

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

NOVEMBRO/DEZEMBRO 2016

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

Elival da Silva Ramos

Procurador Geral do Estado Adjunto

José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Sílvia Helena Furtado Martins

Subprocurador Geral da Consultoria

Cristina Margarete Wagner Mastrobuono

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Fernando Franco

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Maria Lia Pinto Porto Corona

Corregedor Geral

Sergio Seiji Itikawa

Ouidoria

Lucia de Faria Freitas

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Fernando Franco, Maria Lia Pinto Porto Corona, Sergio Seiji Itikawa, Cláudia Bocardi Allegretti, Cláudio Henrique de Oliveira, Danilo Gaiotto, Kelly Paulino Venâncio, Maria Bernadete Bolsoni Pitton, Mariângela Sarrubbo Fragata, Patricia Helena Massa, Ricardo Rodrigues Ferreira, Salvador José Barbosa Júnior

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck,

Joyce Sayuri Saito, Mirian Kiyoko Murakawa

Escola Superior da PGE

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Coordenador Geral

Fábio André Uema Oliveira

Comissão Editorial

Presidência

Mariângela Sarrubbo Fragata

Secretária Executiva

Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Anselmo Prieto Alvarez, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Márcia Formoso Delsin, Rafael Carvalho de Fássio

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10ª andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7016/7009. 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: 350 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>Peças e julgados</i> | |
| AGRAVO DE INSTRUMENTO. Agravo interposto pelo DER-SP objetivando a anulação ou reforma das decisões recorridas e, de imediato, a autorização ao DER para proceder ao depósito apenas do valor da oferta ou subsidiariamente o valor apurado no laudo judicial provisório, a fim de ser deferida a imissão provisória na posse do imóvel no que diz respeito à área desapropriada e objeto da petição inicial, excluindo-se do valor necessário para depósito provisório (com fins de imissão) o exorbitante valor atinente a áreas remanescentes que não interessam ao expropriante desapropriar. Recurso provido..... | 11 |
| <i>Doutrina</i> | |
| Incidente de resolução de demandas repetitivas | 39 |
| <i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i> | |
| SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. TERMO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO PARA INVALIDAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ATO DE APOSENTAMENTO. Jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o cômputo desse prazo tem início apenas com o registro da jubilação, pelo respectivo Tribunal de Contas. Orientação há muito assentada na premissa de que o ato de aposentadoria constituiria ato administrativo complexo. Análise de julgados do STF, a revelar que a Suprema Corte vem sendo tomada por dúvidas acerca da consistência do entendimento vigente, sobretudo em razão das sérias ameaças que impinge aos princípios da segurança jurídica, contraditório e ampla defesa. Relevantes manifestações do Procurador Geral da República e do Superior Tribunal de Justiça, as quais sustentam que o ato de aposentadoria configuraria ato administrativo composto. Tese sustentada pelo STF que, atualmente, não encontra eco na doutrina, nem se amolda à feição do controle de legalidade efetuado pela Corte de Contas, nos termos do artigo 71, III, da Constituição Federal. Reconhecida repercussão geral da matéria no bojo do RE nº 636.553/RS, sub judice. Enquanto não julgado esse recurso, afigura-se recomendável a manutenção da tese veiculada no Parecer PA nº 273/2004, | |

no sentido de que, sendo o ato de aposentação um ato administrativo simples, o termo a quo do prazo decadencial para declaração de sua nulidade coincide com a data da produção do ato na seara administrativa. Orientação que melhor satisfaz os influxos da Segurança Jurídica. Legítima confiança dos administrados. Precedentes: Pareceres PA nº 213/2004, 273/2004, 96/2009, 75/2015 e 37/2016 65

Ementário

| | |
|-------------------------------------|----|
| Consultoria | 87 |
| Contencioso Geral | 94 |
| Contencioso Tributário-Fiscal | 96 |

Muito se debateu durante o processo de elaboração e aprovação da atual Lei Orgânica da PGE sobre a conveniência da opção então desenhada de integrar a ATL à nossa estrutura institucional. Houve quem vislumbrasse o risco de redução da importância do órgão, que, sem dúvida, sempre desempenhou um papel de excelência no assessoramento do Governador em suas competências legislativas.

O receio era de que, não mais ostentando o status de órgão complementar da PGE, vinculado à Secretaria da Casa Civil, as atribuições desempenhadas pela ATL fossem então apropriadas por outros atores da Administração, invadindo prerrogativa dos Procuradores do Estado em questões jurídicas de grande relevância.

Tendo assumido a honrosa missão de chefiar a dita “nova ATL”, pude constatar, já nos primeiros meses desse grande desafio profissional, que o temor era mesmo infundado. Muito ao contrário, o que tenho vivenciado me permite enxergar uma efetiva oportunidade de fortalecimento, em especial pela atuação integrada com os demais setores da PGE, assegurando que os encaminhamentos tomem por base a orientação jurídica estabelecida institucionalmente.

Outro ganho inegável foi a concentração de esforços da equipe nas matérias que efetivamente demandam análise jurídica e técnico-legislativa. A partir da edição da Resolução Conjunta CC/PGE 01/2016 ficou claramente delimitada a segregação entre o suporte técnico-administrativo à Casa Civil, a cargo da Assessoria Técnica daquela Pasta (ATeCC), e, de outro lado, o assessoramento jurídico ao Governador no que concerne ao exercício das funções legislativas e normativas a ele outorgadas constitucionalmente, prerrogativa da ATL como órgão integrante da estrutura institucional da PGE. Ou seja, atualmente estão sob a responsabilidade da ATL apenas atividades jurídicas stricto sensu, consubstanciadas na análise dos projetos de iniciativa do Chefe do Executivo (anteprojetos) e nos exames de autógrafos, fornecendo elementos ao Governador para sanção ou elaborando o veto de proposituras. Já as atividades que não demandam análise jurídica, tais como a consolidação do Relatório de Atividades da Administração Estadual, a apresentação de respostas a Requerimentos de Informação, e outras ações de apoio operacional, foram alocadas à ATeCC.

A partir de 2017, a ATL assume a atribuição de elaborar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de diplomas estaduais interpostas perante o STF, originalmente sob a responsabilidade da Procuradoria Administrativa, bem como a preparação das informações do Governador nas ADIs interpostas por outros

legitimados, além da elaboração dos decretos regulamentares, anteriormente a cargo da AJG. Existe uma evidente sinergia entre tais atividades e aquelas já desempenhadas pela ATL. Por um lado, os aspectos de constitucionalidade das proposições parlamentares, avaliados pela ATL na fase de exame dos correspondentes autógrafos e, em especial, na elaboração dos vetos, contemplam os insumos necessários para a atuação nas ADIs, e, por outro, os aspectos relacionados à regulamentação podem ser melhor delimitados na fase de elaboração das leis.

Também passa a competir à ATL a elaboração da manifestação do Procurador Geral do Estado, atualmente realizada pela Subprocuradoria da Área do Contencioso, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de diplomas estaduais e municipais contestados em face da Constituição do Estado, defendendo o ato no que couber, conforme preconiza o § 1º do artigo 90 da Carta Bandeirante.

A otimização da nossa força produtiva, com o estabelecimento de processos de trabalho mais racionais e efetivos, tem sido a tônica da PGE e, com mais razão, deverá ser a diretriz no cenário atual. Aliado à excelência do trabalho e ao comprometimento dos nossos colegas, esse esforço se traduz em ganhos concretos para o Estado. Constitui exemplo emblemático o resultado obtido em sede de Agravo de Instrumento interposto pela Procuradora do Estado Maria Rita de Carvalho Melo, publicado nesta edição do Boletim do CE, evitando desembolso vultoso – e potencialmente descabido – pelo DER para imissão na posse de área expropriada para a implantação do Trecho Norte do Rodoanel Metropolitano de São Paulo.

Outro excelente trabalho selecionado para esta edição é o estudo elaborado pelo colega José Renato Rocco Roland Gomes, que analisa o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no novo Código de Processo Civil, detalhando sua natureza, alcance, processamento e efeitos, oferecendo, assim, importantes insumos para a completa compreensão do instituto.

Por fim, o parecer da Procuradoria Administrativa, como de costume, enfrentou tema de grande relevância à Administração. Neste número, o parecer PA nº 52/2016 analisou o termo inicial do prazo para que se proceda à invalidação administrativa dos atos de aposentadoria e concluiu que a contagem do prazo decadencial se inicia a partir da publicação do ato de aposentamento, mantendo-se, dessa forma, a orientação anteriormente exarada pelo Parecer PA nº 273/2004.

Boa leitura!

CLAUDIA POLTO DA CUNHA

Procuradora do Estado Assessora Chefe
Assessoria Técnico-Legislativa da PGE

Cursos do Centro de Estudos

14.12 – Palestra “Reflexões sobre a reforma da previdência – PEC 287/2016”.

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

16 a 17.11 – “Fórum Internacional de Parcerias Público-Privadas” – Hiria Organização de Feiras e Eventos Ltda.

21 a 22.11 – “IV Congresso de Empresas Estatais – Debatendo a Lei 13.303/16” – Instituto Brasileiro de Direito Público – IBDP.

23 a 24.11 – “Fórum Formação em PPPs 2016” – Hiria Organização de Feiras e Eventos Ltda.

28 a 30.11 – “XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo” – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA.

06 a 07.12 – Curso “Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar” – Instituto Brasileiro de Educação em Gestão Pública – IBEGESP.

13 a 14.12 – Workshop ANBIMA “Produtos financeiros e riscos de investimento aplicados às parcerias público-privadas & concessões” – Escola Nacional de Administração Pública – ENAP.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

“RESUMO: AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA RECURSAL – DESAPROPRIAÇÃO RODOANEL – ÁREA RURAL DE 12.078,81 M2 COM OFERTA DE R\$ 702.000,00. LAUDO JUDICIAL PROVISÓRIO QUE AVALIOU A ÁREA DESAPROPRIADA EM R\$ 2.698.406,15 E TAMBÉM INCLUIU ENORME ÁREA REMANESCENTE (COM 89.179,63 M2 – NO VALOR DE R\$ 19.922.729,34) NÃO INCLUÍDA NA INICIAL – AVALIAÇÃO PROVISÓRIA TOTAL NO VALOR DE R\$ 22.620.000,00 (BASE JANEIRO/2014). DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE DEPÓSITO JUDICIAL DO MILIONÁRIO VALOR DA AVALIAÇÃO PRÉVIA PARA FINS DE IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE, QUE INCLUIU A CONTROVERSA ÁREA REMANESCENTE QUE O DER NÃO PRETENDE DESAPROPRIAR. CONDENAÇÃO DO DER AO PAGAMENTO DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 10.000,00. PEDIDO DE ESPECIAL ATENÇÃO AO PRESENTE RECURSO FACE AO GRAVE RISCO DE EXORBITANTE DANO AO ERÁRIO.”

O DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM, pela procuradora do estado abaixo designada, com local de trabalho na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, à Praça da Sé, nº 270, Capital de São Paulo, não se conformando, “data venia”, com as **r. decisões de fls. 387, 433 e 452**, proferidas pelo **D. Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca De Guarulhos**, nos autos da **AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO** que a Recorrente move contra **SPRAZY LASMAN E OUTROS (Processo nº 3029158-08.2013.8.26.0224)**, vem, com o devido acato à Vossa Excelência, interpor o presente recurso de

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nos termos do artigo 522, 524 e seguintes, do Código de Processo Civil, a fim de que a matéria seja apreciada e julgada por esse Egrégio Tribunal, como de direito.

Inicialmente, requer expressamente que, sob pena de nulidade, em todas as intimações feitas em Segunda Instância, além do nome da subscritora desta, tam-

bém conste o nome da procuradora do estado Dra. CAMILA KÜHL PINTARELLI (OAB/SP N^o 299.036).

Outrossim, em cumprimento ao disposto no artigo 524, III, do C.P.C., vem informar que o atual patrono dos agravados é o seguinte: **Dr. TIAGO TESSLER, (OAB 239.948)**, com escritório à Rua Turiassú, 127, cj. 82, Perdizes, São Paulo/SP, CEP 05005-001, tel. 11 3666-5924 (cópia dos instrumentos de procuração e substabelecimento de fls. 97, 98, 100, 101, 102, 105, 106 e 108, anexas), o qual requer seja intimado para, querendo, responder ao presente recurso.

Ademais, declara que instruiu o presente com cópia das principais peças do processo judicial, pedindo vênia para destacar as peças processuais obrigatórias e as necessárias para a compreensão do processo pelos d. Julgadores, a saber:

- a) petição inicial fls. 2 a 4 (doc 01);
- b) procuração e substabelecimento de fls. 97, 98, 100, 101, 102, 105, 106 e 108 (doc 02);
- c) 1^a r. decisão agravada de fl. 387 (doc 3);
- d) certidão de carga do processo pelo DER em 15/9/14, data em que teve ciência da 1^a decisão agravada – fl. 391 (doc 4);
- e) embargos de declaração do DER de fls. 423 a 428, o qual interrompeu o prazo recursal com relação à 1^a decisão agravada (doc.5);
- f) 2^a r. decisão ora agravada de fl. 445 (doc. 6);
- g) certidão da publicação da 2^a decisão agravada – fl. 445 (doc 07);
- h) novos embargos de declaração, desta vez em face da 2^a decisão ora agravada – fls. 447 a 451 (doc 08);
- i) r. decisão de fl. 452 que rejeitou os dois embargos de declaração do DER – 3^a ora agravada (doc. 09);
- j) cópia da disponibilização no DJE de 20/02/15 da 3^a r. decisão ora agravada, que comprova a tempestividade do presente recurso com relação às três decisões ora agravadas (doc. 10);
- j) “print” do ETJSP do andamento do processo em 1^a instância, o qual também comprova a disponibilização da 3^a r. decisão agravada de fl. 452, em 20/2/15, o que corrobora a tempestividade do presente agravo de instrumento (doc. 11);
- h) autorização de fl. 363 (doc. 12)
- i) demais cópias facultativas do processo (doc. 13 a 21).

Pelo exposto, requer seja o presente recurso recebido **no efeito devolutivo, suspensivo e antecipativo**, com base no artigo 527, II do CPC.

Após seu regular processamento, requer seja o presente recurso conhecido e provido, anulando-se ou modificando-se a r. decisão ora recorrida, na forma requerida nas inclusas razões.

Termos em que,

P. Deferimento.

São Paulo, 13 de março de 2015.

MARIA RITA DE CARVALHO MELO

Procuradora do Estado

OAB/SP-97.979

ACÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO Nº 3029158-08.2013.8.26.0224

REQUERENTE: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DE SÃO PAULO – DER

REQUERIDO: SPRAZY LASMAN E OUTROS

1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE GUARULHOS

MINUTA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DO DER

Colendo Corte,

Nobres Julgadores,

“RESUMO: AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE DA TUTELA ANTECIPADA RECURSAL – DESAPROPRIAÇÃO RODOANEL – ÁREA RURAL DE 12.078,81 M2 COM OFERTA DE R\$ 702.000,00. LAUDO JUDICIAL PROVISÓRIO QUE AVALIOU A ÁREA DESAPROPRIADA EM R\$ 2.698.406,15 E TAMBÉM INCLUIU ENORME ÁREA REMANESCENTE (COM 89.179,63 M2 – NO VALOR DE R\$ 19.922.729,34) NÃO INCLUÍDA NA INICIAL – AVALIAÇÃO PROVISÓRIA TOTAL NO VALOR DE R\$ 22.620.000,00 (BASE JANEIRO/2014). DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE DEPÓSITO JUDICIAL DO MILIONÁRIO VALOR DA AVALIAÇÃO PRÉVIA PARA FINS DE IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE, QUE INCLUIU A CONTROVERSA ÁREA REMANESCENTE QUE O DER NÃO PRETENDE DESAPROPRIAR. CONDENAÇÃO DO DER AO PAGAMENTO DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 10.000,00. PEDIDO DE ESPECIAL ATENÇÃO AO PRESENTE RECURSO FACE AO GRAVE RISCO DE EXORBITANTE DANO AO ERÁRIO.”

I) BREVE RESUMO DO OCORRIDO E DA COMPROVAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO

Trata-se de ação de desapropriação ajuizada pelo Departamento Estadual de Estradas de Rodagem – DER, para fins de construção do trecho norte do Rodoanel Metropolitano de São Paulo.

Pretende o DER a expropriação de **APENAS 12.078,81 m²** que fazem parte de uma gleba maior de 156.990,00 m², objeto da matrícula 1545 do 2º CRI de Guarulhos, **tendo ofertado a título de indenização o valor de R\$ 702.000,00** (base julho de 2013).

Os expropriados contestaram a ação, pedindo a indenização por áreas remanescentes.

O d. Juízo “a quo” determinou a avaliação provisória do imóvel para fins de imissão, **sendo que o perito judicial, sem qualquer determinação nesse sentido, incluiu em sua avaliação as áreas remanescentes (com 89.179,63 m², avaliadas em R\$ 19.922.729,34), as quais não estão inseridas no pedido inicial e que o DER não tem intenção de desapropriar, chegando ao absurdo valor provisório de R\$ 22.620.000,00 para janeiro de 2014.**

Por meio da r. decisão de fl. 387, a primeira ora agravada, o d. Juízo assim determinou:

“Vistos.

Manifeste-se a expropriante, com urgência, sobre a estimativa de honorários periciais **e, bem assim, sobre o valor encontrado pelo perito judicial em seu laudo provisório, ficando ciente de que, para fins de imissão provisória na posse, deverá depositar a diferença entre a oferta inicial e a avaliação prévia.**

Desentranhem-se as cópias equivocadamente acostadas às fls. 337-344.

Int” (doc 3, anexo)

Referida decisão não foi disponibilizada no DJE, mas dela o DER **tomou ciência em 09/9/2014** (conforme certidão de fl. 391 – doc 4, anexo), sendo que, **em 12/9/15, o DER apresentou embargos de declaração** de fls. 423 a 428 (doc 5, anexo), ressaltando a existência de obscuridade e contradição, a ensejar o cabimento dos referidos embargos, requerendo fosse aclarada a referida decisão.

De fato, pleiteou a FESP fosse esclarecido o que realmente restou decidido pelo r. despacho de fl. 387, **se apenas foi determinado que a expropriante primeiramente se manifestasse sobre o laudo provisório para, posteriormente, o d. Juízo “a quo” pudesse proferir nova decisão, fixando o valor a ser depositado pela expropriante, para fins de imissão provisória na posse do imóvel ou se, por meio da r. decisão então embargada, ou seja, antes de qualquer manifestação do DER sobre o laudo provisório, já teria decidido que o expropriante deveria depositar, para fins de imissão, a diferença entre o valor encontrado no milionário laudo provisório do perito judicial e a oferta, ou seja, se estaria sendo obrigado a depositar, para efeitos de imissão provisória, o milionário valor controverso, atinente à grandiosa área remanescente que não pretende desapropriar e que não faz parte da petição inicial.**

O DER, nos referidos embargos, ressaltou que, **somente com a declaração da referida decisão (1ª ora agravada), ou seja, com a devida e obrigatória fundamentação legal, as partes poderiam ter certeza do que realmente foi decidido** e, só então, dependendo do que fosse aclarado, verificar a necessidade de interposição de agravo de instrumento em face de tal decisão, **ora interposto.**

Além disso, o DER impugnou o referido laudo judicial provisório, juntando laudo de sua assistente técnica, discordando expressamente da inclusão de áreas remanescentes, pedindo que fosse autorizado o depósito da oferta para efeito de imissão ou subsidiariamente fosse determinada nova avaliação prévia.

Cabe lembrar que os embargos de declaração interromperam o prazo para apresentação de recurso em face da referida decisão ora agravada, até o seu julgamento.

Todavia, antes do Juízo de primeira instância decidir os referidos embargos de declaração, os expropriados apresentaram petição alegando que o DER estaria “esbulhando” a área expropriada e requereram a expedição de mandado de constatação e vistoria e, na hipótese de confirmação, que fosse aplicada multa diária de R\$ 1.000,00 (fls. 433-436).

Na mesma referida petição, os próprios expropriados informam ao Juízo “a quo” que o DER teria entrado na área desapropriada (objeto da petição inicial) somente depois de terem dado autorização escrita ao expropriante (autorização essa que consta dos autos judiciais – doc 12), mas que essa autorização havia sido por eles cassada, posteriormente.

O d. Juízo “a quo”, **antes de decidir os primeiros embargos de declaração**, proferiu então a r. decisão de fl. 433 (segunda ora agravada – doc. 6), determinando a intimação do expropriante para, imediatamente, cessar qualquer esbulho ou turbação na área, sob pena de multa diária, fixada em R\$ 10.000,00, bem como determinou a intimação pessoal do DER. Referida decisão foi disponibilizada no DJE de 10/11/14 (doc. 7) e, em face dessa decisão (também ora agravada), **o DER apresentou novos embargos de declaração protocolizados em 21/11/14 (doc. 8), os quais interromperam o prazo para interposição de agravo de instrumento em face da referida 2ª decisão ora agravada, até seu julgamento.**

Por meio dos embargos de declaração (doc. 8), o DER primeiramente reiterou a necessidade de intimação do DER-SP, na pessoa de seu representante legal, para tomar ciência da r. decisão então embargada, visando ao cumprimento da ordem. **Outrossim, requereu o provimento dos embargos, tendo em vista que o d. Juízo “a quo” não havia fundamentado sua decisão** que determinou ao DER cessar qualquer esbulho ou turbação, **bem como fixou a altíssima multa diária.**

E, por meio da r. decisão de fl. 452 (3ª ora agravada), o d. Juízo “a quo” julgou, de forma conjunta, os dois embargos de declaração opostos pela FESP (doc 9), a saber:

“Vistos.

Fls. 447/451: Rejeito os embargos de declaração, uma vez que incabíveis contra decisão interlocutória.

Porque oportuno, registro que a embargante deve atentar para o quanto foi afirmado pelos expropriados a fl. 435, bem como para o documento de fls. 440-441.

Quanto à insurgência contra o valor da multa diária aplicada, basta que a expropriante obedeça à ordem judicial e não terá que desembolsar qualquer quantia. Aduzo que, dada a reiteração de condutas desse naipe em outros processos envolvendo a expropriante, o valor arbitrado se mostra não só razoável como necessário para impedir a continuidade do esbulho.

Quanto aos embargos de declaração de fls. 423-428, reporto-me ao primeiro parágrafo dessa decisão.

Int.” (g.n.)

Referida decisão foi disponibilizada no DJE de 20/2/15 (conforme comprovam os docs 10 e 11 anexos).

Dessa forma, o prazo para o DER apresentar agravo de instrumento em face das decisões de fls. 387 e 433 (1ª e 2ª ora agravadas), começou a correr a partir do dia seguinte da publicação da 3ª decisão de fl. 452 também ora recorrida, que foi disponibilizada no DJE de 20/2/15, a qual, repita-se, julgou ambos os embargos de declaração opostos pelo DER.

Uma vez que a decisão que julgou ambos os embargos de declaração, repita-se, foi disponibilizada no DJE de 20/2/15 (doc. 10 e 11), referida decisão considera-se publicada em 23/2/15, iniciando-se o prazo para interposição de agravo de instrumento em 24/2/15. E, uma vez que o DER tem prazo em dobro para recorrer, está provada a tempestividade do presente recurso, em face das três referidas decisões de primeira instância.

No entender do expropriante, em resumo, não poderia o d. Juízo “a quo”, por meio das r. decisões ora recorridas, sem fundamentar a sua decisão, determinar que a expropriante, para fins de imissão provisória na posse, deva depositar o milionário valor encontrado no laudo provisório (R\$ 22.620.000,00) o qual incluiu 89.179,63 m² de área remanescente, que não é objeto da presente desapropriação (mais de 7 vezes o tamanho da área que o DER pretende desapropriar), sendo que o valor encontrado pelo perito judicial em seu laudo é superior a 32 vezes o valor da oferta.

Conforme será melhor explanado a seguir, entende o DER que, ao contrário do decidido na r. decisão agravada, tem o direito de depositar, para fins de imissão provisória na posse, apenas o valor proporcional atinente à área (metragem) que é objeto da desapropriação (conforme petição inicial) e sobre a qual pretende se imitar, de forma provisória, ainda que seja elevado o valor apurado pelo perito judicial (R\$ 2.698.406,15 / janeiro de 2014), como também en-

tende ser ilegal e inconstitucional a r. decisão que determinou ao agravante depositar, para fins de imissão, todo o valor encontrado na avaliação prévia (R\$ 22.620.000,00) que, como acima visto, incluiu gigantesco remanescente (avaliado em R\$ 19.922.729,34).

Além disso, insurge-se também o DER contra a r. decisão agravada que, também sem fundamentação legal, condenou-o ao pagamento de multa diária fixada em R\$ 10.000,00.

Dessa forma, pretende o agravante, seja o presente recurso recebido nos efeitos devolutivo, suspensivo e antecipativo para suspender as decisões agravadas até o julgamento do presente.

Outrossim, **requer a antecipação da tutela recursal e, após, o provimento do presente agravo, para permitir que o DER deposite, para fins de imissão provisória na posse, apenas o valor da oferta (R\$ 720.000,00) ou, subsidiariamente, o valor arbitrado no laudo judicial provisório apenas no tocante à área que pretende desapropriar e se imitar provisoriamente, ou seja, R\$ 2.698.406,15 (janeiro/2014) para 12.078,81 m²** e não os absurdos R\$ 22.620.000,00 consignados na r. despacho agravado que determinou o depósito de tal vultosa importância, para fins de imissão, sem fundamentar sua decisão que simplesmente se reportou ao laudo judicial provisório que incluiu, antes de qualquer instrução e julgamento a respeito, a imensa área remanescente de 89.179,63 m², o que obrigará o DER a fazer tal milionário depósito judicial, referente à imensa área que não é objeto da ação, sem previsão legal, orçamentária, impedindo, por outro lado, o prosseguimento da própria ação de desapropriação e, consequentemente, da obra.

Ademais, também requer que seja o presente recurso recebido nos efeitos devolutivo, suspensivo e antecipativo e, após provido para anular ou revogar, mas com efeito retroativo, a multa diária de R\$ 10.000,00 aplicada ao expropriante pela r. decisão agravada, que também não foi fundamentada pelo d. Juízo “a quo” e que, conforme será demonstrado, não possui base legal, no caso em tela. Subsidiariamente, requer que seja diminuído o valor da multa diária.

II - MÉRITO

1 - DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS R. DECISÕES RECORRIDAS E DO CABIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM FACE DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – NULIDADE DAS R. DECISÕES AGRAVADAS

Primeiramente, cabe ressaltar que as três r. decisões agravadas são nulas por falta de fundamentação legal.

Ora, como é cediço, todas as decisões devem ser fundamentadas, ainda que de forma resumida, até para viabilizar a interposição do recurso cabível.

De fato, está expresso no artigo 93, IX da Constituição Federal que:

“Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

Ademais, o artigo 458 do CPC reza que:

“São requisitos essenciais da sentença: I- o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeteram.”

E o art. 165 também do CPC complementa:

“As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”

Conforme aduz Misael Montenegro Filho, toda a decisão judicial deve ser fundamentada, dando às partes envolvidas a oportunidade de entender os motivos daquela decisão e poder, se for o caso, impugnar por meio de recurso para cada caso. Se isso não for respeitado, a parte poderá oferecer embargos declaratórios para que o juiz se manifeste sobre sua omissão. Deve, pois, ser fundamentada a decisão judicial, que é gênero, do qual são espécies a sentença, o acórdão e as decisões interlocutórias, estas mesmo que de maneira concisa (conf.: MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 2. ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2006. p. 64-7.).

O referido autor completa seu entendimento ensinando o seguinte:

Todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, dando-se especial enfoque às de natureza interlocutória, sobrelevando ressaltar as liminares deferidas em medidas cautelares, mandados de segurança, possessórias e ações civis públicas, além das antecipações de tutela. (conf. MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 2. ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2006. p. 64-7.).

A motivação das decisões significa que o juiz deverá mostrar às partes e aos demais interessados como se convenceu para chegar àquela conclusão. Deve, de maneira clara e objetiva, demonstrar o porquê agiu de tal maneira decidindo em favor de uma das partes e contrário à outra, não bastando mencionar, por exemplo, que o autor tem razão e a ação é procedente porque, de acordo com as provas dos autos, fica evidente que o réu cometeu ato ilícito.

De acordo com Nelson Nery Júnior:

*Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe faltou fundamentação. (conf: NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 175-6.)*

No caso em tela, o DER apresentou embargos de declaração, a fim de que o d. Juízo fundamentasse sua decisão que determinou ao DER depositar, para fins de imissão provisória na posse, o absurdo valor encontrado no laudo provisório que incluiu enorme área remanescente que não é objeto da desapropriação, nem de pedido de imissão.

O DER também pediu, por meio dos segundos embargos, que o Juízo fundamentasse a base legal pela qual proferiu a decisão de aplicar multa diária ao DER fixada em R\$ 10.000,00 em ação de desapropriação, em virtude de alegado esbulho, apesar da expressa e anterior autorização dada pelos expropriados ao DER para ingressar no imóvel expropriado para a execução dos procedimentos da obra do Rodonnel (fl. 363 – doc. 12), bem como a razão pela qual referida multa diária foi fixada no altíssimo valor de R\$ 10.000,00, quando o pedido da parte contrária era de um décimo desse valor (R\$ 1.000,00).

Todavia, verifica-se que o d. Magistrado “a quo”, ao negar provimento a ambos os embargos, recusou-se novamente a fundamentar as três r. decisões ora agravadas, **apenas explicitando que não cabem embargos de declaração em face de decisão interlocutória** e, com relação à multa, limitou-se a dizer que: *“basta que a expropriante obedeça à ordem judicial e não terá que desembolsar qualquer quantia. Aduzo que, dada a reiteração de condutas desse naipe em outros processos envolvendo a expropriante, o valor arbitrado se mostra não só razoável como necessário para impedir a continuidade do esbulho”*.

Com o devido respeito, não se pode dizer que a r. decisão de fl. 452, assim como as anteriores ora agravadas, preenchem o requisito de fundamentação legal, obrigatório a toda e qualquer decisão judicial, em cumprimento ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais.

Ainda com o devido respeito, chega a ser desrespeitosa a r. decisão agravada que, em suma, deixa entendido que: *“basta obedecer a ordem – qualquer que seja ela – que não pagará a multa”*, mesmo quando o ora agravante queria saber o porquê foi condenando, com base em quê e por que em tal valor.

Tal decisão, data vênia, não está em consonância com o estado democrático, o princípio da legalidade, como também com o direito do agravante ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Pior: a r. decisão recorrida, ao referir-se a condutas anteriores do DER em outros processos, cita fatos genéricos que pelo menos a subscritora desta desconhece, mas com certeza não constam dos autos, o que impede a sua perfeita defesa. E, como é cediço, qualquer decisão deve pautar-se por provas existentes nos autos, o que não foi o caso da r. decisão recorrida que fixou a multa diária, ora recorrida.

Dessa forma, requer o DER seja declarada a nulidade das três r. decisões recorridas, por falta de fundamentação legal, o que acarretou, por outro lado, o cerceamento ao direito de ampla defesa do agravante.

Por outro lado, não assiste razão ao Juízo “a quo” quando afirma não ser cabível embargos de declaração em face de decisão interlocutória. Trata-se de posição doutrinária ultrapassada e há muito tempo afastada pela moderna doutrina e Jurisprudência.

De fato, hoje não há dúvida, como acima exposto, que cabem embargos de declaração em face de decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos.

Nesse sentido:

“Decisão interlocutória. Os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535 do CPC atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual, notadamente após ter sido erigido a nível constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais” (STJ-RF 349/235 e RP 103/327: Corte Especial, 10 votos a 4). Mais recentemente: STJ-2ª T, Resp. 1.017.135, Min. Carlos Mathias, j. 17.04.08, DJU 13.5.08. No mesmo sentido: RSTJ 94/277, 97/277,145/59; STJ-RF 348/289, STJ-RTJE 176/268; RT 739/313, 799/271; JTJ 204/222; JTA 66/178, 114/55,121/59; Lex-JTA 155/264, 163/73; RJ 250/87; RJTAMG 65/56; RTJE 164/224) (Conf. NEGRÃO THEOTÔNIO, em Nota 11c ao artigo 535 do CPC, in *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 45. ed., rev. e atual. Editora Saraiva, 2013, p. 713). (g.n.)

Pelo exposto requer sejam declaradas nulas as r. decisões agravadas.

2. DO VALOR PROVISÓRIO PARA FINS DE IMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE PRÉVIO DEPÓSITO, PARA FINS DE IMISSÃO, DE MILIONÁRIO VALOR ARBITRADO EM LAUDO PROVISÓRIO E QUE ILEGALMENTE (ANTES DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – SEM PROVA DE ENCRAVAMENTO OU DE INUTILIZAÇÃO DO REMANESCENTE) INCLUIU GIGANTESCA ÁREA REMANESCENTE, SEM A CONCORDÂNCIA DO DER E QUE NÃO É OBJETO DA INICIAL – ÁREA REMANESCENTE QUE O DER NÃO PRETENDE TOMAR POSSE E NEM DESAPROPRIAR

A expropriante curva-se à construção jurisprudencial que permite, em regra, a inclusão de área remanescente ao objeto inicial da lide, quando comprovado o esvaziamento do seu conteúdo econômico em decorrência da desapropriação, isto é, o chamado direito de extensão. Nada mais justo do que tutelar os interesses do cidadão, obrigando o poder público a incluir no objeto da desapropriação **pequena parcela remanescente** do imóvel do expropriado não incluído no objeto da ação, que, em virtude dessa, fique sem aproveitamento econômico.

Contudo, nos autos em análise, **vem ocorrendo um grave desvirtuamento do instituto do direito de extensão** que tem como pressupostos básicos **a comprovação do esvaziamento do conteúdo econômico da área remanescente e a razoabilidade da extensão ou valor dessa área em proporção com a área ou valor daquela inicialmente desapropriada.**

Para fins de analogia, a LC nº 76/93, relativa à desapropriação por reforma agrária, dispõe expressamente sobre o direito de extensão no artigo 4º, no qual limita o direito de extensão ao remanescente de dimensões inferiores à pequena propriedade rural ou ao remanescente de preço inferior à área inicialmente desapropriada.

Art. 4º Intentada a desapropriação parcial, o proprietário poderá requerer, na contestação, a desapropriação de todo o imóvel, quando a área remanescente ficar:

I - reduzida a superfície inferior à da pequena propriedade rural; ou

II - prejudicada substancialmente em suas condições de exploração econômica, caso seja o seu valor inferior ao da parte desapropriada.

Na espécie, entretanto, conforme acima explanado, pretende o DER a expropriação de APENAS 12.078,81 m² que fazem parte de uma gleba maior RURAL de 156.990,00 m², objeto da matrícula 1545 do 2º CRI de Guarulhos, tendo ofertado a título de indenização o valor de R\$ 702.000,00 (base julho de 2013).

O perito judicial, sem qualquer determinação nesse sentido, incluiu em sua avaliação as áreas remanescentes (com 89.179,63 m²), as quais não estão inseridas no pedido inicial e que o DER não tem intenção de desapropriar, chegando ao absurdo valor provisório de R\$ 22.620.000, ou seja, avaliou uma área mais de 7 vezes maior que a área pretendida pelo expropriante.

Isso demandará um comprometimento orçamentário muito maior do que aquele previamente estimado, fato que ameaça a viabilidade da obra de utilidade pública que deu azo à desapropriação.

A r. decisão agravada determinou, para fins de imissão, que o DER deposite a diferença entre o valor encontrado pelo perito judicial em seu laudo provisório e a oferta. Conforme acima explanado, o valor encontrado pelo perito judicial em seu laudo provisório resultou no absurdo total de mais de 22 milhões de reais.

Ressalta-se que o expropriante aceita depositar o valor apurado pelo expert do juízo para fins de imissão provisória no imóvel necessário para o empreendimento do Rodoanel (objeto da ação e constante no DUP), inobstante ser muito superior ao valor calculado unilateralmente, mas somente o valor referente à área objeto da desapropriação (R\$ 2.698.406,15 – janeiro de 2014), mas não o absurdo valor apurado em que foi incluída a gigante área remanescente.

De fato, o cerne da discussão neste agravo é o condicionamento do deferimento da imissão provisória da expropriante na posse do imóvel necessário (de 1.2078,81 m²) ao depósito do gigante valor (mais de 22 milhões de reais) que inclui enorme área remanescente (144.911,19), desnecessária à consecução da obra pela qual a expropriante não nutre interesse, só porque, em análise preliminar, o perito judicial entendeu que poderá restar encravada com o término da obra, sem inclusive qualquer prova de que referida área restará encravada ou não poderá ser utilizada pelos expropriados.

Isso porque, o depósito prévio visa tão somente à compensação do expropriado pela perda da posse do seu imóvel. E a discussão relativa ao direito de extensão à área remanescente devido ao esvaziamento do seu conteúdo econômico deve ser postergada para a fase de sentença. Tal entendimento já vem sendo acatado pelo Tribunal Bandeirante, conforme brilhante decisão da 10^a Câmara de Direito Público.

DESAPROPRIAÇÃO. Avaliação prévia. Fase procedimental que não admite o aprofundamento da discussão a respeito do valor do bem expropriado. Fase em que não se admite a inclusão, na desapropriação, de área excedente à descrita no decreto de utilidade pública (área remanescente), descabido, portanto, exigir depósito a esse título para efeito de imissão provisória na posse. Matéria a ser dirimida por ocasião da sentença. Agravo provido.

DESAPROPRIAÇÃO. Avaliação prévia. Laudo que não dispensa a elaboração de outro, definitivo, sob pena de violação do devido processo legal. Honorários definitivos do perito que só poderão ser arbitrados depois do oferecimento do laudo definitivo, descabido exigir da expropriante, nesta fase, depósito de qualquer outra quantia a título de honorários que não aquela já depositada para a elaboração do laudo prévio. Agravo provido. [...]

Alega a agravante que, no valor cujo depósito foi determinado para efeito de imissão provisória, está incluído o correspondente à área não atingida pelo decreto expropriatório (área remanescente). Pretende-se que a agravante exproprie a integralidade da área do terreno, dobrando-se a área desejada pelo Município e quadruplicando-se o valor por ele considerado justo. [...]

Nessa linha de entendimento, a alegada necessidade de indenização da área remanescente é matéria a ser decidida, mediante criteriosa apreciação dos elementos de prova dos autos, pela sentença a ser futuramente proferida. Por outro lado, ainda que proce-

da – o que se saberá com o julgamento final – a pretensão da agravada consistente na inclusão da área remanescente na desapropriação, não há nenhuma justificativa para a ampliação da imissão provisória requerida pela expropriante e para a consequente majoração do depósito a ser realizado para tal finalidade.

Por essas razões, o depósito a ser agora efetuado corresponderá ao valor apurado pelo perito para a área descrita no decreto de utilidade pública, mais edificações e benfeitorias nela existentes, relegada para fase procedimental ulterior as demais discussões sobre o quantum da indenização.

Aliás, a necessidade de laudo definitivo é inarredável, sob pena de violação dos princípios que informam o devido processo legal. A prematura formulação de quesitos e vinda de laudos críticos não impedem que as partes formulem novos quesitos para a elaboração do laudo definitivo, tampouco que seus assistentes técnicos ofereçam, oportunamente, novos pareceres. É possível até que o perito ratifique, de maneira fundada, o laudo prévio já oferecido. O que não se pode é suprimir tal fase procedimental com o risco de gerar vício de nulidade no processo. [...] (Processo: AI nº 990102429547, Relator(a): Antonio Carlos Villen, Julgamento: 09/08/2010, Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público, Publicação: 18/08/2010).

Como bem analisado pelo acórdão supramencionado, agora não seria o momento processualmente adequado para a realização do depósito do valor total da indenização apurada no laudo prévio, posto que a questão relativa ao eventual encravamento da área ou impossibilidade de aproveitamento do remanescente pelo proprietário deverá ser debatida após a elaboração do laudo definitivo.

Destaca-se que o contraditório pleno somente será deflagrado com o LAUDO DEFINITIVO, momento processual adequado para o debate a respeito de todas as questões relativas ao preço do bem e ao eventual direito de extensão dos expropriados, incluindo na indenização total o valor apurado pelas áreas constatadas de fato como encravadas.

A avaliação do perito judicial pela qual a gigantesca **área remanescente restará encravada é fruto de uma análise demasiadamente perfunctória da situação**. Somente ao término do contraditório após a elaboração do laudo definitivo, o perito e, como consequência, o juízo poderão ter um panorama concreto da situação, de modo a se apurar a existência ou não do encravamento noticiado em sede preliminar de cognição.

Como já mencionado, a única finalidade do laudo prévio é antecipar um preço razoável para compensar a expropriada pela perda da posse do imóvel descrito na inicial – **12.078,81 m²**, ou seja, a área descrita no DUP em que a expropriante precisa ser imitada para a consecução da utilidade pública.

Como não nutre a expropriante interesse algum em se imitar nas áreas remanescentes, não lhe deveria ser exigido o depósito do valor da avaliação de tais áreas como

condição para que lhe seja permitido o ingresso na área almejada e essencial para o prosseguimento da obra pública.

Nesse trilhar, a ausência do depósito do numerário das áreas remanescentes neste momento processual não implicará prejuízo ao réu, pois a expropriante não irá se imitar em tais áreas.

Além disso, é necessário ter em mente que a área do imóvel tida como encravada mede significativos 89.179,63 m², dimensões mais de 7 vezes a área almejada pela expropriante (12.078,81 m²).

Aliás, **a grande extensão da área remanescente torna pouco crível o seu suposto encravamento**, pois é difícil imaginar que uma área equivalente tão extensa não possa comportar uma mera via de acesso.

Além disso, se confirmado o encravamento apurado preliminarmente, **o contraditório propiciará a averiguação pormenorizada de outras soluções para compensar o prejuízo experimentado** pelos expropriados que não acarretem comprometimento tão significativo do erário para gastos com um terreno que não terá utilidade pública imediata, como a utilização dos **institutos da servidão de passagem, da passagem forçada ou a própria construção de via de acesso com recursos públicos**.

Outrossim, o contraditório acerca do suposto encravamento das áreas remanescentes deve ser deferido para após a juntada do laudo definitivo, pois, nos termos do artigo 2º do Decreto Expropriatório nº 57.930, a expropriante invocou urgência, o que decorre da necessidade pela liberação das áreas para execução das obras o mais rapidamente possível e este **regime de urgência só cessará com a imissão da expropriante na posse do imóvel**.

Nesse sentido se posiciona o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e corrobora desse entendimento:

“Caso não houvesse o interesse da IMISSÃO, não haveria necessidade da urgência do laudo vestibular” (TJSP, AI 855.738-5/06-00, Rel. Des. Venício Salles) AGRADO DE INSTRUMENTO – Desapropriação – [...] Laudo Prévio não se confunde com a prova pericial propriamente dita – Direito ao contraditório e à ampla defesa que deverá ser observado no desenrolar do processo. (TJSP, AI 855.738-5/06-00, Rel. Des. Venício Salles).

Nesse diapasão, não se pode admitir que seja exigido o contraditório nessa fase processual, nem que seja prejudicado o expropriante pela inexistência de contraditório nessa fase, sob pena de desvirtuamento do próprio regime de urgência (art. 15, DL 3365/41).

Pois, caso seja a expropriante obrigada a depositar o valor do preço das áreas remanescentes sem a constatação do efetivo encravamento, a finalidade do regime de urgência não será alcançada, dado o despropositado condicionamento da imis-

são ao depósito do valor referente à gigantesca área remanescente cujo esvaziamento do conteúdo econômico está longe de ser comprovado. Ou seja, a medida pode ser interpretada como uma forma reflexa de não reconhecer o direito da expropriante à decretação do regime de urgência, dada a exigência do depósito de um valor não exigido em lei, que, dada a grande desproporção do valor do remanescente em relação ao objeto da lide, causará grandes dificuldades à expropriante para proceder ao depósito exigido.

Ante o exposto, **requer o DER que seja concedido o efeito ativo e, após, provido o presente recurso, reformando-se a r. decisões recorridas para autorizar o DER a depositar, para o fim de ser deferida a imissão provisória na posse, apenas o valor da oferta, ou subsidiariamente o valor apurado no laudo judicial provisório, somente no que diz respeito ao bem almejado pelo expropriante, ou seja, R\$ 2.698.406,15 (janeiro de 2014) para 12.078,81 m² de extensão**, necessários para a obra, excluindo-se do valor necessário à tal imissão o valor das áreas remanescentes, uma vez que: a) não foi comprovado nos autos o encravamento noticiado pelo *expert* judicial dado o pouco aprofundamento do trabalho pericial nessa fase processual; b) a grande extensão das áreas remanescentes e a sua desproporção em relação ao objeto da lide desnaturam o instituto do direito de extensão e tornam o esvaziamento do conteúdo econômico dessas áreas improvável; c) a instauração de um contraditório completo em relação ao encravamento nessa fase processual conflita com a decretação do regime de urgência; d) o depósito do preço apurado pelas áreas remanescentes causará grande impacto financeiro ao ente expropriante, correndo o risco de atrasar o cronograma do empreendimento.

Por derradeiro, pede o prequestionamento dos artigos 15 do DL 3365/41 e o 4º da Lei nº 76/93 (por analogia).

3. O DESCABIMENTO DA CONDENAÇÃO DO DER AO PAGAMENTO DE MULTA DIÁRIA

Conforme acima explanado, os expropriados apresentaram petição alegando que o DER estaria “esbulhando” a área expropriada e requereram a expedição de mandado de constatação e vistoria e, na hipótese de confirmação, fosse aplicada multa diária de R\$ 1.000,00 (fls. 433-436).

Na mesma referida petição, os próprios expropriados informam ao Juízo “a quo” que o DER teria entrado na área desapropriada (objeto da petição inicial) somente depois de terem dado autorização escrita ao expropriante (autorização essa que consta dos autos judiciais – doc 12), mas que essa autorização havia sido por eles cassada, posteriormente.

O d. Juízo “a quo”, antes de decidir os primeiros embargos de declaração, proferiu então a r. decisão de fl. 433 (segunda ora agravada – doc. 6), determinando a

intimação do expropriante para, imediatamente, cessar qualquer esbulho ou turbação na área, sob pena de multa diária, fixada em R\$ 10.000,00, bem como determinou a intimação pessoal do DER. Referida decisão foi disponibilizada no DJE de 10/11/14 (doc. 7) e, em face dessa decisão (também ora agravada), o DER apresentou novos embargos de declaração protocolizados em 21/11/14 (doc. 8), os quais interromperam o prazo para interposição de agravo de instrumento em face da referida 2ª decisão ora agravada até seu julgamento.

Por meio dos embargos de declaração (doc. 8), o DER primeiramente reiterou a necessidade de intimação do DER-SP, na pessoa de seu representante legal, para tomar ciência da r. decisão então embargada, visando ao cumprimento da ordem. Outrossim, requereu o provimento dos embargos, tendo em vista que o d. Juízo “a quo” não havia fundamentado sua decisão que determinou ao DER cessar qualquer esbulho ou turbação, bem como fixou a altíssima multa diária.

E, por meio da r. decisão de fl. 452 (3ª ora agravada), o d. Juízo “a quo” rejeitou, de forma conjunta, os dois embargos de declaração opostos pela DER (doc 9), não só por entender ser incabível embargos de declaração em face de decisão interlocutória, argumento esse já rebatido no item II, 1, do presente recurso, como também, em relação à multa diária, assim decidiu: “Quanto à insurgência contra o valor da multa aplicada, basta que a expropriante obedeça à ordem judicial e não terá de desembolsar qualquer quantia. Aduzo que, dada a reiteração de condutas desse naipe em outros processos envolvendo a expropriante, o valor arbitrado se mostra não só razoável como necessário para impedir a continuidade do esbulho”.

E, no entender do agravante, **deve ser declarada a nulidade da decisão que condenou o expropriante ao pagamento da referida multa, conforme explanado no item II, 1, deste recurso, tendo em vista não só a falta de fundamento legal e ausência de motivação da referida decisão judicial, como também, em razão de o Juízo ter fixado a referida multa, fatos vagos citados, que não constam dos autos e, pelo que foi afirmado pelo d. Juízo “a quo”, teriam ocorrido em razão de outros processos. Conforme já explanado, o agravante não sabe a que fatos e processos o Juízo se referiu na r. decisão agravada, mas certamente não se referem a qualquer ato praticado no presente feito e, conseqüentemente, não se referem a esse processo.**

Logo, a r. decisão agravada não deixa dúvida de que a multa aplicada se deu em “condutas desse naipe” que teriam sido praticadas pelo DER em outros processos, tendo, então, cristalino caráter punitivo.

Ora, não há previsão legal para a aplicação de multa punitiva diária, como a fixada no caso em tela, baseada em altíssimo valor (R\$ 10.000,00) por condutas “de naipe” desconhecido pelo agravante em outros processos.

É cristalina a impossibilidade de defesa do DER da verdadeira “acusação” feita pelo Juízo “a quo”, que simplesmente puniu o ora agravante, sabe-se lá por

qual motivo, razão pela qual deve ser declarada a nulidade da referida decisão ou revogada (com efeito retroativo), a referida multa.

Por outro lado, a parte contrária alegou que houve esbulho de parte do imóvel ora expropriado. Todavia, juntou aos autos uma autorização que teria dado para o DER ingressar na área descrita para a execução dos procedimentos de obra que visa à construção do Rodoanel (conforme fl. 363 – doc 12).

Assim, apenas com a prova constante dos autos, face à autorização escrita de fl. 363 (doc. 12), não há que se falar em turbação e muito menos em esbulho possessório.

Ademais, na hipótese de eventual esbulho, caberia à parte tomar as medidas cabíveis, incluindo o ajuizamento de eventual ação de desapropriação indireta ou de indenização, mas não a condenação do expropriante ao pagamento de astreintes.

De fato, ainda que seja verdadeira a alegação de que o DER se encontra na área e que não mais possua autorização para tanto, o artigo 36 do Decreto-lei 3365/41 é expresso ao consignar que é permitida a ocupação temporária que será indenizada, afinal, por ação própria.

Assim, repita-se, caberia ao interessado tomar as medidas cabíveis, visando ao recebimento de eventual indenização. Porém, não há previsão legal para a fixação de astreintes em favor do réu, em ação de desapropriação, razão pela qual, também sob esse prisma, deve ser reformada a r. decisão recorrida, tornando sem efeito (com efeitos retroativos) a aplicação da referida multa diária ao expropriante.

Dessa forma, no entender do expropriante, não tem fundamento legal a aplicação de *astreintes*, nos autos da presente desapropriação, e que, no caso em tela, foi aplicada como punição por fatos estranhos ao processo que o Juízo chamou de “condutas desse naipe”.

Assim, em se tratando de matéria estranha ao objeto da presente ação, com o devido respeito, a r. decisão agravada ofende o princípio do dispositivo e do devido processo legal.

E, ainda que haja base legal para a aplicação de eventual multa diária, caberia ao interessado alegar e provar que houve o ilegal esbulho do imóvel. No caso em tela, como acima visto, a parte alegou e juntou fotos em que aparecem maquinários e empregados, as quais não permitem comprovar se se trata do imóvel objeto da presente desapropriação.

Ademais, o expropriado requereu a aplicação de multa diária de R\$ 1.000,00, e a r. decisão agravada, sem qualquer fundamentação, aplicou a multa diária 10 vezes maior, qual seja R\$ 10.000,00.

Como já explanado, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, conforme artigo 93, IX, da CF e 165 do CPC.

E, mediante a consolidação da jurisprudência, o STJ já definiu, em suma, que as *astreintes*, nos processos em que tal modalidade é cabível, (i) devem incidir a partir da ciência do obrigado e da sua recalitrância (REsp 699.495); (ii) ser computadas após a intimação do devedor, por intermédio do seu patrono, acerca da execução provisória e do decurso do prazo fixado para o cumprimento voluntário da obrigação (EAg 857.758); (iii) podem ser revogadas, hipótese em que seus valores deverão, inclusive, ser devolvidos por quem os recebeu (AgRg no Ag 1.383.367); ou, até mesmo, alteradas – quando insuficientes ou excessivas – mesmo após o trânsito em julgado da respectiva decisão de imposição (AgRg no AREsp 14.395).

No caso em tela, não há que se falar em teimosia do expropriante, que nunca desobedeceu a qualquer ordem judicial constante dos autos, pelo menos dos autos nada consta neste sentido, a não ser o verdadeiro “depoimento pessoal” dado pelo d. Juízo “a quo” na r. decisão agravada, que chega a se aproximar de um verdadeiro desabafo, em tom pessoal e até imparcial, visto citar fatos que o expropriante desconhece e que, se existentes, seriam estranhos ao feito.

Não bastasse o já alegado, cabe ressaltar que o valor fixado, não só é dez vezes maior do que a própria parte pediu, admitindo-se a possibilidade de aplicação da multa diária, por amor ao debate, como também se mostra desproporcional.

Com efeito, a aplicação da multa diária de R\$ 10.000,00 foge ao princípio da razoabilidade, ainda mais que não houve qualquer fundamentação na r. decisão que a aplicou, a impedir que o expropriante exerça seu direito à ampla defesa, que inclui a possibilidade de apresentar o recurso cabível em face da referida decisão.

Ante todo o exposto, requer que seja recebido no efeito suspensivo e antecipativo o presente recurso e, após, provido para anular ou revogar (com efeitos retroativos) a decisão que condenou o DER ao pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 ou, subsidiariamente, para reduzi-la a valores mais módicos e condizentes com o pedido do expropriado e ao princípio da razoabilidade.

4. DO PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO E ANTECIPATIVO

Conforme acima demonstrado, as decisões agravadas causam ao DER/SP dano de difícil reparação, **uma vez que, o DER necessitando da urgente imissão na posse do imóvel, obrigam o expropriante, para tal finalidade, a proceder ao depósito, sem previsão orçamentária, do absurdo valor de R\$ 22.620.000,00, apurado em avaliação provisória que incluiu, sem previsão legal, 89.179,63 m² de área remanescente avaliada em R\$ 19.922.729,34, sendo que o expropriante, conforme petição inicial, só pretende desapropriar 12.078,81 m², avaliados no mesmo laudo provisório judicial em R\$ 2.698.406,15 (janeiro de 2014).**

Referida determinação de depositar tão grandiosa importância, por não estar prevista em orçamento, como também por sequer ser previsível (eis que jamais se cogitou que seria avaliada uma área 7 vezes maior que a necessária e que é objeto da desapropriação), vem comprometer a própria obra pública, não só com relação à dificuldade em se obter tal vultosa importância para ser deferida a imissão na posse (e assim continuar os trabalhos de engenharia), como também, do ponto de vista financeiro, face ao custo total previsto para o Rodoanel.

Ressalte-se que o valor da avaliação provisória, R\$ 22.620.000,00, é maior que 32 vezes o valor da oferta (R\$ 702.000,00).

Além disso, ainda deverá ser feita a perícia definitiva, com o devido contraditório, sem prejuízo de toda a fase decisória e recursal, como pressupõe o devido processo legal, para só após ser conhecido o valor final da indenização.

No caso, estão presentes todos os requisitos ensejadores de concessão da tutela antecipada, nos termos do artigo 273 do CPC: a verossimilhança das alegações da agravante, conforme demonstrada nos itens anteriores, ao qual nos reportamos para não sermos repetitivos, e o periculum in mora, uma vez que se mostra urgente a imissão na posse para a realização das obras do Rodoanel Trecho Norte, que, sem a imissão, não podem ser iniciadas, acarretando grave prejuízo aos cofres públicos e à população paulista ansiosa pelo desafogamento viário prometido.

Assim, é cristalina a existência de relevante interesse público, para que seja concedido o efeito ativo ao presente recurso, a fim de que seja autorizado o depósito, para fins de imissão, do valor da oferta (R\$ 702.000,00) ou, subsidiariamente, o valor do laudo provisório judicial, mas apenas no que diz respeito à área objeto da presente desapropriação (R\$ 2.698.406,15 – janeiro/2014 referentes a 12.078,81 m²), ou seja, excluindo-se do referido depósito provisório o valor atinente ao gigantesco remanescente que não é objeto da desapropriação.

Por outro lado, requer que seja concedido o efeito ativo para também anular ou revogar, com efeito retroativo, a multa diária de R\$ 10.000,00 imposta ao DER ou, subsidiariamente, para fixá-la em valor menor, segundo o princípio da proporcionalidade, estando presentes todos os requisitos do artigo 273 do CPC.

Com relação à verossimilhança das alegações do agravante, novamente nos reportamos aos itens anteriores, visando a repetição desnecessária.

O *periculum in mora* é cristalino, visto que o DER não deve ser penalizado ao pagamento de tão vultosa multa diária de R\$ 10.000,00, ao arrepio da lei, a qual, se mantida, trará enorme prejuízo ao erário e, conseqüentemente, à coletividade.

Saliente-se, pois, Nobre Relator, que o direto em questão é manifesto e evidente, autorizando o provimento do presente agravo, nos termos do artigo 557, § 1^a-A, do CPC.

III- DO PEDIDO

Diante do exposto, requer que seja o presente recurso recebido nos efeitos devolutivo, suspensivo e antecipativo e, após, conhecido e provido para anular ou reformar as r. decisões recorridas e, **de imediato, para autorizar o DER a depositar, para o fim de ser deferida a imissão provisória na posse do imóvel, apenas o valor da oferta (R\$ 702.000,00), ou subsidiariamente o valor apurado no laudo judicial provisório, somente no que diz respeito à área desapropriada e objeto da petição inicial, ou seja, R\$ 2.698.406,15 (janeiro de 2014) para 12.078,81 m² de extensão**, necessários para a obra, excluindo-se do valor necessário para o referido depósito provisório (para fins de imissão) o milionário valor atinente às áreas remanescentes que não interessam ao expropriante desapropriar.

Ademais, requer que seja recebido no efeito devolutivo, suspensivo e antecipativo o presente recurso e, após, provido, também para, desde já, anular ou revogar (com efeitos retroativos) a decisão que condenou o DER ao pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 ou, subsidiariamente, para reduzi-la a valores mais módicos e condizentes ao princípio da razoabilidade.

Finalmente, requer a condenação dos agravados nas cominações de estilo, por ser medida de JUSTIÇA!

São Paulo, 13 de março de 2015.

MARIA RITA DE CARVALHO MELO

Procuradora do Estado

OAB/SP-97.979

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2046116-11.2015.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM, são agravados SPRAZY LASMAN, SAMUEL JACOB KORN, SARA KORN, IONEL MONOLESCU, REBECA LEIA SCHWARTZ (ESPÓLIO), MARIE JEANE SCHWARTZ e OLGA KIVES LASMAN (ESPÓLIO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente), VERA ANGRISANI e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 4 de agosto de 2015.

CARLOS VIOLANTE

Relator

Agravo de instrumento nº 2046116-11.2015.8.26.0000**Agravante: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM – DER****Agravados: SAMUEL KORN e outros****Comarca: GUARULHOS – 1ª Vara da Fazenda Pública**

VOTO Nº 3.022

Agravo de instrumento. Recurso tempestivo. Desapropriação. Laudo prévio que indica encravamento de área remanescente incluindo-a no cálculo da indenização. Exigência de depósito do valor total apurado, inclusive daquele relativo à área remanescente supostamente encravada, para fins de imissão na posse. Impossibilidade. Questão complexa que demanda dilação probatória sob o crivo do contraditório. Depósito prévio que deve ser limitado ao valor apurado em perícia referente à área pretendida pelo expropriante. Imissão na posse dessa área que deve ser concedida. Supremacia do interesse público. Afastamento da multa diária estabelecida para o caso de descumprimento da ordem judicial de cessação de atos de esbulho. Recurso do expropriante provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra as r. decisões de fls. 387 e 433 (copiadas a fls. 63-64 deste agravo), complementadas pela decisão de rejeição dos embargos de declaração de fl. 452 (fl. 73 deste agravo), de lavra do eminente Magistrado **Dr. José Roberto Leme Alves de Oliveira**, que, na primeira decisão mencionada, determinou ao expropriante que se manifestasse sobre a estimativa dos honorários periciais e sobre o valor apurado pelo perito judicial em seu laudo provisório, cientificando-o de que, para fins de imissão provisória na posse do imóvel, deveria depositar a diferença entre a oferta inicial e a avaliação prévia; determinando, na segunda decisão ora agravada, a intimação do expropriante para cessar qualquer esbulho ou turbação na área, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00. Contra cada uma das referidas decisões, o agravante opôs embargos de declaração, ambos rejeitados pelo E. Juízo de origem.

Pretende o recorrente a anulação das r. decisões, argumentando pela falta de fundamentação e, quanto ao mérito, sustenta a desnecessidade do depósito prévio do valor de uma das áreas remanescentes, que supostamente ficaria encravada, para fins de imissão na posse, bem como requer o afastamento da multa diária fixada ou, ao menos, sua redução.

A antecipação da tutela recursal foi deferida, concedendo em favor do expropriante a imissão na posse do imóvel restrita à área de 12.078,81 m², condicionada a expedição do mandado ao depósito da avaliação correspondente a essa área

apurada em laudo prévio, deferida a suspensão, desde a fixação, da imposição ao expropriante da multa diária (fls. 211-212).

Os agravados apresentaram contraminuta (fls. 217-259).

As partes foram consultadas e não se opuseram ao julgamento virtual (fls. 211-212 e 215).

É o Relatório.

As r. decisões foram fundamentadas, não merecendo anulação.

Afasto a alegada intempestividade do presente recurso.

À agravante, autarquia, é aplicável o disposto no art. 188, do CPC, que concede à Fazenda Pública prazo em dobro para recorrer, nos termos do art. 10, da Lei nº 9.469/97.

Processual Civil e Tributário. Embargos de declaração. Possibilidade de efeitos infringentes. Autarquia. Prazo em dobro para interposição de recurso. “O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico de que as autarquias gozam do benefício previsto no art. 188 do Código de Processo Civil, computando-se, portanto, em quádruplo o seu prazo para contestar e em dobro para recorrer. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos infringentes para reconhecer a tempestividade do Agravo Regimental” (STJ – 2ª T – EDcl no AgRg no Ag 808064 – Rel. Herman Benjamin – j. 16.04.2009).

Dessa forma, o prazo para a agravante opor embargos de declaração é de 10 dias (art. 536, c.c. art. 188, ambos do CPC).

Não se pode acolher a tese dos agravados de que o prazo para oposição dos embargos declaratórios seria simples, por não se tratar de recurso.

A disciplina dos embargos de declaração está prevista no Capítulo V, do Título X, denominado “Dos Recursos”, reconhecido também pela jurisprudência a aplicação do prazo em dobro em casos análogos:

Ação de improbidade administrativa. Obras públicas. Licitação. Dispensa. Contratação direta. Superfaturamento. Recurso especial. Tempestividade. Prazo em dobro. Embargos de declaração. Acolhimento. “Tendo em vista a existência de litisconsortes com procuradores distintos se tem de rigor a aplicação do artigo 191 do CPC, que indica o benefício do prazo em dobro para recorrer. Verificada a tempestividade do recurso especial deve ser anulado o acórdão embargado para que seja novamente examinado o agravo de instrumento. Embargos de declaração acolhidos” (STJ – 1ª T – EDcl no AgRg no Ag 1087718 – Rel. Francisco Falcão – j. 16.04.2009).

Processual Civil. Fazenda Pública. Embargos de declaração. Prazo em dobro. CPC, art. 188. “Tendo em vista a prerrogativa do prazo em dobro para a Fazenda Pública recorrer, são tempestivos os embargos declaratórios opostos em 10 dias a contar da publicação da decisão impugnada. Recurso provido” (STJ – 5ª T – REsp 60903 – Rel. Edson Vidigal – j. 06.10.1998).

Agravo. Execução fiscal. IPTU, exercícios de 2000 a 2002. Município de Franca. Embargos de Declaração. Intempestividade reconhecida em 1º Grau. Inocorrência. Aplicação do artigo 188 do CPC. Agravo provido (TJSP – 15ª C. Dir. Público – AI 0006915-56.2009.8.26.0000 – Rel. Rodrigues de Aguiar – j. 16.04.2009).

O agravante foi intimado da r. decisão de fl. 386 (fl. 63 deste agravo), cujo conteúdo decisório refere-se ao condicionamento da imissão na posse ao depósito do valor total apurado pelo perito em avaliação prévia, em 09/09/2014, quando remetidos os autos à Procuradoria do Estado (fl. 391 dos autos principais, copiada à fl. 74 deste agravo).

Em 12/09/2014 o agravante opôs embargos de declaração contra a r. decisão acima referida, tempestivamente, portanto.

Ainda que considerada a data de intimação da decisão embargada como 04/09/2014, como mencionado pelo agravante em seus embargos de declaração (fls. 81 deste agravo) e sustentado pelos agravados, da mesma forma o recurso seria tempestivo.

Conforme expressa previsão do CPC em seu art. 538, *caput*, os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos. Assim, o prazo para a interposição de agravo de instrumento contra a r. decisão interrompeu-se com a oposição dos embargos de declaração, reiniciando com a intimação da decisão de julgamento dos embargos declaratórios.

Processual Civil. Recurso especial. Embargos de declaração. Decisão interlocutória. Cabimento. Interrupção do prazo recursal. “Os embargos declaratórios são cabíveis contra quaisquer decisões judiciais, inclusive as interlocutórias. (ERESP 159317/DF, CE, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 26.04.1999). Os embargos de declaração tempestivamente apresentados, ainda que rejeitados, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, porquanto a pena pela interposição do recurso protelatório é a pecuniária e não a sua desconsideração. Precedentes: REsp 768526/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ 11/04/2007; REsp 762384/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 19/12/2005; REsp 643612/MG, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ 26/09/2005; REsp 590179/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 13/02/2006. *In casu*, trata-se de embargos de declaração interpostos em face de decisão interlocutória.

cutória proferida por juízo de primeira instância. Rejeitados os embargos e interposto agravo de instrumento, o Tribunal de origem entendeu que os embargos protelatórios não tinham o condão de interromper o prazo recursal, razão pelo qual não conheceram do agravo de instrumento por serem intempestivos. Recurso especial a que se dá provimento” (STJ – 1ª T – REsp 1.074.334 – Rel. Luiz Fux – j. 19.03.2009).

Processual Civil. Análise de dispositivos constitucionais. Impossibilidade na via do especial. Violação ao art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil. Alegação de ocorrência de omissão no julgado a quo. Fundamentação deficiente. Incidência da Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração. Decisão interlocutória. Cabimento. Interrupção de prazo para outros recursos. Consequência. Precedentes. “A via especial, destinada à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, não se presta à análise de possível violação a dispositivos da Constituição da República, sob pena de usurpação da competência da Suprema Corte. Não tendo sido indicadas de maneira específica, ponto a ponto, as questões que pretensamente não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, mostra-se inviável o conhecimento do recurso especial quanto à alegação de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, por deficiência na fundamentação, nos exatos termos do entendimento sufragado na Súmula nº 284/STF Precedentes. **Os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer provimento judicial, inclusive decisão interlocutória, sendo certo que, não sendo intempestivos, têm o condão de interromper o prazo para a interposição de qualquer outro recurso. Precedentes.** Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido” (STJ – 5ª T – REsp 910.013 – Rel. Laurita Vaz – j. 02.09.2008).

Da segunda decisão ora embargada (fl. 433 dos autos de origem, copiada a fl. 64 deste agravo), o recorrente foi intimado em 11/11/2014 (fl. 75 do agravo), opondo o expropriante embargos de declaração tempestivos em 21/11/2014 (fl. 447 dos autos originais, copiada a fl. 87 deste agravo).

Os dois embargos de declaração foram apreciados na mesma decisão, que os rejeitou (fl. 452 dos autos de origem, copiada a fl. 73 deste agravo), intimado o expropriante em 23/02/2015 (fl. 76 do agravo), quando reiniciado o prazo recursal do agravo de instrumento.

O presente agravo de instrumento foi interposto em 13/03/2015, tempestivamente.

Superada a questão da tempestividade, o recurso merece provimento.

Nos autos da ação principal, pretende o agravante a desapropriação de uma área de 12.078,81 m² (fl. 46 deste agravo) do imóvel de propriedade dos agravados.

O laudo prévio menciona que o traçado do Rodoanel Metropolitano de São Paulo seccionou o imóvel dos agravados, resultando em duas áreas remanescentes que, consideradas as limitações legais de áreas *non edificante* e o encravamento de uma das áreas remanescentes, resultou na incorporação dessa área remanescente no cálculo do valor indenizatório, representativa de 89.179,63 m² (fls. 189-190 e 209 do agravo).

O laudo aponta como valor dos 12.078,81 m², área sobre a qual recai a pretensão expropriatória do agravante, R\$ 2.698.406,15, e para a área remanescente incluída no cálculo (89.179,63 m²), R\$ 19.922.729,34 (fl. 209).

No entanto, o laudo pericial prévio não apresenta elementos seguros demonstrativos do encravamento da área remanescente, a determinar sua inclusão no montante a ser depositado inicialmente pelo expropriante para fins de imissão na posse.

As questões acerca do encravamento da área e da impossibilidade de aproveitamento do remanescente pelos expropriados, a gerar indenização ou imposição de outras formas de solução que permitam acesso à área encravada, merece melhor análise na fase da instrução processual, sob o crivo do contraditório, devendo ser preservada, neste momento, a supremacia do interesse público na realização das obras, exigindo-se do expropriante o depósito do valor apurado pelo laudo prévio para a área que pretende desapropriar (já depositado nos autos principais – fls. 434-437 do agravo), imitando-o na posse da área de 12.078,81 m².

Dessa forma, deve ser afastada a multa diária imposta para o caso de descumprimento da ordem judicial que determinou a cessação de atos de esbulho, desde sua fixação, podendo o E. Juízo fixar, se necessário, multa para o caso de esbulho da área maior não alcançada pela ordem de imissão na posse.

Confira-se os julgados em casos análogos:

Agravo de instrumento. Desapropriação. Trecho Norte do Rodoanel Metropolitano de São Paulo, denominado Mário Covas. Imissão na posse. Área remanescente supostamente encravada. Discussão que deve ser objeto de juízo exauriente, formado o contraditório. Urgência na imissão que autoriza depósito prévio do valor relativo à área principal de interesse do expropriante. Valor apurado em avaliação judicial prévia. Inteligência do art. 15, *caput* e parágrafos do Decreto-lei nº 3.365/1941, art. 5º, XXIV, da CF e Súmula nº 652 do STF Supremacia do interesse público sobre o particular. Precedentes do TJSP e STJ. Súmula TJSP nº 30. Decisão reformada. Recurso provido (TJSP – 5ª C. Dir. Público – AI 2011334-75.2015.8.26.0000 – Rel. Heloísa Martins Mimessi – j. 25.05.2015).

Desapropriação. Avaliação prévia. Fase procedimental que não admite o aprofundamento da discussão a respeito do valor do bem expropriado. Fase em que não se admite a inclusão, na desapropriação, de área excedente à descrita no decreto de utilidade pública (área remanescente), descabido, portanto, exigir depósito a esse título para efeito de imissão provisória na posse. Matéria a ser dirimida por ocasião da sentença. Agravo provido. Desapropriação. Avaliação prévia. Laudo que não dispensa a elaboração de outro, definitivo, sob pena de violação do devido processo legal. Honorários definitivos do perito que só poderão ser arbitrados depois do oferecimento do laudo definitivo, descabido exigir da expropriante, nesta fase, depósito de qualquer outra quantia a título de honorários que não aquela já depositada para a elaboração do laudo prévio. Agravo provido (TJSP – 10ª C. Dir. Público – AI 0242954-34.2010.8.26.0000 – Rel. Antonio Carlos Villen – j. 09.08.2010).

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso, confirmando a liminar antes deferida neste agravo, concedendo em favor do expropriante a imissão na posse do imóvel restrita à área de 12.078,81 m², afastada a multa diária em caso de esbulho desde sua fixação.

Diante da notícia, neste agravo de instrumento (fls. 427-430), do não cumprimento da antecipação da tutela recursal concedida por esta Segunda Instância por decisão de 26/03/2015 (fls. 211-212), determino o atendimento da ordem, com imediata expedição do mandado de imissão na posse pelo E. Juízo da causa, caso ainda não tenha sido efetivada, **solicitando informações do E. Juízo de origem, quanto ao cumprimento da imissão na posse, no prazo de 10 dias.**

CARLOS VIOLANTE

Relator

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

José Renato Rocco Roland Gomes¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas; 2.1 – Cabimento, requisitos, endereçamento e legitimidade; 2.2 – Desistência do incidente; 2.3 – Competência para julgamento; 2.4 – Juízo de admissibilidade; 2.5 – Juízo de mérito – suspensão dos processos e da prescrição; 2.6 – Processamento do incidente – diligências; 2.7 – Do julgamento do incidente – eficácia da decisão; 2.8 – Da revisão da tese; 2.9 – Dos recursos cabíveis; 3 – Conclusão; Referências bibliográficas.

Resumo

O presente trabalho analisa o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Em uma abordagem inicial serão verificados os pontos fundamentais que permeiam o tema, por meio de uma incursão pela doutrina e também pela jurisprudência dos tribunais e outros textos jurídicos que retratam o assunto objeto deste artigo. Com isso, pretende-se compreender o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo Código de Processo Civil, analisando suas espécies, classificações e consequências jurídicas, visando à demonstração de que referido instituto realiza o princípio da celeridade processual, bem como permite a defesa dos interesses transindividuais e o acesso à justiça. Para tanto, utiliza-se principalmente o método dedutivo.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil; Celeridade processual; Incidente de resolução de demandas repetitivas; Acesso à justiça.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Possui especialização em Ciências Criminais, em Processo Civil e em Direito Tributário e mestrado em Direito pela UNIMEP.

1. Introdução

Na presente oportunidade pretende-se estudar o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas introduzido no direito pátrio pelo novo Código de Processo Civil.

Tal análise será pautada pela ótica da celeridade processual e do acesso à justiça, tendo em vista que o instituto representa uma das maiores apostas da Comissão de Juristas responsável pela redação do projeto para que se possa alcançar a tão almejada razoável duração do processo.

De igual maneira, pretende-se estudar o possível papel que o incidente de demandas repetitivas pode desempenhar levando-se em conta a proteção dos direitos transindividuais e o acesso à justiça.

Desde o início, cumpre ressaltar que, para a elaboração do presente trabalho, sobretudo para as cabíveis comparações com o novo Código de Processo Civil (texto sancionado), foram analisados o texto original apresentado ao Senado Federal pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379 de 2009 (destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil), as alterações realizadas pelo Senado Federal no Projeto de Lei nº 166/10, bem como as alterações propostas pela Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046/10.

2. Procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas

Em primeiro lugar convém notar que muitos juristas consideram que a alteração mais importante no novo Código de Processo Civil é justamente a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas:

Dentre as inúmeras modificações trazidas pelo NCPC, uma delas ganha notável destaque e tem chamado atenção dos operadores do Direito, por significar a mais efetiva e importante mudança para o processo brasileiro. Trata-se da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), regulamentado pelos arts. 976 a 987.²

O incidente pode ser assim definido, nas palavras de Dantas³:

É possível conceituar o IRDR como o incidente processual instaurado para, mediante julgamento único e vinculante, assegurar interpretação isonômica a questão jurídica controvertida em demandas repetitivas que busquem tutela jurisdicional a interesses individuais homogêneos. [...] O IRDR, como o pró-

2 OLIVEIRA, Guilherme J. Braz de. Técnicas de uniformização da jurisprudência e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXXV, n. 126, p. 107, maio 2015.

3 DANTAS, 2015, p. 2.179; 2.183.

prio nome sugere, possui natureza jurídica de incidente processual *sui generis*. Não dá azo, portanto, à instauração de uma nova relação processual, com todas as consequências que disto advém. [...] Incidentes processuais, de modo geral, são fenômenos jurídico-processuais que ocorrem em momento diferenciado na marcha do processo, designados a auxiliar o seu devido trânsito, aprimorando o resultado final na aplicação do método. [...] Portanto, observando a autonomia estrutural existente no incidente processual, mas devido a sua vinculação funcional ao processo principal, deve-se afirmar que no IRDR não serão devidas custas processuais ou honorários advocatícios, na medida em que esse pagamento deverá ser exigido em cada um dos processos individuais.

Como bem apontado, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem natureza jurídica de incidente processual *sui generis*, uma vez que, assim como os incidentes, trata-se de fenômeno jurídico-processual que ocorre durante o andamento do processo, sempre vinculado a este, tendente à solução de questão secundária, que deve ser resolvida antes da causa principal.

É justamente o objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas que faz com que tenha natureza de incidente processual *sui generis*, uma vez que ele resolve o próprio mérito da causa, e não questão secundária que deva ser analisada antes do pedido principal.

No mais, como o incidente de resolução de demandas repetitivas depende da existência de outros processos, pode-se afirmar que não tem natureza de ação autônoma, posto que não enseja a instauração de uma nova relação processual.

O procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas está previsto nos artigos 976 a 987 do novo Código de Processo Civil. Este estava anteriormente previsto nos artigos 988 a 1.000 do Projeto de Lei nº 166/10 do Senado Federal, encaminhado à Câmara dos Deputados, onde recebeu o nº 8.046/10.

Contudo, antes mesmo de iniciar a análise do incidente em questão, vale destacar que havia na Câmara dos Deputados uma emenda apresentada pelo Deputado Júnior Coimbra que visava a suprimir o incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. Referida emenda recebeu o número 392/2011.

Feita essa ressalva, passa-se a examinar o procedimento do incidente.

2.1. Cabimento, requisitos, endereçamento e legitimidade

Os artigos 976 e 977 do novo Código de Processo Civil fixam as regras de cabimento, requisitos, endereçamento e legitimidade do incidente. Essas regras eram, anteriormente, dadas pelo artigo 988 do projeto de Código de Processo Civil.

Referidos dispositivos admitem a apresentação do incidente quando preenchidos os seguintes requisitos, simultaneamente: a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (artigo 976, inciso I); b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (artigo 976, inciso II).

No projeto de Código de Processo Civil, cuja redação não restou aprovada, os requisitos eram diversos. O artigo 988 admitia a apresentação do incidente quando preenchidos os seguintes requisitos: a) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (artigo 988, *caput*); b) efetiva ou potencial repetição de processos (artigo 988, *caput*); c) controvérsia sobre mesma questão de direito material ou processual (artigo 988, *caput*) ou existência de decisões conflitantes sobre mesma questão de fato (artigo 988, § 9º); d) pendência de qualquer processo de competência do tribunal no qual o incidente será distribuído (artigo 988, § 2º).

Vale destacar nesse momento o Enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual a instauração do incidente não dependeria da existência de grande quantidade de demandas em curso. Confira-se: “a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.⁴

Note-se que o novo Código de Processo Civil não é expresso a apontar a possibilidade de instauração do presente incidente em função da existência de decisões conflitantes sobre a mesma questão de fato.

Todavia, os fatos não podem ser ignorados. Confira-se, nesse sentido, as lições da doutrina ao tratar do incidente de resolução de demandas repetitivas:

Também, *a priori*, restringiu-se o seu cabimento para as questões de cunho exclusivamente jurídico, excluindo-se as questões fáticas, embora, segundo se entende, os fatos devam ser necessariamente considerados no julgamento, de modo a bem definir qual o objeto do incidente, ou, em termos práticos, o que o tribunal está, efetivamente, julgando, até para viabilizar a aplicação deste precedente aos demais processos sobrestados, que guardem similitude, ou para demandas futuras.⁵

Com relação ao cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas assim se manifestaram Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas⁶: “O IRDR será cabível sempre que identificada efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, desde que isso esteja a acarretar risco presente de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

4 ENUNCIADOS..., 2015.

5 OLIVEIRA, 2015, p. 111.

6 WAMBIER; DIDIER JR.; TALAMINI; DANTAS, 2015, p. 2.180.

Importa ressaltar ainda que, nos termos do parágrafo único do artigo 977 do novo Código de Processo Civil, o ofício ou a petição que inaugura o incidente será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente. Assim sendo, caberá ao requerente provar, por documentos, a existência dos requisitos (norma semelhante no § 4º do artigo 988 do projeto de Código de Processo Civil).

Caso o incidente não seja admitido por ausência dos pressupostos de admissibilidade, será possível suscitá-lo novamente desde que se comprove a ocorrência do requisito antes considerado ausente (artigo 976, § 3º, do novo Código de Processo Civil e artigo 988, § 7º, do projeto de Código de Processo Civil).

Sobre a possibilidade de renovação do pedido, frise-se o posicionamento de Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas⁷:

No juízo de admissibilidade do IRDR exige-se a verificação da identidade da questão unicamente de direito controvertida nos processos, a efetiva repetição de processos e o risco de que essa situação constitua ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Deve-se considerar, entretanto, a possibilidade de um destes pressupostos não estarem evidentes em um determinado momento, sendo que isso não significa que este cenário não possa se alterar. Portanto, se o pressuposto de admissibilidade não identificado torna-se mais evidente no futuro, o IRDR poderá novamente ser suscitado e admitido, momento no qual deverá ser demonstrada alteração fática ou outra argumentação suficiente para ensejar a instauração e admissibilidade de IRDR. Não há que se falar em preclusão ou coisa julgada do acórdão que inadmitiu a instauração do incidente.

No mais, não se admitirá o incidente quando um dos tribunais superiores estiver analisando recurso no qual se definirá a tese sobre a questão de direito material ou processual repetitiva (artigo 976, § 4º, do novo Código de Processo Civil e artigo 988, § 8º, do projeto de Código de Processo Civil).

No mesmo diapasão, o entendimento de Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas⁸:

Tendo em vista a multiplicidade de processos (demandas e recursos) que podem tratar de questões de direito idênticas, o legislador entendeu adequado obstar a instauração de IRDR nos casos em que a questão de direito que possivelmente seria objeto do incidente seja a mesma debatida em recurso extraordinário ou recurso especial repetitivo. O marco temporal para a inadmissibilidade do IRDR sob essa justificativa é a afetação do recurso-piloto pelo relator no STJ ou no STF, ou seja, o momento em que o tribunal superior identificar um recurso como paradigma e deflagrar a técnica de julgamento prevista no art. 1.037.

7 WAMBIER; DIDIER JR.; TALAMINI; DANTAS, 2015, p. 2182.

8 WAMBIER; DIDIER JR.; TALAMINI; DANTAS, 2015, p. 2.183.

O pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas deverá ser endereçado ao Presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal (artigo 977, *caput*, do novo Código de Processo Civil e artigo 988, §§ 1º e 3º, do projeto de Código de Processo Civil). Tal pleito poderá ser veiculado por ofício ou por petição, a depender de quem for o requerente (incisos I, II e III do artigo 977 do novo Código de Processo Civil e incisos I e II do § 3º do artigo 988 do projeto de Código de Processo Civil).

São legitimados para propor a instauração do incidente (artigo 977 do novo Código de Processo Civil): a) o juiz ou relator; b) as partes interessadas; c) o Ministério Público; d) a Defensoria Pública.

Pelo projeto de Código de Processo Civil, seriam legitimados para propor a instauração do incidente (§ 3º do artigo 988 do projeto de Código de Processo Civil): a) o relator ou órgão colegiado; b) as partes interessadas; c) o Ministério Público; d) a Defensoria Pública; e) pessoa jurídica de direito público ou associação civil interessados.

Portanto, como se percebe, os entes do item “e” (pessoa jurídica de direito público ou associação civil interessados) foram excluídos do rol de legitimados na redação do novo Código de Processo Civil, bem como houve alteração quanto ao item “a” (anteriormente constava “o relator ou órgão colegiado” e a norma em vigor prevê “o juiz ou relator”).

Nesse ponto, entende-se que seria o caso de ampliar o rol de legitimados para a propositura do incidente, permitindo-se assim que todos os legitimados para o ajuizamento de ações civis públicas também pudessem iniciar o incidente de resolução de demandas repetitivas. Para tanto, seria necessária uma alteração legislativa.

Com essa mudança, poder-se-ia ampliar a discussão sobre os temas a serem definidos no incidente, de tal maneira que seria possível a obtenção de decisões mais próximas da realidade e que permitissem uma maior proteção aos direitos transindividuais.

No sentido de destacar a importância da participação de associações em demandas coletivas, pode-se destacar o pensamento de Remédio⁹:

A existência de previsão legal contemplando a legitimidade ativa das associações para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos não é nova em nosso ordenamento jurídico. Assim: a) relativamente à ação civil pública, tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar, entre outros, a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e inclusa, entre suas finalidades institucionais,

9 REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de Segurança: individual e coletivo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 753-754.

a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Lei 7.347/85, art. 5º, V) [...].

Tudo a recomendar a inclusão das associações no rol de legitimados para a instauração do incidente.

No mais, caso a iniciativa do incidente seja do juiz ou relator, o pedido deverá ser elaborado por meio de ofício. Já se a iniciativa for dos demais legitimados, será veiculada por petição (incisos I, II e III do artigo 977 do novo Código de Processo Civil e incisos I e II do § 3º do artigo 988 do projeto de Código de Processo Civil).

Com relação à legitimidade, interessa destacar o entendimento de Cunha¹⁰, segundo o qual a legitimidade do Ministério Público relaciona-se com a legitimidade para a propositura de ação civil pública.

Já a legitimidade da Defensoria Pública dependeria da existência de interesse de pessoas necessitadas.

Por fim, a legitimidade dos demais estaria relacionada com a pertinência subjetiva da parte com a causa. Confira-se:

Assim, não é qualquer um que pode suscitar o mencionado incidente. Para poder suscitá-lo, é preciso ser parte numa demanda que verse sobre tema que repercute para diversas outras causas repetitivas. Deve, enfim, haver pertinência subjetiva da parte com a tese jurídica a ser fixada pelo tribunal. [...] A legitimidade do Ministério Público, para suscitar o referido incidente, relaciona-se com sua legitimidade para a propositura de ação civil pública. É inegável que o Ministério Público dispõe de legitimação para intentar ação civil pública em defesa de direitos difusos e coletivos. [...] Tudo leva a crer que a possibilidade conferida à Defensoria Pública de suscitar o incidente de resolução de causas repetitivas constitui mais uma hipótese de função típica que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, havendo necessidade de o caso envolver interesses de necessitados ou versar sobre tema que a eles esteja relacionado.¹¹

As partes dos outros processos em que se discute a mesma tese do incidente poderão nele intervir na condição de assistente litisconsorcial. Essa regra era expressa no código projetado (artigo 124), contudo, não foi repetida no Código de Processo Civil. Não obstante a ausência de previsão expressa, a intervenção dos colegitimados pode se dar por meio da assistência litisconsorcial¹².

10 CUNHA, 2011.

11 CUNHA, 2011. p. 264; 266.

12 "Art. 124. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente toda vez que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido. Parágrafo único. A intervenção do colegitimado dar-se-á na qua-

Nesse ponto, ainda vale destacar que tramitava na Câmara dos Deputados a proposta de Emenda nº 181/2011, de autoria do Deputado Bruno Araújo, que pretendia alterar a redação do *caput* do artigo 976, de tal maneira que o incidente em questão fosse repressivo e não preventivo, quer dizer, o incidente apenas seria admitido caso houvesse demandas repetitivas com decisão conflitantes.

Acredita-se que a redação que prevaleceu é mais adequada, uma vez que há possibilidade que o Poder Judiciário julgue as causas conjuntamente antes da existência de qualquer decisão conflitante. Essa situação permite que não haja qualquer dúvida com relação a qual decisão seria aplicável, bem como evita a necessidade de eventual rescisão de alguma das decisões.

Para tanto (julgamento do incidente preventivamente), por óbvio, é necessário que o tribunal permita a mais ampla discussão sobre a tese, a fim de que seja possível levar em consideração todos os pontos de vista acerca da matéria, circunstância que se mostra necessária em razão da antecipação do tribunal no julgamento da causa, evitando-se eventual falta de análise de algum posicionamento que poderia surgir caso houvesse processos repetitivos em trâmite em primeira instância. Nesse caso (discussão ampla), a preocupação com a celeridade processual daria espaço para a preocupação com a segurança jurídica e a justiça.

Frise-se que o novo Código de Processo Civil, atento a isso, prevê:

Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.¹³

lidade de assistente litisconsorcial.” BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010, Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

13 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

Confira-se a redação da emenda em questão: “Altera a redação do *caput* do artigo 930, do PL nº 8.046, de 2010, para prever que o incidente de resolução de demandas repetitivas seja repressivo, e não preventivo (Emenda 181/2011)”.¹⁴

Registre-se também o entendimento favorável à emenda em questão formulado por Cunha¹⁵:

Seria mais adequado prever o incidente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente seria mais adequado haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução. Seria, enfim, salutar haver uma controvérsia já disseminada para que, então, fosse cabível o referido incidente. Dever-se-ia, na verdade, estabelecer como requisito para a instauração de tal incidente a existência de prévia controvérsia sobre o assunto.

A redação aprovada ainda traz maior efetividade ao Poder Judiciário, uma vez que se evita a proliferação de decisões inúteis (todas as decisões conflitantes proferidas em primeiro grau de jurisdição em demandas repetitivas) por meio da elaboração de uma única decisão definitiva pelo tribunal que abarca todos os casos, desafogando o Judiciário e otimizando sua atuação.

2.2. Desistência do incidente

A desistência ou o abandono do incidente por parte do requerente não impedirá a análise do seu mérito, devendo o Ministério Público, desde que não seja o requerente, assumir a titularidade do incidente de resolução de demandas repetitivas (§§ 1º e 2º do artigo 976 do novo Código de Processo Civil e §§ 5º e 6º do artigo 988 do projeto de Código de Processo Civil).

No que atine à desistência do incidente de resolução de demandas repetitivas, observe-se o apontamento de Bueno¹⁶:

De acordo com o § 1º, a desistência ou o abandono da causa não impede o exame do mérito do incidente. Trata-se de regra similar à que é dada aos recursos extraordinários ou especiais repetitivos pelo parágrafo único do art. 998, buscando conciliar o interesse privado das partes (que desiste ou abandona a causa) e o interesse público residente na fixação de determinada tese jurídica.

14 BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010, Emendas ao Projeto de Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas.jsessionid=BE71B035610159801AFB9304EB3E1D23.node2?idProposicao=490267&subst=0>. Acesso em: 26 mar. 2013.

15 CUNHA, 2011, p. 262.

16 Idem, 2015, p. 614.

2.3. Competência para julgamento

A competência para julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas é, nos termos do artigo 978 do novo Código de Processo Civil, do órgão colegiado do tribunal competente.

Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.¹⁷

Pela redação do artigo 978 do novo Código de Processo Civil, entende-se que a definição do órgão colegiado competente deve ser levada a efeito pelo regimento interno dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais.

Esse, o escólio de Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹⁸:

A competência para julgar o IRDR é sempre de um tribunal. Dentro do tribunal, caberá ao órgão indicado pelo regimento interno a fixação da competência, devendo sempre recair sobre órgão responsável pela uniformização de jurisprudência na esfera do tribunal.

Vale destacar, no entanto, que o regimento interno do tribunal apenas poderá indicar como órgão aquele que possuir, dentre suas atribuições, competência para uniformizar jurisprudência.

O projeto de Código de Processo Civil previa que o órgão competente deveria ser integrado, em sua maioria, por desembargadores que compusessem órgãos fracionários com competência para julgamento da matéria objeto do incidente (§ 2º do artigo 991) e que, quando no julgamento do incidente ocorresse a hipótese do artigo 960 do projeto, a competência seria do plenário ou do órgão especial do tribunal (§ 3º do artigo 991). Normas semelhantes não constam na redação do novo Código de Processo Civil.

2.4. Juízo de admissibilidade

Trata-se da primeira fase de julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo a segunda o julgamento do mérito como se verá a seguir. Sobre a

17 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

18 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 915.

distinção das fases importa notar o posicionamento de Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas¹⁹: “O incidente possui duas fases bem delineadas – admissibilidade e mérito –, e o seu processamento e julgamento é da competência originária do tribunal estadual ou federal a que o juízo da causa seja vinculado”.

Sobre o tema em questão, importante a menção de Nery Júnior e Nery²⁰:

Cabe ao órgão colegiado competente, para o julgamento do incidente, verificar se os requisitos constantes do CPC 976 e seus parágrafos se fazem presentes. O CPC não faz menção ao cabimento de recurso contra a decisão que rejeita a instauração do incidente [...].

No juízo de admissibilidade, o tribunal deverá verificar se estão presentes os requisitos do artigo 976. Confira-se: “Art. 981. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976”.²¹

Sobre o juízo de admissibilidade importa destacar o Enunciado nº 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática”²².

Conforme visto anteriormente, caberá ao órgão colegiado do tribunal o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas.

2.5. Juízo de mérito – Suspensão dos processos e da prescrição

Importa destacar que, uma vez admitido o incidente, o relator deverá, na própria sessão em que se deliberar pelo seu cabimento, determinar a suspensão de todos os processos pendentes em primeiro e segundo grau de jurisdição que tratem da mesma matéria e que tramitem em sua área de competência (artigo 982, inciso I, do novo Código de Processo Civil e artigo 990, § 1º, inciso I, do projeto de Código de Processo Civil).

Referida norma também estava prevista no artigo 314 do projeto de Código de Processo Civil²³.

19 WAMBIER; DIDIER JR.; TALAMINI; DANTAS, 2015, p. 2.180.

20 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 1.972.

21 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

22 ENUNCIADOS..., 2015.

23 “Art. 314. Suspende-se o processo: [...] IV– pela admissão de incidente de resolução de demandas repe-

No novo Código de Processo Civil verifica-se essa redação no artigo 313, *in verbis*:

Art. 313. Suspende-se o processo:
[...]
IV- pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas;
[...].²⁴

O projeto de Código de Processo Civil previa que tal suspensão deveria ser informada a todos os juízes de cada comarca ou seção judiciária, mediante ofício elaborado pelo tribunal competente (§ 2º do artigo 990). No novo Código de Processo Civil consta:

Art. 982. Admitido o incidente, o relator:
[...]
§ 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.
[...].²⁵

Não se deve esquecer que, durante todo o prazo de suspensão dos processos, os juízes de origem poderão conceder medidas de urgência para a proteção do direito discutido (artigo 982, § 2º, do novo Código de Processo Civil e § 3º do artigo 990 do projeto de Código de Processo Civil).

Vale destacar que referida suspensão pode ser parcial, nesse sentido:

Importante lembrar que a suspensão poderá ser parcial. Imagine-se o caso de haver dois pedidos, só um deles envolvendo a tese jurídica que é objeto do incidente. O procedimento deve prosseguir para que seja decidida a outra pretensão, quando seu exame não depender da resolução da primeira. Isto significa que esta possibilidade depende do tipo de cumulação.²⁶

De acordo com o projeto de Código de Processo Civil, a prescrição das pretensões dos casos repetitivos também teria seu fluxo suspenso durante o julgamento do incidente de solução de demandas repetitivas (§ 5º do artigo 990). Todavia, o novo Código de Processo Civil não contemplou regra semelhante.

titivas; [...]” BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010, Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

24 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

25 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

26 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015. p. 1.406.

No entanto, em que pese a ausência de norma nesse sentido, pode-se concluir por meio de uma interpretação sistemática que há a suspensão da prescrição durante o julgamento do incidente.

A defender essa tese, pode-se mencionar o texto de Bueno²⁷:

A suspensão devia perdurar até o “trânsito em julgado do Incidente”. Instante em que os processos suspensos voltariam a tramitar normalmente. A despeito de a regra não ter sido preservada no último instante do processo legislativo, é possível chegar a ela por construção sistemática, sob pena de tornar o incidente em forma de eliminar processos, a serem fulminados pela prescrição, sem qualquer comprometimento com sua atuação prática e concreta. Mormente se o prazo a que se refere o art. 980 não for cumprido à risca.

No mesmo diapasão do Enunciado nº 206 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “a prescrição ficará suspensa até o trânsito em julgado do incidente de resolução de demandas repetitivas”²⁸.

Veja-se outra norma que constava no projeto e que não restou presente no novo Código de Processo Civil: no caso da suspensão dos processos, qualquer dos interessados poderia solicitar o prosseguimento do feito, demonstrando, para tanto, a distinção do seu processo com aquele tratado pelo tribunal e, até esse momento, tido como repetitivo (§ 4º do artigo 990). A distinção deveria ser demonstrada nos termos do § 6º do artigo 521²⁹.

Referido pedido deveria ser dirigido ao juízo onde tramitaria o processo suspenso, sendo que a decisão que analisaria tal pleito desafiaria agravo de instrumento.

Com relação à exclusão do regime de suspensão, assim entendem Marinoni, Arenhart e Mitidiero³⁰:

Determinada a suspensão dos processos envolvidos, pode surgir eventual conflito diante de algum processo específico, caso o juiz entenda que naquele processo a questão é diversa daquela submetida ao incidente de julgamento de processos repetitivos, não devendo ser suspenso; ou entendendo que o proces-

27 BUENO, 2015, p. 625.

28 ENUNCIADOS..., 2015.

29 “Artigo 521. [...] § 6º O precedente ou a jurisprudência dotados do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo podem não ser seguidos, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.” BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010, Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

30 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 916-917.

so envolve a mesma questão de direito, devendo a sua tramitação ser suspensa. Embora o código não discipline especificamente esta situação, é evidente que, discordando de qualquer uma dessas decisões, o interessado poderá requerer, ao próprio juiz onde tramita a demanda (ou ao relator, se a causa já tramita perante o tribunal), seja seu prosseguimento, seja sua suspensão, conforme o caso. Dessa decisão, caberá agravo de instrumento, na forma do art. 1015, II (ou agravo interno, se a causa já está sujeita à competência do tribunal).

Chama atenção a norma prevista no artigo 982, §§ 3º, 4º e 5º (artigo 997 do projeto de Código de Processo Civil), segundo a qual o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça poderão, mediante provocação dos legitimados para a propositura do incidente (partes, Ministério Público, Defensoria Pública), determinar a suspensão de todos os processos em trâmite no Brasil que versem sobre o mesmo tema para garantir a segurança jurídica.

Referida norma é fundamental para estender os benefícios do incidente para todo o território nacional, e não apenas para o território de competência do tribunal no qual se discute a resolução das demandas repetitivas.

Contudo, para que a suspensão seja estendida para todo o território nacional será necessário que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça reconheça que há razões de segurança jurídica (interesse social) que justifiquem a suspensão.

Dita o novo Código de Processo Civil:

Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

[...]

§ 4º Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto.³¹

Com efeito, quando, por ocasião de incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de

31 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

Justiça, ao receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal, constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a eficácia da medida a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial eventualmente interposto.

Não havendo a interposição do recurso extraordinário ou especial na espécie, a suspensão perderá o efeito.

2.6. Processamento do incidente – diligências

Admitido o incidente, o relator poderá requisitar informações ao juízo onde tramita o processo originário, que as deverá prestar no prazo de 15 dias improrrogavelmente. Na sequência, o Ministério Público deverá ser intimado para se manifestar no mesmo prazo (artigo 982, incisos II e III, do novo Código de Processo Civil e artigo 990, § 1º, incisos II e III, do projeto de Código de Processo Civil).

Ato contínuo, caberá ao relator ouvir as partes e todos os interessados, sendo que, por interessados, deve-se entender todas as pessoas, órgãos e entidades com interesse na solução da demanda.

Os interessados deverão se manifestar em 15 dias, requerendo, inclusive, a juntada de documentos ou a realização de diligências necessárias para a decisão da controvérsia. O Ministério Público deverá se manifestar em seguida, no mesmo prazo (artigo 983 do novo Código de Processo Civil e artigo 992 do projeto de Código de Processo Civil).

Frise-se que, conforme se depreende do § 1º do artigo 983 do novo Código de Processo Civil, para melhor instruir o incidente, poderá o relator designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

2.7. Do julgamento do incidente – eficácia da decisão

Finalizadas as diligências pertinentes, o relator deverá pedir data para julgamento do incidente (§ 2º do artigo 983 do novo Código de Processo Civil e artigo 993 do projeto de Código de Processo Civil).

Nessa data, o relator fará a exposição do caso, em seguida, o presidente dará a palavra ao autor e ao réu do processo originário e ao Ministério Público, sucessivamente, para sustentação oral de 30 minutos (alínea “a”, inciso II do artigo 984 do novo Código de Processo Civil e § 1º do artigo 994 do projeto

de Código de Processo Civil). No projeto havia previsão de possibilidade de prorrogação do prazo levando-se em conta o número de inscritos, faculdade não prevista no novo Código de Processo Civil.

No entender de Nery Júnior e Nery, os 30 minutos não deverão ser divididos entre o Ministério Público e as partes, cada um deve contar com esse prazo integralmente.

Deve-se entender que o prazo de 30 minutos – maior do que aquele previsto para os recursos – para as partes e para o MP, é individual, ou seja, 30 minutos para cada uma dessas pessoas. Isto porque, o § 2º especifica que os 30 minutos serão divididos entre todos os demais interessados previamente inscritos, indicando, a *contrario sensu*, que partes e MP não deverão dividir entre si o prazo de que dispõem.³²

Na sequência, a palavra será dada para os demais interessados, inscritos com dois dias de antecedência, que deverão dividir o prazo de 30 minutos; referido prazo poderá ser ampliado caso haja muitos inscritos (alínea “a” do inciso II e § 1º do artigo 984 do novo Código de Processo Civil e § 2º do artigo 994 do projeto de Código de Processo Civil).

Com relação ao julgamento do incidente, assim se manifestaram Marinoni, Arenhart e Mitidiero³³:

Na sessão designada para julgamento do incidente, após o relatório feito pelo relator, franqueia-se a palavra para o autor e o réu do processo onde foi suscitado o incidente, e posteriormente ao Ministério Público, por 30 minutos, depois, os outros interessados (art. 984, II, b, CPC) também poderão manifestar-se, também no prazo de 30 minutos, contanto que se inscrevam com dois dias de antecedência. Havendo muitos interessados, pode o colegiado ampliar o prazo para manifestação.

Como mencionado, a instauração do incidente será amplamente divulgada, mediante seu registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (artigo 979 do novo Código de Processo Civil e artigo 989 do projeto de Código de Processo Civil).

A publicidade mostra-se fundamental para permitir que todos tomem conhecimento do incidente, fazendo com que eventuais interessados e *amici curiae* possam intervir no feito.

Ademais, os tribunais deverão manter banco de dados atualizado com as questões de direito específicas analisadas no incidente, indicando, no mínimo, os funda-

32 NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 1.975.

33 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 918.

mentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos relacionados para que seja possível identificar as causas abrangidas pelo incidente.

Vale destacar que o órgão julgador, quando da decisão do incidente, deverá enfrentar todos os fundamentos suscitados pelas partes, sejam eles contrários ou favoráveis à tese fixada. Nesse sentido, o pensamento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero³⁴:

O julgamento do IRDR deve abranger todos os fundamentos suscitados a respeito da questão, favoráveis ou contrários à tese examinada, tenham eles sido deduzidos no processo de onde surgiu o incidente, tenham eles sido alegados por outros órgãos judiciários (art. 982, II) ou por outros interessados (art. 983, CPC).

O incidente deverá ser julgado no prazo de um ano, possuindo preferência sobre os demais feitos, salvo os processos que envolvam réus presos e os *habeas corpus*. Caso o prazo seja superado, cessará a eficácia suspensiva do incidente, exceto se houver decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

O prazo de um ano para o julgamento do incidente deve ser contado a partir da publicação do acórdão de admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas³⁵.

No projeto de Código de Processo Civil havia previsão de que referida norma também se aplicaria para a suspensão dos processos em todo o território nacional, que pode ser determinada pelos tribunais superiores.

A decisão do incidente será aplicada a todos os processos que tratem da mesma questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do tribunal (artigo 985 do novo Código de Processo Civil e artigo 995 do projeto de Código de Processo Civil), bastando executá-la.

No mais, se houver recurso (especial ou extraordinário) e a matéria for apreciada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versarem sobre a mesma matéria em todo o Brasil (artigo 987, § 2º).

A tese jurídica fixada pelo tribunal será aplicada também para os casos futuros que tratem da mesma questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal (inciso II do artigo 985 do novo Código de Processo Civil e § 1º do artigo 995 do projeto de Código de Processo Civil), bastando executar o título executivo judicial tal como ocorre nas ações coletivas.

34 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 918.

35 WAMBIER; DIDIER JR.; TALAMINI; DANTAS, 2015, p. 2.187.

Caso o processo envolva questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento deverá, obrigatoriamente, ser comunicado ao órgão ou à agência reguladora competente para a fiscalização do cumprimento da decisão (§ 2º do artigo 985 do novo Código de Processo Civil e § 2º do artigo 995 do projeto de Código de Processo Civil).

O projeto de Código de Processo Civil previa que, caso o incidente fosse instaurado em razão da existência de decisões conflitantes em torno de uma mesma questão de fato, sua decisão seria aplicada a todos os processos em que essa mesma questão fática fosse relevante para a solução da demanda (§ 6º do artigo 995 do projeto).

Já a redação final do Código de Processo Civil excluiu essa possibilidade, contudo, entende-se que seria importante admitir-se a instauração do incidente para evitar a existência de decisões conflitantes em torno de uma mesma questão de fato; sua decisão seria aplicada para todos os processos em que essa mesma questão fática fosse relevante para a solução da demanda. Tal previsão permitiria que, com a utilização do incidente, também os interesses individuais homogêneos fossem tutelados pelo instituto e não apenas os direitos coletivos.

Nesse momento, vale destacar também os argumentos contrários à possibilidade de instauração do incidente para a solução de conflitos decorrentes de mesma questão de fato. Em primeiro lugar, essa hipótese poderia representar uma maior demora no julgamento do incidente em decorrência da necessidade de produção de provas, não sendo aconselhável sob o prisma da celeridade processual.

No entanto, nesse embate entre celeridade e proteção dos direitos transindividuais, seria o caso de se admitir o incidente também para a proteção dos direitos individuais homogêneos, pois, mesmo que houvesse uma demora maior em seu julgamento, tal circunstância evitaria a existência de inúmeras ações versando sobre a mesma matéria de fato, de tal maneira que se teria maior celeridade posteriormente.

Com a aplicação do incidente, no entendimento de Alvim, “solucionam-se, a um só tempo, as questões pertinentes ao afogamento do Poder Judiciário e à uniformização das decisões judiciais”³⁶.

No que atine à aplicação da tese jurídica aos feitos que tramitem perante os Juizados Especiais, há quem diga tratar-se de norma materialmente inconstitucional:

Embora a parte final de referido dispositivo mencione, também, a aplicação do precedente no âmbito dos Juizados Especiais, entende-se que esta previsão é inconstitucional, tendo em vista a autonomia prevista no art. 98, inciso I, da CF.

36 ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 191, p. 311, jan. 2011.

Afinal, os Juizados Especiais não estão subordinados, jurisdicionalmente, aos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais.³⁷

Importa destacar que o acórdão deverá, em sua fundamentação, conter a análise de todos os fundamentos (contrários e favoráveis) suscitados pelas partes e interessados (§ 2º do artigo 984 do novo Código de Processo Civil).

Com relação aos efeitos da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, assim se manifestou Montenegro Filho³⁸:

Além disso, a utilização do incidente permitirá a pacificação da jurisprudência na mesma base territorial do órgão encarregado do julgamento do incidente. Em termos práticos, os conflitos são solucionados através da análise e do julgamento de um caso piloto, cuja solução propaga, para atingir todas as demais ações que versem sobre a mesma matéria.

2.8. Da revisão da tese

A tese fixada no bojo do incidente pode ser revisada pelo tribunal de ofício ou a pedido dos legitimados do inciso III, do artigo 977 (Ministério Público e Defensoria Pública).

Ressalta-se, nesse ponto, que a redação final do código (artigo 986) acabou por excluir a possibilidade de as partes solicitarem a revisão da tese firmada pelo tribunal, reservando tal faculdade apenas para o Ministério Público e para a Defensoria Pública. Nesse ponto, acredita-se que seria necessária uma alteração legislativa que permitisse que todos os legitimados para a propositura do incidente pudessem solicitar sua revisão, até mesmo porque quem pode o mais pode o menos.

No mesmo sentido, o entendimento de Bueno, que também avalia ser possível a revisão da tese firmada pelo tribunal em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas pelas partes. Contudo, lastreia tal entendimento na inconstitucionalidade formal da norma que foi responsável por essa restrição.

O texto dos arts. 976 a 987 não encontra correspondência exata em nenhum dos dois Projetos, nem no do Senado, nem no da Câmara. A redação de cada um daqueles dispositivos, com efeito, foi bastante alterada na derradeira etapa do processo legislativo. Nisto não decorre, contudo, automática violação ao art. 65, parágrafo único, da CF na medida em que seja possível encontrar as regras correspondentes nos trabalhos legislativos. [...] Há exceções,

37 OLIVEIRA, 2015, p. 113.

38 MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 404.

contudo. [...] Outra decorre do desdobramento do inciso II do art. 977 no âmbito da revisão a que o texto do novo CPC passou antes de ser enviado à sanção presidencial. O novo inciso III que acabou surgindo no art. 977 gerou a restrição dos legitimados para a revisão da tese firmada no incidente, como se pode verificar no art. 986.³⁹

Com relação ao procedimento da revisão, dada a ausência de qualquer previsão do código, entende-se que se deva aplicar o mesmo procedimento de revisão das súmulas vinculantes. Nesse diapasão, o entendimento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “A revisão de tese fixada em IRDR pode dar-se de ofício ou a requerimento dos legitimados para o incidente, nos mesmos termos em que se pode revisar precedente obrigatório (art. 927, §§ 2º a 4º, CPC)”⁴⁰.

2.9. Dos recursos cabíveis

Das decisões proferidas pelo relator durante o processamento do incidente pode-se interpor agravo interno – nos termos do artigo 1021 do novo Código de Processo Civil (como, por exemplo, em face da decisão que rejeita a intervenção de qualquer interessado) – ou embargos de declaração – nos termos do artigo 1022 do novo Código de Processo Civil.

Já o acórdão que decide o incidente desafia recurso especial e extraordinário (artigo 987 do novo Código de Processo Civil e artigo 995, § 4º, do projeto de Código de Processo Civil), que serão recebidos nos efeitos suspensivo e devolutivo, ficando presumida a repercussão geral (§ 1º do artigo 987 do novo Código de Processo Civil e artigo 998 do projeto de Código de Processo Civil).

No mesmo diapasão, o entendimento de Bueno⁴¹ ao tratar de decisão relativa à admissão ou inadmissão do incidente:

Se for preferida decisão monocrática em um ou em outro sentido, a despeito da expressa indicação legal no sentido acima evidenciado, é irrecusável a pertinência do agravo interno para o colegiado competente, sempre de acordo com o Regimento Interno de cada Tribunal (art. 1021). O *error in procedendo*, na hipótese, cabe frisar, será evidente a justificar não só o cabimento (já que se trata de decisão monocrática), mas também o provimento do recurso (já que viola, as escancaras o art. 981). Da decisão colegiada, a hipótese poderá, ao menos em tese, ensejar o seu desafio por recurso especial (por violação ao art. 976) e, mesmo provavelmente, recurso extraordinário (por violação a algum

39 Bueno, 2015, p. 612-613.

40 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 919.

41 Ibidem, p. 621.

princípio constitucional, quicá o da isonomia, o da eficiência processual ou, ainda, o da razoável duração do processo). A pertinência dos recursos especial e extraordinário, contudo, pressupõe que o incidente (e, no particular, sua admissibilidade) seja considerado *causa* para os fins do inciso III dos arts. 105 e 102 da CF, respectivamente. (grifo do autor).

Regramento do novo Código de Processo Civil:

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.⁴²

Norma constante no projeto:

Art. 995. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

[...]

§ 4º Da decisão que julgar o incidente caberá, conforme o caso, recurso especial ou recurso extraordinário.

Art. 998. O recurso especial ou o recurso extraordinário, que impugna a decisão proferida no incidente, tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.⁴³

O projeto previa que não seria necessário nem mesmo realizar o juízo de admissibilidade de referidos recursos na origem⁴⁴.

Todavia, norma semelhante não consta no novo Código de Processo Civil.

42 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

43 BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010, Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

44 “Art. 999. Na hipótese prevista no art. 998, interposto o recurso, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.” BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010, Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

Nesse ponto, impõe-se destacar que mesmo o *amicus curiae* tem legitimidade para recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas: “Art. 138 § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”⁴⁵. Havia essa mesma norma no projeto.

Ressalte-se que a possibilidade de recurso por parte do *amicus curiae* pode representar uma maior demora no julgamento do incidente, não sendo aconselhável sob o prisma da celeridade processual, como já dito anteriormente.

No caso de desrespeito à decisão do incidente, a parte prejudicada poderá valer-se de reclamação a ser dirigida ao tribunal que proferiu a decisão (§ 1º do artigo 984 do novo Código de Processo Civil e artigo 1.000 do projeto de Código de Processo Civil).

Ademais, é preciso notar que no incidente de resolução de demandas repetitivas não há a exigência de custas processuais, conforme norma insculpida no § 5º do artigo 976 do novo Código de Processo Civil.

3. Conclusão

Em poucas linhas, esse é o procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de Código de Processo Civil, com o qual se pretende conferir maior celeridade ao Poder Judiciário nacional.

Contudo, em que pese toda a argumentação em favor do incidente, vale destacar a visão de Marinoni e Mitidiero⁴⁶, que acreditam ser improvável o sucesso do instituto:

É bem intencionada sua previsão, na medida em que visa a promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada. É improvável, contudo, que consiga atenuar a carga de trabalho da jurisdição. A simplificação do procedimento para julgamento das demandas repetitivas não implica desaparecimento das causas das estatísticas do Judiciário, nem tem o condão de evitar, em regra, o ajuizamento de demandas para obtenção da tutela do direito pelos interessados. Para promover esses objetivos em especial, talvez fosse o caso de insistir no aperfeiçoamento do nosso sistema de tutela coletiva dos direitos – na linha das *class actions* estadunidenses, cujos resultados nessa direção contam com o sólido testemunho da história a seu favor.

45 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

46 MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 178.

Discorda-se desse posicionamento tendo em vista que o incidente também representa uma maneira de fortalecer o sistema de tutela coletiva, uma vez que visa ao julgamento de processos em massa, circunstância que efetivamente pode trazer um alento ao já assoberbado Poder Judiciário.

Nesse sentido, o entendimento de Cunha⁴⁷: “Para examinar e solucionar essas situações repetitivas, as regras processuais previstas no Código de Processo Civil revelam-se inadequadas, sendo necessário adotar os mecanismos de tutela de direitos coletivos”.

No mesmo diapasão, o ensinamento de Alvim⁴⁸, que entende que a norma que trata do incidente no projeto de Código de Processo Civil “[...] parece-nos promissora, e deverá aliviar a carga de ações repetitivas nos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais”.

Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 191, jan. 2011.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Parte Geral. 11. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOÁRIO, Diego Martinez Fervenza. O Incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Novo Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79579-justica-em-numeros-permite-gestao-estrategica-da-justica-ha-10-anos>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 19 jun. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. DOU

47 CUNHA, 2011, p. 256.

48 ALVIM, 2011, p. 310.

- 09/11/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.
- _____. Lei nº 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.
- _____. Anteprojeto de Código de Processo Civil - Projeto de Lei nº 166/2010, Novo Código de Processo Civil. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2013.
- _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. (revogado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 26 mar. 2013.
- _____. Projeto de Lei nº 8.046/2010, Emendas ao Projeto de Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas;jsessionid=BE71B035610159801AFB9304EB3E1D23.node2?idProposicao=490267&subst=0>. Acesso em: 26 mar. 2013.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010, Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 26 mar. 2013.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. v. 2, t. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 193, p. 255, mar. 2011.
- DANTAS, Bruno. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 2.178-2.198.
- DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil: processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

- DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2015.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. 6. ed. São Paulo: Positivo, 2004.
- FUX, Luiz (Coord.). *Novo CPC comparado*. São Paulo: Método, 2015.
- GOMES, José Renato Rocco Roland. *Amicus Curiae e o projeto de novo Código de Processo Civil*. *Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 37, p. 41-52, 2013.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 185, p. 244, jul. 2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINELLI, Célia Regina Gonçalves. *O acesso à justiça e a efetividade como pressupostos da ordem jurídica: a dimensão social do processo*. 2003. Monografia apresentada e aprovada como requisito para a obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. São Paulo: RT, 2015a.
- _____; _____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015b.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MONFARDINI, Luciano Pasoti. *Efetividade do processo civil moderno*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2003.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Projeto de novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- OLIVEIRA, Guilherme J. Braz de. Técnicas de uniformização da jurisprudência e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, ano XXXV, n. 126, maio 2015.
- PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus Curiae* no Projeto de Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 220, jun. 2013.
- REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de Segurança*: individual e coletivo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 753-754.
- ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 45-50.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2013.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PROCESSO: 1000167-337311/2004 (559/2000/1989) – APENSO 16847-479340/2016 (29999/2015)

PARECER: PA nº 52/2016

INTERESSADO: CLÁUDIA AFONSO

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. TERMO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO PARA INVALIDAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ATO DE APOSENTAMENTO. Jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o cômputo desse prazo tem início apenas com o registro da jubilação, pelo respectivo Tribunal de Contas. Orientação há muito assentada na premissa de que o ato de aposentadoria constituiria ato administrativo complexo. Análise de julgados do STF, a revelar que a Suprema Corte vem sendo tomada por dúvidas acerca da consistência do entendimento vigente, sobretudo em razão das sérias ameaças que impinge aos princípios da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa. Relevantes manifestações do Procurador Geral da República e do Superior Tribunal de Justiça, as quais sustentam que o ato de aposentadoria configuraria ato administrativo composto. Tese sustentada pelo STF que, atualmente, não encontra eco na doutrina, nem se amolda à feição do controle de legalidade efetuado pela Corte de Contas, nos termos do artigo 71, III, da Constituição Federal. Reconhecida repercussão geral da matéria no bojo do RE nº 636.553/RS, *sub judice*. Enquanto não julgado esse recurso, afigura-se recomendável a manutenção da tese veiculada no Parecer PA nº 273/2004, no sentido de que, sendo o ato de aposentação um ato administrativo simples, o termo a quo do prazo decadencial para declaração de sua nulidade coincide com a data da produção do ato na seara administrativa. Orientação que melhor satisfaz aos influxos da Segurança Jurídica. Legítima confiança dos administrados. Precedentes: **Pareceres PA nº 213/2004, 273/2004, 96/2009, 75/2015 e 37/2016.**

1. O presente processo vem a esta Especializada em virtude de divergência instalada entre a Consultoria Jurídica da Secretaria da Educação – CJ/SE e a Consultoria Jurídica da São Paulo Previdência – CJ/SPPREV quanto ao termo a quo do prazo para invalidação administrativa dos atos de aposentadoria.
2. Com efeito, no caso dos autos, a portaria de concessão de aposentadoria à servidora Cláudia Afonso foi publicada em 23 de junho de 2004, mas o registro desse jubramento pelo Tribunal de Contas do Estado ocorreu apenas em 31 de março de 2006.
3. Evidenciada a nulidade do ato, a CJ/SE, seguindo a orientação vigente na Procuradoria Geral do Estado desde a aprovação do Parecer PA nº 273/2004, sustentou que o prazo decadencial para a invalidação, iniciado com o aperfeiçoamento da aposentadoria na esfera administrativa, já teria decorrido.
4. A CJ/SPPREV, porém, escudada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a aposentadoria teria natureza de ato administrativo complexo, defendeu que o prazo decadencial em tela apenas começara a fluir na data do registro da jubilação pelo Tribunal de Contas e, portanto, ainda estaria em curso.
5. Considerando o dissenso quanto à matéria de indiscutível repercussão, a Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral encaminhou os autos para análise da Procuradoria Administrativa.

Feito o relato do essencial, passo a opinar.

6. Consoante referido, por meio do presente opinativo, almeja-se esclarecer, nas situações em que verificada a nulidade de atos de aposentação, qual seria o termo *a quo* para a contagem do prazo previsto no artigo 10, I, da Lei Estadual nº 10.177/1998, *verbis*:

Artigo 10 - A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando:

I - ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção;

II - da irregularidade não resultar qualquer prejuízo;

III - forem passíveis de convalidação.

7. Cumpre perquirir, portanto, qual o momento em que ocorre a “produção” do ato de aposentadoria, marco a partir do qual o prazo decenal para invalidação administrativa do indigitado ato começa a fluir.
8. Considerando que a “produção” do ato administrativo corresponde ao “esgotamento de todas as fases necessárias à sua formação”¹, de rigor buscar,

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 390.

nas normas atinentes ao tema, quais os elementos indispensáveis ao aperfeiçoamento do ato de aposentadoria.

9. No plano constitucional, é possível extrair, do artigo 40, § 20, da *Lex Legum*², que o ato concessivo de aposentadoria de servidores públicos compete ao órgão gestor único do respectivo regime de previdência. Assim é que, quanto aos funcionários paulistas, o ato de jubramento em regra incumbe à São Paulo Previdência³.
10. A seu turno, no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, localizamos normas que indicam que, publicado o ato concessivo de aposentadoria, esta passa a surtir todos os efeitos que lhe são inerentes⁴: desfaz-se o vínculo funcional entre o servidor e a Administração, cessando o dever daquele de exercer suas funções e a obrigação desta de pagar-lhe a remuneração fixada em lei; o cargo até então ocupado pelo servidor torna-se vago; tem início o direito à percepção dos proventos.
11. Em uma primeira aproximação, portanto, poder-se-ia concluir que o ato de aposentadoria é um ato administrativo simples⁵, que decorre apenas da declaração de vontade do gestor do RPPS, órgão responsável por verificar se o servidor cumpriu os requisitos exigidos para a aquisição do direito a esse benefício previdenciário e publicar a portaria de concessão, a partir da qual o jubramento surtirá todos os efeitos. Logo, o prazo decenal previsto no artigo 10, I, da Lei Estadual nº 10.177/1998 iniciaria fluência na data da publicação da portaria de concessão da aposentadoria.
12. Ocorre que, seguindo a tradição de cartas anteriores, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 71, III, prevê que o Tribunal de Contas apreciará, para fins de registro, a legalidade das concessões de aposentadorias pelo

2 § 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X.

3 Diz-se “em regra” porque o artigo 3º, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 1.010/2007 contém a seguinte disposição: “§ 2º - O ato de concessão dos benefícios para o membro ou servidor do Poder Judiciário, da Assembleia Legislativa, do Tribunal de Contas do Estado, do Ministério Público, da Defensoria Pública e das Universidades será assinado pelo chefe do respectivo Poder, entidade autônoma ou órgão autônomo, que o remeterá, em seguida, à SPPREV para formalização, pagamento e manutenção”.

4 Artigo 228 - A aposentadoria prevista no item III do art. 222 produzirá efeito a partir da publicação do ato no “Diário Oficial”.

Artigo 229 - O pagamento dos proventos a que tiver direito o aposentado deverá iniciar-se no mês seguinte ao em que cessar a percepção do vencimento ou remuneração.

5 De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “atos simples são os que decorrem da declaração de vontade de um único órgão, seja ele singular ou colegiado” (*Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 222).

RPPS, “ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato”⁶.

13. Com base nessa norma, admitindo que o aposentamento seria resultado da conjugação de vontade de dois órgãos – aquele competente no âmbito do RPPS e o respectivo Tribunal de Contas – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona ao afirmar que a aposentadoria é ato administrativo complexo⁷, daí concluindo que o prazo decadencial para anulação de um jubramento não inicia fluência enquanto este não houver sido registrado. Nesse sentido, recentes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PERCENTUAL DE 26,06% (PLANO BRESSER). VIOLAÇÃO À COISA JULGADA E À SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES. INEXISTÊNCIA. ART. 54 DA LEI Nº 9.784/1999. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Nos termos da jurisprudência recentemente delineada, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, a eficácia temporal da sentença permanece enquanto se mantiverem inalterados os pressupostos fáticos que lhe deram suporte. 2. **O ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão é complexo e, portanto, aperfeiçoa-se somente após a sua apreciação pela Corte de Contas.** 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. (MS 25697, 1ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, j. 28/06/2016 – destaqueei).

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. PODERES DO RELATOR. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. ATO COMPLEXO. TERMO INICIAL DO PRAZO PREVISTO NO ART. 54 DA LEI 9.784/1999. RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA. MODIFICAÇÃO DO ESTADO DE FATO OU DE DIREITO. EXAURIMENTO DA EFICÁCIA DE SENTENÇA ACOBERTADA PELA COISA JULGADA. 1. [...] 2. **O ato de concessão de aposentadoria é complexo, de modo que**

6 Por força do artigo 75 da Constituição Federal, segundo o qual “as normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”, a Constituição Bandeirante contempla dispositivo de idêntico teor: “Artigo 33 - **O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: [...] III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e autarquias, empresas públicas e empresas de economia mista, incluídas as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;**” (destaquei).

7 Também segundo as lições de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “**atos complexos** são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. As vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato; há identidade de conteúdo e de fins” (*Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 223).

só se aperfeiçoa com o exame de sua legalidade e subsequente registro pelo Tribunal de Contas da União. Assim, enquanto não aperfeiçoado o ato concessivo de aposentadoria, com o respectivo registro perante a Corte de Contas da União, não há falar na fluência do prazo do art. 54 da 9.784/99, referente ao lapso de tempo de que dispõe a administração pública para promover a anulação de atos de que resultem efeitos favoráveis aos destinatários. Precedentes: MS 25561, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 21.11.2014; MS 27296, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe de 18.6.2014; e MS 28576, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 11.6.2014. 3. [...] (MS 27628, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 20/10/2015 – destaquei).

14. O entendimento é bastante antigo e ensejou não apenas a edição do enunciado nº 06 da súmula de jurisprudência do STF⁸, mas, mais recentemente, a aprovação da súmula vinculante nº 03 pelo Pretório Excelso⁹.

15. Seguindo essa trilha, a jurisprudência dominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INCORPORAÇÃO DE HORAS EXTRAS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. SUPRESSÃO DE VANTAGEM. APOSENTADORIA. ANÁLISE PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ATO COMPLEXO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA AFASTADA. SÚMULA 83 DO STJ. 1. **O aresto regional não se afasta da orientação jurisprudencial deste STJ, firme no sentido de que a concessão de aposentadoria é ato complexo, razão pela qual descabe falar em prazo decadencial para a administração revisar o benefício antes da manifestação do Tribunal de Contas.** (EREsp 1.240.168/SC, Rel. Ministro JOÃO

8 O enunciado da súmula nº 06, aprovado em sessão plenária de 13/12/1963, foi redigido nos seguintes termos: “A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário”. À época, vigia o artigo 77, III, da Constituição Federal de 1946, segundo o qual competia ao Tribunal de Contas “julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões”. Da leitura dos precedentes que ensejaram a aprovação do enunciado (RMS 10454, RMS 8610, RMS 9225, RMS 8657 e RMS 8657), colhe-se que o STF partiu da premissa de que a exigência de registro da aposentadoria pelo Tribunal de Contas impingia a este a natureza de ato complexo, cuja invalidação apenas poderia ser concretizada com o somatório das vontades da Administração e da Corte de Contas.

9 A súmula vinculante nº 03, aprovada em sessão plenária de 30/05/2007, estabelece que “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão” (destaquei). Da leitura dos precedentes que fundamentaram a edição desta súmula (MS 24.268, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 17.09.2004; MS 24.728, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.09.2005; MS 24.754, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18.02.2005; MS 24.742, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11.03.2005), bem como dos debates que a antecederam, depreende-se que a exceção nela consagrada é decorrência direta do entendimento segundo o qual o ato de aposentadoria apenas estaria aperfeiçoado depois de registrado pelo Tribunal de Contas.

OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/05/2012, DJe 18/05/2012). [...] 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1507000, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 07/06/2016 – destaquei).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CARÁTER INFRINGENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. APOSENTADORIA. ATO COMPLEXO. REVISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. ART. 54 DA LEI 9.784/99. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...] III. O entendimento firmado por esta Corte “opera no sentido de reconhecer o ato de aposentadoria do servidor público como sendo ato complexo que somente se perfaz após a homologação pelo Tribunal de Contas competente” (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 687.672/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/02/2016).

IV. O acórdão recorrido, ao proclamar a decadência, adotou solução que se encontra em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, sendo a concessão de aposentadoria ato complexo, descabe falar em um prazo decadencial para a Administração rever o benefício, antes da manifestação do Tribunal de Contas, com a respectiva homologação e registro do ato de aposentação. [...] (EDcl no REsp 1385413/SC, 2ª turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 05/04/2016 – destaquei).

16. Na mesma toada, doutrinadores como Hely Lopes Meirelles¹⁰ e Marçal Justen Filho¹¹ também sustentam que a aposentadoria configuraria ato administrativo complexo, aperfeiçoado apenas com seu registro pela Corte de Contas, termo *a quo* da fluência do prazo decadencial para sua invalidação.

17. Pois bem. Um primeiro olhar sobre esse cenário pode fazer crer que a empreitada a ser levada a cabo neste opinativo estaria concluída: diante da jurisprudência do Pretório Excelso que concede à Administração prazo mais dilargado para

10 Ao abordar o ato de aposentadoria, o doutrinador preceitua: “Sendo um ato complexo, ela só se aperfeiçoa com o ato de seu registro pelo Tribunal de Contas; daí estar o ato inicial que a concede submetido a condição resolutiva” (*Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 485).

11 Na obra “Curso de Direito Administrativo”, o professor ensina que “no âmbito da atividade administrativa, o exemplo típico de ato complexo é o da aposentadoria do servidor público, que se aperfeiçoa mediante manifestações de vontade do Chefe do Poder Executivo, mas depende de uma outra manifestação de vontade do Tribunal de Contas” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 402).

invalidar as aposentadorias inquinadas por nulidade, seria imperioso que a Procuradoria Geral do Estado perfilhasse tal entendimento, aparentemente mais benéfico ao interesse público.

18. Entretanto, curial atentar que qualquer resposta à dúvida jurídica em apreço repercutirá sobre a tensão existente entre dois princípios constitucionais igualmente indispensáveis à consecução do interesse público – legalidade e segurança jurídica¹², de forma que não se pode estabelecer, *a priori*, sem maior aprofundamento acerca do tema, qual entendimento seria efetivamente mais proveitoso à Administração.

19. E, aprofundando o estudo das decisões emitidas pela Corte Suprema, é possível concluir que, apesar de uníssona a jurisprudência a respeito do tema, os julgados apresentam uma série de inconsistências.

20. A valer, ao examinar os debates que precederam a aprovação da súmula vinculante nº 03, percebe-se que, a despeito da jurisprudência consolidada acerca da matéria, os eminentes ministros hesitaram quanto aos efeitos do registro previsto no artigo 71, III, da Constituição Federal.

21. De fato, embora tenham tomado por premissa para a redação do enunciado o entendimento de que a exigência de registro confere às aposentadorias, reformas e pensões o caráter de ato administrativo complexo, optaram por não fixar o mesmo entendimento quanto aos atos de admissão de pessoal que, por força da mesma norma constitucional, ficam igualmente sujeitos a registro pela Corte de Contas. A opção teve por justificativa exclusiva a circunstância do ponto ainda não haver sido devidamente debatido pelo STF.

22. Não obstante, em seguida, ao julgar o MS 26.353-9¹³, em que se examinou negativa de registro de ato de admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas da União, o Plenário da Suprema Corte assentou orientação exatamente oposta: estabeleceu que, diferentemente do registro do ato de aposentadoria, o registro do ato de admissão pelo Tribunal de Contas não lhe confere natureza de ato complexo, de maneira que o prazo decadencial para sua invalidação começaria a fluir no momento em que praticado no âmbito administrativo¹⁴. Eis a ementa do *decisum*:

CONTROLE EXTERNO - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - MOVIMENTAÇÃO FUNCIONAL - FATOR TEMPO - CONTRADITÓRIO. O ato de glosa do Tribunal de Contas da União na atividade de controle externo, alcançando situação constituída – ocupação de cargo por movimentação vertical (ascensão)

12 Hely Lopes Meirelles observa que “a prescrição administrativa, que, tecnicamente, é uma decadência, e a judicial impedem a anulação do ato no âmbito da Administração ou pelo Poder Judiciário. E justifica-se essa conduta porque o **interesse da estabilidade das relações jurídicas entre o administrado e a Administração ou entre esta e seus servidores é também interesse público, tão relevante quanto os demais**” (Op. cit., p. 210 – destaquei).

13 Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/09/2007.

14 Seguindo a mesma linha, em 17/12/2007, o Plenário do STF julgou o MS 26.628-7, Rel. Min. Cezar Peluso.

–, fica sujeito ao prazo decadencial de cinco anos previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99 e ao princípio constitucional do contraditório, presentes a segurança jurídica e o devido processo legal.

23. Da leitura do aresto produzido no bojo desse julgamento, infere-se que a decisão pela fluência do prazo decadencial, desde o momento em que realizada a admissão na esfera administrativa e pela exigência de contraditório prévio à negativa de registro do ato pela Corte de Contas, teve por fundamento os princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como os diversos dos matizes do princípio da segurança jurídica¹⁵.

24. Contudo, do indigitado julgado não é possível extrair uma *ratio* para o tratamento desigual conferido aos atos que o artigo 71, III, da Constituição Federal submete a registro da Corte de Contas, que não a circunstância de o ato de admissão não ter sido contemplado na parte final da súmula vinculante nº 03. É dizer, ressalvada a referência ao verbete, nenhum fundamento jurídico foi fornecido para subsidiar a tese de que aposentadorias, reformas e pensões não se aperfeiçoam antes do registro, podendo ser “desconstituídas” pelo Tribunal de Contas a qualquer tempo e sem prévio contraditório, ao passo que admissões consolidar-se-iam independentemente do registro, não podendo ser “desconstituídas” pela Corte de Contas sem prévio contraditório. Especialmente, não se elucidou o motivo pelo qual a negativa de registro de um ato de admissão depois de transcorrido o prazo decadencial implicaria ofensa à legítima confiança dos administrados, ao passo que a negativa de registro de aposentamentos a qualquer tempo não representaria ameaça à segurança jurídica.

25. As discussões travadas em tal oportunidade constituem forte indício de que a exceção posta no último trecho da súmula vinculante nº 03¹⁶ não foi suficientemente amadurecida pelos Ministros que a aprovaram. Confira-se:

Min. Cezar Peluso: “[...] embora eu tenha votado a favor da súmula, estou repensando seriamente a própria exceção que a súmula contempla, porque, não obstante o que esta Corte tem professado há muito tempo, me parece duvidosa a afirmação de que os registros de aposentadoria correspondam à categoria dos

15 Da manifestação do Min. Ayres Brito, colhe-se: “[...] há dois princípios, aqui, em jogo, ambos de matriz constitucional: o princípio da lealdade, um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa, a significar que a Administração Pública tem um compromisso ético com as expectativas que gerou na sociedade ao produzir seus atos. É o que os alemães chamam de proteção da confiança. E, depois, o seco princípio da segurança jurídica é reconhecidamente um dos principais elementos do estado de direito. O estado de direito a significar aquele estado que respeita o direito por ele mesmo criado ou a eficácia dos seus próprios atos, tem na segurança um elemento de definição, um elemento conceitual”.

16 Eis a redação do verbete: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

atos administrativos ditos complexos. Os atos administrativos complexos são aqueles que só se aperfeiçoam com o último ato de todos aqueles que deva integrar. Não é o caso do regime de aposentadoria”.

Min. Marco Aurélio: “É o caso! Porque o reconhecimento inicial dos proventos é precário e efêmero, tanto que o Tribunal de Contas da União, constatando, por exemplo, que o servidor não tem ainda tempo para aposentação, ele simplesmente glosa o que encaminhado pelo órgão de origem ou o servidor precisa retornar à prestação do serviço” [...].

Min. Cezar Peluso: “A tese não é pertinente ao caso, mas só quero observar que a eficácia não se desencadeia senão quando o ato se aperfeiçoa. Na aposentadoria, esta é tão eficaz que o provento é pago imediatamente”.

26. Mais tarde, no julgamento do MS 25.116, o Plenário do STF fixou orientação que consagra importante temperamento da regra posta na parte final da súmula vinculante nº 03.

27. No caso, impressionado com o fato de ter decorrido mais de seis anos entre a publicação do jubramento e a negativa de registro pelo Tribunal de Contas da União¹⁷, o Min. Ayres Brito lançou mão dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança para cunhar a tese de que as eventuais revisões desfavoráveis ao servidor, realizadas após cinco anos contados da data da chegada do processo de aposentadoria para registro do Tribunal de Contas, sujeitam-se a prévia observância do contraditório e da ampla defesa. Eis a ementa do *decisum*¹⁸:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA DE REGISTRO A APOSENTADORIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. [...] 3. A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da aposentadoria, consolidou afirmativamente a expectativa do ex-servidor quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; b) a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (*caput* do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de aposentadoria. 4. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que

17 Na hipótese, o autor do writ fora aposentado pelo IBGE por meio de portaria publicada aos 18/12/1998 e, sem prévio contraditório, deparou-se com negativa de registro do ato de aposentação efetivada pelo Tribunal de Contas da União aos 17/08/2004.

18 Julgamento em 08/09/2010.

não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade intersubjetiva ou mesmo intergrupar. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7^o e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). 5. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido *in albis* o interregno quinquenal, a contar da aposentadoria, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso IV do art. 5^o). 6. Segurança concedida¹⁹.

28. Examinando os debates havidos durante o julgamento do *mandamus*, vê-se nitidamente que, em respeito à recente súmula vinculante nº 03, os Ministros optaram por conceder a segurança sem alterar o entendimento vigente quanto à natureza do ato de aposentadoria²⁰. As divergências e dúvidas acerca do ponto, todavia, ficaram evidentes:

Min. Sepúlveda Pertence: “[...] é preciso distinguir onde haja um ato aperfeiçoado e onde não haja. O certo é que a concessão de pensão e a aposentadoria é um ato cujo aperfeiçoamento ficou subordinado a este controle do Tribunal de Contas. O que há antes é uma situação provisória”. [...]

Min. Marco Aurélio: [...] “O ato, não tenho a menor dúvida, é complexo. O encaminhamento da aposentadoria ao Tribunal de Contas é precário e efêmero.

19 Na mesma senda: AGRADO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TCU QUE CONSIDEROU ILEGAL ATO QUE INCLUIU NOVAS PARCELAS AOS PROVENTOS DO IMPETRANTE, NEGANDO-LHE REGISTRO. OCORRÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da impossibilidade de aplicação do prazo decadencial enquanto não ocorrer o aperfeiçoamento do ato complexo de concessão de aposentadoria, ou seja, até o julgamento do registro pelo TCU. Entretanto, **esta Corte reconheceu o direito ao contraditório e à ampla defesa, desde que o Tribunal de Contas não examine a legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão no prazo de cinco anos, contado da chegada do processo no TCU.** (Precedentes: MS 25.116/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 10/2/2011; MS 28.576/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 11/6/2014; MS 31.342-Agr/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 10/12/2012). 2. Conforme informações do próprio órgão, o ato foi disponibilizado ao TCU para análise em 22/1/2001 e julgado ilegal pelo Acórdão 2.955/2006, na sessão de 17/10/2006. Houve, portanto, o decurso de cinco anos necessário para que abrisse ao impetrante o direito à ampla defesa e ao contraditório. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 27.082 Agr/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/08/2015 – destaqui).

20 Relevante destacar que o Min. Cezar Peluso chegou a afirmar a necessidade de alteração do verbete e votou pelo reconhecimento da decadência, tendo sido seguido pelo Min. Celso de Mello.

Não há o aperfeiçoamento de uma situação jurídica a beneficiar o servidor”.

Min. Ayres Brito: “Também já afirmei, muitas vezes, que esse ato de aposentadoria, reforma e pensão tem natureza jurídica de ato complexo. Mas tenho lido ultimamente administrativistas de peso que afirmam que a natureza jurídica não é de ato complexo”.

Min. Joaquim Barbosa ponderou: “Então, vamos ter de rever toda a jurisprudência que diz o contrário”.

Min. Sepúlveda Pertence: “Também acho que não é ato complexo. Usei ato complexo por comodidade. É um ato ineficaz. [...]”.

Min. Ayres Brito: “A serventia do registro do Tribunal de Contas parece-me clara. É a seguinte: conferir ao servidor aposentado, registrado pelo Tribunal de Contas, o direito de crédito contra a Fazenda Pública permanentemente. Até então, ele não tem esse direito de crédito permanente. Ele passa a ter um direito de crédito permanente contra a Fazenda Pública após o registro pelo Tribunal de contas; mas o ato já ficou aperfeiçoado”.

29. Recentemente, ao julgar o MS 31.736²¹, que tinha por objeto situação em que mais de 20 anos fluíram entre a publicação do aposentamento e a negativa de registro do ato pelo Tribunal de Contas da União, o STF, não sem titubear, reiterou a orientação veiculada na súmula vinculante nº 03 e afastou a alegação de decadência. O Min. Roberto Barroso, no entanto, evocando o princípio da segurança jurídica, houve por bem conceder parcialmente a ordem, para garantir ao impetrante a manutenção dos proventos.

30. Em suma: o estudo dos julgados da Corte Suprema indica que, embora o STF insista em esposar a tese de que o prazo decadencial para invalidação do ato de aposentadoria começa a fluir com o registro pela Corte de Contas, tal entendimento não está livre de dúvidas no âmbito do próprio STF.

31. Esse estado de incertezas acerca da matéria tornou-se patente quando, ao reconhecer a repercussão geral do tema no bojo do RE 636.553²², o Pretório Excelso optou por não realizar o julgamento pelo Plenário Virtual, que costuma ser reservado às matérias pacificadas²³.

21 Rel. Min. Luiz Fux, j. 10/09/2013.

22 “Recurso extraordinário. 2. Servidor público. Aposentadoria. 3. Anulação do ato pelo TCU. Discussão sobre a incidência do prazo decadencial de cinco anos, previsto na Lei nº 9.784/99, para a Administração anular seus atos, quando eivados de ilegalidade. Súmula 473 do STF: Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Repercussão geral reconhecida” (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.06.2011).

23 Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio: “O tema merece o pronunciamento do Supremo, mas este deve ocorrer mediante a reunião daqueles que o integram, e não por meio da ficção jurídica que é a revelada pelo Plenário Virtual. A assim não se entender, o sistema hoje previsto – decorrente da Constituição Federal – de ser o extraordinário, de início, julgado pelo Colegiado, ficará ferido de morte”.

32. Importante considerar que o parecer emitido pela Procuradora Geral da República nos autos desse recurso extraordinário não ratifica a tese em vigor no STF. Deveras, o opinativo sustenta que a aposentadoria configura ato administrativo composto, cujo prazo para invalidação administrativa inicia fluência na data em que publicado o ato concessivo do aposentamento. Eis a ementa do parecer:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. APOSENTADORIA. APRECIÇÃO DE LEGALIDADE E REGISTRO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ATO ADMINISTRATIVO COMPOSTO. ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99: APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA DECADÊNCIA A CONTAR DA PUBLICAÇÃO DO ATO CONCESSIVO. EFEITO ATÍPICO PRELIMINAR OU PRODRÔMICO DO ATO DE APOSENTADORIA QUE IMPÕE A MANUTENÇÃO DOS SEUS EFEITOS QUANDO PRESENTES A BOA-FÉ, O LONGO TRANSCURSO DE TEMPO E A CONFIANÇA DO CIDADÃO NOS ATOS DO PODER PÚBLICO COMO PROJEÇÃO ÉTICO-JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS DESDE O ATO CONCESSIVO: GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. A aposentadoria, ainda que sujeita a registro pelo TCU, não constitui ato administrativo complexo. É que o conceito de ato administrativo complexo **pressupõe** a conjugação de vontades de órgãos diversos para a produção de um ato único ou de uma única finalidade administrativa. O TCU apenas aprecia a legalidade do ato concessivo (CF, art. 71, III). A vontade do TCU **não integra** o ato concessivo, que se consuma na esfera administrativa, não se conformando, portanto, à concepção unitária de ato complexo. 2. O controle de legalidade exercido pelo TCU sobre os atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, para fins de registro, se dá sobre o ato já praticado pela autoridade administrativa competente, razão pela qual a aposentadoria se qualifica como **ato administrativo composto** e não complexo. Por se tratar de controle de legalidade *a posteriori* de ato administrativo acabado, não há que se falar em inoperância dos efeitos da decadência. Aplicação do prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99 aos processos de contas que tenham por objeto a apreciação de legalidade dos atos concessivos de aposentadoria, reforma e pensão, a contar da data da publicação do ato de concessão inicial. **Doutrina e precedentes**. 3. O efeito atípico preliminar ou prodrômico **impõe a manutenção** dos efeitos do ato de concessão inicial da aposentadoria, reforma e pensão, quando presentes a boa-fé do beneficiário e o longo decurso de tempo entre o ato concessivo e a decisão da Corte de Contas, a evidenciar a confiança dos cidadãos nos atos do Poder Público como projeção subjetiva do princípio da segurança jurídica. 4. A proteção da confiança, enquanto um **valor constitucional** de ordem ético-jurídica e enquanto **projeção subjetiva** do princípio da segurança jurídica, **desautoriza** a Administração Pública a exercer o seu *imperium* de desconstituir ou anular as situações administrativas desconformes com o postulado da legalidade administrativa, quando revestidas de aparência de legalidade, de boa-fé e consolidadas no tempo por inércia do próprio ente público que as originou ou lhes deu causa. **Doutrina e precedentes**. 5. O controle externo exercido pelo TCU, caracterizado pela atividade de auditoria entre a Corte de Contas e a Administração Pública, **está sujeito** aos princípios

da boa-fé objetiva, da proteção da confiança e da segurança jurídica que se afirmam em favor do administrado quando não observada a duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), fazendo incidir sobre tal atividade a **indispensabilidade** de observância do *due process of law*. 6. Ultrapassado o prazo razoável de 5 (cinco) anos para a apreciação, pelo TCU, da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, **contado a partir da concessão administrativa**, deve ser oferecido aos interessados o contraditório e a ampla defesa. 7. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso extraordinário”.

33. Diante disso, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. NATUREZA JURÍDICA DO ATO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. EVIDENCIADOS O *FUMU BONI IURIS* E O *PERICULUM IN MORA*. LIMINAR CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A despeito de precedentes do STF segundo os quais o ato de concessão de aposentadoria seria ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se apenas com o registro no Tribunal de Contas, a existência de parecer favorável e de julgados em sentido contrário indica a possibilidade de alteração desse entendimento.

2. Terceira Seção do STJ decidiu que a aposentadoria de servidor público constitui ato administrativo composto, e não complexo, que se perfaz independentemente da vontade do Tribunal de Contas²⁴.

24 Eis a ementa do aludido julgado: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. ANULAÇÃO. ATO COMPOSTO E NÃO COMPLEXO. EXAME DA LEGALIDADE. SUJEIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS AO PRAZO DECADENCIAL PREVISTO EM LEI. 1. Conquanto venha sendo repetida como verdadeiro dogma a premissa adotada em julgados recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o ato de aposentadoria de servidor público estaria inserido na categoria dos atos administrativos complexos e dependeria, para se aperfeiçoar, da manifestação favorável do Tribunal de Contas, não encontra respaldo na teoria administrativista mais atual. Conforme bem salientado no acórdão objeto dos embargos de divergência, “a aposentadoria de servidor público não é ato complexo, pois não se conjugam as vontades da Administração e do Tribunal de Contas para concedê-la. São atos distintos e praticados no manejo de competências igualmente diversas, na medida em que a primeira concede e o segundo controla sua legalidade”. 2. Por vício de legalidade, à administração é dado anular aposentadoria de servidor público, devendo tal prerrogativa ser exercida no prazo decadencial previsto em lei, salvo quando comprovada má-fé, iniciando-se a contagem com a publicação do ato, e não somente após o julgamento pelo Tribunal de Contas. Em outras palavras: ressalvada a hipótese de má-fé do beneficiário, em que a anulação tem lugar a qualquer tempo, o exame de legalidade do ato de aposentadoria deve ser realizado pela Corte de Contas em até 5 (cinco) anos da publicação, sob pena de ficar inviabilizado o desfazimento, ainda quando caracterizada alguma ilegalidade, por consumada a decadência do direito à anulação. 3. Caso em que a aposentadoria do servidor federal, publicada em 21/5/1998, foi julgada ilegal pelo Tribunal de Contas da União em 28/6/2005, donde a impossibilidade de anulação do ato, porquanto ultrapassado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos fixado pelo art. 54 da Lei nº 9.784/1999, cuja contagem se iniciou, por se tratar de aposentadoria concedida antes da vigência da referida lei, em 1º/2/1999, com término em 1º/2/2004. 4. Agravo regimental provido para se negar provimento aos embargos de divergência. (AgRg nos

3. Evidenciado o perigo da demora ante a notificação para que o servidor inativo opte entre o recolhimento da contribuição previdenciária relativa ao labor rural e o retorno imediato ao trabalho.

4. Agravo regimental desprovido²⁵.

34. Há, de fato, consistente corrente doutrinária²⁶ a advogar que o registro impingiria às aposentadorias dos funcionários públicos a natureza de ato administrativo composto²⁷. Todavia, também não são poucos aqueles que entendem tratar-se de ato administrativo simples.

35. Ora, a classificação do ato de aposentadoria como ato administrativo simples, composto ou complexo decerto depende dos reflexos que sobre ele emana o registro previsto no artigo 71, III, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 71. O **controle externo**, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...] III - **apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal**, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, **bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões**, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; (destaquei e grifei).

36. Malgrado o STF venha defendendo que o registro é parte integrante do ato de aposentadoria, o estudo acurado da atuação do Tribunal de Contas no cumprimento desse mister constitucional torna bastante difícil sustentar que o ato de aposentadoria dependeria do registro para fazer-se existente e eficaz.

37. Note-se: o simples fato de a Lei Maior prever que o ato concessivo de aposentadoria praticado pela Administração ficará sujeito a controle de legalidade pelo

EREsp 1047524 / SC, 3ª Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 14/05/2014).

25 AgRg no AgRg nos EDcl na MC 23607, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06/05/2015.

26 Nessa linha, dentre outros: MAFFINI, Rafael da Cás. “Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a Decadência da prerrogativa anulatória da Administração Pública”. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBD*. Belo Horizonte: ano 3, n. 10, jul./set. 2005; SILVA, Pedro Jainer Passos Clarindo da. “Aposentadoria e registro perante o tribunal de contas: crítica quanto à classificação jurisprudencial como ato administrativo complexo”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13835>. Acesso em: 08 ago. 2016. O mesmo entendimento foi defendido no Parecer PA nº 213/2004 que, quanto a este ponto, não mereceu aprovação das Superiores Instâncias da Procuradoria Geral do Estado.

27 Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “**Ato composto** é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundem-se vontades para praticar **um só ato**, no ato composto praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser **pressuposto** ou **complementar** daquele” (Op. Cit., p. 223).

Tribunal de Contas pode ser apontado como prova cabal de que a existência do ato precede o registro²⁸.

38. Luiz Henrique Lima, na obra “Controle Externo”, ensina que, ao analisar os atos de aposentadoria para fins de registro, os Tribunais de Contas apreciarão: (i) se os requisitos para a aquisição do direito ao benefício foram preenchidos; (ii) se os proventos foram adequadamente calculados; (iii) se o ato está fundamentado nos dispositivos corretos; (iv) se a data do início da eficácia é correta; (v) se o ato foi praticado pela autoridade competente²⁹.

39. Segundo o autor, a partir dessa análise, em regra apenas dois resultados são possíveis: ou a Corte de Contas considera hígido o ato praticado pelo órgão de origem e o homologa; ou o Tribunal constata alguma falha no ato de aposentação e deixa de registrá-lo, recomendando ao órgão competente que corrija as irregularidades verificadas. Caso não efetivadas as medidas para adequação do ato de aposentadoria aos termos da lei, então será o caso de o Tribunal de Contas negar-lhe registro definitivamente, o que acarretará a suspensão dos efeitos do ato.

40. De toda sorte, o Órgão de Controle jamais efetua, por si só, qualquer modificação no ato de aposentadoria³⁰, incumbência do órgão gestor do respectivo RPPS³¹.

28 Rafael Da Cás Maffini, no artigo “Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a Decadência da prerrogativa anulatória da Administração Pública”, observa: “[...] não se pode olvidar a passagem já devidamente celebrizada de Pontes de Miranda, no sentido de que a legalidade (ou validade) é atributo de atos que existem. Ou seja, tendo o Tribunal de Contas o mister de apreciar a legalidade (ou validade) dos atos sujeitos ao seu ato de registro, não se pode considerar tal apreciação uma manifestação volitiva componente ou requisito de sua formação” (In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBD*. Belo Horizonte: ano 3, n. 10, jul./set. 2005).

29 LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo – Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 6. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 323-329.

30 Este o entendimento do STF quanto à atuação do TCU no controle de legalidade das aposentadorias: “No exercício da sua função constitucional de controle, o TCU procede, dentre outras atribuições, a verificação da legalidade da aposentadoria e determina, tal seja a situação jurídica emergente do respectivo ato concessivo, a efetivação, ou não, de seu registro. **O TCU, no desempenho dessa específica atribuição, não dispõe de competência para proceder a qualquer inovação no título jurídico de aposentação submetido a seu exame.** Constatada a ocorrência de vício de legalidade no ato concessivo de aposentadoria, torna-se lícito ao TCU, especialmente ante a ampliação do espaço institucional de sua atuação fiscalizadora, recomendar ao órgão ou entidade competente que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, evitando, desse modo, a medida radical da recusa de registro. Se o órgão de que proveio o ato juridicamente viciado, agindo nos limites de sua esfera de atribuições, recusar-se a dar execução à diligência recomendada pelo TCU – reafirmando, assim, o seu entendimento quanto à plena legalidade da concessão da aposentadoria –, caberá a Corte de Contas, então, pronunciar-se, definitivamente, sobre a efetivação do registro”. (MS 21.466, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/05/1993 – destaquei).

31 Exatamente por isso, o STF entende que *a priori* não há que se cogitar de direito dos beneficiários a exercerem contraditório nesses processos de registro que correm no âmbito dos Tribunais de Contas. Diz-se “*a priori*” porque, como referido, o Pretório Excelso tem garantido Contraditório e Ampla Defesa aos beneficiários nas situações em que, desde a data da chegada do ato de aposentadoria para exame do Tribunal, decorre prazo superior ao previsto na lei de regência para a invalidação administrativa do indigitado ato (no âmbito da Administração Federal, o artigo 54 da Lei nº 9.784/1999 estabelece o prazo decadencial de cinco anos para invalidação dos atos administrativos).

41. A exegese do artigo 71, III, da Constituição Federal revela, então, que o registro da aposentadoria pelo Tribunal de Contas configura ato de controle de legalidade posterior, independente e que, apesar de reforçar a presunção de legitimidade da jubilação, não a compõe.

42. Diante disso e considerando que o aposentamento reveste-se de plena eficácia, exequibilidade e presunção de legitimidade a partir de sua publicação pelo respectivo RPPS, é forçoso admitir que o ato de aposentadoria tem natureza de ato administrativo simples, e não composto, espécie cuja executividade sujeita-se a uma vontade complementar³². Seguindo essa toada, os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho³³:

“Lavra funda divergência a respeito da **natureza jurídica** do ato de aposentadoria. Para alguns, trata-se de **ato complexo** formado pela manifestação volitiva do órgão administrativo somada à do Tribunal de Contas. Não nos parece correto semelhante pensamento. Cuida-se, com efeito, de atos administrativos diversos, com conteúdo próprio e oriundo de órgãos administrativos desvinculados entre si. No primeiro, a Administração, verificando o cumprimento dos pressupostos normativos, reconhece ao servidor o direito ao benefício da inatividade remunerada; no segundo, a Corte de contas procede à apreciação da legalidade do ato para fins de registro (art. 71, III, CF), o que caracteriza ato de controle **a posteriori**”.³⁴

43. Do ponto de vista técnico, destarte, cumpre reconhecer que assiste integral razão ao judicioso Parecer PA nº 273/2004³⁵, do qual se extrai:

32 Hely Lopes Meirelles ensina que o ato composto “é o que resulta da vontade única de *um órgão*, mas depende da *verificação por parte de outro*, para se tornar exequível” (*Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 176).

33 *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 645-646.

34 O autor prossegue: “Quando é a Administração que, indeferindo o pedido, denega a concessão da aposentadoria, o interessado, no caso de irrisignação, deve interpor o recurso administrativo ou promover a ação judicial em face da própria pessoa administrativa; [...]. Contrariamente, se a Administração concede a aposentadoria e o Tribunal de Contas não a aprova, recusando-se a registrar o ato concessivo, a coação passa a originar-se dessa Corte, e contra ela apenas deve o interessado, no caso do *mandamus*, pleitear a correção de eventual nulidade do ato de recusa. Como consequência da diversidade de referidos atos, a Administração – pelo autocontrole – ou o Tribunal de Contas – pelo controle externo – submetem-se ao prazo de cinco anos para anular ou alterar o ato de aposentadoria impondo gravame ao aposentado; não o fazendo, consuma-se a decadência em favor deste, tornando-se imutável o ato. A conclusão decorre do **princípio da segurança jurídica** e de seu corolário, o **princípio da proteção à confiança**, em ordem a evitar-se que o aposentado fique eternamente à mercê de decisão desfavorável do Poder Público. De fato, seria um absurdo que o servidor já venha fruindo normalmente sua aposentadoria quando, dez anos depois, o Tribunal de Contas resolva considerar o ato inválido ou passível de alteração. Ao admitir-se tal possibilidade, estar-se-á premiando a inércia, a desídia e a ineficiência da Administração controladora em desfavor do interessado, que, afinal, confiou no ato concessivo do benefício; tratar-se-ia de uma desproteção à confiança e à segurança jurídica”.

35 Parecerista Dr. Antonio Joaquim Ferreira Custódio.

A concessão de aposentadoria a quem satisfaça os requisitos legais não é ato do Tribunal de Contas, mas do órgão competente da administração [...]. Esse ato, como a generalidade dos atos administrativos, é dotado de presunção de legitimidade [...].

O registro é ato típico de fiscalização da legalidade e de controle orçamentário, mas nada acrescenta ao ato de concessão, conquanto reforce a presunção de legitimidade que o reveste.

44. Não se ignora que a classificação de um dado ato pode admitir inúmeras variáveis e que, se tomássemos, por exemplo, as lições de Themístocles Brandão Cavalcante ou Seabra Fagundes, poderíamos admitir que o registro integraria o ato de aposentadoria ao conferir-lhe “perfeição”³⁶, “validade definitiva” e “existência plena”³⁷, ou “executoriedade, em caráter definitivo”³⁸.

45. Contudo, parece-me difícil esposar entendimento extraído de doutrina produzida em passado distante, descolada da realidade³⁹ e do quadro normativo atual, quando em jogo se coloca a possibilidade de impingir forte vulneração à segurança jurídica, à proteção da confiança dos administrados, valor tão caro a nosso Estado Democrático do Direito.

46. Deveras, não se pode perder de vista que a opção por considerar o ato de aposentadoria simples, composto ou complexo implica determinar se o cômputo do prazo decadencial para invalidação desse ato terá início na data da publicação do ato concessivo ou na data de seu registro pela Corte de Contas, que poderá acontecer a qualquer tempo.

47. Conquanto, no procedimento de concessão de aposentadoria, o servidor seja cientificado de que sua inatividade será ainda submetida ao exame da Corte de Contas, é evidente que, com a publicação do ato concessivo, marco a partir do qual o jubramento passa a surtir todos os efeitos que lhe são próprios, o interessado já passa a ostentar legítima expectativa de que sua situação é estável. Ignorar essa realidade e defender que apenas o registro poderia criar tal expectativa é vulnerar o princípio da proteção à confiança, impingir grave mácula à segurança jurídica⁴⁰.

36 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 107-112.

37 FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 172.

38 Min. Victor Nunes Leal, no julgamento do MS 8657.

39 Importante ter em vista que, no âmbito do RPPS paulista, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não mais procede ao exame individualizado dos atos de aposentadoria a ele submetidos para registro. O que ocorre, atualmente, é uma análise por amostragem, que culmina em registros “em bloco”.

40 Nas hipóteses em que o registro demora longos anos a ocorrer é possível cogitar, ainda, de ofensa aos ditames da razoabilidade.

48. Ora, a decadência administrativa, instituto posto a serviço da segurança jurídica, intenta assegurar exatamente a legítima confiança dos administrados diante dos atos da Administração. Se, no caso das aposentadorias, essa confiança surge da publicação do ato concessivo, é deste momento que deve ser contado o prazo decadencial para eventual invalidação.

49. E não há falar que a tal conclusão se chega em detrimento da Legalidade. Celso Antonio Bandeira de Melo⁴¹, ao discorrer sobre a convalidação de atos administrativos inválidos pelo decurso do tempo, ensina:

[...] vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no direito administrativo do que no direito privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior. Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações – noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente – tem especial relevo no direito administrativo. **Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe o espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.** Portanto, não é repugnante ao direito administrativo a hipótese de convalidação dos atos inválidos⁴². (destaquei)

50. Daí que, diante da frágil jurisprudência do STF, não se afigura razoável abandonar, ao menos enquanto não julgado o RE 636.553 RG/RS⁴³, a tese veiculada no consistente Parecer PA nº 273/2004.

41 Seguindo a mesma linha de raciocínio, Gilmar Ferreira Mendes assevera: “No âmbito do Direito Administrativo tem-se acentuado que, não raras vezes, fica a Administração impedida de rever o ato ilegítimo por força do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido convém mencionar o magistério de Hans-Uwe Erichsen: ‘O princípio da legalidade da Administração é apenas um dentre os vários elementos do princípio do Estado de Direito. Este princípio contém, igualmente, o postulado da segurança jurídica (*Rechtssicherheit und Rechtsfriedens*) do qual se extrai a ideia da proteção à confiança. Legalidade e segurança jurídica enquanto derivações do princípio do Estado de Direito têm o mesmo valor e a mesma hierarquia. Disso resulta que uma solução adequada ao caso concreto depende de um juízo de ponderação que leve em conta todas as circunstâncias que caracterizam a situação singular (ERICHSEN, Hans-Uwe MARTENS, Wolfgang. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 6. ed. Berlim, p. 240.’. (*Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 261, nota 56).

42 Op. cit., p. 481.

43 Alerta-se que o julgamento deste recurso foi pautado para o dia 17/08/2016, mas acabou por não acontecer.

51. Por todo o exposto, conclui-se:

(i) em que pese a jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o prazo decadencial para invalidação do ato de aposentadoria inicia curso com o registro do ato pelo Tribunal de Contas, o estudo das decisões da Corte Suprema revela que esta vem sendo tomada por sérias dúvidas acerca da consistência de tal entendimento, fundado na premissa de que a jubilação teria natureza de ato administrativo complexo;

(ii) além da tese sustentada pelo STF não encontrar eco na doutrina atual, a Procuradoria Geral da República e o Superior Tribunal de Justiça vem defendendo que a aposentadoria constitui ato administrativo composto, cujo prazo decadencial para invalidação deve iniciar fluência desde que praticado na seara administrativa;

(iii) não obstante, o exame da natureza da atuação do Tribunal de Contas, ao proceder o controle de legalidade dos atos de aposentadoria nos moldes previstos no artigo 71, III, da Constituição Federal, revela que o registro não compõe o ato de aposentadoria o qual, conforme preceituado no Parecer PA nº 273/2004, configura ato administrativo simples;

(iv) diante disso e considerando que o cômputo do prazo decadencial para a invalidação administrativa do ato de aposentamento a partir da publicação deste é medida mais afeiçãoada ao princípio da segurança jurídica, afigura-se recomendável manter a orientação posta no Parecer PA nº 273/2004, ao menos enquanto não julgado o RE 636.553 RG/RS.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 18 de agosto de 2016.

JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 249.114

PROCESSO: 1000167-337311/2004 (559/2000/1989) – APENSO 16847-479340/2016 (29999/2015)

PARECER: PA nº 52/2016

INTERESSADO: CLÁUDIA AFONSO

A partir de extensa análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, o bem-lançado **Parecer PA nº 52/2016** identifica razões de sobra para que seja mantida, ao menos enquanto não julgado o Recurso Extraordinário nº 636.553⁴⁴, a corretíssima orientação jurídica que vem sendo defendida pela Procuradoria Geral do Estado há mais de uma década a respeito da natureza dos atos de aposentadoria e do respectivo registro realizado pelo Tribunal de Contas.

Nada tendo a acrescentar ao judicioso trabalho oferecido pela Dra. JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, endosso-o integralmente com homenagens à ilustre parecerista.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

P.A., em 2 de fevereiro de 2017.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa
OAB/SP nº 245.540

⁴⁴ Referido nos itens 31, 32, 50 (e nota de rodapé nº 43) e 51, IV, do parecer ora aprovado. Esse recurso não voltou à pauta de julgamento do Plenário do STF desde 17.8.2016 e os respectivos autos encontram-se, atualmente, conclusos com o Ministro Relator.

PROCESSO: 1000167-337311/2004 (559/2000/1989) – APENSO 16847-479340/2016 (29999/2015)

INTERESSADO: CLÁUDIA AFONSO

ASSUNTO: PROCESSO ÚNICO DE CONTAGEM DE TEMPO

Estou de acordo com o entendimento exposto no **Parecer PA nº 52/2016**, que contou com a aprovação da Chefia da Procuradoria Administrativa.

Ao Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

SubG-Consultoria, 25 de outubro de 2016.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO

Subprocuradora Geral do Estado

Consultoria Geral

PROCESSO: 1000167-337311/2004 (559/2000/1989) – APENSO 16847-479340/2016 (29999/2015)

INTERESSADO: CLÁUDIA AFONSO

ASSUNTO: PROCESSO ÚNICO DE CONTAGEM DE TEMPO

Aprovo o **Parecer PA nº 52/2016**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Retornem os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 31 de outubro de 2016.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado

Consultoria

147) CONSTITUCIONALIDADE. PRODUÇÃO E CONSUMO. Lei Estadual nº 15.868, de 23 de julho de 2015, que dispõe sobre medidas voltadas à segurança e ao conforto dos torcedores em jogos de futebol profissional, estabelece penalidades por descumprimento e dá providências correlatas. Veto parcial rejeitado, com promulgação dos dispositivos vetados pelo Presidente da Assembleia Legislativa. Tema submetido à competência concorrente. Conflito com dispositivos da Lei Federal nº 10.671, de 15 de maio de 2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor), editada pela União, que estabelece normas gerais sobre a matéria. Violação, pela lei estadual, do artigo 24, V e §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Viabilidade de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **(Parecer PA nº 68/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 04/11/2016)**

148) SERVIDOR PÚBLICO. DIREITOS E VANTAGENS. LICENÇA POR MOTIVO DE DOENÇA EM PESSOA DA FAMÍLIA. De acordo com o disposto no item 3 do § 2º do artigo 199 da Lei Estadual nº 10.261/1968, a licença por motivo de doença em pessoa da família não poderá exceder vinte meses por fato gerador desse direito. Esse prazo-limite deve ser contado considerando-se a soma de todas as licenças, consecutivas ou não, decorrentes de um

mesmo evento. Para fins de fixação do patamar remuneratório devido ao servidor durante o gozo desse benefício, o § 3º do artigo 199 da Lei Estadual nº 10.261/1968 estabelece que serão consideradas quaisquer licenças concedidas no interstício de vinte meses contados, sem interrupções, a partir da primeira concessão, independentemente do fato gerador do direito à licença. **(Parecer PA nº 51/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 04/11/2016)**

149) SERVIDOR PÚBLICO. EXAME DA COMPATIBILIDADE DO ARTIGO 2º DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA LCE Nº 1.202/2013 COM O ARTIGO 37, II, DA CF/1988 - PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Diploma que alterou a LCE nº 1.074/2008, para acrescentar, ao Subquadro de Empregos Públicos da Universidade de São Paulo, os empregos públicos de Professor de Educação Infantil – PROFEI/USP e Professor de Ensino Fundamental e Médio – PROFEM/USP. Dispositivo legal que conduziu à categoria de PROFEI/USP os servidores lotados nas Unidades de Educação Infantil da USP, em exercício de funções de magistério, que ocupavam empregos públicos pertencentes às categorias de Educador e Técnico de Apoio Educativo, portadores de habilitação exigida pela Lei Federal nº 9.394/1996. Transposição não caracterizada. Norma que se enquadra nas hipóteses em que o STF admite alteração da nomenclatura

de cargos, empregos e funções no contexto de reestruturação administrativa, desde que verificada compatibilidade funcional, remuneratória e identidade de requisitos de acesso entre a categoria para a qual os servidores contemplados prestaram concurso público e aquelas para a qual a nova lei os conduziu. Identidade de funções desenvolvidas por Técnicos de Apoio Educativo e Educadores, nas Unidades de Educação Infantil da USP, que impede que se reconheça, na diferença remuneratória entre os empregos de Técnico de Apoio Administrativo e PROFEI/USP, indício de burla ao princípio do concurso público. Precedente: **Parecer PA-3 nº 141/2002. (Parecer PA nº 73/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 04/11/2016)**

150) SERVIDOR TRABALHISTA. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR.

Lei Complementar Estadual nº 1.183, de 30/08/12, que criou a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares e atribuiu-lhe competência para “realizar procedimentos disciplinares punitivos” em face de servidores autárquicos, inclusive submetidos ao regime jurídico da CLT. Viabilidade de extensão analógica do art. 63 da Lei nº 10.177/98 para disciplinar processo a ser instaurado no âmbito da PPD, quando não houver a autarquia disciplinada a matéria em regulamento. Viabilidade de enquadramento das condutas tidas por irregulares no artigo 482 da CLT. Desnecessidade de adequação formal dos regulamentos disciplinares das autarquias à nova lei, eis que esta já se operou “ex vi legis”. Condutas definidas em lei como “falta grave” são aptas a ensejar a rescisão contratual por justa causa, mesmo quando não referidas expres-

samente no regulamento disciplinar. **(Parecer PA nº 39/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 04/11/2016)**

151) CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 15.832, DE 15 DE JUNHO DE 2015, QUE INSTITUIU O SELO AMIGO DO IDOSO.

Projeto de lei de iniciativa parlamentar, vetado pelo Governador do Estado. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição do veto total oposto pelo Governador. Violação dos artigos 2º, 61, parágrafo 1º, inciso II, “e” c.c. artigo 84, inciso VI, “a” e 165, inciso III, da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Precedentes: Pareceres PA nº 37/2004, 111/2006, este na forma da manifestação da Chefia desta Especializada, e 63/2015. **(Parecer PA nº 60/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 10/11/2016)**

152) CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 15.852, DE 2 DE JULHO DE 2015, QUE DISPÕS SOBRE O FUNDO ESTADUAL DE COMBATE AO CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS POR JOVENS E ADOLESCENTES.

Projeto de lei de iniciativa parlamentar, vetado pelo Governador do Estado. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição total dos vetos opostos pelo Governador. Violação dos artigos 2º, 61, § 1º, inciso II, alínea “e”, c/c 84, inciso VI, alínea “a” e do artigo 165, *caput*, inciso III e § 5º, I, da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Precedentes: Pareceres PA nº

37/2004, 111/2006, este na forma da manifestação da Chefia da Procuradoria Administrativa. **(Parecer PA nº 61/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 10/11/2016)**

153) POLICIAL MILITAR. DIREITOS POLÍTICOS. MILITAR SUPLENTE DE CARGO ELETIVO. EFEITOS FUNCIONAIS. Exegese dos artigos 14, § 8º, 56 e 142, § 3º, V, da Constituição Federal. Policial militar da ativa, com mais de dez anos de serviço, diplomado como suplente. Considerando que o suplente a priori não se equipara ao “eleito”, a mera diplomação do militar suplente não implicará automática passagem para a inatividade. Apenas nas hipóteses de assunção do cargo eletivo em caráter definitivo o militar suplente deverá ser alçado à inatividade definitiva. Nas hipóteses de exercício do cargo eletivo em caráter temporário, o militar suplente deverá ser agregado, considerado em licença para tratar de interesse particular, nos termos do artigo 5º, V, do Decreto-lei Estadual nº 260/1970. **(Parecer PA nº 64/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 11/11/2016)**

154) DISCIPLINAR. DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL. AUTONOMIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA – ARTIGO 134, § 2º, CF/1988. COMPETÊNCIA PARA APLICAR PENALIDADES AOS MEMBROS E SERVIDORES DO SUBQUADRO DE CARGOS DE APOIO DA DEFENSORIA PÚBLICA. Constitucionalidade do artigo 19, XXIII, da Lei Complementar Estadual nº 988/2006 que, reproduzindo o disposto no artigo 134, § 2º, da Lei Complementar Nacional nº 80/1994, atribui ao Governador do

Estado a competência para aplicar as sanções de demissão e cassação de aposentadoria aos membros da Defensoria Pública do Estado. Norma geral, produzida pela União no exercício da competência concorrente, que vincula o legislador estadual. Entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 5286, sob o fundamento de que a autonomia funcional e administrativa não é irrestrita, encontrando limites na própria Constituição, que inseriu a organização das Defensorias dos Estados no âmbito da competência legislativa concorrente (artigos 24, XIII, § 1º e 134, § 1º, da CF/1988). Incidência do artigo 19, XXIII, da LCE nº 988/2006, sobre os servidores que integram o quadro de apoio da Defensoria Pública, por determinação do artigo 24 da LCE nº 1.050/2008, que também não implica mácula à autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública Estadual. **(Parecer PA nº 66/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 16/11/2016)**

155) VANTAGENS PECUNIÁRIAS. DIÁRIAS. Dúvidas suscitadas a partir da alteração promovida pelo Decreto Estadual nº 61.397, de 4 de agosto de 2015, que definiu o pernoite a que se refere o parágrafo 1º do artigo 5º do Decreto Estadual nº 48.292, de 2 de dezembro de 2003. Orientação firmada com a aprovação ao Parecer PA nº 417/2004, no qual se afirmou que será devida a concessão de diária integral sempre que o deslocamento exigir pernoite fora da sede de exercício, não importando a forma pela qual ele se operou. Orientação posta quando inexistente diretriz normativa sobre o assunto. Entendimento a ser conferido

ao parágrafo 5º do artigo 5º do Decreto Estadual nº 48.292/20003, segundo o qual caracteriza o pernoite a permanência do servidor no local de destino da viagem até as 4 (quatro) horas do dia seguinte. **(Parecer PA nº 53/2016 – Não aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 16/11/2016)**

156) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Estadual nº 16.269/2016, que dispõe sobre a comercialização de aparelho de telefonia móvel ou de “chip” que especifica, na modalidade pré-paga. Inconstitucionalidade formal. Norma que invade a competência da União para explorar os serviços de telecomunicações (artigo 21, XI, da Constituição Federal) e legislar privativamente sobre telecomunicações (artigo 22, IV, da Constituição Federal). Incidência do artigo 175 da Lei Maior, que alarga a competência da União para disciplinar a prestação de serviços de telecomunicações, abrangendo matérias como comercialização e uso de tais serviços – artigo 1º da Lei nº 9.472/1997. Matéria regulada pela Lei nº 10.703/2003. Proposta de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: **Pareceres PA nº 110/2003, 323/2004 e 32/2015. (Parecer PA nº 76/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 17/11/2016)**

157) PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. Vantagens pecuniárias. Gratificação pelo Desempenho e Apoio às Atividades Periciais e de Assistência à Saúde – GDAPAS. Lei Complementar Estadual nº 1.157, 2 de dezembro de 2011. Atribuída a servidores “*em exercício em unidades que estiverem ou vierem a ser integradas mediante decreto, no Sistema Único de Saúde do Estado de*

São Paulo – SUS/SP” (artigo 19, *caput*). Vantagem não permanente (ou precária) e eventual, não extensível aos inativos ou pensionistas alcançados pela regra da paridade. Totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo. Expressão que deve compreender o valor do vencimento acrescido das vantagens permanentes do cargo, dos adicionais e das demais vantagens pecuniárias incorporadas. Precedentes: **Pareceres PA nº 24/2010 e 80/2014.** Constitucionalidade das normas que estabelecem parâmetros temporais mínimos e limites percentuais à inclusão de determinadas verbas na base de cálculo dos proventos pagos segundo o regime da integralidade. Artigo 21, parágrafo 2º, da LCE nº 1.157/2011. A GDAPAS não deverá ser computada no cálculo da pensão concedida de acordo com o artigo 40, § 7º, inciso II, da Constituição Federal, uma vez que se cuida de vantagem não incorporada aos vencimentos, mas tão somente computável “*no cálculo dos proventos, à razão de 1/30 (um trinta avos) por ano de seu recebimento, se, na data da aposentadoria, o servidor estiver em exercício nas unidades que ensejaram a sua atribuição*”. Proposta de encaminhamento de cópia da orientação aprovada pelo Procurador Geral do Estado à Unidade Central de Recursos Humanos e à Subprocuradoria Geral do Estado da Área do Contencioso Geral. **(Parecer PA nº 12/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 02/12/2016, nos termos dos esclarecimentos do despacho de aprovação da Chefia da Procuradoria Administrativa)**

158) SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Extensão a aposentados e pensionistas albergados pela regra da paridade. Artigo 7º

da Emenda Constitucional nº 41/2003. Gratificação de Gestão Educacional – GGE, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.256, de 6 de janeiro de 2016. Vantagem de caráter eventual, uma vez que não é paga indistintamente a todos os integrantes da carreira, mas somente “*aos integrantes das classes de suporte pedagógico do Quadro do Magistério, em efetivo exercício na Secretaria da Educação*” (artigo 8º, *caput*), e desde que não estejam eles “*afastados para o exercício de funções estritamente administrativas*” (artigo 8º, parágrafo 2º). Constitucionalidade das normas que estabelecem parâmetros temporais mínimos e limites percentuais à inclusão de determinadas verbas na base de cálculo dos proventos pagos segundo o regime da integralidade. Artigo 13 da LCE nº 1.256/2015. Matéria pendente de apreciação superior. **Parecer PA nº 12/2016. (Parecer PA nº 13/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 02/12/2016)**

159) ATO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. REMOÇÃO POR PERMUTA. Ato administrativo discricionário, submetido a avaliação de conveniência e oportunidade pelo Procurador Geral do Estado. Artigo 103, inciso I, alínea b, da LC nº 1270/15. Alegada invalidade por omissão da informação de que uma das partes na permuta estava aprovada em outro concurso público, vindo a se exonerar logo após a remoção. O pressuposto da invalidação é a presença do vício de legalidade, que deve ser detectado por ocasião da emanção do ato. Exoneração que, à época em que proferido o ato, consistia em fato futuro e incerto. Ato administrativo que, por sua natureza, dispensa a indicação dos motivos de fato determinantes da

decisão da autoridade. Impossibilidade de comprovar existência de vício na análise de conveniência formulada pela autoridade. **(Parecer PA nº 63/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 05/12/2016)**

160) INATIVIDADE. POLICIAL MILITAR REFORMADO POR INVALIDEZ OU INCAPACIDADE FÍSICA. A competência para disciplinar a respeito da transferência dos policiais militares para a inatividade é estadual (art. 42, § 1º, c.c. art. 142, § 3º, inciso X, da CF). Reforma por invalidez ou incapacidade física disciplinada pelo Decreto-lei nº 260/70. Sujeição a pressupostos que diferem, em parte, daqueles aplicáveis à aposentadoria por invalidez dos servidores públicos e do RGPS. Exercício profissional de atividade remunerada após a inatividade por invalidez ou incapacidade física. Parecer PA-3 nº 380/93, que, analisando caso concreto de servidor público civil aposentado por invalidez, conclui no sentido da viabilidade da acumulação de proventos de inatividade com vencimentos do cargo em comissão. Não obstante a inatividade dos policiais militares estaduais seja disciplinada por legislação específica, o entendimento consignado no Parecer PA-3 nº 380/93, na parte em que admite o exercício de atividade remunerada após a inativação por invalidez, pode ser aplicado aos militares para autorizar, em tese, a manutenção dos vencimentos decorrentes de reforma por invalidez, mesmo que o interessado volte a exercer atividade remunerada. As situações concretas devem ser submetidas ao crivo da Consultoria Jurídica da SPPREV para avaliar a viabilidade de cumulação do benefício de inatividade com outras espécies de

remuneração. Viável, no caso concreto submetido, a acumulação dos vencimentos decorrentes da reforma por invalidez com remuneração do cargo em comissão. **(Parecer PA nº 23/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 05/12/2016)**

161) VANTAGENS PECUNIÁRIAS. INCORPORAÇÃO. Artigo 133 da Constituição Estadual. O acréscimo remuneratório deve decorrer de exercício de cargo ou função distintos daqueles para os quais tenha sido admitido o servidor, não se admitindo naquelas decorrentes apenas de atribuição diversa dentro do mesmo cargo ou função. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 124/1992, 24/1993, 42/1994 e 119/1995. Cuidando-se de vantagem instituída com vistas ao melhor desempenho das atribuições do servidor, e inocorrendo o exercício de funções autônomas, inviável o emprego da regra de incorporação constitucional. Prêmio de Incentivo à Qualidade instituída pelo artigo 4º da Lei Complementar Estadual nº 804, de 21 de dezembro de 1995. Vantagem não incorporável aos vencimentos, mas computável tão somente aos proventos. Artigo 5º da Lei Complementar Estadual nº 952, de 19/12/2003, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 1.199, de 22/05/2013. **(Parecer PA nº 77/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 07/12/2016)**

162) APOSENTADORIA. CONTA-GEM DE TEMPO. SERVENTUÁRIO EXTRAJUDICIAL (escrivente de notas). CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NOTARIAIS E DE REGISTRO DO ESTADO DE SÃO PAULO (ou Carteira das Ser-

ventias não Oficializadas da Justiça). IPESP. Contribuinte da Carteira que se desligou do serviço cartorário, por força da extinção da serventia, mas permaneceu vinculado à Carteira na condição de contribuinte facultativo. Possibilidade de combinação do tempo de contribuição obrigatória com os recolhimentos na condição de facultativo para atendimento dos requisitos previstos no inciso II do artigo 20 da Lei estadual nº 10.393/70 (na redação alterada pela Lei nº 14.016/10). Dispositivo cuja interpretação foi objeto de análise no Parecer PA nº 40/2014. Precedentes: **PA-3 nº 199/2000 e PA nº 40/2014. (Parecer PA nº 67/2016 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 15/12/2016)**

163) SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Adicional de Qualificação. Artigos 37-A e 37-B da Lei Complementar Estadual nº 1.111, 25 de maio de 2010, acrescentadas pela Lei Complementar Estadual nº 1.217, de 12 de novembro de 2013. Vantagem não incorporável à remuneração, mas computável aos proventos. O adicional de qualificação será computado no cálculo dos proventos das aposentadorias bem ainda das pensões que têm assento no art. 40, §7º, I, CF/1988, mas não integrará a base de cálculo das pensões legadas por servidores ativos (art. 40, §7º, II, da CF). Totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo. Expressão que deve compreender o valor do vencimento acrescido das vantagens permanentes do cargo, dos adicionais e das demais vantagens pecuniárias incorporadas. Precedentes: PA nº 24/2010, 80/2014, 12/2016 (ainda pendente de

aprovação). Inafastável a incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional de qualificação, cujo amparo está no artigo 8º, §1º, in fine, da Lei Complementar Estadual nº 1.012, de 5 de julho de 2007. **(Parecer PA nº 75/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 16/12/2016)**

164) SERVIDOR TRABALHISTA. DIREITOS E VANTAGENS. VALE-TRANSPORTE. Idoso. Gratuidade no transporte público. Direito fundamental. Artigo 230, § 2º, da Constituição Federal e artigo 39, caput, da Lei Federal nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Vale-transporte. Benefício que decorre do contrato de trabalho e cujo fornecimento impõe-se ao empregador pessoa física ou jurídica, desde que comprovada a necessidade do empregado. Lei Federal nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985, regulado pelo Decreto Federal nº 95.247, de 17 de novembro de 1987. Decreto Estadual nº 33.064, de 13 de março de 1991. Cessação do fornecimento do vale-transporte somente será possível mediante expressa manifestação do servidor dispensando o benefício. **(Parecer PA nº 78/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 16/12/2016)**

165) ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. ESTATAIS. ESTATUTO DA EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. LEI FEDERAL Nº 13.303/2016. Abrangência. O recém-editado estatuto aplica-se a todas as estatais, incluindo exploradoras de atividade econômica em sentido estrito

e prestadoras de serviço público, ainda que as últimas não atuem em ambiente concorrencial. Interpretação do artigo 1º da Lei nº 13.303/2016. Diploma editado com amparo no disposto nos artigos 173, § 1º, c.c. 22, incisos I e XXVII, todos da Constituição Federal. **(Parecer PA nº 79/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 20/12/2016)**

166) LEI ORGÂNICA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. Conselho da Procuradoria Geral do Estado. Fundo Especial de Despesa do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. Validade do artigo 6º do Decreto Estadual nº 22.596, de 23 de agosto de 1984 à luz das atribuições estabelecidas no artigo 15 da Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015. Dispositivo que encontrava seu fundamento de validade no artigo 13 da Lei Complementar Estadual nº 478/1986, o qual se encontra tacitamente revogado pelo artigo 15 da Nova Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado. Regra de competência. Compete à lei fixar a esfera de atribuições dos órgãos e agentes públicos. Mecanismos de controle interno e externo assegurados no ordenamento jurídico. Artigo 3º, XX, da LCE nº 1.270/2015. Artigo 33, II, Constituição Estadual. Artigo 31 do Decreto Estadual nº 52.629/1971. Perda de validade do artigo 6º do Decreto Estadual nº 22.896/1984 por lhe carecer conformidade aos níveis superiores do ordenamento jurídico. **(Parecer PA nº 84/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 21/12/2016)**

Contencioso Geral

167) AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Ação de procedimento comum. Direito administrativo. Concurso público. Agente de defesa civil. Candidato aprovado em classificação compatível com o número de vagas disponíveis no edital. Antecipação dos efeitos da tutela provisória de urgência. Pretensão à nomeação ao cargo público. Impossibilidade. 1. Enquanto não expirado o prazo de validade do concurso público, o candidato aprovado, ainda que em classificação compatível com o número de vagas disponíveis no Edital, tem mera expectativa de direito à nomeação. 2. Ausência de nomeação dos candidatos aprovados em melhor classificação. 3. Inocorrência de preterição. 4. Precedentes da jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça. 5. Ausência dos requisitos previstos no artigo 300 do NCPC. 6. Decisão agravada, reformada, para revogar a antecipação dos efeitos da tutela provisória de urgência. 7. Recurso de agravo de instrumento, apresentado pela parte ré, provido. (Agravo de Instrumento nº 2171090 – 86.2016.8.26.0000 – Osasco – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Francisco Bianco – 11/11/2016 – 18.439 – Por maioria)

168) AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Execução de título judicial em face da Fazenda Pública. Condenação da Fazenda Pública no pagamento de indenização de diferenças remuneratórias decorrentes do desvio de função já de-

monstrado nos autos. Indenização que se refere apenas a valores pretéritos, não havendo falar em prestações vincendas. Aplicação da súmula nº 378, do C. Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 2209707-18.2016.8.26.0000 – São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Luciana Almeida Prado Bresciani – 16/12/2016 – 19.215 – Por maioria)

169) AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Pretensão visando à remoção para batalhão do interior porque seu cônjuge, também policial militar, está lotado em Assis. Ausência da fumaça do bom direito. Ademais, a concessão ou não de liminar em mandado de segurança é ato de livre convicção e prudente arbítrio do juiz, inserindo-se no poder geral de cautela do julgador, somente podendo ser revista em caso de manifesta ilegalidade ou abuso de poder. Decisão mantida. Recurso conhecido e improvido. (Agravo de Instrumento nº 2203750-36.2016.8.26.0000 – São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Vera Angrisani – 19/12/2016 – 28.202 – V.U.)

170) APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE SUBSTÂNCIA EXPERIMENTAL FOSFOETALONAMINA SINTÉTICA. LEGITIMIDADE PAS-

SIVA. A Fazenda do Estado e a USP têm legitimidade para figurar no polo passivo de ação que visa ao fornecimento de medicamento. FOSFOETALONAMINA SINTÉTICA. O direito à saúde não tem a amplitude desejada,

de modo a impor ao ente público o fornecimento da fosfoetanolamina sintética, droga ainda em fase experimental, destituída de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, ausente comprovação de sua eficácia no tratamento do câncer. A ausência de prescrição por profissional médico obsta a conclusão de que o uso da substância cujo fornecimento se pleiteia seja recomendado para cuidar da saúde da autora. O Supremo

Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 5501, deferiu liminar para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016, que autoriza a fabricação da fosfoetanolamina sintética. Sentença de procedência da ação reformada. Recursos das requeridas e reexame necessário providos. (Apelação Cível nº 1012865-67.2015.8.26.0566 – São Carlos – 8ª Câmara de Direito Público – Relator: Leonel Costa – 22/12/2016 – 25.891 – V.U.)

Contencioso Tributário-Fiscal

171) APELAÇÃO. Tributário. Mandado de Segurança. ITCMD. Alegação de inocorrência do fato gerador. Equívoco no preenchimento da declaração de Imposto de Renda não demonstrado. Transferência de dinheiro entre contas correntes. O fato de a impetrante também ser titular da conta bancária da qual saiu a quantia, por si só, é incapaz de descaracterizar a ocorrência do fato gerador. Ônus de comprovar que não houve transmissão gratuita de dinheiro do qual não se desincumbiu a impetrante. Sentença denegatória mantida. Recurso desprovido. (Apelação nº 1013930-84.2015.8.26.0053 – São Paulo – 12ª Câmara de Direito Público – Relator: J. M. Ribeiro de Paula – 02/12/16 – 22.796 – V.U.)

172) AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação anulatória de CDA de ICMS. Decisão agravada que indeferiu antecipação de tutela para a suspensão de exigibilidade. Ausência de dano irreparável ou de difícil reparação, não se vislumbrando também a possibilidade de frustração do próprio direito caso acolhida a pretensão apenas ao final da ação proposta. Precedentes. Desprovimento do recurso. (Agravo de Instrumento nº 2228609-19.2016.8.26.0000 – Mauá – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Osvaldo Magalhães – 12/12/2016 – 22.840 – V.U.)

173) EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS declarado e não pago. O sócio responde pelos débitos fiscais da empresa quando a dissolução da sociedade ocorre de maneira irregular,

mediante simples paralisação de suas atividades. Actio nata que se configura no momento em que se dá a ciência do encerramento irregular das atividades, pois antes disto a Fazenda não teria pretensão contra o sócio. Prescrição intercorrente não configurada. Citação de todos os sócios que não se faz necessária, pois se está diante de litisconsórcio facultativo que se formou entre coobrigados solidários. Embargante que deixou de comprovar que a penhora tivesse recaído sobre bem de família. Recurso fazendário provido. (Apelação nº 1009441-43.2014.8.26.0053 – São Paulo – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Luiz Sérgio Fernandes de Souza – 12/12/2016 – 12.617 – V.U.)

174) APELAÇÃO. Embargos à execução fiscal. IPVA. Ilegitimidade passiva. Contrato de arrendamento mercantil. Instituição financeira que pretende afastar a obrigação de pagar IPVA. Não cabimento. Solidariedade do alienante, em razão da propriedade indireta do bem. Desconhecimento da Fazenda Estadual sobre eventual aquisição do veículo pelo arrendatário. O arrendante é responsável solidário da obrigação tributária de IPVA até o término do contrato mercantil. Artigo 6º, XI, da Lei Estadual nº 13.296/08. Dispensa do pagamento do IPVA apenas nas hipóteses previstas no art. 14, da Lei Estadual nº 13.296/08, que não é o caso dos autos. Precedentes do C. STJ. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Apelação nº 8000694-34.2013.8.26.0014 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Marcelo Semer – 19/12/2016 – 7.135 – V.U.)

