a confidencialidade do paciente etc. Não parece ser esse o entendimento de nenhum dos atores envolvidos com pesquisas clínicas no Brasil.

Cabe lembrar que tanto o patrocinador, ao decidir realizar uma pesquisa clínica no Brasil, quanto o pesquisador, ao submeter seu protocolo de pesquisa à CEP/CONEP para aprovação, estão aceitando as regras estabelecidas e comprometem-se a agir de acordo com elas. Claro que se pode questionar a constitucionalidade e a legalidade de uma norma, mas isso deve ser feito pelas vias judiciais adequadas e não criando para si uma exceção para desobedecer a regras com as quais discorda.

Em conclusão, as resoluções do CNS não violam o princípio da legalidade porque os patrocinadores são obrigados a fornecer acesso pós-estudo em virtude da Lei nº 8.080/90, que atribui explicitamente ao Executivo a função de regular a pesquisa em saúde no Brasil. O Executivo exerce essa função por meio do CNS, um órgão de participação democrática cujas resoluções são homologadas pelo Ministro da Saúde.

QUESITO 6

Pode o termo de consentimento livre e esclarecido excluir ou limitar o dever dos patrocinadores da pesquisa de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?

Não. O fato de sujeitos de pesquisa terem consentido de forma livre e esclarecida a participarem de um estudo clínico não significa que possam negociar os termos de sua participação de forma a contrariar as exigências legais. Como já mencionado, pesquisas clínicas são fundamentais para a ciência e para a saúde da população, mas também trazem riscos para a vida e a saúde de seus participantes. Além do mais, a relação entre participantes, de um lado, e pesquisadores e patrocinadores, de outro, é caracterizada pela assimetria de informação e de poder e, em muitos casos, pela vulnerabilidade e desespero dos sujeitos de pesquisa. Tudo isso dificulta uma análise plenamente racional das vantagens e desvantagens de se participar de uma pesquisa. Por isso, pesquisas clínicas são altamente reguladas para estabelecer direitos e deveres mínimos que, por definição, limitam a autonomia da vontade das partes.

Dentre esses deveres está o de assegurar o acesso ao tratamento objeto de estudo após o fim da pesquisa, caso o paciente possa se beneficiar dele. Por isso, é estranho que um termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) e um protocolo de pesquisa que não garantam o acesso pós-estudo nos termos compreendidos pelo CNS e pela CONEP ou que tragam um acesso restrito (como a previsão de que ele será interrompido após o registro na ANVISA) tenham sido aprovados por um comitê de ética em pesquisa (CEP) e pela CONEP. Conforme visto, uma cláusula expressando a obrigação de fornecer acesso pós-estudo já era condição indispensável para a autorização de uma pesquisa à época dos estudos mencionados na presente ação civil pública.

Diante de uma alegação de que existe TCLE assinado pelo participante e aprovado por uma CEP e pela CONEP eximindo ou reduzindo o dever do patrocinador de fornecer acesso pós-estudo, é preciso primeiramente proceder a uma análise detalhada do inteiro teor do protocolo de pesquisa e do TCLE que foram aprovados pela CEP e pela CONEP, bem como dos pareceres dessas instituições. Conforme discutido nos quesitos acima, as posições do CNS e da CONEP sobre o acesso pós-estudo foram já muitas vezes expressadas, e sempre de forma consistente, o que torna pouco provável que uma pesquisa tenha sido aprovada nessas condições. Embora aconteça de as CEPs esquecerem de exigir a inclusão de uma cláusula garantindo o fornecimento do acesso pós-estudo, erro

ao qual a própria CONEP já as alertou,³¹ seria muito surpreendente se a própria CONEP não tivesse se atentado a isso.

Caso exista no TCLE ou no protocolo o reconhecimento do dever de acesso pós-estudo, então o dever do patrocinador torna-se ainda mais claro pois, independente do debate quanto à competência do CNS para criar deveres aos patrocinadores por meio de resolução, tratar-se-ia de um compromisso assumido com o participante em um instrumento contratual.

Por outro lado, mesmo se o TCLE e o protocolo de pesquisa tenham sido de fato aprovados pela CONEP sem a garantia do fornecimento do acesso pós-estudo, ou com uma cláusula que crie uma limitação a esse acesso, isso não afeta o direito dos participantes (e o dever correspondente do patrocinador) que está garantida pelas resoluções do CNS. Assim como as obrigações legais relativas às pesquisas clínicas não são negociáveis entre as partes (salvo se expresso na norma), também os membros da CONEP não têm competência ou discricionariedade para reduzir esses direitos e deveres, lembrando que a posição da instituição tem sempre sido clara e consistente.

Em conclusão, os termos do TCLE não podem revogar os direitos estabelecidos pelas normas do CNS, ainda que compreendidos e aceitos pelo participante e mesmo que tenham sido aprovados pelo CEP e pela CONEP por descuido ou por interpretação equivocada da norma por aqueles que analisaram os documentos relativos a uma pesquisa. De qualquer maneira, reitera-se a importância de se analisar com atenção o inteiro teor do TCLE e do protocolo de pesquisa aprovados pela CEP e pela CONEP, bem como os relatórios dessas instituições.

QUESITO 7

A obrigação dos patrocinadores da pesquisa de continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término de uma pesquisa inviabilizaria o desenvolvimento de tratamentos para doenças raras?

Não há evidência. Primeiramente, cabe separar duas questões diferentes: se um dever legal existe e se este dever é demasiadamente oneroso. O fato de o responsável por um dever legal considerá-lo muito oneroso não o exime de cumpri-lo. Assim

31 Conselho Nacional de Saúde/ Comissão Nacional de Ética e Pesquisa. Manual de Orientação: Pendências Frequentes em Protocolos de Pesquisa Clínica (2015), p.19. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/arquivos/documentos/MANUAL_ORIENTACAO_PENDENCIAS_FREQUENTES_PROTOCOLOS_PESQUISA_CLINICA_V1.pdf>

como um empresário não pode deixar de cumprir o Código de Defesa do Consumidor alegando que há muita concorrência no mercado ou deixar de pagar direitos trabalhistas porque sua margem de lucro é muito baixa, não pode um patrocinador deixar de fornecer o tratamento após o estudo por entender que isso diminuiria a lucratividade do seu produto ou o incentivo para futuras pesquisas.

Não se questiona o direito dos patrocinadores de criticar a legislação brasileira e defender que ela deveria ser mudada. Como já visto, não há consenso no direito comparado e nas diretrizes internacionais sobre o tema. É democrático que os patrocinadores questionem as normas na imprensa, no debate acadêmico, no governo, no CNS, no Congresso e mesmo no Judiciário, pelas vias adequadas. Mas não lhes é permitido criar para si uma exceção para deixar de cumprir um dever jurídico.

De qualquer forma, o argumento de que a obrigação de acesso pós-estudo vai inviabilizar pesquisas para doenças raras, que afetam um número pequeno de pessoas, é persuasivo à primeira vista. Imaginemos o cenário hipotético em que se pesquisou um tratamento para uma doença crônica ultrarrara que afeta 400 pessoas no Brasil. Essa pesquisa precisou de 100 participantes para produzir resultados cientificamente válidos e concluiu que o tratamento, embora não cure a doença, aumenta a qualidade de vida dos pacientes. Como existe no Brasil o dever de continuar fornecendo gratuitamente e por tempo indeterminado o tratamento para os 100 participantes da pesquisa, a empresa que comercializa o tratamento perde de saída 25% do seu já pequeno mercado potencial. Nesse cenário argumenta-se que ou os patrocinadores deixariam de investir em pesquisas para doenças raras ou teriam que onerar os outros 300 pacientes que não entraram no estudo para recuperar seu investimento.

O problema desse argumento é que ele desconsidera tempo e espaço. O número de participantes na pesquisa que teria direito a receber acesso pós-estudo mantém-se constante ou diminui à medida que participantes não precisem mais do medicamento ou faleçam. Por outro lado, o número de possíveis usuários do medicamento tende a crescer à medida que surjam novos pacientes. Ademais, o custo do acesso pós-estudo é local enquanto o mercado é global e vai muito além dos 300 pacientes brasileiros. A pesquisa realizada no Brasil pode ser usada pela empresa multinacional para registrar e comercializar o medicamento em lugares como os Estados Unidos e a União Europeia, onde tratamentos para doenças raras gozam de proteções especiais para garantir o retorno financeiro da empresa, como períodos de “exclusividade de mercado” e de extensão de patente, que permitem a manutenção de preços elevados a seus produtos ao excluir a concorrência de tratamentos genéricos.³²

32 Ver Orphan Drug Act of 1983 (Estados Unidos) e European Union Regulation (EC) 141/2000

É também equivocado analisar os incentivos para pesquisa olhando apenas a lucratividade de um produto. Um tratamento para doença rara pode ter outras funções dentro do portfólio de uma empresa. A título de exemplo, e considerando que o mercado da indústria farmacêutica é global, nos Estados Unidos a agência responsável pelo registro de medicamentos, o *Food and Drug Administration* (FDA), possui um programa em que empresas farmacêuticas que registrem um tratamento para doença rara ganham um *voucher* que pode ser usado para que a agência avalie mais rapidamente outro produto seu (*priority review voucher*). Avaliação mais rápida significa a entrada mais cedo de um produto no mercado (se aprovado), o que permite à empresa usufruir a patente por mais tempo antes que ela expire. Esse mecanismo faz com que o investimento com tratamentos para doenças raras seja recuperado pela empresa com a maior lucratividade de outro produto de seu portfólio.

Foge ao escopo desse parecer uma análise econômica aprofundada. Porém, é certo que não se pode afirmar que o acesso pós-estudo retiraria os incentivos para pesquisas com doenças raras desconsiderando que o número de participantes recebendo esse acesso tende a diminuir ao longo do tempo (enquanto o mercado cresce), que o mercado da indústria farmacêutica é global e que há incentivos econômicos para desenvolvimento e registro (inclusive com base em pesquisas realizadas com pacientes brasileiros) de drogas para doenças raras nos principais mercados do mundo.

QUESITO 8

Existe conflito entre o direito à saúde na Constituição Federal, que cria ao Estado o dever de prover tratamentos médicos, e as resoluções que obrigam os patrocinadores a continuar, por tempo indeterminado, o fornecimento do tratamento objeto do estudo após o término da pesquisa?

Não. Embora o debate sobre o direito à saúde tenda a focar no dever do Estado de *prover* cuidados médicos, a literatura especializada e as Nações Unidas³³ reconhecem que esse direito cria outros dois tipos de deveres: o de *respeitar* e o de *proteger*. O dever de *prover* requer a criação e a manutenção de um sistema de saúde que ofereça aos cidadãos acesso a cuidados em saúde, bem como a oferta de outras ações e serviços que afetem a saúde, como saneamento básico e nutrição. O dever de *respeitar* é um direito eminentemente negativo e requer que o Estado não interfira na saúde de seus cidadãos, o que inclui, por exemplo, não torturar, não forçar

33 Office of the United Nations High Commissioner for the Human Rights. *CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health* (Art. 12) (2000).

peças a tratamento sem consentimento e não impedir deliberadamente o acesso a cuidados médicos. O dever de *proteger* exige que o Estado proteja o direito à saúde contra violação por terceiros e se realiza, por exemplo, com um sistema de vigilância sanitária para impedir a comercialização de produtos perigosos para a saúde e a regulamentação das profissões da saúde para proteger pacientes contra profissionais malpreparados.

É da natureza do dever de *proteger* que o Estado imponha responsabilidades e ônus a particulares. O Estado cumpre seu dever de proteger o direito à saúde quando, por exemplo, a Agência Nacional de Saúde regula, fiscaliza e sanciona planos de saúde; a ANVISA coloca condições estritas para a aprovação e comercialização de medicamentos; e o CNS e a CONEP impõem deveres a pesquisadores e patrocinadores de pesquisas com seres humanos.

Ao regulamentar as pesquisas clínicas, criando deveres a patrocinadores e pesquisadores, o Estado está cumprindo seu dever constitucional de *proteger* o direito à saúde. Mais especificamente, protege os participantes da pesquisa quando entram em uma relação de enorme assimetria de informação e poder, e que os sujeitam a um grau elevado de risco. É sob essa perspectiva que deve ser entendido o dever de assegurar acesso pós-estudo, que é um instrumento criado pelo Estado no âmbito do seu dever de *proteger* e não uma forma de se eximir do seu dever de *prover*.

O dever de acesso pós-estudo está inserido juntamente com outros deveres criados pelas resoluções do CNS que também atribuem aos patrocinadores o cuidado com a saúde dos participantes em circunstâncias tais como:

Resolução 196/96

III.3(p) - assegurar aos participantes da pesquisa as condições de acompanhamento, tratamento, assistência incondicional, e orientação, conforme o caso, enquanto necessário, inclusive nas pesquisas de rastreamento; (...)

V.6 - O pesquisador, o patrocinador e as instituições envolvidas nas diferentes fases da pesquisa devem assumir, proporcionalmente, as responsabilidades de dar assistência integral aos participantes da pesquisa no que se refere às complicações e danos decorrentes da pesquisa.

Se não há conflito entre o direito constitucional à saúde e a exigência de que o patrocinador seja responsável pela assistência médica incondicional e integral do participante durante a pesquisa e se houver danos decorrentes dela, então também não há conflito quando se exige a continuação do tratamento estudado pós-estudo se houver benefício. Todos esses deveres advêm da relação privada criada pela pesquisa clínica e regulada pelo poder público.

Também precisa de análise cuidadosa a afirmação de que caberia ao Estado, em razão do seu dever de *prover*, fornecer todo e qualquer tratamento. Essa leitura do

direito à saúde não encontra respaldo no direito internacional, que fala em “realização progressiva” (*progressive realization*) “dentro dos recursos disponíveis” (*within available resources*), conceitos que têm sido traduzidos no Direito brasileiro como “reserva do possível”³⁴. Embora se reconheçam algumas obrigações imediatas, que a doutrina brasileira chama de mínimo essencial³⁵, apenas o acesso a poucos bens como alimento e medicamentos essenciais (essenciais do ponto de vista da coletividade e não do indivíduo)³⁶ são colocados dentro desse mínimo pelas Nações Unidas.³⁷

Um grupo internacional de especialistas em direito à saúde (que incluiu Paul Hunt, o primeiro Relator Especial da ONU para o Direito à Saúde) concluiu em artigo publicado na prestigiosa revista *The Lancet*³⁸ que estabelecer prioridades em saúde, o que implica escolher o que será ou não fornecido, é compatível com o direito à saúde. A realização do direito à saúde depende de um sistema capaz de estabelecer prioridades para que seus recursos sejam alocados de forma mais justa e eficiente. Um dos riscos mencionados de não se estabelecer prioridades é gastar desproporcionalmente mais em medidas curativas para pequenos grupos e menos em atenção primária e preventiva para uma parcela bem maior da população.

Na política de assistência farmacêutica do SUS, as prioridades são estabelecidas pelas listas e protocolos clínicos. A Lei nº 12.401/11, que modifica a Lei nº 8.080/90, restringe legalmente o dever de *prover* do sistema público ao definir o significado de integralidade no SUS:

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas

34 Daniel Wang, “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”, *Revista Direito GV*, 4 (2), 2008.

35 Ver Luís Roberto Barroso, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/pdf/estudobarroso.pdf>; Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, 3ª ed. (Saraiva, 2011); Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 12ª ed. (Livraria do Advogado, 2015).

36 De acordo com a Organização Mundial da Saúde, “medicamentos essenciais são aqueles que satisfazem as necessidades em saúde prioritárias de uma população”. Ver http://www.who.int/medicines/services/essmedicines_def/en/

37 Office of the United Nations High Commissioner for the Human Rights. CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) (2000).

38 Benedict Rumbold, Rachel Baker, Octavio Ferraz, Sarah Hawkes, Carleigh Krubiner, Peter Littlejohns, Ole F Norheim, Thomas Pogram, Annette Rid, Sridhar Venkatapuram, Alex Voorhoeve, Daniel Wang, Albert Weale, James Wilson, Alicia Ely Yamin, Paul Hunt, “Universal health coverage, priority setting, and the human right to health”, *The Lancet* 390 (10095).

em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P (...)

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS (...)

Compete ao Ministério da Saúde, após processo deliberativo e técnico da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), decidir se um tratamento será fornecido pelo SUS com base em critérios de efetividade, custo-efetividade e impacto orçamentário. Não se pode, portanto, supor que a ausência de acesso pós-estudo será ou deveria ser sempre suprida pela política pública estatal porque nem todos os tratamentos serão incorporados pelo SUS e, mesmo se isso ocorrer, não será imediatamente após o fim da pesquisa ou o registro na ANVISA.

É verdade que, no Brasil, existe a possibilidade de se exigir do Estado o fornecimento de um tratamento não incorporado ao SUS por via judicial. Contudo, a intervenção do Judiciário é uma medida de caráter excepcional cujo resultado depende dos elementos de cada caso concreto e da posição de cada julgador, como mostram os votos já proferidos no RE nº 566471 no STF e a decisão do STJ que afetou o RESP nº 1657156, suspendendo os processos em trâmite que tratam acerca do fornecimento de medicamentos não contemplados nas listas do SUS. Ademais, como já discutido nesse parecer, nos casos envolvendo participantes de pesquisas clínicas a jurisprudência tende a reconhecer que o dever recai primariamente ou exclusivamente sobre o patrocinador da pesquisa.

Portanto, aceitar que o patrocinador não tem o dever de fornecer acesso pós-estudo porque esse é um dever do Estado, mesmo que esse tratamento não tenha sido incorporado ao SUS, significa na prática trocar um direito certo do participante da pesquisa por outro cujo reconhecimento depende de uma ação judicial com resultado incerto, além de todos os custos e inconveniências que um processo judicial acarreta ao paciente. Cabe lembrar, também, que nem todos os participantes têm informação e recursos para acessar o Judiciário, o que criaria desigualdades no acesso pós-estudo.

Em conclusão, não há conflito entre a obrigação do patrocinador de continuar o fornecimento do tratamento experimentado pós-estudo e os deveres do Estado criados pelo direito à saúde na Constituição. Ao estabelecer o direito de acesso pós-estudo, o Estado está exercendo seu dever de *proteger* o direito à saúde dos participantes de pesquisas clínicas, assim como quando reconhece o direito dos participantes de receberem cuidados de saúde durante a pesquisa e depois dela

se houver complicações e danos. Também não há conflito entre o dever do patrocinador de fornecer acesso pós-estudo e o dever do Estado de *prover* tratamentos médicos. O dever de fornecer tratamentos não incorporados ao SUS não existe a priori e, nos casos envolvendo participantes de pesquisa, o Judiciário tende a atribuir ao patrocinador a responsabilidade primária ou exclusiva de fornecer o tratamento objeto do estudo.

CONCLUSÃO

As conclusões desse parecer podem ser resumidas nos seguintes pontos:

- Não há nas diretrizes éticas internacionais consenso quanto à obrigatoriedade dos patrocinadores de fornecerem o tratamento experimental pós-estudo aos participantes da pesquisa. Porém, não é estranho ao conjunto dessas diretrizes o reconhecimento desse dever, com ou sem limitações temporais. Também não há empecilho para cada país elevar a proteção aos participantes além do previsto nessas diretrizes, que estabelecem o mínimo, mas não o máximo de proteção.
- Não há consenso no direito comparado quanto ao dever dos patrocinadores de fornecerem o tratamento experimental pós-estudo aos participantes da pesquisa. Contudo, a regulação do acesso pós-estudo no Brasil está alinhada com o posicionamento de outros países latino-americanos e é coerente com o estágio de desenvolvimento do país, que não possui grandes empresas farmacêuticas multinacionais, atrai o interesse da indústria para a realização de pesquisas clínicas e tem um sistema público de saúde subfinanciado.
- Existe farta documentação institucional do CNS e da CONEP, além de trabalhos acadêmicos e de organizações internacionais, mostrando que assegurar acesso não se limita a disponibilizar no mercado. O CNS e a CONEP entendem que, desde as Resoluções 196/96 e 251/97 do CNS, assegurar acesso significa fornecer o tratamento objeto da pesquisa por tempo indeterminado.
- Nos tribunais que têm tratado do tema há mais tempo, a jurisprudência tem sido no sentido de reconhecer as resoluções do CNS, inclusive a Resolução CNS 196/96, como normas que obrigam o patrocinador da pesquisa a continuar o fornecimento do acesso pós-estudo, mesmo após o registro na ANVISA. Esse também parece ser o entendimento na cúpula do Poder Judiciário – o STF e o CNJ.
- As resoluções do CNS não violam o princípio da legalidade. Os patrocinadores são obrigados a fornecer acesso pós-estudo em virtude da

Lei nº 8.080/90, que atribui explicitamente ao Executivo a função de regular a pesquisa em saúde. O Executivo exerce essa função por meio do CNS, um órgão de participação democrática cujas resoluções são homologadas pelo Ministro da Saúde.

- Os termos do TCLE não podem revogar os direitos e deveres estabelecidos pelas normas do CNS, ainda que compreendido e aceito pelo participante e mesmo na remota hipótese de que tenha sido aprovado por membros de CEP e pela CONEP. Reitera-se a necessidade de se verificar os documentos aprovados pela CEP e pela CONEP, bem como os relatórios dessas instituições que aprovaram as pesquisas.
- Não se pode afirmar que a obrigação de fornecer o acesso pós-estudo retiraria os incentivos para pesquisas para doenças raras desconsiderando que o número de pessoas recebendo acesso pós-estudo diminui enquanto o mercado potencial de uma droga cresce ao longo do tempo, que o mercado da indústria farmacêutica é global e que há incentivos econômicos para desenvolvimento e registro de drogas para doenças raras nos principais centros consumidores do mundo.
- Não há conflito entre a obrigação do patrocinador de fornecer acesso pós-estudo e o direito à saúde. O Estado *protege* a saúde dos participantes de pesquisa quando exige o fornecimento do acesso pós-estudo. Tampouco há conflito com o dever do Estado de *prover* tratamentos médicos. Não existe a priori o dever de fornecer tratamentos não incorporados ao SUS e a jurisprudência tende a atribuir ao patrocinador a responsabilidade pelo acesso pós-estudo por tempo indeterminado.

É o meu parecer.

Londres, 15 de setembro de 2017.

DANIEL WEI L. WANG

Professor de Saúde e Direitos Humanos da *Queen Mary, University of London*
Membro do *Central London NHS Research Ethics Committee*

PROCESSO: 18488-807891/2017

INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PARECER: PA nº 3/2018

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. DIREITOS E VANTAGENS. TETO REMUNERATÓRIO – ARTIGO 37, XI, XV E XVI, §§ 9º E 11 DA CF/1988; ARTIGO 40, § 11, DA CF/1988; ARTIGO 11 DA EC Nº 41/2003. Julgamento dos Recursos Extraordinários nº 602.043 e nº 612.975. Fixação de tese que impõe a incidência isolada do teto constitucional em quaisquer hipóteses de acúmulos de vínculos autorizados pela Lei Maior, independentemente de se tratar de situações consolidadas antes ou depois da EC nº 41/2003. Exame da repercussão do *decisum* sobre a jurisprudência administrativa em vigor. ACÚMULO REMUNERADO DE ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS. Proposta de alteração da orientação vigente na Procuradoria Geral do Estado, para que passe a admitir que o teto remuneratório incide isoladamente em todas as situações constitucionalmente autorizadas de percepção cumulada de remunerações ou proventos de aposentadoria. Quanto às situações que envolvam acúmulo de pensão por morte, afigura-se recomendável aguardar o julgamento do RE nº 602.584, que trata do tema, para defini-las. ACÚMULO DE REMUNERAÇÃO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO COM REMUNERAÇÃO DECORRENTE DE AULAS EVENTUALMENTE MINISTRADAS EM ACADEMIA DE POLÍCIA. Hipótese que não caracteriza acúmulo de vínculos autônomos com a Administração Pública e, portanto, não recebe os influxos do julgado em tela. Inexistência de motivos que justifiquem mudança do entendimento segundo o qual os honorários pagos em virtude de aulas ministradas nas academias de polícia, por se revestirem de nítido caráter remuneratório, devem ser somados às demais parcelas percebidas pelo servidor público, para fins de incidência do limite posto no artigo 37, XI, da CF/1988. ACÚMULO DE REMUNERAÇÃO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO COM VALORES DECORRENTES DE PARTICIPAÇÃO EM ÓRGÃOS DE DELIBERAÇÃO COLETIVA (“JETON”). Situa-

ção que não configura acumulação de vínculos nos termos previstos no artigo 37, XVI, da CF/1988, também não sofrendo os influxos do *decisum*. Inexistência de fundamento para mudança da orientação anteriormente fixada no sentido de que o “jeton” deve ser somado para fins de aplicação do teto remuneratório, exceto quando percebido em decorrência de participação em órgãos de deliberação coletiva de empresas estatais, dependentes ou não. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 246/1993, 285/1993, 404/1993, 92/1995, 169/1997, 170/1997, 186/2001, 200/2001, 311/2001, 216/2002, 175/2003, 379/2003, 402/2003; Pareceres PA nº 44/2004, 46/2004, 156/2004, 158/2004, 280/2004, 387/2004, 317/2005, 314/2006, 34/2007, 50/2009, 27/2010, 149/2010, 130/2011, 16/2012, 30/2012, 46/2012, 06/2013, 22/2013, 24/2013, 61/2013, 03/2014, 67/2014, 114/2014, 06/2015, 28/2015, 109/2015, 112/2015, 36/2016 e 29/2017; Parecer GPG 10/2009; Pareceres GPG-Cons nº 39/200 e 151/2004 e Parecer SubG Cons nº 97/2017.

1. Cuida-se de expediente administrativo autuado ao ensejo da publicação do julgamento dos recursos extraordinários nº 602.043 (fls. 03/93) e nº 612.975 (fls. 94/195), em que o Supremo Tribunal Federal fixou tese no sentido de que “nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do artigo 37, inciso XI, da Carta da República pressupõe a consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público”, consagrando entendimento diverso do vigente na Procuradoria Geral do Estado.
2. Embora tal decisão ainda não tenha atingido o trânsito em julgado, a Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral houve por bem solicitar estudos acerca de seus possíveis impactos sobre a extensa jurisprudência administrativa que trata da matéria (fls. 196).
3. Assim, os presentes autos vieram a esta Especializada, sendo a mim distribuídos para análise em conjunto com outros três expedientes que veiculam dúvidas acerca da aplicação do teto constitucional a hipóteses de percepção acumulada de espécies e parcelas remuneratórias.
4. Com efeito, a consulta formulada no processo GDOC nº 18488-987012/2016, oriundo da São Paulo Previdência – SPPREV, almeja esclarecer se os valores percebidos por servidores públicos em virtude de participação em órgãos de deliberação colegiada (“jeton”) devem ser so-

mados à remuneração do cargo, emprego ou função, para fins de incidência do teto constitucional.

5. A seu turno, o processo GDOC nº 1000725-960615/2016 tem por objeto a análise de petição em que Procurador do Estado requer que os honorários decorrentes de aulas ministradas na Academia de Polícia Militar do Barro Branco sejam excluídos da incidência do teto remuneratório aplicado sobre a remuneração do cargo efetivo de que é titular.
6. Por fim, o processo GDOC nº 18488-393583/2017 traz consulta por meio da qual a SPPREV busca subsídios jurídicos para dar cumprimento ao artigo 37, XI, da Constituição Federal, no tocante aos agentes públicos que fazem jus à cumulação de espécies remuneratórias.

Feito o relato do essencial, passo a opinar.

7. Em síntese, o presente opinativo tem por foco identificar os reflexos do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 602.043 e nº 612.975 sobre os precedentes administrativos que abordam a incidência do teto constitucional nas hipóteses de acúmulo de espécies e parcelas remuneratórias, tema central do *decisum* e dos demais processos ora examinados
8. Ocorre que, afora esse ponto, a decisão proferida no aludido julgamento tangencia diversos outros temas que são objeto da jurisprudência administrativa concernente à aplicação do teto constitucional. Dos votos emanados na ocasião é possível extrair, por exemplo, opiniões contrárias ao entendimento de que “a garantia da irredutibilidade de vencimentos está sujeita ao princípio (...) do teto remuneratório”, fixado no despacho de desaprovação ao Parecer PA nº 46/2004, ou àquele segundo o qual o limite constitucional deve incidir sobre o somatório de remuneração ou proventos com pensão, consagrado no despacho que aprovou parcialmente o Parecer PA nº 156/2004.
9. Nesse contexto, a fim de afastar eventuais dúvidas quanto à adequação de nossos precedentes à orientação vigente na Suprema Corte acerca das múltiplas questões relativas ao teto constitucional, o foco de estudo será ampliado para compreender outros aspectos relacionados ao limite remuneratório previsto no artigo 37, XI, XV, XVI, §§ 9º e 11 e no artigo 40, § 11, ambos da Constituição Federal.
10. Iniciaremos os trabalhos empreendendo exame do tratamento conferido ao instituto em tela pela Constituição Federal, pelo Pretório Excelso e pela jurisprudência administrativa ao longo das últimas

três décadas. Em seguida, analisaremos detidamente a decisão que provocou a presente consulta e, por fim, abordaremos a possível repercussão dessa decisão sobre os seguintes pontos da jurisprudência administrativa em vigor: (1) **a incidência do teto nas situações de percepção cumulada de espécies remuneratórias**; (2) **a tensão entre o princípio do teto remuneratório e a garantia de irredutibilidade de vencimentos**; (3) **a incidência do teto constitucional sobre as diversas parcelas remuneratórias percebidas por agentes públicos**: (a) honorários relativos a aulas nas academias de polícia; (b) verbas decorrentes da participação em órgãos de deliberação colegiada (“jeton”); (c) valores pagos pela participação em sessões e pelo julgamento de processos do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT); (d) complementação de aposentadoria e pensão; (e) remuneração pelo trabalho em empresas ou fundações públicas e em serviços sociais autônomos; (f) pensão parlamentar e pensão decorrente de participação na Revolução de 1932; (g) abono de permanência; (h) verba honorária; (i) verbas indenizatórias; (i) Bonificação por resultados (BR) e Participação nos resultados (PR).

I - ESCORÇO HISTÓRICO

11. A **Constituição Federal de 1988**, em sua **redação original**, disciplinou o “teto remuneratório” dos servidores públicos nos seguintes termos:

Artigo 37: [...]

XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como **limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito**;

[...] XV - **os vencimentos dos servidores públicos, civis e militares, são irredutíveis e a remuneração observará o que dispõem os arts. 37, XI, XII, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; [...].** [g.n.]

12. Ou seja, o Constituinte Originário conferiu a cada ente federativo autonomia para estabelecer, por lei, limites máximos e mínimos para os ganhos de seus servidores. Os limites máximos, contudo, não poderiam ultrapassar, em relação a cada poder, “os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Con-

gresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito”¹.

13. Demonstrando a relevância atribuída à consagração do limite remuneratório, ao estender o direito à irredutibilidade de vencimentos a todos os servidores públicos o Constituinte de 1988 determinou que a observância desta garantia não haveria de se dar em prejuízo da regra posta no artigo 37, XI, da Constituição Federal.
14. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não deixou dúvidas quanto ao ponto: conferiu aplicabilidade imediata ao teto constitucional, autorizando a redução de quaisquer espécies remuneratórias que o excedessem. Confira-se:

Artigo 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título. [...]. [g.n.]

15. Note-se que, desse quadro normativo, é possível extrair com razoável segurança o largo alcance conferido pelo legislador originário ao teto constitucional: além de o artigo 37, XI, da CF/1988, fazer expressa referência a um limite máximo para a remuneração, vocábulo que “tem tradicionalmente designado tanto no nosso direito positivo como na Ciência do Direito **todos** os pagamentos efetuados pelo Estado a seus servidores em razão do vínculo (...) que une um e outros, a **qualquer título**”², o artigo 17 do ADCT inclui no teto remuneratório “os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria”.

1 No Parecer PA-3 nº 379/2003, o DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO observou que: “O preceito albergava, no âmbito dos Estados, três limites possíveis: o do Legislativo, o do Executivo e do Judiciário. A interpretação conferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal a essa disposição (RE 228.080-SC, in RTJ 168/692; RE 226.473-SC, in RTJ 169/1.074) foi a de que ela previa ‘dois limites máximos a considerar na implementação do sistema: o primeiro, já predeterminado pela Constituição, para cada Poder; o segundo, a ser fixado em lei da União e de cada unidade federada, contido, porém, pela observância do primeiro, mas ao qual poderá ser inferior, excetuadas apenas as hipóteses de teto diverso estabelecido na própria Constituição da República (arts. 27, § 2º, e 93, V).’”.

2 Estas as palavras do DR. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR, em judicioso estudo feito no bojo do Parecer PA nº 30/2012.

16. Nada obstante, a partir do julgamento da **ADI nº 14³**, consolidou-se, no STF, entendimento que restringiu sobremaneira a abrangência do teto remuneratório.
17. Embora essa ação tenha questionado a constitucionalidade do artigo 2º, § 2º, da Lei nº 7.721/1989, que determinava que “a remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, considerado o básico, a verba de representação e as vantagens pessoais (adicionais por tempo de serviço), não poderá ultrapassar o limite previsto no artigo 37, XII, da Constituição Federal”⁴ (o valor pago pelo Poder Executivo), e o Pretório Excelso tenha decidido pela inconstitucionalidade da expressão “e vantagens pessoais (adicionais por tempo de serviço)” por ofensa aos artigos 37, XII e 39, § 1º, da Lei Maior, tal julgado acabou por servir de diretriz para a exegese do artigo 37, XI.
18. Deveras, ao argumento de que esta norma haveria de ser interpretada à luz do artigo 39, § 1º, da Constituição, que estabelece a isonomia entre os padrões de vencimentos dos servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ressaltando “as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho”⁵, passou-se a entender que, assim como tais parcelas não deveriam ser computadas para fins de observância à isonomia, as vantagens pessoais também não deveriam ser incluídas para fins de observância ao teto remuneratório. Foram inúmeros os julgados que adotaram tal orientação: RE 141788, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 18/6/1993; RMS 21857, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 5/5/1995; ADI 1550 MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 4/4/1997; RE 185842, Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ de 2/5/1997; ADI 1443 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 25/4/1997.

3 Rel. MIN. CÉLIO BORJA, j. 28/09/1989. Eis a ementa do julgado: “Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil. O Par. 2º, do art. 2º da Lei Federal 7.721, de 6/1/89, quando limita os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – computados os adicionais por tempo de serviço – à remuneração máxima vigente no Poder Executivo, vulnera o art. 39, Par. 1º, in fine, da Constituição, que sujeita a tal limite apenas os vencimentos, excluídas as vantagens pessoais. Compatibilidade do conceito de vencimentos estabelecido na Lei Complementar 35/79 e em outros artigos da Lei Maior com a exegese do aludido dispositivo constitucional. Procedência parcial da ação para declarar inconstitucionais as expressões ‘...e vantagens pessoais (adicionais por tempo de serviço)...’ constantes do Par. 2º, do art. 2º da Lei 7.721/89”.

4 Na redação original, o dispositivo estava grafado nos seguintes termos: “XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo” [g.n.].

5 Eis a redação primitiva do dispositivo: “§ 1º - a lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho” [g.n.].

19. Em suma, com espeque em exegese duvidosa, o Pretório Excelso excluiu do espectro do teto remuneratório exatamente as parcelas que viabilizavam o pagamento das mais altas somas ao funcionalismo: as vantagens pessoais.
20. Segundo LUCIANO FERRAZ⁶, “a interpretação construída pelo Supremo Tribunal Federal praticamente impediu a incidência do comando do artigo 17 do ADCT da Constituição, culminando na alteração do inciso XI do artigo 37, por intermédio da Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-1998”.
21. Não se pode ignorar, entretanto, que ainda assim a redação original do artigo 37, XI, produziu algum efeito, eis que o Supremo Tribunal Federal admitiu a aplicabilidade dessa norma independentemente da edição de leis que contemplassem os limites remuneratórios máximos.
22. Infelizmente, o mesmo não ocorreu com relação à **Emenda Constitucional nº 19/1998** que, tendo sido concebida para garantir maior concretude ao teto remuneratório idealizado pelo legislador originário, acabou por jamais ser aplicada neste ponto.
23. Com a EC nº 19/1998, a Constituição Federal passou a disciplinar o instituto em tela da seguinte maneira:

Artigo 37: [...]

XI - **a remuneração e o subsídio** dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos **e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;**

[...] XV - **o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;**

XVI - **é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:**

6 In: DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO; FABRÍCIO MOTTA; LUCIANO DE ARAÚJO FERRAZ. São Paulo: Atlas, 2011, p. 103.

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos privativos de médico;

[...] § 9º O disposto no inciso XI **aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.**

24. Como se vê, o Constituinte Reformador houve por bem prever expressamente o **universo de agentes públicos alcançados pelo teto remuneratório**: os ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, os membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os detentores de mandato eletivo e os demais agentes políticos, assim como os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.
25. Na mesma toada, valendo-se de rol não exaustivo, contemplou as **parcelas sujeitas ao corte constitucional**: a remuneração, o subsídio, os proventos, as pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.
26. De outra parte, abandonou a fórmula utilizada pelo legislador originário e estabeleceu **teto remuneratório único** para todos os poderes e níveis federativos, correspondente ao subsídio mensal dos Ministros da Suprema Corte⁷. Esse limite único haveria de ser fixado por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 48, XV, da Constituição⁸, também incluído pela emenda.
27. Na redação do dispositivo que consagra a **irredutibilidade de vencimentos**, efetuou ligeira alteração exatamente para tornar indubitado que tal direito é condicionado à prévia obediência do teto remuneratório.

7 Em nota de rodapé constante do **Parecer PA-3 nº 175/2003**, o i. DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO alerta que essa afirmação deve ser lida *cum grano salis*, “porque na verdade a Constituição estabeleceu outros limites remuneratórios, v.g., para os deputados estaduais, cujo subsídio não pode superar 75% daquele fixado para os deputados estaduais (CF, art. 27, § 2º, na redação da EC 19/98) e para os vereadores (CF, art. 29, VI, quer na redação da EC 1/92 e 19/98, quer na atual da EC 25/2000).”

8 Artigo 48, XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

28. E, no dispositivo que contempla as hipóteses em que o **acúmulo remunerado de vínculos** com a Administração é autorizado, deixou expressa a necessidade de observância ao teto remuneratório quando caracterizada a acumulação⁹.
29. Por fim, seguindo a linha do artigo 17 do ADCT, determinou a aplicação imediata desses novos parâmetros normativos. Veja-se:
- Artigo 29. Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título.
30. Malgrado os evidentes esforços do constituinte reformador para garantir eficácia ao teto remuneratório, o artigo 37, XI, da Constituição Federal, na redação atribuída pela EC nº 19/1998, jamais chegou a surtir efeitos em virtude de entendimento fixado pelo Pretório Excelso no sentido de que a aplicabilidade de tal norma estaria condicionada ao advento da lei de iniciativa conjunta a que aludia o artigo 48, XV, da Lei Maior.
31. Trata-se da exegese que prevaleceu em decisão administrativa proferida pelo Supremo Tribunal Federal já em 24/06/1998, por maioria de votos¹⁰, quando também restou assentado que a redação revogada do artigo 37, XI, da Lei Maior, deveria ser aplicada enquanto não aprovada a indigitada lei.
32. Tal orientação foi ratificada no julgamento da **ADI nº 2075-MC**¹¹ e, como nunca se chegou ao necessário consenso para a aprovação da lei prevista no artigo 48, XV, da Constituição Federal, as principais alterações perpetradas pela EC nº 19/1998 quanto ao teto constitucional foram relegadas à total inocuidade. Embora revogada, com a chancela do Guardião da Carta da República, a redação primitiva do artigo 37, XI, bem como a interpretação consolidada a seu respeito, continuaram a ser aplicadas.

9 A redação original do dispositivo era a seguinte: “XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos privativos de médico.”.

10 Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão.

11 Rel. Min. Celso de Mello, j. 07/02/2001. No mesmo sentido: AO 524, Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 20/4/2001; ADI 2087 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19/9/2003; e ADI 1898 MC, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 30/4/2004.

33. De toda sorte, nesse novo ambiente, a Procuradoria Geral do Estado foi instada a responder a alguns questionamentos sobre a matéria.
34. Assim, no **Parecer PA-3 nº 186/2001**¹², firmou-se orientação no sentido de que **a complementação de aposentadoria, verba de caráter remuneratório paga pelos cofres públicos nos termos da legislação estadual, fica sujeita ao teto remuneratório**. Tal entendimento foi reiterado com a aprovação do **Parecer PA-3 nº 402/2003**¹³, em que se lê:

A sujeição a esse limite constitucional não foi afetada pelo novo § 9º, do art. 37, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda nº 19, de 1998. Inquestionável que esse novo preceito submete ao teto, estatuído por seu inciso XI, apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias “*que recebam recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral*”. Por decorrência, a ele não estão sujeitas as empresas que não absorvam recursos do erário para essa finalidade, as denominadas empresas não dependentes, livres, portanto, dessa restrição quanto à remuneração de seus empregados ou dirigentes.

No caso submetido a exame, porém, **não se trata de pagamento de salários ou, genericamente, de remuneração por serviços prestados, nem de pagamento efetuado pela empresa paraestatal dita não dependente. Cuida-se, isto sim, de pagamento de benefício de complementação de aposentadoria ou pensão, vantagem pecuniária admitida pela legislação paulista, de responsabilidade do Tesouro Estadual, cujos ônus financeiros são suportados pelo Erário, ou mais precisamente, pela massa de contribuintes (em sua acepção estrita: os que efetivamente pagam tributos)**. Responsabilidade e ônus que sempre foram do Estado, ainda que formalmente tais pagamentos fossem realizados pelos caixas das empresas, porque, como a própria consulta explicita, tais valores ou eram debitados ao Tesouro ou por ele eram repassados antecipadamente, vale dizer, de uma ou de outra forma, o caixa real é e sempre foi o Tesouro Estadual.

Dessa forma, **em relação aos ex-empregados de sociedades controladas pelo Estado, ainda que não sujeitas ao teto constitucional por força do estatuído pelo § 9º, do art. 37, da Constituição Federal, a complementação de aposentadorias e de pensões, devida a eles ou a seus beneficiários e paga com recursos públicos, está sujeita ao limite retributório fixado pela legislação do Estado de São Paulo**. [g.n.].

12 Parecerista Dr. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO.

13 Parecerista Dr. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO.

35. Por seu turno, com base no artigo 37, § 9º, da Lei Maior, o **Parecer PA-3 nº 200/2001**¹⁴ consignou a não-incidência do teto remuneratório sobre a remuneração paga por empresas públicas e sociedades de economia mista “que não recebam do Estado recursos para pagamento de quaisquer despesas de custeio”.
36. Na mesma trilha, os **Pareceres PA-3 nº 311/2001 e 216/2002**¹⁵ estabeleceram que “os servidores das fundações governamentais (de direito público ou de direito privado), ainda que regidos pela legislação trabalhista, continuam submetidos ao teto constitucional”, eis que a inclusão do § 9º no artigo 37 da Constituição pela EC nº 19/1998 em nada afetou esses entes.
37. E, o **Parecer PA-3 nº 379/2003**¹⁶, ao responder a indagações concernentes ao pagamento de pensão parlamentar, sustentou que o teto remuneratório se aplica “às pensões de qualquer espécie”.
38. O **Parecer PA-3 nº 175/2003**¹⁷, examinando questionamento acerca da submissão de empregados públicos à Lei Complementar nº 802/1995, que previa o teto remuneratório estadual, concluiu que tal diploma fora recepcionado pela EC nº 19/1998, *in verbis*:
- Ainda que ela [a LCE nº 802/1995] se refira apenas aos servidores públicos de que trata o art. 124, caput (servidores civis da administração direta, autárquica e fundacional) e art. 138 (servidores militares estaduais), ambos da Constituição do Estado, o limite por ela fixado é aplicável aos empregados públicos por força do estatuído pelo Decreto estadual 35.265, de 8.7.1992, se as respectivas empresas públicas ou sociedades de economia mista “receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral” (CF, art. 37, § 9º, na redação da EC 19/98).
39. Ao aprovar a conclusão posta em tal opinativo, o i. Procurador Geral do Estado, DR. ELIVAL DA SILVA RAMOS, afastou os fundamentos apresentados pelo parecerista e destacou que a aplicabilidade da legislação local decorreria diretamente da orientação do Pretório Excelso no sentido de que, enquanto não aprovada a lei definidora do subsídio mensal a ser pago aos Ministros do STF, haveria de prevalecer a redação original do

14 Parecerista DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO.

15 Ambos de autoria do DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO.

16 Parecerista DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO.

17 Parecerista DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO.

artigo 37, XI, da Lei Maior, que atribuía a cada um dos entes federados a competência para fixar o teto remuneratório dos respectivos servidores.

40. Como se vê, a jurisprudência administrativa curvou-se à orientação da Corte Suprema e, também no âmbito do Estado de São Paulo, as alterações efetuadas pela EC nº 19/1998 no artigo 37, XI, da Lei Maior, não chegaram a surtir efeitos. Isto é, **além do teto único jamais ter sido observado, as vantagens pessoais continuaram a não ser consideradas para fins de limite remuneratório, nem se cogitou de somar as remunerações decorrentes do acúmulo de vínculos para fins de incidência do limite constitucional.**
41. Esse cenário, todavia, sofreu considerável transformação com o advento da **Emenda Constitucional nº 41/2003**, que conferiu a atual feição ao artigo 37, XI, da Carta da República:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos **e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

42. Ou seja, a nova emenda **manteve a redação antecedente quanto ao universo de agentes alcançados pelo teto remuneratório** (os ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, os membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os detentores de mandato eletivo e os demais agentes políticos, assim como os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral), bem como **quanto às parcelas sujeitas ao corte constitucional** (a remuneração, o subsídio, os proventos, as pensões ou outra espécie

remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza).

43. Entretanto, **o teto remuneratório tornou a ser diferenciado para cada nível federativo**, sendo único nos Municípios, em que corresponde ao subsídio do Prefeito e na União, em que corresponde ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, mas variável em relação a cada poder no âmbito dos Estados e Distrito Federal, em que o subsídio do Governador constitui o teto do Executivo, o subsídio dos Deputados constitui o teto do Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça constitui o teto do Poder Judiciário, ficando limitado a 90,25% do subsídio dos Ministros do STF. Também ficaram sujeitos ao teto do Judiciário os Membros do Ministério Público, Procuradores e Defensores Públicos.
44. Com o intuito de garantir imediata eficácia à norma em estudo, o artigo 8º da EC nº 41/2003 impôs:

Artigo 8º - Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos. [g.n.].

45. E, para evitar alegações de direito adquirido em face da mudança promovida, o artigo 9º da EC nº 41/2003 determinou aplicação do artigo 17 do ADCT às situações em que a remuneração do servidor, quando do advento da emenda, fosse superior ao novo teto remuneratório. Confira-se:

Artigo 9º - Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

46. O Supremo Tribunal Federal não titubeou ao reconhecer efeitos ao artigo 8º da EC nº 41/2003 e, reiterando a tese segundo a qual inexistia direito adquirido a regime jurídico, afirmou a **eficácia plena e a aplicabilidade imediata da nova disciplina conferida ao teto remuneratório**¹⁸. Daí que as vantagens remuneratórias deveriam ser imediatamente incluídas no teto constitucional previsto no artigo 37, XI, da Lei Maior.
47. Isso não significou, contudo, que tenham sido atribuídos efeitos **concretos** imediatos ao artigo 37, XI, da CF/1988, conforme preceituado no artigo 9º da EC nº 41/2003. A valer, não foram poucas as vozes que, com espreque na garantia da irredutibilidade de vencimentos, voltaram-se contra a aplicação de corte que viabilizasse decréscimo remuneratório. Para essa corrente, ainda que a imediata aplicação do comando que determinou a inclusão das vantagens pessoais no teto remuneratório fosse inescapável, a garantia da irredutibilidade de vencimentos não permitiria automático corte dos valores que, quando do advento da emenda, excedessem o “novo” teto. Os servidores enquadrados nessa situação deixariam de fazer jus à percepção das vantagens pessoais acima do teto, mas fariam jus ao recebimento dos valores nominais que, até então percebidos a esse título, excedessem o teto.
48. Seguindo essa trilha, instado a manifestar-se acerca da incidência do novo teto constitucional sobre a remuneração dos Procuradores do Estado, o i. DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO lecionou:

A irredutibilidade de vencimentos, segundo a exegese predominante, é de caráter meramente formal, porque o que se assegura, segundo ela, é a irredutibilidade numérica do valor percebido, a impossibilidade de diminuir-se o montante nominal pecuniário auferido pelo servidor.

Ainda que meramente formal, porque restrita ao *quantum* de unidades monetárias em que expressos os vencimentos, a irredutibilidade assegurada pelo inciso XV, do art. 37 da CF, constitui, inequivocamente, no sistema constitucional em vigor, um direito ou garantia do servidor, da mesma forma que a irredutibilidade salarial, “*salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*” (CF, art. 7º, VI), para o trabalhador em geral.

Entendida como tal, **a irredutibilidade de vencimentos impede que lei nova, direta ou indiretamente, reduza o *quantum* nominal recebido pelo servidor. Embora admitida a viabilidade de redução ou extinção de vantagens ou de qualquer parcela integrante dos vencimentos,**

18 Nesse sentido: MS nº 24.875, Rel. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 11/05/2006.

o preceptivo maior inibe sua diminuição, impondo a manutenção do mesmo valor nominal até então percebido. E a emenda constitucional poderia reduzi-los?

Ao regular o processo legislativo, onde encartadas as emendas à Constituição, admitiu o constituinte de 1988 ser ela passível de reforma, pela forma que estatuiu, mas prescreveu limitações materiais ao poder de emenda (CF, art. 60, § 4º). Averbou ele que certas matérias não podem “*ser objeto de deliberação*”, instituindo, assim, um obstáculo à instauração mesma do processo legislativo cuja finalidade seja a modificação da matéria sobre a qual recai o veto constitucional. Entre elas se incluem “*os direitos e garantias individuais*” (CF, art. 60, § 4º, IV), vale dizer, que, nos termos em que estatuída a possibilidade de reforma da Constituição, dela ficou alijada a “*proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais*”, tema que, portanto, não pode constituir objeto de deliberação.

[...] é inegável que **a irredutibilidade de vencimentos assegurada pelo constituinte originário não pode ser erodida pela ação do constituinte reformador**, qualquer que seja sua atuação, vale dizer, ainda que, não a eliminando, mas simplesmente afastando-a ou suspendendo-a por certo tempo ou em determinadas circunstâncias.

Esse, no entanto, parece ter sido o escopo da EC 41/2003, ou mais precisamente de seu art. 9º, ao preceituar a aplicação do art. 17 do ADCT à generalidade das espécies remuneratórias que contempla.

[...]. Qualquer que seja o teto a que submetidos os servidores - e no caso dos Procuradores do Estado este é o do Judiciário - é curial que alguns possam estar percebendo valores que superem o respectivo novo teto exatamente porque, de acordo com a Constituição até agora vigente, as vantagens de caráter pessoal não eram computadas para esse efeito. Vale dizer, percebiam até 31.12.2003 valores que, obedientes ao teto constitucional vigorante, suplantavam-no porque sua remuneração se compunha de verbas que não o integravam e, conseqüentemente, podiam ser auferidas sem qualquer ofensa à Lei das Leis.

Pretender que por força da EC 41/2003 esses montantes pecuniários possam ser reduzidos aos novos limites por ela traçados, que agora compreendem aquelas vantagens, é não apenas suspender, ainda que episodicamente, a aplicabilidade do princípio da irredutibilidade (CF, art. 37, XV), com inegável ofensa a direito inovadoramente consagrado pelo constituinte originário e também infenso a esse efeito por força de cláusula de limitação (CF, art. 60, § 4º, IV), mas também a própria norma do indigitado art. 17 do ADCT que apenas autoriza a redução do excesso auferido em desacordo com a Constituição de 1988. [g.n.].

49. Em que pese a excelência da argumentação alinhavada no **Parecer PA nº 46/2004**, esse ponto de vista não foi acolhido pelo Procurador Geral do Estado, DR. ELIVAL DA SILVA RAMOS, que com a costumeira lucidez rememorou que **a garantia da irredutibilidade sempre esteve submetida ao princípio do teto remuneratório**:

3. Em matéria de vencimentos e vantagens pecuniárias dos servidores públicos, não há dúvida quanto à existência de direitos que, uma vez titularizados, passam a fazer parte de seu patrimônio funcional, permanecendo imunes à legislação subsequente.

4. O reconhecimento de direitos adquiridos nas relações estatutárias do servidor público, contudo, se dava, anteriormente, em um quadro normativo que admitia a redução dos vencimentos do funcionalismo, desde que veiculada por meio de lei, de caráter geral.

5. Bem por isso, em monografia dedicada ao assunto (*A proteção dos direitos adquiridos no Direito Constitucional brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003), observei que o núcleo básico desses direitos de natureza remuneratória foi bastante reforçado com o princípio da irredutibilidade, agasalhado no inciso XV, do artigo 37, da CF, mesmo considerando, consoante jurisprudência remansosa, que a irredutibilidade é apenas nominal e não material ou real.

6. Sucede, porém, que a outorga da garantia da irredutibilidade de vencimentos aos servidores públicos se fez por obra do Constituinte Originário de 1988 (arts. 37, XV e 39, § 2º, c.c. o art. 7º, VI), o mesmo que, em dispositivo igualmente integrante do regime constitucional dos servidores, estabeleceu o princípio de sujeição da remuneração paga pelos cofres públicos a um teto ou limite máximo (artigo 37, XI).

7. Aliás, é digno de nota que no próprio inciso XV, do artigo 37, da Constituição, em sua redação originária, após se assegurar a irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos, se estabelecia a obrigatoriedade da remuneração destes prestar vassalagem ao princípio do teto remuneratório. Ora, como entender essa referência senão como uma exceção à garantia da irredutibilidade?

8. A irredutibilidade de vencimentos, portanto, há que ser compreendida como uma garantia relativa, relatividade essa, diga-se de passagem, que é nota tipificadora da moderna concepção de direitos subjetivos em geral, inclusive os de natureza fundamental. No caso, cuida-se de uma garantia relativa porque apenas de caráter formal ou nominal e, também, porque há que se entender subordinada ao princípio do teto estipendiário.

9. Tanto é assim, que o próprio constituinte, em disposição transitória (art. 17 do ADCT), estatuiu que “os vencimentos, a remuneração, as vantagens e

os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

10. Se considerarmos que a Constituição deve ser compreendida à luz do princípio da unidade, unidade essa normativa e também, obviamente, axiológica, não há porque supor que o Constituinte teria determinado a redução imediata da remuneração percebida em desacordo com suas normas ao entrar em vigor, em 5 de outubro de 1988, porém, teria aquiescido com a percepção de remuneração superior a eventuais novos parâmetros de teto que viessem a ser estabelecidos pelo Poder Constituinte Derivado de Revisão, em momento ulterior.

11. Essa imbricação entre os princípios da irredutibilidade e da sujeição ao teto restou ainda mais evidente com a nova redação atribuída ao inciso XV, do artigo 37, pela Emenda Constitucional nº 19/98, ao declarar que o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos, **ressalvado** o teto remuneratório previsto no inciso XI do aludido dispositivo constitucional.

12. Vale dizer: a garantia da irredutibilidade de vencimentos está sujeita ao princípio (e não a específicos critérios normativos) do teto remuneratório, consoante deflui do sistema implantado em 5 de outubro de 1988 e de disposição específica nesse sentido, admitindo-se, pois, a redução dos vencimentos dos servidores públicos ou dos proventos da aposentadoria dos servidores inativos se e na exata medida em que se promova uma reconfiguração desse mesmo teto, ou seja, de seu regime jurídico. [grifos nossos e originais].

50. Adotando caminho oposto a tal orientação, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria de votos¹⁹, o **MS nº 24.875**²⁰. Da ementa do *decisum*, colhe-se:

[...] V. Magistrados: acréscimo de 20% sobre os proventos da aposentadoria (Art. 184, III, da L. 1.711/52, c/c o art. 250 da L. 8.112/90) e o teto constitucional após a EC 41/2003: **garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos: intangibilidade. 1. Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou**

19 Vencidos os MINISTROS CEZAR PELUSO, JOAQUIM BARBOSA, CARLOS BRITTO, EROS GRAU e NELSON JOBIM.

20 Rel. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 11/05/2006.

diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos – modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas. 2. Ainda que, em tese, se considerasse susceptível de sofrer dispensa específica pelo poder de reforma constitucional, haveria de reclamar para tanto norma expressa e inequívoca, a que não se presta o art. 9º da EC 41/03, pois o art. 17 ADCT, a que se reporta, é norma referida ao momento inicial de vigência da Constituição de 1988, no qual incidiu e, neste momento, pelo fato mesmo de incidir, teve extinta a sua eficácia; de qualquer sorte, é mais que duvidosa a sua compatibilidade com a “cláusula pétrea” de indenidade dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição de 1988, recebida como ato constituinte originário. 3. **Os impetrantes – sob o pálio da garantia da irredutibilidade de vencimentos –, têm direito a continuar percebendo o acréscimo de 20% sobre os proventos, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo Tribunal Federal. [...]. [g.n.].**

51. Curial destacar o teor do voto vencido proferido pelo MIN. CEZAR PELUSO em tal oportunidade. Confira-se:

O texto original da Constituição estabeleceu três coisas: primeiro, fixou um limite de remuneração para a magistratura; segundo, incluiu, na apuração desse limite, qualquer parcela correspondente da estrutura da remuneração, ou seja, prescreveu textualmente que esse limite consideraria qualquer parcela, a qualquer título, do que fosse percebido por Ministros do Supremo Tribunal Federal. Relembro, observados como limite máximo dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração em espécie, a qualquer título, por Ministro do Supremo Tribunal Federal. Terceiro, não admitiu, para efeito de observância deste teto, a subsistência de direitos adquiridos na ordem jurídico-constitucional anterior.

Estes três pontos, a meu ver, não foram alterados nem pela Emenda nº 19, nem pela Emenda nº 41. Tiro algumas consequências: quando a Constituição, no texto primitivo, inciso XI do artigo 37, se referia a valor recebido a qualquer título, isso significava que abrangia não apenas as parcelas preexistentes, mas também toda parcela que fosse criada após o advento da Constituição, sob pena de outra interpretação permitir uma fraude, uma burla ao próprio texto constitucional. O que a Constituição estava querendo tratar, a meu ver, e com o devido respeito, era que parcelas ou valores, a qualquer título decorrentes da legislação anterior ou de legislação infraconstitucional subsequente, estavam incluídos na apuração do valor do limite constitucionalmente fixado. Tanto estava que, em relação às vantagens preexistentes, não deixou nenhuma dúvida, e o artigo 17, embora exaurido temporalmente, significava que as remunerações excedentes do teto deveriam ser decotadas imediatamente para se ajustar ao texto constitucional. Evidentemente se

tratava de norma transitória, porque se referia às vantagens preexistentes. E excluiu, por isso mesmo, a invocação de direito adquirido.

Quanto às vantagens novas, à evidência não era o caso de estabelecer nenhum dispositivo de caráter transitório, até porque a própria norma do inciso XI já previa que qualquer vantagem criada por norma infraconstitucional deveria, nos termos dessa limitação, compor o teto da remuneração.

A mim me parece, com o devido respeito, que a Emenda 19/98 em nada alterou esses três pontos. Ela, pura e simplesmente, modificou o critério de apuração desse teto e repetiu a fórmula, que já estava na redação original, prevendo: “incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza”.

E tampouco a Emenda 41/03 introduziu qualquer alteração, porque tornou a incluir vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Ora, o perfil da disciplina constitucional, a despeito da mudança dos critérios de apuração desse limite, a partir dos quais os subsídios absorveriam todas essas parcelas que já estavam incluídas na definição e na estrutura desse limite, não alterou, em nenhum momento, a situação da magistratura. Desde o início, as limitações da magistratura eram as mesmas. Pouco importa que, na prática, elas não tenham sido alteradas. A verdade é que o texto constitucional não sofreu alteração substancial em relação à redação primitiva e às duas emendas que tornaram a regular o assunto.

Ora, diante disso, não vejo como possa ser oposto direito adquirido, nem em termos de vantagens preexistentes, por força da regra expressa do art. 17 do ADCT, porque nenhum dos textos constitucionais permitiu que qualquer vantagem, ainda que criada superveniente pela legislação subalterna, poderia escapar a este teto.

Daí, quando o eminente Relator se escusou de entrar nas águas procelosas da questão do alcance da garantia do direito adquirido perante emendas constitucionais, eu diria que – nem chego perto dessas águas, passo longe – a vantagem tratada aqui foi repristinada por uma Lei de 1990, donde esta vantagem não ficou fora da composição do teto: estava abrangida pela norma constitucional!

De modo que não há, a meu ver, necessidade de se recorrer à discussão de direitos adquiridos, de fonte infra ou de fonte constitucional, porque essa vantagem, de caráter pessoal, superveniente, encontrou no próprio texto constitucional então vigente, que era o primitivo, a limitação de que ela também não escaparia à apuração do teto. [g.n.].

52. Atente-se que o i. Ministro tomou por premissa que o artigo 37, XI teria estipulado a incidência do teto constitucional sobre todas as parcelas

remuneratórias pagas aos servidores já em sua redação originária, cuja aplicação imediata, a implicar o corte de valores que excedessem o limite fixado, fora determinada no artigo 17 do ADCT. Donde se extraiu que as Emendas Constitucionais nº 19/1998 e 41/2003 não teriam inovado nem quanto ao espectro de incidência do teto, nem quanto à prevalência deste em relação à garantia da irredutibilidade de vencimentos, surtindo efeitos concretos desde sua vigência.

53. Recentemente, tais argumentos serviram de lastro para mudança de orientação do Pretório Excelso, que no julgamento do **RE nº 609.381**²¹ fixou tese convergente com a esposada pela Procuradoria Geral do Estado, qual seja: *“o teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 é de eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior”*.
54. O v. aresto porta a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TETO DE RETRIBUIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. EFICÁCIA IMEDIATA DOS LIMITES MÁXIMOS NELA FIXADOS. EXCESSOS. PERCEPÇÃO NÃO RESPALDADA PELA GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE.

1. O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior.

2. A observância da norma de teto de retribuição representa verdadeira condição de legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público. Os valores que ultrapassam os limites preestabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos.

3. A incidência da garantia constitucional da irredutibilidade exige a presença cumulativa de pelo menos dois requisitos: (a) que o padrão remuneratório nominal tenha sido obtido conforme o direito, e não de maneira ilícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; e

21 Tribunal Pleno, Rel Min. TEORI ZAVASCKI, j. 02/10/2014. Vencidos os MINISTROS MARCO AURÉLIO, CELSO DE MELLO e RICARDO LEWANDOWSKI.

(b) que o padrão remuneratório nominal esteja compreendido dentro do limite máximo predefinido pela Constituição Federal. O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional.

4. Recurso extraordinário provido. [g.n.].

55. Importante observar que, em seus votos, os Ministros TEORI ZAVASCKI, ROBERTO BARROSO, LUIZ FUX e CARMEN LÚCIA afirmaram textualmente que **o corte imediato dos valores percebidos acima do teto constitucional disciplinado pela EC nº 41/2003 decorreria diretamente da redação primeva da Lei Maior, indicando a inocuidade do artigo 9º da EC nº 41/2003.** Veja-se:

MIN. TEORI ZAVASCKI:

[...] a norma constitucional do teto de retribuição, desde sua formulação original, jamais admitiu compromisso com quaisquer excessos, tenham eles sido adquiridos por força de regimes legais superados ou pelo advento de normas jurídicas supervenientes. [...] o repúdio da Constituição aos excessos remuneratórios independe da eficácia do art. 17 do ADCT, já exaurida, decorrendo do próprio conteúdo do art. 37, XI, que é suficiente para repelir a legitimidade do pagamento de quaisquer valores transbordantes dos parâmetros normativos, mesmo que decorrentes de fonte normativa superveniente.

[...] o preceito constitucional do teto de retribuição possui comando normativo claro e eficiente, que veda o pagamento de excessos, ainda que adquiridos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, mesmo que a norma do art. 9º da EC 41/03 venha a ser invalidada, a mensagem enunciada pela Constituição será a mesma. Vale dizer: os excessos que transbordam o valor do teto são inconstitucionais, e não escapam ao comando redutor estabelecido pelo art. 37, XI, da CF.

MIN. ROBERTO BARROSO:

[...] desde a redação originária da Constituição de 1988, as vantagens pessoais estavam incluídas no teto. Portanto, ressalvado, evidentemente, o direito de não ter que restituir coisa alguma, mas, em rigor, tudo que se recebeu para além do teto, a título de vantagens pessoais, a meu ver, violava a Constituição de 1988 na sua redação originária, com o maior respeito e consideração por todas as pessoas, inclusive, eminentes Ministros do Supremo que entendiam diferentemente. E, portanto, a Emenda nº 41 foi a nova tentativa do constituinte derivado de restabelecer o comando do constituinte originário.

MIN. LUIZ FUX:

[...] a Emenda nº 41 não fez mais do que tentar dar uma eficácia plena àquilo que já constava da Constituição de 1988. Então, na verdade, **a Emenda nº 41 teve uma natureza quase que interpretativa e contemporânea à lei interpretada. Na verdade, sempre foi essa a proposta constitucional originária.**

MIN. CÁRMEN LÚCIA:

A Constituição de 1988 buscou estabelecer o que chamei de verdade remuneratória: quem ganha quanto, como, e qual é o teto para isso. Daí surgiram, casuisticamente, o que vulgarmente chamamos de penduricalhos, ou seja, uma gratificação aqui e outra ali. Em razão disso, e da dificuldade de se estabelecer esse teto, foram criadas parcelas, nem tão pequenas, laterais, que levaram a Emenda Constitucional nº 19 a reafirmar o que, em verdade, antes já havia sido afirmado.

E, por fim, num país em que teto e subteto são assuntos difíceis, veio **a Emenda Constitucional nº 41, para, uma vez mais, dar efetividade à norma que sempre tivemos.** [g.n.].

56. Note-se, ademais, que o MIN. GILMAR MENDES, ao acompanhar a maioria, optou por concepção diversa daquela expressada quando da votação do MS nº 24.875.

57. Na mesma senda, ao julgar o **RE nº 606.358**²² o Pretório Excelso decidiu:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REMUNERAÇÃO. INCIDÊNCIA DO TETO DE RETRIBUIÇÃO. VANTAGENS PESSOAIS. VALORES PERCEBIDOS ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. INCLUSÃO. ART. 37, XI e XV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Computam-se para efeito de observância do teto remuneratório do art. 37, XI, da Constituição da República também os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015.

²² Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, j. 18/11/2015.

2. O âmbito de incidência da garantia de irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, da Lei Maior) não alcança valores excedentes do limite definido no art. 37, XI, da Constituição da República.

3. Traduz afronta direta ao art. 37, XI e XV, da Constituição da República a exclusão, da base de incidência do teto remuneratório, de valores percebidos, ainda que antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, a título de vantagens pessoais.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido. [RE 609.381, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 02/10/2014]. [g.n.].

58. Mais uma vez, prestigiou-se o entendimento esposado pelo i. MIN. CEZAR PELUSO, admitindo-se que as vantagens pessoais sempre estiveram sujeitas ao teto constitucional, sobre elas incidindo o corte daí decorrente ainda que implique decréscimo remuneratório. Confira-se:

[...] em tema de observância do teto de retribuição, a qualquer título, é o próprio art. 37, XV, da Carta Política que, ao delimitar o âmbito de incidência da proteção conferida pela cláusula de irredutibilidade nele inscrita, expressamente exclui qualquer valor excedente do limite fixado no art. 37, XI. Assim, mesmo que a Emenda Constitucional nº 41/2003 não contivesse a regra do seu art. 9º, o resultado seria o mesmo, à luz, tão somente, do art. 37, XI e XV, da Lei Maior.²³

59. Nessa oportunidade, seguindo o exemplo do Min. Gilmar Mendes, também o Min. Ricardo Lewandowski se afastou da posição defendida quando do julgamento do MS nº 24.875 e aduziu:

[...]o que acontece no caso é que o núcleo essencial do direito adquirido, que permitiu a incorporação destas verbas todas, ele não é atingido, ele se mantém incólume, porque o teto extirpa, e de certa maneira de forma momentânea, apenas aquilo que excede o teto. À medida que o teto vai se ampliando, esse direito adquirido se manifesta na medida em que essas vantagens podem ser percebidas, periodicamente, repito, a matéria, à medida em que o teto vai sendo ampliado.

[...]nenhum servidor tem direito ao regime jurídico, isso também me parece que é uma tese absolutamente pacífica nesta Corte.

60. O MIN. MARCO AURÉLIO, de outro bordo, optou por abandonar a tese de que o teto constitucional sempre abrangeu as vantagens pessoais para, em homenagem à segurança jurídica, dissentir da maioria. Confira-se:

²³ Excerto do voto da relatora.

[...] durante esses anos todos, a partir da vigência – e não estava aqui quando do advento da Constituição de 88, porque cheguei em 90 –, o Supremo sempre apontou que, no teto, não estavam incluídas as vantagens pessoais. Podemos agora, a esta altura, dar o dito pelo não dito? Triste Estado, porque não se mostra Democrático de Direito, em que não prevalece a segurança jurídica. Se apanhadas aquelas situações, que explicitamente e implicitamente foram respaldadas pelo Supremo, durante tantos anos, de 1988 até 2003, estaremos placitando a total insegurança jurídica.

Poderia me sentir muito à vontade aderindo simplesmente à corrente majoritária, porque harmônica com o que sustentei desde o primeiro dia em que aqui cheguei, quanto ao alcance do texto originário, mas não posso fazê-lo. Ontem citei, na Turma – não sei se cometi equívoco ou não quanto à autoria, o ministro Luiz Fux não estava presente porque teve que atender a um compromisso –, Machado Guimarães, no que proclamou que há mais coragem em ser justo parecendo injusto do que em ser injusto para salvar guardar as aparências de justiça.

A virada, diria, praticamente uma virada de mesa, a essa altura, não implicará avanço cultural. Implicará retrocesso, vingando a Babel [...].

[...]. Voto, estritamente, pelo desprovimento do recurso, forte na necessidade de preservar-se, passo a passo, a segurança jurídica. A segurança jurídica está nas centenas e milhares de pronunciamentos deste colegiado no sentido de que, até a Emenda Constitucional nº 41 – e foi promulgada para vigor prospectivamente, não de forma retroativa –, as vantagens pessoais não podiam – foi o Supremo quem disse, quem assentou –, ser computadas para efeito do teto constitucional.

61. Conquanto evidentes os prejuízos à segurança jurídica que essa “virada de mesa” está a acarretar, o fato é que, hoje, o Supremo Tribunal Federal tem julgado em conformidade com orientação há muito adotada pelo Estado de São Paulo em virtude de diretriz traçada pela PGE no sentido de que **a cláusula da irredutibilidade de vencimentos não autoriza a percepção de valores que superem o teto constitucional**²⁴.

24 Na mesma trilha do despacho de desaprovação do **Parecer PA nº 46/2004**, o **Parecer PA nº 158/2004** (Parecerista DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS), que afirmou a incidência do corte referente ao teto remuneratório sobre a remuneração de **Diretor de Fundação Pública**, leciona: “SERVIDOR PÚBLICO. **Diretor de Fundação Pública. Percepção de vencimentos acima do teto máximo remuneratório fixado no Estado**. Discussão acerca da necessidade de devolução dos valores. **Inexistência de direito adquirido à irredutibilidade dos vencimentos porque dever de conformação da remuneração ao teto remuneratório do Secretário de Estado decorre do texto original da Constituição Federal de 1988 e Constituição Estadual de 1989**. Aplicação à espécie do artigo 17 do ADCT da Constituição Federal de 1988. Questão da boa-fé na percepção dos vencimentos deve ser analisada pela origem à luz do Despacho Normativo do Governador de 31 de janeiro de 1986” [g.n.]

62. Mas, com a publicação da EC nº 41/2003, a Procuradoria Geral do Estado foi chamada a examinar inúmeros outros temas atinentes à aplicação do teto remuneratório.
63. Assim, nos **Pareceres GPG-Cons nº 151/2004**²⁵ e **PA nº 317/2005**²⁶, a PGE reiterou a orientação de que **o teto constitucional incide sobre as complementações de aposentadorias e pensões** e, no **Parecer PA nº 42/2013**²⁷, reafirmou que **as remunerações pagas aos servidores de fundações governamentais ficam submetidas ao indigitado limite**.
64. No tocante à **pensão parlamentar**, o **Parecer PA nº 114/2014**²⁸ ratificou os precedentes vigentes no sentido de que “a pensão parlamentar de que trata a Lei Estadual nº 7.017/1991 está, como regra, sujeita ao limite máximo a que alude o artigo 37, XI, da Constituição da República; o teto apenas não se impõe nos casos – tratados no artigo 2º da Lei Estadual nº 7.017/1991 – em que o direito à pensão parlamentar já existia quando da extinção da Carteira de Previdência dos Deputados, como na hipótese analisada nos supracitados atos da Chefia da Instituição”²⁹.
65. Curial notar que nunca houve dúvida de que as **pensões por morte** estavam alcançadas pelo teto remuneratório. O **Parecer GPG-Cons nº 151/2004**³⁰ foi enfático no sentido de que **apenas “as pensões que tenham natureza diversa de remuneração, como as de caráter indenizatório” não se submetem ao limite constitucional**.
66. E, instada a manifestar-se acerca da incidência do teto constitucional sobre a remuneração paga aos empregados e diretores da Agência Paulista de Promoção de Investimentos e Competitividade – INVESTE SÃO PAULO, a PGE trouxe à tona o **Parecer PA nº 50/2009**³¹, em que, firme no disposto no artigo 37, § 9º da Lei Maior, preceitua que **o teto remuneratório não se aplica no campo dos Serviços Sociais Autônomos**.

25 Parecerista DRA. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI.

26 Parecerista DR. MAURO DE MEDEIROS KELLER.

27 Parecerista DR. MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO.

28 Parecerista DR. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR.

29 Para maiores informações quanto ao tema, recomenda-se a leitura do **Parecer PA nº 34/2007** (Parecerista DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO) e do despacho proferido pelo então Procurador do Estado Adjunto, DR. MARCELO DE AQUINO, que desaprovou tal opinativo.

30 Parecerista DRA. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI.

31 Parecerista DRA. PATRÍCIA ESTER FRYZSMAN.

67. A inclusão dos “Procuradores” dentre os agentes públicos submetidos ao limite remuneratório do Judiciário, perpetrada pela EC nº 41/2003, deu ensejo a discussões acerca do teto aplicável aos **Procuradores Autárquicos**.
68. Por longos anos, a PGE esposou a sujeição dos Procuradores Autárquicos ao teto remuneratório do Executivo (**Pareceres GPG-Cons nº 151/2004**³², **PA nº 44/2004**³³, **387/2004**³⁴, **149/2010**³⁵), consoante previsto no Decreto Estadual nº 48.407/2004³⁶⁻³⁷. Todavia, diante de decisões do Supremo Tribunal Federal que sustentavam entendimento dissonante³⁸, deu-se a aprovação parcial do **Parecer PA nº 03/2014**³⁹, no sentido de que a norma estadual que afastou a aplicação do teto do Poder Judiciário à remuneração dos Procuradores Autárquicos seria inconstitucional, merecendo alteração.
69. Com o advento da Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015, a Nova Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, fortaleceu-se a interpretação de que **o limite incidente sobre a remuneração dos Procuradores Autárquicos é o mesmo incidente sobre a dos Procuradores do Estado**, equivalente a 90,25% (noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Fede-

32 Parecerista DRA. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI.

33 Parecerista DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO.

34 Parecerista DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO.

35 Parecerista DRA. CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES.

36 Artigo 1º - Para fins de aplicação do limite máximo fixado no artigo 8º, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, considerar-se-á, no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Estado de São Paulo, o valor do subsídio mensal do Governador do Estado. § 1º - Para os integrantes da carreira de Procurador do Estado, e dos ocupantes de cargos de provimento em comissão privativos de Procurador do Estado, o valor a ser considerado para fins de aplicação do limite máximo fixado no artigo 8º, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, é o correspondente a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração do Ministro do Supremo Tribunal Federal. § 2º - O disposto no “caput” deste artigo aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que recebam recursos do Estado para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

37 Posteriormente, a Lei Complementar Estadual nº 1.077/2008 incluiu expressamente os Procuradores Autárquicos no teto do Executivo: “Artigo 3º - O limite remuneratório a ser aplicado aos Procuradores Autárquicos, nos termos do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, é o subsídio mensal do Governador do Estado”.

38 RE nº 558.258, 1ª T, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 9/11/2010; RE nº 562.238 AgR, 2ª T, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2/4/2013.

39 Parecerista DR. MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO.

ral⁴⁰. O **Parecer SubG-Cons nº 97/2017**⁴¹ estabeleceu a aplicação de tal limite independentemente de previsão regulamentar.

70. No bojo do **Parecer GPG-Cons nº 151/2004**⁴² fixou-se que, malgrado o **Tribunal de Contas do Estado** “constituir órgão auxiliar do Poder Legislativo, deve-se aplicar o teto com base na remuneração fixada na Constituição do Estado para os Conselheiros do TCE, sendo, para os demais servidores do Tribunal aplicável o teto fixado para o Poder Legislativo”. O **Parecer PA nº 24/2013**⁴³, examinando a mesma questão, reafirmou que, **enquanto os Conselheiros do TCE têm como limite o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, o teto remuneratório dos servidores da Corte de Contas corresponde ao subsídio mensal dos Deputados Estaduais.**
71. Com relação aos **Magistrados Estaduais**, o **Parecer PA nº 06/2015**⁴⁴ concluiu que “**em face da decisão liminar proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADI 3854**⁴⁵, o teto remuneratório a ser aplicado aos proventos de magistrados estaduais e às pensões decorrentes de falecimento de magistrados estaduais é o valor do subsídio dos Ministros daquele Tribunal”.
72. Quanto à identificação das **parcelas** sujeitas ao teto remuneratório, o **Parecer GPG-Cons nº 151/2004**⁴⁶ traçou a regra mestra: “**se a verba tiver caráter remuneratório (o que deve ser verificado em cada caso pela Secretaria da Fazenda), sendo paga a servidor público, é computável para apuração do teto**”. Assim, concluiu que a **verba honorária** a que

40 Isso porque o artigo 208 da Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015 revogou expressamente o artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 1.077/2008, que enquadrava os Procuradores Autárquicos no teto do Poder Executivo.

41 Parecerista DR. WOLKER VOLANIN BICALHO.

42 Parecerista DRA. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI.

43 Parecerista DR. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR.

44 Parecerista DR. MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO.

45 Eis a ementa do julgado: “MAGISTRATURA. Remuneração. Limite ou teto remuneratório constitucional. Fixação diferenciada para os membros da magistratura federal e estadual. Inadmissibilidade. Caráter nacional do Poder Judiciário. Distinção arbitrária. Ofensa à regra constitucional da igualdade ou isonomia. Interpretação conforme dada ao art. 37, inc. XI, e § 12, da CF. Aparência de inconstitucionalidade do art. 2º da Resolução nº 13/2006 e do art. 1º, § único, da Resolução nº 14/2006, ambas do Conselho Nacional de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida. Voto vencido em parte. Em sede liminar de ação direta, aparentam inconstitucionalidade normas que, editadas pelo Conselho Nacional da Magistratura, estabelecem tetos remuneratórios diferenciados para os membros da magistratura estadual e os da federal” (Tribunal Pleno, REL. MIN. CEZAR PELUSO, j. 28/02/2007).

46 Parecerista DRA. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI.

fazem jus os Procuradores do Estado, por sua natureza remuneratória, fica sujeita ao limite do artigo 37, XI, da Lei Maior⁴⁷, enquanto o abono de permanência, verba despida de feição remuneratória⁴⁸, não deve ser incluído na apuração do teto.

73. Confirmando o acerto dessa tese, o Constituinte Reformador, por meio da **Emenda Constitucional nº 47/2005**, incluiu o § 11 no artigo 37 da Constituição, para elucidar que apenas “**não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei**”⁴⁹.
74. Diante de tal norma, solicitou-se à Procuradoria Geral do Estado que esclarecesse se o Adicional de Insalubridade, a Gratificação de Compensação Orgânica (GCO), o Adicional de Local de Exercício (ALE), a Gratificação por Atividade de Polícia (GAP), a parcela atinente ao Regime Especial de Trabalho Policial (RETP) e a diária-alimentação percebidos por Policiais Militares estariam sujeitos ao teto remuneratório, na medida em que supostamente revestidos de “caráter indenizatório”.
75. Examinando o tema, o judicioso **Parecer PA nº 314/2006**⁵⁰ lecionou:

19 – As manifestações preopinantes chamaram a atenção para as distinções conceituais que a doutrina faz entre indenização e gratificação, entre adicional e gratificação. Não há como deixar de referendá-las. Todavia, impõe-se observar que o sentido que se pretendeu conceder ao termo “indenização” não é o mais adequado. Ao menos, não é o mais adequado para o efeito de aplicação da **regra constitucional referente ao “teto”**, a qual – conforme já ressaltado – **foi ganhando, a cada nova redação, contornos mais estreitos e precisos, a traduzir a notória preocupação do constituinte em se rechaçarem interpretações que possam de alguma forma dilapidar a utilidade e a razão de ser do limite remuneratório imposto pela Lei**

47 No mesmo sentido: **Parecer PA nº 16/2012**, da lavra do Dr. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR.

48 Segundo a douta parecerista, o abono “equivale a prêmio para a permanência e sua concessão é expressamente prevista na própria EC 41/2003, sem ressalvas referentes à sujeição a teto, ao qual não está, portanto, submetido”.

49 Outra alteração realizada pela EC nº 47/2005 no tocante ao teto constitucional foi a previsão, no § 12 do artigo 37, da seguinte norma: “§ 12. Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores”.

50 Parecerista Dr. MAURO DE MEDEIROS KELLER.

Maior. Aí, precisamente, reside o perigo: alargar-se o conceito empregue em qualquer ressalva (i.e., exceção), à regra do “teto” propiciará, conquanto pela via legal, vulnerar-se o comando normativo constitucional que impõe o “teto”. Por conseguinte, as normas que prescrevem exceções, tal como o Par. 11 do art. 37, demandam interpretação restritiva.

20 – Neste sentido, não parece correto venham a subsumir-se ao conceito de “verbas de caráter indenizatório” quaisquer gratificações ou vantagens que hajam sido criadas para compensar o servidor pelo tipo de trabalho a que submetido. Em verdade, essas parcelas destinam-se, acima de tudo, a atraí-los para serviços (cargos ou funções) que a remuneração ordinária não retribuiria de forma condizente. Ou seja, não perdem o caráter retributivo, embora situado em patamar mais elevado. Penso, com efeito, que ao menos para o fim de se aplicarem corretamente as regras constitucionais relacionadas com o “teto”, não se pode qualificar de indenizatória uma vantagem criada com base na suposição de que o servidor irá desgastar-se mais, cansar-se mais, trabalhar mais. Ou que algum dano **poderá** ocorrer. Não há que se falar em indenização para uma lesão que não ocorreu, que existe apenas “em potência”, que não passa de mera possibilidade.

21 – Em matéria de direito administrativo, não se pode vislumbrar, no que tange à responsabilidade ressarcitória, algo diverso do que sucede em direito civil. Afigura-se inadmissível prestar-se indenização que não tenha origem na necessidade de se restabelecer o desequilíbrio oriundo de um dano efetivo. É o que recorda com propriedade Sérgio Cavalieri Filho: [...].

22 – Por essas razões, e não obstante o merecido acatamento que se deve às opiniões discordantes, **não se me afigura correto atribuir-se o caráter de indenizatórias às verbas conhecidas como o adicional de insalubridade e o GCO (que estão direcionadas a melhor retribuir atividades mais penosas e fisicamente desgastantes, envolvendo o risco de lesões, mas não um dano efetivo), bem como às parcelas denominadas RETP, ALE e GAP, descritas em pormenor no ofício exordial e referidas no item 2, “supra” (eis que têm por objetivo melhor retribuir atividades que importam em aumento da carga de trabalho do servidor policial, não havendo nesses casos sequer a conotação de um dano potencial). A propósito, não abala essa conclusão o “caráter indenizatório” a que faz expressa menção o art. 1º da LCE 338/83, relativamente à RETP. Trata-se aí de uma ficção legal, cuja eficácia há de se circunscrever aos limites da legislação infraconstitucional de regência. Vale dizer: não se pode admitir que uma ficção criada pelo legislador ordinário se imponha ao comando editado pelo constituinte, desfigurando o sentido empregue pelo constituinte por força do alcance que lhe empresta, ficticiamente, o legislador ordinário. Destarte, também a RETP deve ser computada para o fim de se estabelecer o “teto salarial” do Policial Militar.**

23 – Outro tanto, porém, não se deve concluir quanto à diária-alimentação. Esta forma de auxílio remuneratório, que encontra supedâneo no Decreto-Lei 15.620/46 e na Lei 7.524/91, representa uma espécie de reembolso a gastos realizados pelo servidor em decorrência das missões a que destinados os Policiais Militares. [g.n.].

76. Também firme no compromisso de rechaçar “interpretações que posam de alguma forma dilapidar a utilidade e a razão de ser do limite remuneratório imposto pela Lei Maior”, foi proferido o **Parecer PA nº 30/2012**⁵¹, que concluiu pela **inconstitucionalidade dos dispositivos de leis estaduais que excluem do alcance do teto constitucional a “bonificação por resultados” e a “participação nos resultados”**⁵². Do opinativo, colhe-se:

36. O caso, à altura fica evidente, é de **extravazamento do espaço de interpretação do enunciado constitucional**. Quis-se prescrever que a Constituição não diz o que de fato diz, como se, por simples truque de linguagem, fora possível comprimir o sistema remuneratório constitucional para afirmar que, fora dele e de seu regramento geral e universal, há um sistema paralelo, onde não medram remunerações, subsídios, vencimentos nem vantagens, mas “bonificações” e “participações” não sujeitas a outras peias que as da imaginação do legislador ordinário.

[...] tudo o que os agentes públicos percebem do Estado, a qualquer título, constitui remuneração, e nessa condição rege-se por normas constitucionais ordenadoras dos dispêndios públicos com pessoal, entre as quais a que estabelece o teto remuneratório desses mesmos agentes.

41. Embora mais não tenha sido preciso para deduzir a inconstitucionalidade dos dispositivos de leis estaduais que situam a “bonificação por resultados” e a “participação dos resultados” fora do teto constitucional,

51 Parecerista DR. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR.

52 Na mesma senda, o **Parecer PA nº 61/2013**, assim ementado: “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. TETO. Bonificação por resultados. Leis Complementares Estaduais nº 1.078, de 17 de dezembro de 2008; nº 1.079, de 17 de dezembro de 2008; nº 1.086, de 18 de fevereiro de 2009; nº 1.104, de 17 de março de 2010; e nº 1.121, de 30 de junho de 2010. Participação nos resultados. Lei Complementar Estadual nº 1.059, de 18 de setembro de 2008. Dúvidas da Administração a respeito dos pressupostos e consequências da orientação firmada pela Procuradoria Geral do Estado com a aprovação do Parecer PA nº 30/2012, que deu pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais que excluem do teto remuneratório referidas gratificações de serviço. Natureza remuneratória dessas vantagens. Irrelevância de estarem desvinculadas de resultados individuais. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Possibilidade, em tese, de pagamento concomitante com outras gratificações de produtividade. Consideração da natureza específica. Observância das regras estaduais de cálculo de vantagens pecuniárias e benefícios, quanto aos servidores estatutários. Ressalva feita em relação aos admitidos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Precedente: Parecer PA nº 86/2011” (Parecerista DR. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR).

há como tornar essa conclusão ainda mais óbvia: basta fazer ver que tais prestações, aparentemente atípicas, não passam, ao menos para os servidores estatutários, de **gratificações de serviço**, entre nós sempre consentidas como remuneração.

42. Afinal, tanto a “bonificação por resultados” como a “participação nos resultados”, prestações idênticas em essência, constituem acréscimos pecuniários ao vencimento do servidor pagos “*de acordo com o cumprimento de metas fixadas pela Administração*” e “*na proporção direta do cumprimento das metas*” definidas para a unidade administrativa onde o funcionário desempenha suas funções. São, por outras palavras, vantagens pecuniárias modais, devidas apenas à medida que se obtêm, pelo serviço, determinados resultados tidos por desejáveis pela Administração Pública. [grifos nossos e originais].

77. Outra questão discutida desde o advento da EC nº 41/2003 diz respeito à inclusão das parcelas pagas a servidores públicos em decorrência da **participação em órgãos de deliberação coletiva (“jeton”) ou da participação no Tribunal de Impostos e Taxas (TIT)** no teto constitucional.
78. Apreciando o tema, o Parecer GPG-Cons nº 151/2004⁵³ ponderou que tais parcelas “devem ser consideradas como vantagem remuneratória para fins de redução ao teto do Poder Executivo estabelecido em decorrência das disposições da EC-41”. Com escope no artigo 37, § 9º, da Lei Maior, ressaltou, no entanto, que “**as vantagens remuneratórias percebidas por servidor em razão de participação em órgãos de deliberação coletiva de empresas que despendem recursos próprios para as despesas de pessoal (portanto, não dependentes) não são consideradas para fins de teto** porque essa remuneração não onera recursos públicos”.
79. Mais recentemente, o Parecer PA nº 27/2010⁵⁴ reiterou tal entendimento ao concluir que “**os valores percebidos em decorrência de participação em órgãos de deliberação coletiva da SPPREV devem ser considerados como vantagem remuneratória para fins de aplicação do ‘teto’ estabelecido no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal**”.
80. A desaprovação do Parecer PA nº 28/2015⁵⁵, porém, conferiu novo rumo ao tratamento da matéria ao afirmar a **não incidência do teto remuneratório às hipóteses de “jeton” pago por empresas estatais dependentes.**

53 Parecerista DRA. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI.

54 Parecerista DRA. PATRÍCIA ESTER FRYZSMAN.

55 Parecerista DRA. LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI.

81. A valer, no despacho de desaprovação de tal opinativo, o então Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria, DR. ADALBERTO ROBERT ALVES, sustentou que os honorários recebidos em decorrência de participação em órgãos de deliberação coletiva de empresas estatais, dependentes ou não, ficam incólumes ao teto constitucional, sob os seguintes fundamentos:

O administrador (conselheiro/diretor), ao aceitar o cargo para o qual foi eleito, não se obriga contratualmente perante a estatal. Vincula-se ele tão somente à lei e ao estatuto societário, cujas regras disciplinam sua atividade, seus deveres e encargos.

É dizer: não se subsume, a figura do membro de Conselho de Administração (ou Fiscal) de empresa paraestatal, àquelas hipóteses de exercício de cargo, emprego ou função previstas nos dispositivos em comento da Constituição Federal.

Além disso, a atuação de agentes públicos nos Conselhos não guarda qualquer relação com o plexo de atribuições desempenhadas em seus respectivos cargos: a regulamentação a que estão submetidos os Conselheiros se dá pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.040, de 15 de dezembro de 1976) e pelos estatutos sociais das empresas.

Do que foi dito acima decorre a impropriedade de se trazer à baila a discussão sobre a participação de agentes públicos em paraestatais dependentes ou não dependentes.

Essa distinção somente é relevante quando a relação entre a estatal e o agente público está jungida ao regime jurídico celetista ou estatutário (é dizer, o regime jurídico ordinário dos servidores públicos), não na hipótese vertida nos autos, em que o agente público é representante do acionista (único ou majoritário, a depender do caso). [g.n.].

82. No que atine aos valores recebidos pela participação em sessões e pelo julgamento de processos do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT), o recente Parecer PA nº 29/2017⁵⁶ seguiu o caminho trilhado pelos Pareceres GPG-Cons nº 151/2004, PA nº 314/2006⁵⁷ e PA 30/2012⁵⁸, para concluir que

[...] conquanto a Lei n. 13.457/09 declare que as parcelas pagas aos juízes do TIT teriam caráter indenizatório, parece-nos tratar-se, na realidade, de

56 Parecerista DRA. LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI.

57 Parecerista DR. MAURO DE MEDEIROS KELLER.

58 Parecerista DR. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR.

remuneração pelo exercício da função. Nesse contexto, a declarada natureza indenizatória não se prestaria – invocando-se por fundamento o disposto no §11 do artigo 37 da Constituição Federal – a afastar o cômputo de tais verbas para aplicação do limite constitucional remuneratório.

83. Mas, sem dúvida, o tema mais debatido a partir do advento da EC nº 41/2003 diz respeito à incidência do teto remuneratório nas situações de **acúmulo de vínculos remunerados**. Recorde-se: desde a EC nº 19/1998 o artigo 37, XI, da Lei Maior preceitua que estão sujeitos ao limite constitucional “a remuneração e o subsídio [...], os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, **percebidos cumulativamente ou não**”.
84. Deveras, assim que a EC nº 41/2003 veio a lume, conferindo aplicabilidade imediata a tal norma⁵⁹, a Procuradoria Geral do Estado foi instada a esclarecer se os **proventos decorrentes da carreira militar** deveriam ser somados à **remuneração pelo exercício de cargo de direção em autarquia**, para fins de incidência do teto remuneratório.
85. O **Parecer PA nº 156/2004**⁶⁰ interpretou a expressão “percebidos cumulativamente ou não”, constante do artigo 37, XI, da Lei Maior, em conjunto com o preceituado nos artigos 37, XVI⁶¹, 40, § 11⁶² e 42, § 1º⁶³, c/c o artigo 142, § 3º, VII,⁶⁴ da CF/1988, concluindo que a submissão ao teto remuneratório deveria ser “obedecida também nas hipóteses de percepção acumulada de proventos decorrentes da inatividade militar e de qualquer espécie remuneratória decorrente do exercício de cargo cuja acumulação esteja constitucionalmente autorizada”.

59 Lembre-se que o STF entendeu inaplicável a redação conferida pela EC nº 19/1998 ao artigo 37, XI, da Lei Maior, enquanto não aprovada a lei prevista no artigo 48, XV, do Código Base.

60 Parecerista DR. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO.

61 XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos privativos de médico.

62 §11 - Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).

63 § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).

64 VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea “c”; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014).

86. Não obstante a clareza da tese sustentada no opinativo, a DRA. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI, então Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria, em **brilhante arrazoado**, levou em conta outros aspectos envolvidos na questão e aprovou-o apenas parcialmente.
87. Segundo a saudosa Procuradora do Estado, o método sistemático de interpretação impediria que se atribuisse ao termo “percebidos cumulativamente ou não”, constante do artigo 37, XI, da Lei Maior, sentido que determinasse que remunerações decorrentes de vínculos diversos devam ser somadas para fins de incidência do teto constitucional. A dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, fundamentos da República, assim como a autorização de acúmulo de vínculos, prevista no artigo 37, XVI, da CF/1988, seriam diretamente vulnerados caso vingasse exegese que culminasse na ideia de trabalho não remunerado no âmbito da Administração Pública⁶⁵.
88. Por isso, seria de rigor reconhecer que a expressão “percebidos cumulativamente ou não” significaria simplesmente que, **mesmo nas hipóteses de acúmulo de vínculos, a remuneração atinente a cada um deles haveria de sofrer a limitação remuneratória prevista pelo Constituinte**⁶⁶.
89. Entretanto, de acordo com a i. parecerista, igual raciocínio não poderia ser aplicado às **situações de acúmulo que envolvem a percepção de proventos**, porquanto do artigo 40, § 11, da Constituição Federal, seria inevitável extrair **imposição para que o teto remuneratório seja aplicado “à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos**, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo”.

65 Eis as palavras da parecerista: “Reputo flagrantemente contrário ao princípio da moralidade, assim como aos outros princípios constitucionais inicialmente elencados, permitir que servidor ocupe cargo ou emprego públicos **sem remuneração**. Se o sistema constitucional não protegesse a remuneração, seria possível fazer concurso público para preencher cargos sem atribuir-lhes retribuição. Evidentemente, isto violaria os próprios fundamentos do Estado. O vínculo entre servidor e Estado é profissional e exige remuneração”.

66 Tal entendimento estava escorado em decisão administrativa proferida aos 05/02/2004 pelo Pretório Excelso que, instado a manifestar-se acerca da incidência do limite constitucional nas hipóteses em que Ministros da Corte Suprema cumulam o exercício desse cargo com o de cargo no Tribunal Superior Eleitoral, concluiu que as remunerações decorrentes de cada um desses vínculos não haveriam de ser somadas para fins de aplicação do teto remuneratório.

90. Mesmo com relação às cumulações desse jaez, porém, seria forçoso admitir, em respeito ao **direito adquirido**, que, quando **constituídas até a publicação da EC nº 41/2003**, o teto constitucional haveria de **incidir isoladamente**.
91. Já quanto às **pensões**, na medida em que também não estavam abrangidas pelo artigo 40, § 11, da Lei Maior, **não deveriam ser somadas para fins de incidência do teto remuneratório**.
92. Essas diretrizes, todavia, foram apenas parcialmente aprovadas pelo Procurador Geral do Estado⁶⁷, que deixou “de acolher a proposta de interpretação conforme do disposto nos incisos XI e XVI do artigo 37 da Constituição Federal, na redação que lhes atribuíram, sucessivamente, as Emendas Constitucionais nº 19/98 e 41/03, proposta essa que retira da expressão “percebidos cumulativamente ou não”, contida no primeiro dos citados dispositivos, o sentido de que estariam sujeitos a um teto único os vencimentos, na forma de subsídio ou não, os proventos da aposentadoria ou as pensões percebidas cumulativamente por um mesmo agente público”⁶⁸. Assentou, portanto, que **nas hipóteses de percepção cumulada de espécies remuneratórias o teto constitucional deve incidir sobre a soma dos valores a que faz jus o servidor, e não isoladamente**⁶⁹.

67 DR. ELIVAL DA SILVA RAMOS.

68 Quanto a isso, o i. professor das Arcadas ponderou: “**não me parece que a carga semântica e contextual da expressão permita tal assertiva, o que, ademais, vem corroborado pela interpretação histórica do texto, pois não resta a menor dúvida de que o Constituinte de Revisão pretendeu sujeitar todas as espécies remuneratórias a um único teto, independentemente de se tratar de uma situação de acumulação remunerada ou não**. Diante disso, a intelecção propugnada para a expressão *sub examine* não pode ser acatada, até porque reduziria o seu conteúdo significativo praticamente ao nada, já que não seria razoável que, em regime de acumulação remunerada, uma determinada situação funcional se submetesse ao teto e outra não, à falta de disposição expressa autorizando tal ilação” [g.n.].

69 Cumpre destacar a seguinte observação do i. Procurador Geral do Estado quanto ao ponto: “**É certo, por outro lado, que, mesmo em relação às situações constituídas posteriormente à vigência da EC nº 41/03, poder-se-ia apontar o vício de inconstitucionalidade em relação à pretendida sujeição da percepção cumulativa de remuneração, proventos ou pensões, em qualquer uma das variadas combinações possíveis, a um único teto, na medida em que estaríamos, de algum modo, admitindo a prestação de serviços sem estipêndio, o que contraria princípios estruturais de nossa ordem jurídico-constitucional, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana e o do valor social do trabalho (artigo 1º, incisos III e IV, da CF), como muito bem lembrado no aditamento de fls. 23/31**. Todavia, no que concerne ao posicionamento da PGE quanto a essa questão, do qual poderá decorrer proposta de ingresso com ação direta declaratória de inconstitucionalidade perante o STF, cabe proceder com maior **cautela**, até porque o Pretório Excelso está na iminência de proferir importantes julgamentos em relação à chamada Reforma da Previdência” [grifos nossos e originais].

93. No tocante às situações de acúmulo consolidadas antes da publicação da EC nº 41/2003, porém, o i. Procurador Geral do Estado acedeu à tese de que, em respeito ao direito adquirido, não deveriam ser colhidas pela imposição concernente ao teto único. Eis suas razões:

A) Restou assentado no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, de par com a melhor doutrina e com a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que as emendas constitucionais devem reverência ao princípio da intangibilidade do direito adquirido, reforçado, no tocante à remuneração dos servidores públicos, pela cláusula da irredutibilidade de seus vencimentos ou subsídios (inciso XV do artigo 37 da CF, com a redação da EC nº 19/98);

B) A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, em sua redação primitiva, sujeitava a remuneração dos servidores públicos ao princípio do teto estipendiário, porém não contemplava a regra do teto único, ficando cada situação geradora de ganho, em regime de acumulação, submetida ao correspondente fator de limitação;

C) Embora tenha esta Procuradoria Geral do Estado firmado posição no sentido de admitir a reconfiguração do teto constitucional, sem que se possa, em relação a isso, invocar a proteção do inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição, combinado com o inciso XV, de seu artigo 37, exatamente porque o fator de limitação, no caso, constava da Carta Magna em sua redação original, não se aplica o referido entendimento à espécie, pelo motivo apontado na letra B, supra.

Em relação a esse aspecto, é de boa técnica a adoção da interpretação conforme, porquanto, de outro modo, estaríamos reconhecendo, em sede de aplicação administrativa, que o inciso XI, do artigo 37, da CF, combinado com o artigo 8º da EC nº 41/03, perpetrou rematada inconstitucionalidade.

Nem se argumente, a propósito, com o estatuído no artigo 9º da mencionada Emenda nº 41, que faz explícita invocação ao que houvera sido estipulado no artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que acompanhou a Carta de 1988. Esse dispositivo, de índole transitória, veio permitir que a sistemática de remuneração dos servidores públicos anterior a 5 de outubro de 1988 sofresse um ajustamento às novas regras constitucionais, subtraindo essa específica eficácia retrospectiva (efeitos imediatos que colhem situações constituídas no passado) da cláusula protetiva do inciso XXXVI, do artigo 5º, da CF. Em se tratando de um regime de transição desenhado pelo próprio Constituinte Originário, nada há que se objetar. Porém, não se pode admitir que a mera invocação desse dispositivo constitucional transitório tenha o condão de autorizar o Constituinte Derivado de Revisão a fazer *tábula rasa* do princípio do direito adquirido. Assim,

ou existe direito adquirido e de nada serve a norma do artigo 9º da EC nº 41/03, que faz referência a um regime excepcional de transição inaplicável à espécie, ou não existe direito adquirido e, nessa hipótese, também a nada se presta a remissão ao artigo 17 do ADCT. Em outras palavras, trata-se de dispositivo anódino, que apenas denota uma pretensão impossível de se concretizar pela via escolhida (a única via que permitiria a eliminação de direitos adquiridos seria a da quebra da ordem constitucional...). [grifos nossos e originais].

94. Essa orientação foi reiterada no despacho de aprovação parcial⁷⁰ do **Parecer PA nº 280/2004**⁷¹, em que se afirmou que o teto remuneratório “aplica-se isoladamente apenas às situações de acumulação remunerada constituídas anteriormente a 31.12.2003, de modo que, para efeito desse dispositivo, também as pensões concedidas após essa data devem ser somadas a qualquer outra remuneração que os respectivos beneficiários porventura percebam dos cofres públicos”, assim como no sempre citado **Parecer GPG-Cons nº 151/2004**⁷².
95. O **Parecer GPG nº 10/2009**⁷³ chegou a estabelecer exceção a tal entendimento, ao firmar tese no sentido de que “na hipótese de cumulação entre proventos e vencimentos de cargo em comissão puro, o teto salarial deve ser aplicado separadamente em relação a cada uma dessas remunerações”.
96. Contudo, essa ressalva vigorou por curto período, pois a aprovação do **Parecer PA nº 130/2011**⁷⁴ restabeleceu a diretriz geral no sentido de que, para as cumulações posteriores à EC nº 41/2003, “o limite de remuneração (“teto”) previsto na atual redação do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal aplica-se sobre a somatória das parcelas percebidas do Poder Público, ainda que se trate de cumulação de proventos, ou vencimentos, com pensão por morte”.

70 Da lavra da Dra. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI.

71 Parecerista Dr. MAURO DE MEDEIROS KELLER.

72 Parecerista Dra. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI.

73 Parecerista Dra. CRISTINA MAURA R. S. MARÇAL FERREIRA.

74 Parecerista Dra. PATRÍCIA ESTER FRYZSMAN. Eis a ementa do opinativo: “TETO REMUNERATÓRIO. VENCIMENTOS. PROVENTOS. PENSÃO MENSAL. Representação formulada pela APESP, propondo que, em caso de percepção cumulativa de proventos ou vencimentos com pensão, o teto remuneratório previsto no artigo 37, XI, da CF, incida sobre cada uma das parcelas isoladamente. Ausência de fatos novos a justificar a modificação do entendimento da PGE. Questão a ser dirimida pelo STF, que já acolheu a repercussão geral da questão constitucional. Proposta de revisão do entendimento preconizado no Parecer GPG nº 10/2009, no qual se concluiu que “na hipótese de cumulação entre proventos e vencimentos de cargo em comissão puro, o teto salarial deve ser aplicado separadamente em relação a cada uma dessas remunerações”.

97. No mesmo passo, os **Pareceres PA nº 112/2015⁷⁵ e 36/2016⁷⁶** reafirmaram que, **nos casos de cumulação de proventos com remuneração de cargo em comissão, o teto constitucional deve incidir sobre a soma de tais parcelas.**
98. A seu turno, o **Parecer PA nº 06/2013⁷⁷** concluiu que, **em hipótese de cumulação de espécies remuneratórias em que parte é anterior à vigência da EC nº 41/2003 e parte é posterior a ela, a aplicação do teto deve ocorrer isoladamente, em relação a parcelas percebidas desde antes do advento da emenda e, em relação à parcela posterior, somando-a à demais.**
99. Quanto às situações constituídas sob o amparo da orientação posta no Parecer GPG nº 10/2009, em despacho exarado aos 28/06/2016 o Procurador Geral do Estado ponderou:

[...]. Se há um ponto absolutamente consensual no debate ora travado, é o de que **as dúvidas exegéticas relativas à aplicação do teto constitucional somente deixarão de existir, propiciando a completa segurança jurídica no trato da matéria, quando o STF julgar os diversos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, tendo por tema a aplicação do teto às situações de acumulação remunerada.**

[...] não se mostra conveniente, oportuno e consentâneo com o interesse público, flexibilizar a orientação mais do que decenária sobre a aplicação do teto constitucional em situações de acumulação remunerada: (A) para além do objeto dos expedientes; (B) com expressivo incremento de despesas, em momento de grave crise fiscal; (C) sem que o STF tenha se pronunciado sobre o tema (em suas diversas variantes), mas dando total guarida aos pedidos de suspensão formulados pela PGE/SP e demais órgãos de advocacia pública do País, no sentido de se emprestar ao texto constitucional interpretação estrita nessa matéria tormentosa.

[...] A moderna doutrina administrativista, sob influência de construções europeias, tem enfatizado a **importância de se resguardar a confiança legítima dos administrados e, também, de servidores em suas relações funcionais com a Administração, no que diz respeito à alteração de orientações de caráter normativo ou equiparado.**

75 Parecerista DRA. LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI.

76 Parecerista DRA. SUZANA SOO SUN LEE.

77 Parecerista DR. MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO.

[...] sob inspiração do princípio da confiança legítima, pode a Administração justificar a manutenção de situações concretas constituídas sob o amparo de jurisprudência administrativa superada, não para resguardar inexistentes direitos adquiridos, mas para evitar o desfazimento subsequente de suas decisões no âmbito do Poder Judiciário, sempre que o tema se prestar a forte dissenso hermenêutico.

39. Ora, dúvida não há de que a aplicação do teto remuneratório constitucional às diversas situações de percepção cumulativa de vencimentos, proventos e pensões tem encetado forte dissídio na jurisprudência administrativa e judiciária.

40. Por conseguinte, partindo do pressuposto de que as reduzidas situações concretas porventura ainda persistentes no âmbito da Administração Pública Estadual, direta e autárquica, da acumulação de proventos da inatividade com vencimentos pelo exercício de cargo de provimento em comissão puro foram constituídas em atenção a necessidades da própria Administração no provimento desses cargos, condizentes com o interesse público, entendo que deveriam ser mantidas indenês, até que sobrevenha a definitiva decisão do STF sobre o assunto. Depois dessa decisão, se contrária à incidência individualizada do teto constitucional, bastará aplicar o limitador de acordo com a orientação geral vigente, somando as duas remunerações, respeitada a irrepetibilidade das quantias até ali percebidas. [grifos nossos e originais].

100. Releva notar que, enquanto a Procuradoria Geral do Estado, **respaldada por decisões do Supremo Tribunal Federal exaradas no bojo de pedidos de suspensão de segurança**, defendia a tese de que o teto remuneratório deveria incidir sobre a somatória das verbas recebidas em decorrência de acúmulo de vínculos com a Administração, entendimento diverso era esposado em decisões administrativas do próprio STF, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).
101. Com efeito, em sessão administrativa realizada aos 05/02/2004, o Pretório Excelso decidiu, por unanimidade, que nas hipóteses de acúmulo do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal com o cargo de Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, o teto remuneratório haveria de incidir isoladamente.
102. De modo parelho, o artigo 8º, II, “a”, da Resolução CNJ nº 13/2006 exclui do alcance do teto constitucional a “remuneração ou provento decorrente do exercício do magistério, nos termos do art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal”. Idêntico entendimento foi adotado pelo CNJ quanto às cumulações que envolvem pensões por morte e aplicado, ainda, no âmbito do CNMP.

103. Pois bem. No julgamento dos recursos extraordinários nº 602.043 e 612.975, em 27/04/2017, o Supremo Tribunal Federal fixou tese que segue exatamente essa orientação contrária à albergada pela Procuradoria Geral do Estado.

II– A DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRA-ORDINÁRIOS Nº 602.043 E Nº 612.975

104. O RE nº 612.975 teve por objeto situação de acúmulo de proventos do posto de Tenente Coronel da reserva da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso com remuneração pelo exercício do cargo de Odontólogo vinculado ao Sistema Único de Saúde, consolidada antes do advento da EC nº 41/2003.
105. Por sua vez, o RE nº 602.043 tratou de hipótese de acumulação remunerada de dois cargos públicos de médico, também caracterizada em momento anterior à EC nº 41/2003.
106. Nos dois casos, as decisões proferidas em segunda instância tomaram por fundamento a proteção ao direito adquirido para concluir que o teto constitucional deveria incidir isoladamente, e não sobre a soma das remunerações percebidas pelos servidores interessados. Assim, ambos os recursos questionaram essas decisões alegando ofensa aos artigos 9º da EC nº 41/2003 e 17 do ADCT.
107. Ora, a prevalecer no STF a orientação assentada pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo acerca das situações de acúmulo caracterizadas antes da EC nº 41/2003, era mesmo de se esperar o desprovemento dos recursos extraordinários sob exame.
108. De fato, o despacho proferido pelo Procurador Geral do Estado quando da apreciação do **Parecer PA nº 156/2004** consagrou o entendimento de que, à luz do princípio da intangibilidade do direito adquirido, o artigo 9º da EC nº 41/2003 não teria o condão de fazer com que a incidência do teto constitucional sobre a soma de remunerações decorrentes de vínculos distintos, comando que apenas se tornou imperativo a partir da publicação de tal emenda, abrangesse situações de acúmulo anteriormente consolidadas.
109. Ocorre que, ao desprover os aludidos apelos, o Supremo Tribunal Federal trilhou caminho diverso e, tratando da questão atinente ao direito adquirido apenas *a latere*, fixou tese, muito mais ampla, que impõe a incidência isolada do teto constitucional em quaisquer hipóteses

de acúmulos autorizados pela Lei Maior, independentemente de se tratar de situações consolidadas antes ou depois da Emenda Constitucional em questão.

110. Deveras, o MIN. MARCO AURÉLIO, relator dos recursos, propôs interpretação conforme da norma inscrita no artigo 37, XI, da Lei Maior, pela EC nº 19/1998, sustentando que o termo “percebidos cumulativamente ou não”, constante dessa norma, deveria incidir apenas sobre as acumulações consolidadas à margem do disposto no artigo 37, XVI, da Lei Maior⁷⁸. Segundo ele, compactuar com exegese diversa seria anuir com ofensa ao direito adquirido, aos valores sociais do trabalho e à norma constitucional que contempla as hipóteses de cumulações legítimas de vínculos, por meio de emenda constitucional. De seu voto, colhe-se:

A cláusula contida no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal – “percebidos cumulativamente ou não” – diz respeito a junções remuneratórias fora das autorizadas no inciso que se segue, ou seja, o XVI, a viabilizar a simultaneidade do exercício de dois cargos de professor, a de um cargo de professor com outro técnico ou científico e a de dois cargos privativos de profissionais da saúde.

Ante o quadro, nego provimento ao extraordinário, reconhecendo: 1) a inconstitucionalidade da expressão “percebidos cumulativamente ou não” contida no artigo 1º da Emenda Constitucional nº 41/2003, no que deu nova redação ao artigo 37, inciso XI, da Carta da República, considerada interpretação que englobe situações jurídicas a revelarem acumulação de cargos autorizada constitucionalmente; e 2) a inconstitucionalidade do artigo 9º da Emenda Constitucional nº 41/2003, afastando definitivamente o artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, porquanto surtiu efeitos na fase de transformação dos sistemas constitucionais – Cartas de 1967/1969 e 1988 –, excluída a abrangência a ponto de fulminar direito adquirido. [g.n.].

111. Malgrado o MIN. ALEXANDRE DE MORAES, em voto que parece não se amoldar perfeitamente aos casos julgados⁷⁹, também tenha feito refe-

⁷⁸ Peço vênha para expor o absurdo da tese, que parte da premissa de que o Constituinte teria, no inciso XI, do artigo 37, contemplado norma destinada a disciplinar situações que, por força do comando posto no inciso XVI do mesmo dispositivo, nem sequer deveriam acontecer. Para chegar ao mesmo resultado prático pretendido pelo Ministro, que já revelou escolher os fundamentos de suas decisões depois de defini-las, muito melhor seria conferir à expressão a exegese proposta pela DRA. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI quando da aprovação parcial do **Parecer PA nº 156/2004**.

⁷⁹ O i. julgador faz alusão à incidência do artigo 11 da EC nº 20/1998 (Art. 11 - A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de

rência à proteção ao direito adquirido, os demais ministros acederam à interpretação conforme à Constituição proposta pelo relator por compreenderem que entendimento outro levaria à vulneração do **direito fundamental ao trabalho remunerado**⁸⁰ e do **direito às cumulações previstas no artigo 37, XVI, da Lei Maior**⁸¹. Subjacente a todos os votos estava o princípio da unidade da Constituição Federal, a que a MIN. CARMEN LÚCIA aludiu nos seguintes termos:

[...] **a Constituição não dá com a mão direita para tirar com a esquerda.** Não se pode garantir um direito numa passagem da Constituição e, em outra, retirar, menos ainda quando se trata de retirada do que é um direito fundamental, que é o direito a ter uma contraprestação pelo trabalho prestado. [g.n.].

112. Apenas o MIN. EDSON FACHIN proferiu voto divergente, no sentido de que o teto constitucional deveria incidir sobre o somatório das remunerações em quaisquer hipóteses de acúmulo de vínculos. Levando ao extremo o raciocínio exposto pelo MIN. CEZAR PELUSO no julgamento do MS nº 24.875, o i. julgador esposou que o artigo 37, XI, da Lei Maior, desde sua redação primitiva estaria a determinar a incidência do teto constitucional sobre toda e qualquer parcela percebida pelos agentes públicos, considerado também o acúmulo de vínculos, comando este que não deveria ser tido por ofensivo a outros preceitos constitucionais a ele contemporâneos.
113. Nesse ambiente, o Plenário aprovou a tese de que *“nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do artigo 37, inciso XI, da Carta da República pressupõe a consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público”*.

provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo), embora nada indique que o acúmulo objeto do recurso tenha se operado em contraste com o disposto no artigo 37, § 10, da Lei Maior (*§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração*). Outrossim, menciona a norma posta no artigo 95, III, da Constituição, malgrado a situação de acúmulo não envolva membro da Magistratura.

80 Nesse sentido: os MINISTROS ROBERTO BARROSO, ROSA WEBER, LUIZ FUX, RICARDO LEWANDOWSKI E CARMEN LÚCIA.

81 Nesse sentido: os MINISTROS LUIZ FUX, RICARDO LEWANDOWSKI, GILMAR MENDES E CARMEN LÚCIA.

114. Conquanto esse texto não faça expressa menção ao acúmulo de **proventos**, nem ao **artigo 40, § 11, da Lei Maior**, que determina a aplicação do “limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade”, parece-me imperioso deduzir que a indigitada tese, até porque afirmada em caso concreto que discutia exatamente a percepção cumulada de proventos com remuneração, também incide quando caracterizada essa espécie de acúmulo.
115. A corroborar tal ilação, o voto do relator é explícito no sentido de que a exegese por ele preconizada haveria de ser “**observada no tocante às demais circunstâncias constitucionais de acumulação de cargos, empregos e funções públicas, alusivas a vencimento, subsídio, remuneração oriunda do exercício de cargos em comissão, proventos e pensões, ainda que os vínculos digam respeito a diferentes entes federativos**”.
116. Diferentemente, a omissão do texto da tese quanto às hipóteses de acumulações remuneradas de **pensões** não se afigura suplantável com mero recurso a esse excerto do voto do MIN. MARCO AURÉLIO.
117. Isso porque os recursos em foco **não tiveram por objeto situações de acúmulo de pensão**, as quais deverão ser apreciadas pelo Plenário do STF no bojo do futuro julgamento do **RE nº 602.584**⁸².
118. Logo, em síntese, tem-se que **o julgamento dos recursos em foco determina que, em todas as hipóteses constitucionalmente autorizadas de percepção cumulada de remunerações e proventos de aposentadoria decorrentes do exercício de cargo, função ou emprego público, o teto remuneratório há de incidir isoladamente.**

III – A REPERCUSSÃO DO DECISUM SOBRE A JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

119. Como sabido, não existe disposição constitucional ou legal expressa que vincule os órgãos da Administração Pública à decisão proferida em

82 A repercussão geral da matéria foi reconhecida em decisão que porta a seguinte ementa: “TETO REMUNERATÓRIO – INCIDÊNCIA SOBRE O MONTANTE DECORRENTE DA ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO – ARTIGO 37, INCISO XI, DA CARTA FEDERAL E ARTIGOS 8º E 9º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de, ante o mesmo credor, existir a distinção do que recebido, para efeito do teto remuneratório, presentes as rubricas proventos e pensão, a teor do artigo 37, inciso XI, da Carta da República e dos artigos 8º e 9º da Emenda Constitucional nº 41/2003” (Rel. MIN. MARCO AURÉLIO).

recurso extraordinário submetido ao regime da repercussão geral, previsto no artigo 102, § 3º, da Constituição da República.

120. Todavia, fato é que, sobretudo desde a consagração do instituto da repercussão geral pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o recurso extraordinário tem adquirido contornos objetivos⁸³, havendo forte corrente doutrinária e jurisprudencial que sustenta que as decisões exaradas pelo Pretório Excelso nos julgamentos desse jaez vinculariam ao menos juízes e Tribunais.

121. Seguindo essa linha de raciocínio, já na vigência do Novo Código de Processo Civil, LUIZ GUILHERME MARINONI⁸⁴ obtemperou:

Como a questão constitucional com repercussão geral necessariamente tem relevante importância à sociedade e ao Estado, a decisão que a enfrenta, por mera consequência, assume outro *status*. **Não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda assim, estas poderiam ser tratadas de maneira diferente pelos tribunais e juízes inferiores. A ausência de efeito vinculante constituiria mais uma afronta à Constituição Federal, desta vez à norma do art. 102, § 3º, que deu ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de atribuir – à luz do instituto da repercussão geral – unidade ao direito mediante a afirmação da Constituição.** [g.n.].

122. O acolhimento dessa tese pelo legislador pode ser extraído da nova redação conferida ao artigo 1.030 do Novo Código de Processo Civil pela Lei nº 13.256/2016, *in verbis*:

Artigo 1.030 - Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – **negar seguimento**:

83 GILMAR FERREIRA MENDES e LÊNIO STRECK, comentando o § 3º do artigo 102 da *Lex Legum*, que incluiu a repercussão geral dentre os requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários, ensinam que “o escopo do instituto [da repercussão geral] é a maximização da feição objetiva do recurso extraordinário, característica que bem pode servir ao propósito republicano de dar coerência e integridade ao direito” (In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, GILMAR F.; SARLET, INGO W.; STRECK, LÊNIO L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1407).

84 *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 307.

[...] b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos; [...]”. [g.n.].

123. Daí que, diante da vinculação do Judiciário às decisões proferidas pelo STF em sede de repercussão geral, afigura-se de todo recomendável a reavaliação dos precedentes administrativos que as contrariem.
124. Ainda na vigência do Código Civil de 1973, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.418/2006, esta Procuradoria Administrativa defendeu que “não obstante não estar expresso na Constituição Federal ou na Lei Federal nº 11.418/2006 ser a decisão proferida em recurso extraordinário submetido ao regime da repercussão geral dotada de efeitos vinculantes à Administração Pública, não parece aconselhável venha o Estado de São Paulo a descumprir tal decisão”⁸⁵.
125. Nessa esteira, avulta a importância do reexame da jurisprudência administrativa paulista que trata do teto constitucional, agora sob a lente do *decisum* recém prolatado acerca da matéria.
126. Há que se lembrar, no entanto, que os embargos de declaração que desafiaram o julgado ainda não foram apreciados, de maneira que ainda não se pode reconhecer status de definitividade à tese aprovada pelo Pretório Excelso.
127. Assim, em que pese ser deveras conveniente cogitar da repercussão do recente julgamento sobre a jurisprudência administrativa estadual, a meu sentir eventuais mudanças de rumo nos critérios interpretativos vigentes deverão aguardar o trânsito em julgado da decisão.
128. Sem embargo, com base em todo o exposto, passa-se a examinar os eventuais influxos do julgado sobre os seguintes pontos da jurisprudência administrativa em vigor:

85 Parecer PA nº 22/2013, da lavra do i. DR. MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO.

III.1 - A INCIDÊNCIA DO TETO NAS SITUAÇÕES DE PERCEPÇÃO CUMULADA DE ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS

129. O acúmulo remunerado de vínculos com a Administração Pública é disciplinado pela Constituição Federal nos seguintes dispositivos:

Artigo 37 [...]

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

[...] § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Artigo 40 [...]

§ 6º Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

[...] § 11 - Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

130. Da leitura de tais dispositivos, extrai-se que o Constituinte adotou, como regra geral, a vedação ao exercício cumulado de vínculos remunerados com a Administração Pública. Ou seja, em princípio, é proscrito o acúmulo tanto de cargos, quanto de empregos e funções,

em quaisquer entes da Administração Direta ou Indireta, quando haja contraprestação financeira.

131. E assim agiu, como explicam FABRÍCIO MOTTA E LUCIANO FERRAZ⁸⁶, para garantir que, por meio do “exercício exclusivo de um único cargo, emprego ou função, com zelo e dedicação integrais [...] o interesse público possa ser atendido”.
132. Todavia, a Carta Constitucional não descurou das hipóteses em que a acumulação remunerada de vínculos com a Administração não implica qualquer vulneração ao interesse público e, não poucas vezes, contribui para a consecução deste⁸⁷. Estabeleceu, destarte, **três exceções à regra geral, admitindo o acúmulo remunerado, desde que haja compatibilidade de horários, de: dois cargos, empregos ou funções de professor; um cargo, emprego ou função de professor com outro técnico ou científico; e dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas**⁸⁸.
133. Na mesma toada, **vedou a percepção cumulada de proventos de aposentadoria concedida no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma da Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.**
134. E, ainda, **obstou a percepção cumulada de proventos de aposentadorias regidas pelo RPPS, exceto quando decorrentes dos cargos acumuláveis na forma da Constituição.**
135. Para as hipóteses de acúmulo de remuneração com proventos consolidadas entre a vigência da Constituição Federal e o advento da EC nº 20/1998 à margem da norma posta no artigo 37, § 10, da Lei

86 In: DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO; FABRÍCIO MOTTA; LUCIANO DE ARAÚJO FERRAZ. São Paulo: atlas, 2011, p. 75.

87 Acerca da matéria, MARÇAL JUSTEN FILHO obtempera: “A titularidade do cargo público apresenta cunho profissional, na acepção de impor ao indivíduo dedicação e exclusividade. Como regra, aquele que assumir um cargo público não poderá exercer outra profissão ou atividade formal, pública ou privada. No entanto, as circunstâncias são variáveis em vista da atribuição inerente ao cargo. Em inúmeros casos, é do interesse administrativo que o sujeito não apenas desempenhe as atividades funcionais, mas também mantenha contato com as peculiaridades externas à Administração Pública. Em outras situações, trata-se da possibilidade material de compatibilizar o desempenho das atribuições inerentes a mais de um cargo público” (*Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 888).

88 No que tange à Magistratura e ao Ministério Público, a Constituição Federal regrou a matéria em dispositivos específicos: o artigo 95, parágrafo único, e o artigo 125, § 5º, II, “d”, respectivamente.

Maior, vigora regra de transição posta no artigo 11 da EC nº 20/1998, *in verbis*:

Artigo 11 - A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.

136. Quanto à pensão por morte, não há óbice constitucional para a percepção dessa espécie remuneratória por servidores que exerçam quaisquer cargos, empregos ou funções remuneradas, ainda que já façam jus à cumulação de vínculos desse jaez; nem por aposentados, ainda que já façam jus ao acúmulo de proventos ou de proventos com remuneração⁸⁹. Outrossim, não há impedimento constitucional para que um indivíduo faça jus a duas pensões legadas pelo mesmo instituidor, desde que em decorrência de acúmulo regular de remunerações e/ou proventos⁹⁰.
137. Nesse cenário, tem-se que apenas as seguintes hipóteses de percepção cumulada de espécies remuneratórias devem ser consideradas regulares: (a) **acúmulo de remuneração de cargos, empregos e funções, na forma do artigo 37, XVI, da CF/1988**⁹¹; (b) **acúmulo de proventos de aposentadoria concedida pelo RPPS com remuneração de cargo, emprego ou função, nas hipóteses do artigo 37, XVI, da CF/1988, ou naquelas regradadas pelo artigo 11 da EC nº 20/1998**; (c) **acúmulo de proventos de aposentadoria concedida no âmbito do RPPS com remuneração de cargo eletivo ou de cargo em comissão**; (d) **acúmulo de proventos decorrentes do exercício cumulado de cargos, empregos ou funções, na forma**

89 O **Parecer PA nº 06/2013** (Parecerista DR. MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO) examinou hipótese de acúmulo de aposentadoria, pensão e remuneração de cargo em comissão, sem apontar qualquer impedimento à caracterização dessa espécie de acúmulo

90 Ressalva-se a possibilidade de lei infraconstitucional vedar esse duplo recebimento. Atente-se que, no despacho de aprovação do **Parecer PA nº 67/2014** (Parecerista DR. MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO), a então Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa, DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS, asseverou que a interpretação conferida ao artigo 155 da Lei Complementar Estadual nº 180/1978 naquela oportunidade haveria de valer somente para o peculiar caso concreto examinado.

91 E, também, dos artigos 95, parágrafo único, e 125, § 5º, II, “d”, da Lei Maior.

do artigo 37, XVI, da CF/1988; (e) acúmulo de pensão por morte com remuneração decorrente do exercício de quaisquer cargos, empregos ou funções, ainda que o beneficiário já faça jus a acúmulo de remunerações; (f) acúmulo de pensão por morte com proventos de aposentadoria, ainda que o beneficiário já faça jus ao acúmulo de proventos ou de proventos com remuneração; (g) acúmulo de pensões legadas pelo mesmo instituidor, desde que em decorrência de acúmulo regular de remunerações e/ou proventos.

138. Ora, mantido o *decisum* em tela tal qual proferido, afigura-se conveniente proceder à revisão do entendimento firmado no bojo dos Pareceres PA nº 156/2004, 280/2004, 130/2011, 06/2013, 112/2015 e 36/2016, bem como no Parecer GPG-Cons nº 151/2004, quanto ao acúmulo de remunerações e proventos (situações previstas nos itens de “a”/“d”).
139. Até mesmo em prestígio ao princípio da isonomia, aconselhável superar a orientação vigente para que o Estado de São Paulo, observando o atual posicionamento do E. STF, passe a admitir que **“nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido”**.
140. Quanto às situações que envolvam cumulação de pensão por morte (previstas nos itens “e”/“g”), quer parecer recomendável aguardar o julgamento do RE nº 602.584 para defini-las, embora se possa entrever que também nesse ponto o STF há de prestigiar entendimento contrário à jurisprudência administrativa.

III.2 - A TENSÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO TETO REMUNERATÓRIO E A GARANTIA DE IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS

141. Não obstante os Ministros MARCO AURÉLIO e ALEXANDRE DE MORAES terem apontado, como fundamento de seus votos, a inconstitucionalidade do artigo 9º da EC nº 41/2003, afirmando que a proteção ao direito adquirido e a garantia da irredutibilidade de vencimentos obstarão cortes atinentes ao teto remuneratório, tal circunstância não é hábil a vulnerar a jurisprudência administrativa que estabelece: (i) diante da inexistência de direito adquirido a regime jurídico, as alterações perpetradas pela EC nº 41/2003 quanto ao delineamento do teto

constitucional aplicam-se imediatamente; (ii) a garantia da irredutibilidade de vencimentos não obsta que essas alterações impliquem decréscimo remuneratório nas hipóteses de percepção de valores superiores ao teto constitucional; (iii) à luz da proteção ao direito adquirido, tais alterações não incidem em prejuízo de direitos incorporados ao patrimônio dos servidores antes da emenda, de que seria exemplo o direito à percepção acumulada de remunerações decorrentes do legítimo exercício de vínculos concomitantes.

142. Ora, consoante adrede mencionado, no julgamento dos recursos em questão o Plenário do Supremo Tribunal Federal não referendou o entendimento dos aludidos ministros no tocante à relação entre o princípio do teto remuneratório e a garantia de irredutibilidade de vencimentos. Lembre-se: o fundamento determinante da tese fixada foi o princípio da unidade da Constituição, a proscrever interpretação do artigo 37, XI, que levasse à vulneração do direito fundamental ao trabalho remunerado⁹² e do direito às cumulações previstas no artigo 37, XVI, da Lei Maior
143. Além disso, não se pode perder de vista que, muito recentemente, também em sede de repercussão geral o STF fixou duas teses perfeitamente compatíveis com a orientação traçada pela Procuradoria Geral do Estado quanto ao tema, *in verbis*:

O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 é de eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior. (RE nº 609.381.)

Computam-se para efeito de observância do teto remuneratório do art. 37, XI, da Constituição da República também os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa fé até o dia 18 de novembro de 2015. (RE nº 606.358).

144. De se notar que quando da fixação de ambas as teses houve votos que ressaltaram que esse entendimento haveria de prevalecer a despeito do quanto disposto no artigo 9º da EC nº 41/2003, sujeito a controle abstrato de constitucionalidade no bojo da **ADI nº 3184**⁹³. Tal qual sustentara o Procurador Geral do Estado de São Paulo no despacho

92 Nesse sentido: os MINISTROS ROBERTO BARROSO, ROSA WEBER, LUIZ FUX, RICARDO LEWANDOWSKI E CARMEN LÚCIA.

93 Rel. MIN. CARMEN LÚCIA. Julgamento suspenso.

que apreciou o Parecer PA nº 46/2004, i. Ministros do STF entenderam que a cláusula da irredutibilidade de vencimentos jamais teve o condão de afastar cortes decorrentes da direta incidência do artigo 37, XI, da Lei Maior, de maneira que quanto a esse ponto o artigo 9º da EC nº 41/2003 configuraria disposição anódina.

145. Mais do que nunca, destarte, a diretriz traçada pela PGE no sentido de que a cláusula da irredutibilidade de vencimentos não autoriza a percepção de valores que superem o teto constitucional encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
146. Daí que não deve haver dúvida de que **persiste inalterada a tese albergada no despacho de desaprovação do Parecer PA nº 46/2004 e reafirmada no Parecer PA nº 158/2004, quanto ao assunto.**

III. 3 - A INCIDÊNCIA DO TETO CONSTITUCIONAL SOBRE AS DIVERSAS PARCELAS REMUNERATÓRIAS PERCEBIDAS POR AGENTES PÚBLICOS:

(a) Honorários relativos a aulas nas academias de polícia

147. Cargos, funções e empregos públicos recebem da Constituição da República o tratamento de unidades autônomas de atribuições, para o desempenho das quais, ressalvadas as exceções constitucionalmente autorizadas (exercício de função de confiança ou de função temporária), é exigida a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (artigo 37, II, da CF/1988).
148. À vista disso, já de proêmio cumpre observar que **os servidores que ministram aulas nas academias de polícia não desempenham cargo, função ou emprego diversos; ou seja, não estabelecem vínculo autônomo com a Administração, motivo pelo qual o recente julgado do STF, que trata da incidência do teto constitucional nas hipóteses de acúmulo remunerado de vínculos, a eles não se aplica.**
149. Deveras, as aulas no âmbito da Academia de Polícia Militar do Barro Branco e da Academia de Polícia “Dr. Coriolano Cobra”, no que nos interessa, são ministradas por servidores públicos e retribuídas mediante pagamento de honorários **que se somam à remuneração pelo exercício do cargo**, nos termos previstos no artigo 124, VIII, da Lei Estadual nº 10.261/1968, *in verbis*:

Artigo 124 - **Além do valor do padrão do cargo**, o funcionário só poderá receber as **seguintes vantagens pecuniárias**:

- I - adicionais por tempo de serviço;
- II - gratificações;
- III - diárias;
- IV - ajudas de custo;
- V - salário-família e salário-esposa;
- VI - auxílio para diferenças de caixa;
- VI - Revogado; - Inciso VI revogado pelo Decreto-lei de 27/02/1970.
- VII - quota-parte de multas e porcentagens fixadas em lei;

VIII – **honorários, quando fora do período normal ou extraordinário de trabalho a que estiver sujeito, for designado para realizar investigações ou pesquisas científicas, bem como para exercer as funções de auxiliar ou membro de bancas e comissões de concurso ou prova, ou de professor de cursos de seleção e aperfeiçoamento ou especialização de servidores, legalmente instituídos, observadas as proibições atinentes a regimes especiais de trabalho fixados em lei.**

IX - honorários pela prestação de serviço peculiar à profissão que exercer e, em função dela, à Justiça, desde que não a execute dentro do período normal ou extraordinário de trabalho a que estiver sujeito e sejam respeitadas as restrições estabelecidas em lei pela subordinação a regimes especiais de trabalho; e

X - outras vantagens ou concessões pecuniárias previstas em leis especiais ou neste Estatuto.[...]. [g.n.]

150. Do Decreto Estadual nº 54.911/2009, que regulamenta a docência no âmbito do Sistema de Ensino da Polícia Militar, e do Decreto Estadual nº 39.391/1994, que disciplina a remuneração das aulas ministradas na Academia de Polícia da Secretaria de Segurança Pública, extrai-se:

Decreto Estadual nº 54.911/2009:

Artigo 15 - Os **professores civis** serão credenciados nos termos deste decreto, ou serão integrantes de instituições de ensino contratadas ou conveniadas.
§ 1º - O credenciamento será feito dentre os servidores públicos da administração direta e indireta e dentre os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público do Estado de São Paulo.

§ 2º - Os professores credenciados farão jus a honorários, nos termos do inciso VIII do artigo 124, observado o artigo 173, ambos da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, cujo valor será calculado em conformidade com o artigo 1º do Decreto nº 38.542, de 19 de abril de 1994, alterado pelo Decreto nº 50.083, de 5 de outubro de 2005.

§ 3º - Os valores percebidos a título de honorários de que trata este artigo não se incorporarão aos vencimentos ou salários para nenhum efeito legal e sobre eles não incidirão qualquer vantagem nem descontos previdenciários ou de assistência médica, bem como não serão computados para cálculo do décimo terceiro salário, de que trata a Lei Complementar nº 644, de 26 de dezembro de 1989, e do acréscimo previsto no § 3º do artigo 39, combinado com o inciso XVII do artigo 7º, da Constituição Federal. [g.n.].

Decreto Estadual nº 39.391/1994:

Artigo 1º - O funcionário ou servidor da administração direta do Estado que ministrar aulas como professor na Academia de Polícia, da Secretaria da Segurança Pública, fará jus a honorários nos termos do inciso VIII do artigo 124 da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968.

§ 1º - O valor dos honorários será calculado na forma de horas-aula, mediante a aplicação de percentuais sobre o valor do padrão do cargo de Delegado de Polícia de 3ª Classe, na seguinte conformidade:

1. 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento), quando ministrar aulas para alunos com nível superior;
2. 2% (dois por cento), quando ministrar aulas para alunos com nível médio. (Redação conferida pelo Decreto Estadual nº 50.085/ 2005). [...].

Artigo 7º - A retribuição pecuniária prevista neste decreto não se incorporará aos vencimentos ou salários para nenhum efeito e sobre ela não incidirá qualquer outra vantagem nem desconto a favor do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - IPESP ou do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE. [...] [g.n.].

151. Em suma, de acordo com tais dispositivos, **as aulas ministradas nas academias de polícia são remuneradas mediante pagamento de honorários, vantagens pecuniárias que não se incorporam à remuneração do cargo ou emprego titularizado pelo servidor para nenhum efeito.** Note-se: a questão da incorporação ou não sequer se colocaria se estivéssemos diante de remuneração por vínculo distinto ou autônomo.
152. O artigo 173 do Estatuto dos Funcionários Públicos estabelece, ainda, que **“não se compreende na proibição de acumular, desde que tenha correspondência com a função principal, a percepção das vantagens enumeradas no art. 124”**, dentre as quais se incluem os indigitados honorários. E, nessa mesma linha, o artigo 13, § 4º, do Decreto Estadual nº 54.911/2009, preceitua que **o exercício da docência no âmbito da Academia de Polícia Militar do Barro Branco “não implica a investidura em cargo, emprego ou função pública, não gerando efeitos para estabilidade ou aposentadoria”.**

153. Nesse panorama normativo, inescapável aceder ao entendimento há muito firmado pela Procuradoria Geral do Estado no sentido de que **a atividade de magistério exercida por servidor público ou militar em academia de polícia “não corresponde a cargo ou atividade permanente”⁹⁴, nem implica vínculo regido pela Lei Estadual nº 500/1974⁹⁵**. Tratar-se-ia, simplesmente, de “serviço retribuído mediante honorários”, consoante consignado no despacho que apreciou o **Parecer PA-3 nº 404/1993**.
154. O **Parecer PA nº 46/2012⁹⁶**, que examinou a natureza das aulas ministradas em cursos da Corporação por policiais militares, observou que **“ministrar tais aulas é apenas uma atividade especial, que não pode ser entendida como exercício de cargo ou função distintos do cargo que o policial titulariza”**. Tal conclusão foi recentemente ratificada pelo **Parecer PA nº 109/2015⁹⁷**.
155. Atente-se que, se as indigitadas aulas ensejassem novo vínculo com a administração, esse vínculo seria decerto ilegítimo, pois constituído à margem do **princípio do concurso público**. Nesse caso, então, estaríamos exatamente diante da hipótese de acúmulo irregular em que, segundo a recente decisão do STF, seria imperiosa a incidência do teto sobre a soma das remunerações.
156. Demonstrado, destarte, que tal atividade de ensino não implica exercício cumulado de vínculos, impende admitir que nem a tese pretoriana que tratou da aplicação do limite constitucional nas situações de acúmulo, nem a jurisprudência administrativa relativa ao ponto, fornecem subsídios para resposta à dúvida relativa à possibilidade de os honorários pagos por aulas ministradas nas academias de polícia ficarem à margem da incidência do teto previsto no artigo 37, XI, da Constituição Federal.⁹⁸
157. Em verdade, para responder a tal questionamento basta recorrermos à letra desse dispositivo, segundo o qual ficam submetidos ao teto “a

94 Despacho de desaprovação do **Parecer PA-3 nº 404/1993** (Parecerista DRA. MARCIA JUNQUEIRA SALOWICZ ZANOTTI).

95 **Parecer PA-3 nº 246/1993** (Parecerista DRA. SYLVIA MARIA MONLEVADE CALMON DE BRITTO).

96 Parecerista DRA. PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN.

97 Parecerista DR. MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO.

98 Onde se extrai que não há falar-se, por exemplo, na aplicação do despacho proferido pelo Procurador Geral do Estado quando da apreciação do **Parecer PA nº 156/2004** aos servidores que ministram aulas na Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Ou seja, em não se fazendo em jogo vínculos distintos, a questão da acumulação antes ou depois da EC nº 41/2003 não se coloca.

remuneração e o subsídio [...] e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, **incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza**”.

158. Diante desse largo alcance conferido pelo Constituinte ao limite remuneratório, o **Parecer GPG-Cons nº 151/2004**⁹⁹ estabeleceu a regra mestra para o exame de quaisquer assuntos atinentes à aplicação do artigo 37, XI, da Lei Maior, qual seja: **“se a verba tiver caráter remuneratório (...), sendo paga a servidor público, é computável para apuração do teto”**.
159. Na mesma senda, recusando exegeses que possam culminar no acanhamento do limite remuneratório imposto pela Constituição, os **Pareceres PA nº 314/2006**¹⁰⁰ e **30/2012**¹⁰¹ fixaram a incidência do teto constitucional sobre toda e qualquer parcela percebida pelos servidores públicos, afastando desse espectro somente as verbas de natureza indenizatória, conforme previsto no § 11 do artigo 37 da Constituição.
160. Ora, não há dúvidas de que, como retribuição paga por certa atividade laboral, os honorários em foco revestem-se de **natureza remuneratória** e, por isso, ficam sujeitos à incidência do teto previsto no artigo 37, XI, da *Lex Legum*.
161. Logo, insta reconhecer que **os honorários pagos em virtude de aulas ministradas nas academias de polícia, por se revestirem de nítido caráter remuneratório, devem ser somados às demais parcelas percebidas pelo servidor público, para fins de incidência do limite posto no artigo 37, XI, da CF/1988**. Quanto ao ponto, **nenhuma influência** tem a decisão do Supremo Tribunal Federal ora examinada.
162. Por conseguinte, afigura-se improcedente o pedido deduzido por Procurador do Estado, nos autos do expediente GDOC nº 1000725-960615/2016.

(b) Verbas decorrentes da participação em órgãos de deliberação colegiada (“jeton”)

99 Parecerista DRA. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI.

100 Parecerista DR. MAURO DE MEDEIROS KELLER.

101 Parecerista DR. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR.

163. Tais quais os servidores que ministram aulas nas academias de polícia, **aqueles que participam de órgãos de deliberação colegiada não estabelecem novo vínculo com a Administração Pública, também não sofrendo os influxos da tese fixada pelo Pretório Excelso no julgamento dos recursos extraordinários nº 602.043 e nº 612.975.**

164. Com efeito, o **Parecer PA-3 nº 285/1993**¹⁰², examinando a situação daqueles que exerciam mandato na Comissão de Acumulação de Cargos, já lecionava:

[...] a atividade desempenhada pelos integrantes efetivos da Comissão Permanente de Acumulação de Cargos não pode ser entendida como exercício de CARGO ou FUNÇÃO PÚBLICA. Trata-se, diferentemente, de atividade especial e extraordinária, que pode ser equiparada a um mandato, uma vez que referida comissão consubstancia-se em órgão colegiado [...].

Os membros da mencionada comissão percebem **gratificação** cujo valor varia conforme o número de sessões de deliberação a que comparecem, consoante o disposto no artigo 2º do Decreto-Lei 162/69, que fixa a base de cálculo desta gratificação, e que foi alterada pela Lei Estadual nº 6.977/90.

Tal vantagem pecuniária consiste, por conseguinte, em “**jeton – remuneração concedida a membro de órgão colegiado pelo comparecimento a uma sessão ou reunião** – o que reforça a tese de que o interessado, no âmbito da Comissão de Acumulação de Cargos, exerce uma espécie de mandato e não “cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo de que seja titular”. [g.n.].

165. Seguindo a mesma linha de raciocínio, o **Parecer PA-3 nº 92/1995**¹⁰³ concluiu que a participação em reuniões do Grupo de Planejamento Setorial de Secretaria de Estado constituiria “exercício da atividade especial e extraordinária, equiparável a um mandato em órgão colegiado e gratificada em função do comparecimento a sessões (jetons)”, não caracterizando exercício de cargo ou função autônomos¹⁰⁴.

166. E, tendo em conta que o “jeton” almeja retribuir a participação do servidor em órgãos de deliberação coletiva, o **Parecer GPG-Cons nº 151/2004**¹⁰⁵

¹⁰² Parecerista DR. CARLOS ARI SUNDFELD.

¹⁰³ Parecerista DR. CARLOS ARI SUNDFELD.

¹⁰⁴ Idêntico entendimento foi trilhado nos **Pareceres PA-3 nº 169/1997 e 170/1997**, ambos de autoria da DRA. PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN.

¹⁰⁵ Parecerista DRA. ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI.

concluiu que as parcelas a ele correspondentes devem ser consideradas “**como vantagem remuneratória para fins de redução ao teto do Poder Executivo estabelecido em decorrência das disposições da EC-41**”, **exceto, quando “percebidas por servidor em razão de participação em órgãos de deliberação coletiva de empresas que despendem recursos próprios para as despesas de pessoal (portanto, não dependentes)”** (artigo 37, § 9º, CF/1988).

167. Essa orientação foi ratificada no **Parecer PA nº 27/2010**¹⁰⁶, que teve por objeto os valores percebidos em decorrência de **participação em órgãos de deliberação coletiva da SPPREV**, inexistindo motivos para alterá-la.
168. Cabe lembrar, porém, que o **Parecer PA nº 28/2015**¹⁰⁷ foi desaprovado pelo então Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria, DR. ADALBERTO ROBERT ALVES, que estabeleceu que **os honorários recebidos em decorrência de participação em órgãos de deliberação coletiva de empresas estatais, dependentes ou não, ficam incólumes ao teto constitucional**.
169. Com o devido respeito à opinião do ilustre Procurador, a meu sentir, esse entendimento, calcado no despacho que apreciou o Parecer AJG nº 92/1996 **quando ainda em vigor a redação original do artigo 37, XI, da Lei Maior**¹⁰⁸, não encontra guarida no teor atual deste dispositivo, hoje vocacionado a albergar sob o limite constitucional tudo o que os agentes públicos percebem do Estado, excetuadas somente as verbas indenizatórias¹⁰⁹.
170. De toda sorte, à míngua de alterações no contexto fático e jurídico em que exarado o reportado despacho, parece-me não ser o caso de modificar a orientação por ele traçada.
171. Assim, forçoso reconhecer que **o “jeton” deve ser somado para fins de aplicação do teto remuneratório, exceto quando percebido em decorrência de participação em órgãos de deliberação coletiva de empresas estatais, dependentes ou não**. Permanece inalterada, con-

¹⁰⁶ Parecerista DRA. PATRÍCIA ESTER FRYZSMAN.

¹⁰⁷ Parecerista DRA. LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI.

¹⁰⁸ Lembre-se que, por conta de orientação firmada pelo STF no julgamento da ADI nº 14, entendia-se que, em sua redação primitiva, esse dispositivo permitia fossem as vantagens pessoais excluídas do limite remuneratório.

¹⁰⁹ O **Parecer PA nº 30/2012** (Parecerista DR. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR), interpretando a norma atual, bem observou que “tudo o que os agentes públicos percebem do Estado, a qualquer título, constitui remuneração, e nessa condição rege-se por normas constitucionais ordenadoras dos dispêndios públicos com pessoal, entre as quais a que estabelece o teto remuneratório”.

tudo, a orientação posta no Parecer PA nº 27/2010 para os demais órgãos de deliberação coletiva da administração pública.

(c) Valores pagos pela participação em sessões e pelo julgamento de processos do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT)

172. Também no tocante às verbas pagas pela participação em sessões e pelo julgamento de processos do Tribunal de Impostos e Taxas, aplica-se o raciocínio exposto quanto ao “jeton” e aos honorários relativos a aulas em academias de polícia: **tratando-se de verba de natureza remuneratória não decorrente de vínculo autônomo, submete-se ao teto constitucional aplicável sobre o cargo, emprego ou função-atividade de que for titular o agente.**

173. Persiste em vigor, destarte, a orientação recentemente traçada no bojo do **Parecer PA nº 29/2015**.

174. Repise-se: **se a parcela remuneratória não decorre de situação de acúmulo de vínculos tal como regulado pelo art. 37, XVI da Constituição, sua disciplina certamente não sofre os influxos da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à incidência do teto constitucional em hipóteses de acumulação**. Daí que é forçoso reconhecer que também permanecem inalteradas as orientações traçadas pela Procuradoria Geral do Estado no que atine às seguintes parcelas:

(d) Complementação de aposentadoria e pensão: vigora a orientação posta nos Pareceres PA-3 nº 186/2011 e 402/2003, bem como no Parecer PA nº 317/2005 e no GPG-Cons nº 151/2004, no sentido de que **o teto constitucional incide sobre as complementações de aposentadorias e pensões**.

(e) Remuneração pelo trabalho em empresas ou fundações públicas e em serviços sociais autônomos: aplicam-se os Pareceres PA-3 nº 200/2001, 175/2003 no sentido de que **o teto constitucional incide sobre a remuneração paga por empresas estatais, exceto quando não recebam do Estado recursos para pagamento de quaisquer despesas de custeio**. Também vigoram os Pareceres PA-3 nº 311/2001 e 216/2002, assim como o Parecer PA nº 42/2013, que afirmam **a plena aplicação do teto remuneratório no âmbito das fundações governamentais**. Por sua vez, a orientação traçada no Parecer PA nº 50/2009, no sentido de que **o teto remuneratório não incide no campo dos Serviços Sociais Autônomos** também permanece aplicável.

(f) Pensão parlamentar e pensão decorrente de participação na Revolução de 1932: consoante preceituado nos Pareceres PA-3 nº 379/2003, no Parecer PA nº

114/2014, bem como no Parecer GPG-Cons nº 151/2004, **o teto constitucional incide sobre quaisquer pensões pagas pelos cofres estaduais, exceto aquelas de caráter indenizatório.**

(g) Abono de permanência: prevalece o entendimento exposto no Parecer GPG-Cons nº 151/2004 no sentido de que **o abono de permanência não fica submetido ao teto remuneratório.**

(h) Verba honorária: também persiste em vigor a orientação do Parecer GPG-Cons nº 151/2004, reiterada no Parecer PA nº 16/2012, segundo a qual **a verba honorária dos Procuradores do Estado está sujeita ao limite do artigo 37, XI, da Lei Maior.**

(i) Verbas indenizatórias: persiste a diretriz estabelecida no Parecer PA nº 314/2006 no sentido de que **apenas as verbas que efetivamente possuam natureza indenizatória, tal qual a diária-alimentação percebida pelos Policiais Militares, ficam incólumes à aplicação do teto remuneratório.** Devem ser somadas para fins de aplicação do teto remuneratório o Adicional de Insalubridade, a Gratificação de Compensação Orgânica (GCO), o Adicional de Local de Exercício (ALE), a Gratificação por Atividade de Polícia (GAP), e a parcela atinente ao Regime Especial de Trabalho Policial (RETP), que não possuem tal natureza.

(j) Bonificação por resultados (BR) e Participação nos resultados (PR): de igual maneira, subsiste a orientação posta nos Pareceres PA nº 30/2012 e 61/2013, que afirmaram a **inconstitucionalidade dos dispositivos de leis estaduais que excluem do alcance do teto constitucional a “bonificação por resultados” e a “participação nos resultados”, parcelas de nítida feição remuneratória.**

175. Alerte-se, por fim, para a decisão judicial sob exame que em nada afetou as orientações administrativas acerca do teto remuneratório relativas a Procuradores Autárquicos (vigora o entendimento traçado no Parecer PA nº 03/2014 e no Parecer SubG-Cons nº 97/2017, no sentido de que os Procuradores Autárquicos ficam sujeitos ao teto do Judiciário Estadual), Conselheiros e servidores do Tribunal de Contas Estadual (prevalece a diretriz estabelecida no Parecer GPG-Cons nº 151/2004 e reafirmada no Parecer PA nº 24/2013, segundo a qual o teto aplicável aos Conselheiros do TCE corresponde ao subsídio mensal dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, enquanto o teto incidente sobre os demais servidores da Corte de Contas corresponde ao subsídio dos Deputados Estaduais), bem como Magistrados Estaduais (tendo em conta decisão cautelar proferida no bojo da ADI nº 3854, vigora a orientação

plasmada no Parecer PA nº 06/2015, segundo o qual o teto remuneratório aplicável à remuneração e proventos de magistrados estaduais, bem como às pensões decorrentes de seu falecimento, é o valor do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal).

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, em 18 de janeiro de 2018.

JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 249.114

PROCESSO: 18488-807891/2017

INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSUNTO: INCIDÊNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO EM SITUAÇÃO DE ACUMULAÇÃO.

PARECER: PA nº 3/2018

Senhor Procurador Geral do Estado,

1. O Parecer **PA nº 3/2018** apresenta um completo histórico das diretrizes vigentes na Procuradoria Geral do Estado acerca da aplicação do teto remuneratório constitucional em situações de acumulação de espécies remuneratórias, e propõe a adequação das diretrizes até então vigentes ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 602.043 e 612.975.
2. A parecerista detalha as situações de acumulação que já foram objeto de pareceres anteriores indicando a *ratio* que norteou a jurisprudência administrativa sob vigência da Constituição Federal de 1988. São individualizados os casos alcançados pela decisão da Corte Suprema, e indicados aqueles não afetados por ela em razão de peculiaridades da legislação envolvida, como ocorre com a acumulação de remuneração com honorários percebidos por aulas prestadas na Academia da Polícia¹¹⁰, com o *jeton* decorrente da participação em conselhos de autarquias e fundações¹¹¹, e da atuação junto ao Tribunal de Impostos e Taxas - TIT.
3. Pelos seus próprios fundamentos, estou de acordo com as conclusões alcançadas no referido parecer, que contou também com a aprovação da Chefia imediata.
4. No entanto, ao contrário do ali sugerido, entendo não ser necessário aguardar o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal para aplicar a orientação geral ali traçada, diversas sendo as razões para tanto.

¹¹⁰ Observo que tal questão merece um aprofundamento de estudos e eventualmente a proposta de alteração legislativa, dando um tratamento adequado sob o ponto de vista ora em análise.

¹¹¹ Também a participação em conselhos de autarquias e fundações merece, em meu entendimento, uma reanálise da matéria, o que, no entanto, extrapola os limites da consulta proposta à Procuradoria Administrativa.

5. Inicialmente, pela própria natureza do recurso cuja análise ainda pende de julgamento. É sabido que os embargos de declaração não têm efeito infringente, prestando-se a esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprimir omissão e/ou corrigir erro material. Desse modo, a hipótese de acolhimento dos embargos com efeito modificativo tal que altere drasticamente o conteúdo material do acórdão em questão não me parece crível, especialmente porque o julgamento se deu de forma quase que unânime, com o voto de 10 (dez) dos E.Ministros da Corte Suprema, e apenas 1 (uma) divergência.
6. Outrossim, como mencionado no parecer (itens 100 a 102), o Supremo Tribunal Federal veio a decidir na linha do que já vinha adotando em sede administrativa, e no que vinha sendo acompanhado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho do Ministério Público (CNMP).
7. Por fim, a imprevisibilidade quanto à data do julgamento dos embargos de declaração pendentes pode levar a uma indesejada judicialização da questão.
8. Diante do exposto, proponho **a aprovação do Parecer PA nº 3/2018**, divergindo tão somente no tocante à adoção imediata do julgado do STF.

SubG-Consultoria, 20 de março de 2018.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Subprocuradora Geral do Estado
Consultoria Geral

PROCESSO: 18488-807891/2017

INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSUNTO: INCIDÊNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO EM SITUAÇÃO DE ACUMULAÇÃO.

PARECER: PA Nº 3/2018

1. Aprovo o **Parecer PA nº 3/2018**, por seus próprios e jurídicos fundamentos, divergindo tão somente quanto à sua aplicação, que deverá ser imediata.
2. Consequentemente, fica revista a orientação constante dos **Pareceres PA nºs 156/2004, 280/2004, 130/2011, 6/2013, 112/2015 e 36/2016**, assim como o **Parecer GPG-Cons. nº 151/2004**.
3. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 29 de março de 2018.

JOSÉ RENATO FERREIRA PIRES
Procurador Geral do Estado

Consultoria

17) PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA – DESAPOSENTAÇÃO. Dúvida quanto aos reflexos de decisão em que o Supremo Tribunal Federal afirmou a inviabilidade da desaposentação no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) sobre a jurisprudência administrativa que admite a renúncia à aposentadoria no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) paulista. *Decisum* que levou em conta as normas de regência do RGPS, não se aplicando ao RPPS. Recomendável seja mantida a orientação favorável à renúncia à aposentadoria concedida pelo RPPS, para fins de obtenção de benefício previdenciário mais vantajoso. Precedentes: Parecer PA-3 nº 96/1996; Pareceres PA nº 303/2004, 40/2013 e 87/2013. (Parecer PA nº 5/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral em 02/03/2018)

18) CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 16.286/2016. DESTINAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES APREENHIDOS, REMOVIDOS, DEPOSITADOS OU ABANDONADOS. Inconstitucionalidade por afronta à competência legislativa privativa da União Federal (art. 22, I e II CF). Fundamentos para

propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Enquanto não adotadas providências para arguição de inconstitucionalidade do diploma ou para sua revogação, o mesmo permanece vigente e aplicável. Observações relativas a regulamentação e interpretação. (Parecer PA nº 6/2018 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da PGE em 28/02/2018)

19) PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. PROCESSO SELETIVO DE ESTAGIÁRIOS. CADASTRO DE RESERVA. PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. As disposições da Lei Estadual nº 15.295, de 8 de janeiro de 2014, e da Lei Complementar Estadual nº 683, de 18 de setembro de 1992, cingem-se às hipóteses de admissão de servidores em cargos e empregos da Administração Pública, não alcançando o processo seletivo de estagiários. A Administração Pública estadual deve observância à Lei Federal nº 11.788, de 25 de setembro de 2008, de modo que o percentual a ser reservado aos candidatos portadores de deficiência nos processos seletivos de estagiários deverá ser de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas pela parte concedente do estágio, ou das admissões efetuadas com base em cadastro de reserva. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 305/1999, PA nº 84/2009,

203/2010. (Parecer PA nº 7/2018 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da PGE em 08/03/2018)

20) PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. Dúvida quanto ao termo inicial do pagamento do benefício, nas hipóteses em que o pensionista, pessoa qualificável como absolutamente incapaz até a vigência da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), solicita habilitação após o prazo previsto no artigo 148, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar Estadual nº 180/1978, com redação conferida pela Lei Complementar Estadual nº 1.012/2007, e no artigo 9º, §§ 2º e 3º da Lei Estadual nº 452/1974, com redação conferida pela Lei Complementar Estadual nº 1.013/2007. Prazo decadencial. Revogação dos incisos II e III do artigo 3º do Código Civil, pela Lei nº 13.146/2015, a obstar que as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil ou que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, sejam qualificadas como absolutamente incapazes. Alteração legislativa empreendida com o fito de “assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e à cidadania”, conforme determinado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,

ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, nos termos do artigo 5º, § 3º, da CF/1988, e promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009. Artigo 4º da aludida Convenção, revestida de *status* de emenda constitucional, que impede que as atuações legislativas dela decorrentes ocasionem retrocessos na proteção aos direitos das pessoas com deficiência. Preceito que impõe que o artigo 198, I, do Código Civil, segundo o qual “não ocorre a prescrição [e a decadência] contra os incapazes a que alude o artigo 3º” do mesmo diploma, sob pena de ser considerado inconstitucional, seja aplicado a partir de exegese em que prepondere sua finalidade – a proteção dos indivíduos despidos do necessário discernimento ou impossibilitados de exprimir a própria vontade para fazer valer seus direitos –, de modo a albergar todas as pessoas com deficiência que, embora não mais qualificadas como absolutamente incapazes, estejam enquadradas em tal situação. Daí que, nas hipóteses em que o pleito de pensão é apresentado por tais indivíduos fora do prazo legal, o requerente fará jus à percepção dos valores relativos ao benefício desde a data do óbito do instituidor, exceto se houver pensionistas anteriormente habilitados. (Parecer PA nº 9/2018 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da PGE em 05/03/2018)

21) APOSENTADORIA ESPECIAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 33. Não se admite a contagem de tempo

em condições especiais para fins de contagem recíproca. Art. 96, I, da Lei Federal nº 8.213/1991. Aplicação das regras do regime geral “no que couber”. A par de vedar a contagem diferenciada para fins de contagem recíproca, a legislação federal não prevê o aproveitamento de tempos especiais em outros regimes. Inviabilidade de se computar períodos em que o interessado esteve sujeito a condições especiais na atividade privada para concessão da aposentadoria especial no âmbito do regime próprio. (Parecer PA nº 10/2018 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da PGE em 02/03/2018)

22) LICITAÇÃO. COOPERATIVAS. HABILITAÇÃO. Exigência de comprovação do registro na Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) ou na Organização das Cooperativas do Estado de São Paulo (OCESP) como requisito de habilitação jurídica. Artigo 107 da Lei nº 5.764/71; artigo 3º, §3º, da Lei estadual nº 12.226/2006 e artigo 1º, §2º, item 1, do Decreto estadual nº 55.938/10 (alterado pelo Decreto nº 57.159/11). Não obstante inexistir uniformidade na doutrina e na jurisprudência, não há indicação segura sobre eventual não recepção do artigo 107 da Lei Federal nº 5.764/71, pela ordem constitucional vigente. Inexistência de inconstitucionalidade na norma prevista no artigo 3º, § 3º, da Lei Estadual nº 12.226/2006. Precedente: Parecer PA nº 36/2013. Legalidade do disposto no art. 1º, §2º, item

1, do Decreto estadual nº 55.938/10, que tem amparo na citada legislação. Regularidade da previsão editalícia. (Parecer PA nº 11/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral em 12/03/2018)

23) PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. Produção de prova oral no âmbito de procedimento de extinção de benefício previdenciário. Artigo 5º, LV, da Constituição Federal. A garantia da ampla defesa deve compreender todos os meios e recursos que a parte entender hábeis para provar suas alegações, salvo aqueles impertinentes, desnecessários ou protelatórios, bem ainda as provas ilícitas, os quais deverão ser recusados mediante decisão fundamentada da autoridade. Artigo 22, § 2º, da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998. (Parecer PA nº 12/2018 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 19/03/2018)

24) SERVIDOR PÚBLICO. EMPREGADO PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. Bonificação por Resultados. Lei Complementar nº 1.079, de 17 de dezembro de 2008. Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017. “Reforma Trabalhista”. A Bonificação por Resultados nada mais é do que verba remuneratória de “simples retribuição, na forma de uma gratificação de incentivo, pelos frutos do trabalho prestado à sociedade”, paga compulsoriamente aos servidores que alcancem as metas estipuladas pela Administração. Precedentes: PA 146/2011, PA 31/2011, PA 30/2012, PA 61/2013. Instituto distinto dos prêmios, de que cuida o Direito

do Trabalho, liberalidades concedidas pelo empregador em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no desempenho das atividades do empregado. Art. 457, § 4º e § 22 da Consolidação das Leis do Trabalho. Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. Não incidência da isenção prevista no art. 28, § 9º, “z”, da Lei Federal nº 8.212/1991. (Parecer PA nº 13/2018 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da PGE em 23/03/2018)

25) PREVIDENCIÁRIO. FILIAÇÃO. SERVIDOR TITULAR DE CARGO EFETIVO NA ADMINISTRAÇÃO DIRETA ESTADUAL, AFASTADO COM PREJUÍZO DOS VENCIMENTOS PARA EXERCER EMPREGO PÚBLICO EM COMISSÃO EM AUTARQUIA PAULISTA. Hipótese regida pelo artigo 12 da Lei Complementar Estadual nº 1.012/2007 – manutenção do vínculo com o RPPS que depende de expressa opção do servidor e recolhimento das contribuições previdenciárias correlatas. Caso concreto em que a servidora não fez a referida opção, vinculando-se, portanto, ao RGPS, nos termos dos artigos 13, da Lei nº 8.212/1991, e 12, da Lei nº 8.213/1991. Inadmissível submissão do RPPS paulista à opinião da Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social, da Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda no tocante à interpretação e à aplicação de normas estaduais que disciplinam o vínculo funcional e previdenciário dos

servidores paulistas. Princípio Federativo. Competência concorrente para legislar sobre matéria previdenciária. Precedentes: Parecer Subg. Cons. nº 124/2004 e Pareceres PA nº 85/2007, 197/2007, 169/2008, 16/2013, 98/2014, 103/2014 e 29/2015. (Parecer PA nº 17/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral em 19/04/2018)

26) PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. Procurador do Estado. Licença para tratamento de saúde. Artigo 78, §1º, da Lei Complementar Estadual nº 478/1986, na redação conferida pela Lei Complementar Estadual nº 1.082/2008. Alcance da norma examinada pelo precedente Parecer PA nº 30/2009. Artigo 117, I c.c. art. 113, I c.c. art. 97, §1º, todos da Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015. Possibilidade de cômputo dessa modalidade de licença, até 90 (noventa) dias por período de permanência em cada um dos níveis da carreira, para todos os efeitos legais. Ressalva para as hipóteses em que o constituinte qualifica o exercício como “efetivo”. O período em que afastado o servidor para tratamento de saúde, ainda quando possa ser considerado como “tempo de contribuição”, não poderá ser considerado como “tempo de efetivo exercício no serviço público” para fins de aposentadoria. Paradigma: Parecer PA nº 274/2006. Demais precedentes: Parecer PA-3 nº 70/1993; Parecer PA nº 5/2006; Parecer PA nº 157/2010; Parecer PA nº 82/2013; Parecer PA nº 105/2013; Parecer PA nº 9/2014. (Pare-

cer PA nº 42/2016 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado, em 27/02/2018, nos termos da manifestação da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral)

27) SERVIDOR PÚBLICO. EMPREGADO PÚBLICO (CLT). HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DE RIBEIRÃO PRETO. AFASTAMENTO PARA EXERCER MANDATO EM ENTIDADE DE CLASSE/SINDICATO DA CATEGORIA. Artigo 125, §1º da Constituição do Estado de São Paulo. Prerrogativa disciplinada pela Lei Complementar nº 343/84. Entidade representativa da categoria dos servidores públicos.

Precedente: PA-3 nº 111/85. Regulamentação pelo Decreto nº 31.170/90 (alt. Decreto nº 54.878/09). Requisitos relativos à entidade de classe previstos na norma regulamentar. Exigência de mínimo de 500 (quinhentos) associados (art. 3º, I, d Dec. 31.170/90). Requisito de base de atuação da entidade em todo o território do Estado (art. 3º, I, e Dec. 31.170/90) não previsto na lei regulamentada. Caso concreto no qual os requisitos não foram atendidos. (Parecer PA nº 75/2017 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado, em 27/02/2018, nos termos do despacho da Subprocuradora Geral da Consultoria Geral)

Contencioso Geral

28) APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – PENSIONISTAS DO BARNESPA – COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO POR MORTE – Pretensão de que a Fazenda Pública do Estado de São Paulo realize a complementação da pensão por morte, para garantir o recebimento de valor correspondente a 100% dos vencimentos que os falecidos maridos das apelantes recebiam na ativa – Sentença de improcedência – Pleito de reforma da sentença – Intempestividade no presente recurso verificada – Recurso interposto após dois meses da publicação da sentença – Ausência de nulidade na intimação – Andamento processual que apesar de indicar equivocadamente a procedência da ação, possibilitou o acesso ao inteiro teor da sentença de improcedência – Eventual falha no serviço privado de envio de “recorte da publicação” realizado pela Associação dos Advogados do Estado de São Paulo – AASP que não pode ser imputado ao ente público – Publicações, obrigatoriamente, com o nome de todos os patronos constituídos nos autos, que depende de prévio pedido expresso, o que não ocorreu no caso dos autos – Ausência de necessidade de a publicação ser realizada no nome de todos os autores, bastando a indicação de um dos nomes seguida da palavra “outros” – APELAÇÃO não conhecida. (Apelação nº 1042593-09.2016.8.26.0053 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Kleber Leyser de Aquino – 10/04/2018 – 3.384 – Unânime)

29) APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRELIMINARES AFASTADAS. FORNECIMENTO DE GUINCHO ELÉTRICO PORTÁTIL E CADEIRA DE RODAS MOTORIZADA – Ausência de prescrição médica do guincho elétrico, a par de não ser produto incluso no rol daqueles previstos no programa oficial – Inadmissibilidade – Cadeira de rodas motorizada – Fornecimento pela rede pública – Inadmissibilidade. Sentença que concedeu o tratamento pleiteado, reformada, ante a ausência dos pressupostos autorizadores a sua concessão. Dá-se provimento aos recursos interpostos. (Apelação nº 1040682-65.2015.8.26.0224 – São Paulo – 13ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Ricardo Anafe – 11/04/2018 – 29.417 – Unânime)

30) AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NOS AUTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO nº 0010637-12.2004.8.26.0053 – Insurgência contra decisão que rejeitou a impugnação oposta pela FESP sob a alegação de litispendência com relação ao coexequente Adail de Campos Oliveira – Reforma necessária – Ajuizamento de ação duplicada – Comprovação de que já promovido outro incidente de Cumprimento de Sentença nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 0010637-12.2004.8.26.0053, com idêntico propósito, onde a FESP foi intimada anteriormente – LITISPENDÊNCIA configurada – Recurso provido para

reconhecer a ocorrência de litispendência e extinguir o processo principal (Cumprimento de Sentença-Processo nº 1053072-95.2015.8.26.0053) com relação ao coexequente ADAIL DE CAMPOS OLIVEIRA, nos termos do artigo 485, inciso V, do CPC/2015. (Agravado de Instrumento nº 3000708-72.2018.8.26.0000 – São Paulo – 9ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Rebouças de Carvalho – 13/04/2018 – 24.937 – Unânime)

31) ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – REVISÃO GERAL ANUAL – MORA DO EXECUTIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS EMERGENTES – A revisão geral anual não é autoaplicável, sendo uma norma de eficácia limitada que depende da elaboração de lei específica – Inteligência do art. 37, inciso X, da CF e da Lei Estadual nº 12.391/2006 – Compete ao Chefe do Executivo propor leis que aumentem a remuneração dos servidores – Inteligência da Súmula 339 do Excelso STF – Ademais, ainda que se reconheça a mora do Poder Executivo, deve ser observado o Princípio da Separação dos Poderes (CF, art. 2º), sendo deferido ao Poder Judiciário fixar quaisquer valores – Não cabe ao Judiciário fixar indenização em favor dos autores, estabelecendo, de maneira indireta, os vencimentos dos servidores públicos – Precedentes deste E. Tribunal – Questão pendente de análise perante o Excelso STF, em dois temas de Repercussão Geral distintos (Temas nºs 19 e 624) – Sentença mantida – Recurso

desprovido. (Agravado de Instrumento nº 1048547-02.2017.8.26.0053 – São Paulo – 14ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Carlos Von Adamek – 13/04/2018 – 6.878 – Unânime)

32) PROCESSUAL CIVIL – PRELIMINAR VISANDO AO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DA AUTORA – Falta de impugnação específica aos fundamentos da sentença e ofensa ao princípio da dialeticidade – Inocorrência – Preliminar rejeitada. ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – LICENÇA MÉDICA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO CONDENATÓRIO – Tutela antecipada parcialmente concedida para vedar os descontos de valores referentes aos períodos de afastamento da autora – Art. 191 da Lei Estadual nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis Estaduais) e art. 39 do Decreto Estadual nº 29.180/1988, que conferem competência ao DPME para conceder, ou rejeitar, a licença médica no âmbito administrativo – Negativa de concessão da licença médica pelo DPME – Subsistência – Perícia médica judicial realizada pelo IMESC em consonância com a conclusão do DPME – Documentos juntados pela autora que não infirmam a conclusão do DPME (laudo administrativo) e do IMESC (laudo judicial) – Apelante que aquiesceu às conclusões do laudo judicial – Majoração dos honorários advocatícios em razão da sucumbência recursal (NCPC, art. 85, §§ 1º, 8º e 11) – Precedentes desta Colenda Câmara – Sentença

mantida – Recurso desprovido. (Apelação nº 1006557-02.2015.8.26.0053 – São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Carlos Von Adamek – 13/04/2018 – 7.008 – Unânime)

33) APELAÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – QUINQUÊNIO – Pretensão à incidência sobre os vencimentos integrais – Benefício que deve incidir sobre o salário-base e demais verbas de caráter permanente percebidas pelos servidores, incorporadas ou não, excluídas tão somente as vantagens eventuais ou transitórias, bem como a incidência para cômputo

ou acumulação para fins de concessão de acréscimos ulteriores, por força do disposto no art. 37, inciso XIV, da Constituição Federal – Aplicação do disposto no art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo e na Assunção de Competência na Apelação Cível nº 0087273-47.2005.8.26.0000 deste E. Sodalício – Adicional de insalubridade – Verba de caráter eventual – Adicional que não integra a base de cálculo dos quinquênios – Sentença mantida – Recurso desprovido. (Apelação nº 1001114-63.2017.8.26.0453 – Pirajuí – 2ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Renato Del Bianco – 13/04/2018 – 13.994 – Unânime)

Contencioso Tributário-Fiscal

34) AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – Decisão que deferiu a penhora sobre 10% do faturamento de empresa executada – Insurgência – Descabimento – Possibilidade de penhora sobre faturamento – Incidência do artigo 835, X, do CPC/2015, aplicável à hipótese – Ausente demonstração nos autos de que o percentual fixado pelo Juízo *a quo* torne inviável a atividade empresarial – Ainda que a execução deva ser realizada de modo menos gravoso para o devedor, remanesce a obrigação de que a execução se dê em favor do credor – Precedentes desta Corte Paulista – Decisão mantida – Recurso não provido. (Agravo de Instrumento nº 2047081-81.2018.8.26.0000 – Aguaí – 1ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia – 13/04/2018 – 7.055 – Unânime)

35) AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS – IMPORTAÇÃO. Ilegitimidade ativa “ad causam” – Autoras que não foram as responsáveis pelo recolhimento do tributo cuja repetição se pretende – Relação jurídica de natureza tributária – Convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, que não podem ser opostas à Fazenda Estadual, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes – Inteligência do artigo 123, do CTN – Julgada extinta a ação, sem resolução do mé-

rito, nos termos do artigo 485, inciso VI do CPC – Sentença mantida. Apelo desprovido. (Apelação nº 1004327-50.2016.8.26.0053 – São Paulo – 13ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Spolatore Dominguez – 11/04/2018 – 7740 – Unânime)

36) EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – Sentença de extinção pelo reconhecimento da prescrição intercorrente – Insurgência – Acolhimento – Não caracterização de inércia da exequente no andamento do feito – Inércia do Poder Judiciário – Parcelamento do débito que, por se tratar de ato inequívoco de reconhecimento do débito, é causa de interrupção da prescrição – Inteligência do art. 174, inciso IV, do CTN – Prescrição afastada – Precedente do STJ – Sentença reformada. Recurso provido. (Apelação nº 0063524-03.2008.8.26.0224 – Guarulhos – 13ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Spolatore Dominguez – 11/04/2018 – 7699 – Unânime)

37) ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL – ICMS. Protesto de CDAs. Admissibilidade. Medida prevista em lei. Constitucionalidade. Deferimento de recuperação judicial que não suspende o crédito ou o protesto. Recurso improvido. (Apelação nº 0002161-71.2015.8.26.0417 – Paraguaçu Paulista – 1ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia – 12/04/2018 – 6989 – Unânime)

38) AGRAVO DE INSTRUMENTO contra decisão, em execução fiscal, que indeferiu pedido da agravante/

executada de parcelamento judicial do débito exequendo, com as reduções de juros e multa previstos no regulamento próprio do parcelamento administrativo – Inadmissibilidade – O decreto nº 62.709/17, que instituiu o programa especial de parcelamento (PEP) do ICMS no Estado de São Paulo, não previu a possibilidade de parcelamento judicial dos débitos de ICMS, o qual compete exclusivamente à Administração Pública – Decisão mantida – Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento nº 2047081-81.2018.8.26.0000 – Aguai – 1ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia – 13/04/2018 – 7.055 – Unânime)

39) APELAÇÃO CÍVEL – ICMS – Pretensão de obter a autorização para efetuar o parcelamento dos débitos tributários de ICMS, oriundos de substituição tributária – Sentença de improcedência decretada em primeiro grau – Manutenção – Expressa disposição legal que impede a concessão de parcelamento de débito fiscal decorrente de imposto a ser recolhido a título de sujeição passiva por substituição – Inteligência do § 6º, item 2, do artigo 570 do RICMS/2000, bem como do art. 14 da Resolução Conjunta SF/PGE nº 02/2012 – R. sentença mantida – Recurso improvido. (Apelação nº 1032846-35.2016.8.26.0053 – São Paulo – 6ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Silvia Meirelles – 09/04/2018 – 10353K – Unânime)

