

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

NOVEMBRO/DEZEMBRO 2015

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

Silvia 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

Ouvidoria

Maria Rita Vaz de Arruda Corsini

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, Patrícia 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, Daniel Smolentzov, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Márcia Formoso Delsin, Rafael Carvalho de Fasso, Renata Capasso

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-6997/6998. 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 CONTRA DECISÃO QUE INADMITIU RECURSO ESPECIAL. Litigância de má-fé. Condenação solidária do Procurador do Estado. Impossibilidade. A condenação por litigância de má-fé atinge somente as partes e intervenientes na ação. Ausência de demonstração de prejuízo efetivo à parte adversa. Recurso conhecido para, desde logo, dar provimento ao Recurso Especial	11
<i>Doutrina</i>	
TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO: responsabilidade subsidiária dos entes públicos por dívidas trabalhistas	25
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	
PODER DE POLÍCIA. LICENÇA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. UNIDADES PRISIONAIS DO ESTADO (PENITENCIÁRIAS E CENTROS DE DETENÇÃO PROVISÓRIA). Inexigibilidade. Competência dos Estados em relação a unidades prisionais. Precedentes: PA-3 nº 137/97, PA nº 334/02, PA nº 285/06, PA nº 204/07, PA nº 93/08, PA nº 126/08, PA nº 153/09. O poder de polícia é exercido pelo ente competente para regular a matéria. Inviabilidade da exigência de Licença de Localização e Funcionamento, ou das respectivas taxas, em relação a unidades prisionais, vez que não há exercício de poder de polícia na hipótese	39
<i>Legislação</i>	
Resolução PGE nº 29, de 23 de dezembro de 2015	55
<i>Ementário</i>	
Consultoria	59
Contencioso Geral.....	65
Contencioso Tributário-Fiscal.....	66

O encerramento de mais um ano nos faz refletir sobre as metas que conseguimos ou não atingir e nos enche de esperanças em relação a novos planos.

Sob esse prisma, acreditamos no saldo positivo da produção dos nossos Boletins em 2015, mas queremos mais para 2016!

Uma de nossas metas é aprimorar o formato dos materiais digitais, que atualmente são feitos em PDF, adotando um padrão internacional de *e-books*.

A realização desse projeto fará com que os custos, que atualmente temos com os exemplares impressos, sejam revertidos em mais páginas ao nosso Boletim. Para isso, precisamos do material de excelência produzido por você, profissional da PGE e formador de opinião na composição da mais sólida doutrina da advocacia pública.

Nossa Comissão Editorial, ao final de cada número, orgulha-se do quanto se enriquece profissionalmente com a diversidade de assuntos tratados nas publicações da PGE. Assim pretendemos continuar, sempre aprimorando nosso trabalho.

Neste número, foram selecionados um artigo doutrinário e uma peça processual. A última reverteu condenação por litigância de má-fé do Estado de São Paulo e, solidariamente, do Procurador do Estado que interpôs apelação. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que para a fixação da multa se faz necessária a demonstração de efetivo prejuízo à parte adversa, o que, no caso, inexistiu. Também afastou a condenação pessoal do Procurador do Estado, por este não figurar como parte ou interveniente na ação.

O artigo doutrinário, por sua vez, aborda a responsabilidade dos entes públicos em relação às dívidas trabalhistas decorrentes de contratos de terceirização. Trata-se de assunto muito atual, que frequentemente enseja discussões calorosas no âmbito do Poder Judiciário.

Outro tema de interesse da administração é abordado pelo Parecer da Procuradoria Administrativa. Neste número, o parecer analisou o poder de polícia entre os entes políticos, concluindo que os Municípios não podem exigir que as unidades prisionais do Estado providenciem alvará de Licença de Localização e Funcionamento nem que procedam ao recolhimento das taxas respectivas.

Por fim, destacamos que neste número consta o inteiro teor da Resolução PGE nº 29, de 23 de dezembro de 2015, que regulamenta a elaboração de Parecer Referencial pelas Consultorias Jurídicas e sua utilização pela Administração Pública. Essa importante iniciativa, já sedimentada no âmbito federal, tem por objetivo racionalizar os trabalhos nas Consultorias Jurídicas e, assim, atender ao princípio constitucional da eficiência.

Esperamos que a leitura de mais este número do Boletim possa auxiliá-los no cumprimento desta nossa árdua e nobre atribuição: defender o erário e o interesse público.

Boa leitura!

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA

Procuradora do Estado Chefe

Centro de Estudos da PGE

Cursos do Centro de Estudos

23.11 – “Arbitragem e Administração Pública no Brasil e em Portugal: atualidades e enfrentamentos práticos”.

26 e 27.11 – “51ª Curso de Atualização Jurídica – Encontro Estadual de Procuradores do Estado”.

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

05 e 06.11 – “III Congresso Brasileiro de Empresas Estatais” – Instituto Brasileiro de Direito Público.

09.11 – *On-line* – 2ª Seminário de “Coordenação Interinstitucional Público-Privada no Combate à Corrupção” – AGU e OAB/SP.

09.11 – Presencial – 2ª Seminário de “Coordenação Interinstitucional Público-Privada no Combate à Corrupção” – AGU e OAB/SP.

12 e 13.11 – “1º Congresso Paulista de Direito Processual Civil: O Novo Código de Processo Civil” – AASP.

12 a 14.11 – “19º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública – Curitiba/2015” – IBAP.

13 e 14.11 – “XXIV Encontro de Direito Constitucional” – Instituto Pimenta Bueno.

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 746.548.5/2-02

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

ORIGEM: AUTOS Nº 583.053.2006.136514-2

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – 14ª VFP/SP

CAIXA BENEFICENTE DA POLÍCIA MILITAR, já qualificada nos autos, representada pelo Procurador do Estado que esta subscreve, nos autos do recurso em epígrafe, proveniente de ação sob rito ordinário, proposta por AUDÍLIA PEREIRA E OUTROS, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, inconformada com o v. acórdão de fls., interpor **RECURSO ESPECIAL**, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, e nos termos dos arts. 188 e 541 e seguintes do Código de Processo Civil, requerendo:

- a) a juntada aos autos das razões de recurso, que seguem anexas;
- b) a intimação dos recorridos para apresentação de contrarrazões recursais;
- c) o recebimento do presente recurso, com a remessa dos autos ao E. Superior Tribunal de Justiça, uma vez que preenchidos estão todos os requisitos de sua admissibilidade.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 28 de agosto de 2008.

DANILO BARTH PIRES

Procurador do Estado
OAB/SP nº 169.012

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

RECORRENTE: CAIXA BENEFICENTE DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDOS: AUDÍLIA PEREIRA E OUTROS

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 746.548.5/2-02

ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

PRIMEIRA INSTÂNCIA: AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – AUTOS Nº 583.053.2006.136514-2 – 14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA – COMARCA DE SÃO PAULO - CAPITAL

Egrégio Superior Tribunal de Justiça,

I – SÍNTESE DO PROCESSADO

Trata-se, em apertada síntese, de ação movida por pensionistas de falecidos policiais militares, objetivando o pagamento de diferenças de pensão em razão de anterior ordem concessiva em mandado de segurança.

O MM. Juiz de Direito da 14ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo julgou o pedido procedente, a ora recorrente interpôs apelação e, em decisão monocrática, o Desembargador relator negou provimento ao referido recurso.

Contra a r. decisão monocrática, a ora recorrente agravou, sendo que a 10ª Câmara de Direito Público do TJ/SP, além de negar provimento ao recurso, condenou a Autarquia e o Procurador do Estado oficiante nas penas por litigância de má-fé.

Assim, **o objeto do presente Recurso Especial é tão somente a reforma do v. acórdão no tocante à aplicação das penas por litigância de má-fé.**

II – DO CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

Por disposição expressa contida no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, cabe Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça quando a decisão recorrida contrariar ou negar vigência à disposição de lei federal, hipótese da primeira alínea, e quando der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

Ambas as hipóteses se encontram presentes no caso telado.

No v. acórdão, ora combatido, a matéria objeto do mérito do presente recurso foi abordada pelo Tribunal *a quo* quando aplicou os arts. 14, III e IV, 17, VII, e 18 do CPC e 32, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.906/94, em clara interpretação divergente de outros tribunais, como adiante se verá.

Portanto, mostra-se configurado no presente caso o prequestionamento da matéria federal objeto do presente recurso especial.

Ainda, quanto aos pressupostos de admissibilidade do recurso, verifica-se que a decisão que motivou a sua interposição é definitiva, por unanimidade e de última instância.

III – DO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL

A - Da violação aos arts. 14, III e IV, 17, VII, e 18 do Código de Processo Civil e 32, parágrafo único, da Lei federal nº 8.906/94 (art. 105, III, “a”, da CF).

O tribunal local aplicou a pena por litigância de má-fé nos seguintes termos:

“O voto é pelo desprovemento do agravo interno, condenada a CBPM e o advogado Dr. xxx, OAB/SP nº xxx, solidariamente, pela litigância de má-fé, com base nos arts. 14, II e IV, 17, VIII, e 18 do CPC e art. 32, § único, da LF nº 8.906/94, a pagar às autoras indenização que fixo em 20% do valor corrigido da causa, multa de 1% do mesmo valor e honorários advocatícios de R\$ 500,00 para cada autora, em acréscimo àqueles fixados na sentença.”

Ocorre que a ora recorrente apresentou diversos fundamentos para que a decisão monocrática fosse revertida, não havendo como entender que ela e o Procurador do Estado oficiante possam ter litigado de má-fé.

A doutrina e a jurisprudência a respeito da litigância de má-fé exigem o dolo da parte em causar prejuízo, o que, por óbvio, não existiu no presente caso.

Pois bem.

Sempre adstritos ao princípio da legalidade, a ora recorrente e respectivo Procurador não têm liberdade para reconhecer a procedência do pedido deduzido na petição inicial, ainda que a jurisprudência aplicável ao presente caso esteja consolidada em favor das ora recorridas.

Conforme já alegado em embargos de declaração, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado editou-se a Portaria GPJ 02/2006, que, dentre outros, dispensa **apenas** a interposição do recurso especial e/ou extraordinário nos casos como o presente:

“D) fica autorizada a elaboração de justificativa simplificada de interposição de RECURSO ESPECIAL E/OU EXTRAORDINÁRIO nos casos abaixo referidos, desde que ausentes outros pontos controvertidos, formais e processuais, que recomendem a oferta de recurso, bem como inexistência de cumulação de pedidos não previstos nesta Portaria:

[...]

17. Pensão por morte – 100% da totalidade dos proventos do servidor falecido no cargo efetivo em que se deu o falecimento (art. 40, § 7º, da CF).”

Assim, como não existe a dispensa do agravo interno, a ora recorrente teve que **obrigatoriamente** esgotar todos os recursos ordinários, o que incluiu o referido agravo interno, no julgamento do qual foi aplicada a pena por litigância de má-fé.

Frise-se ainda que o mandado de segurança impetrado pelos ora recorridos não produziu efeitos patrimoniais pretéritos, ou seja, ajuizada a ação de conhecimento, a ora recorrente não podia mesmo reconhecer o pedido deduzido na petição inicial (Súmula nº 271 do STF).

Como se vê, a ora recorrente e o respectivo Procurador não litigaram de má-fé, mas apenas esgotaram os recursos ordinários, **em estrito cumprimento a dever legal**.

Mas não é só.

O Procurador do Estado oficiante jamais poderia ter sido condenado solidariamente com a ora recorrente, pois não promoveu a “lide temerária” prevista no parágrafo único do art. 32 da Lei nº 8.906/94.

Ao contrário, o Procurador do Estado apenas cumpriu com seu dever legal, inclusive de acordo com a Portaria GPJ nº 02/2006 acima referida.

Frise-se ainda que a ressalva do art. 14, parágrafo único, do CPC também é aplicável aos advogados públicos, conforme decidido na ADIn 2.652-6, julgada pelo Supremo Tribunal Federal:

“O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na inicial da ação para, sem redução de texto, emprestar à expressão ‘ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB’, contida no parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, com a redação imprimida pela Lei federal nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, interpretação conforme a Carta, a abranger advogados do setor privado e do setor público.” (in www.stf.gov.br)

Dessa forma, não se apresenta possível a condenação solidária do advogado no processo em que foi reconhecida a litigância de má-fé, devendo eventual responsabilidade ser apurada mediante ação própria, conforme dispõe o art. 32, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94.

Clara está, assim, a violação dos referidos dispositivos das leis federais – Código de Processo Civil e Estatuto da Advocacia – pelo Tribunal local, pois inaplicáveis ao caso concreto, diante da evidente inexistência de dolo da ora recorrente ou mesmo do Procurador do Estado, que recorreram apenas por dever de ofício.

O provimento do presente recurso especial é mesmo de rigor.

B - Da interpretação divergente de outro tribunal – arts. 14, III e IV, 17, VII, e 18 do Código de Processo Civil e 32, parágrafo único, da Lei federal nº 8.906/94 (art. 105, III, “c”, da CF).

Existem diversos acórdãos divergentes ao prolatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Apenas a título de exemplos, vejamos os seguintes, todos juntados em cópia ao presente recurso:

“AUSÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INDENIZAÇÃO DO ART. 18, § 2º, DO CPC. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO E DOS PREJUÍZOS. NULIDADE DE INTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. LIMITES DA LIDE. COISA JULGADA. ART. 610 DO CPC.

[...]

2. A condenação prevista no art. 18, § 2º, do CPC, pressupõe dolo da parte que litiga de má-fé, além de demonstração inequívoca do prejuízo causado à parte contrária.

[...]”

REsp 756885 / RJ

RECURSO ESPECIAL 2005/0075774-2

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096)

DJ 17.09.2007 p. 255

(in www.stj.gov.br, g.n.)

No referido acórdão, o Superior Tribunal de Justiça assentou a necessidade de dolo para configurar a má-fé, o que, conforme já alegado, não existiu no presente caso concreto.

No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. 1. As hipóteses de litigância de má-fé estão enumeradas, taxativamente (*numerus clausus*), no art. 17 do Código de Processo Civil. 2. Não se verificou, in casu, a litigância de má-fé do Município embargante, pois ausente o dolo. 3. [...]”

2008.001.46529 - APELAÇÃO CÍVEL - 1ª Ementa

DES. JOSÉ CARLOS PAES - Julgamento: 22/08/2008 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL
(in www.tjrj.gov.br)

Também não configura má-fé a defesa de teses contrárias à jurisprudência, exatamente o caso destes autos, conforme também decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. Pedido de pagamento de complementação da indenização de seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre - DPVAT. Sentença que julgou procedente o pedido. [...] 4. **Defesa de teses improcedentes não configura litigância de má-fé, eis que não se amolda a qualquer das hipóteses previstas no art. 17 do CPC.** 5. Recurso manifestamente improcedente ao qual se nega seguimento.”

DES. FERNANDO FOCH LEMOS - Julgamento: 13/08/2008 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

2008.001.37913 - APELAÇÃO CÍVEL - 1ª Ementa
(in www.tjrj.gov.br, g.n.)

Da mesma forma, a interposição de recursos legalmente previstos, tal como o agravo do art. 557, § 1º, do CPC interposto pela ora recorrente, não pode mesmo configurar a má-fé.

Nesse sentido, vejamos o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO PARA SANAR A OMISSÃO CONTIDA NO ACÓRDÃO, RELATIVA À ANÁLISE DO PEDIDO DE CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, QUE VAI ANALISADO E DESPROVIDO POR NÃO SE CONFIGURAR NENHUMA DAS HIPÓTESES DO ART. 17 DO CPC. **O tão só manejo de recursos legalmente previstos não se configura litigância de má-fé.** Imprescindível o caráter procrastinatório ou temerário do agir do litigante. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS PARA SANAR OMISSÃO APONTADA, ENTRETANTO, NEGARAM PROVIMENTO AO PEDIDO

DE CONDENAÇÃO ÀS PENAS DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

Embargos de Declaração Nº 70020081204, Décima Quinta Câmara Cível,
Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos,
Julgado em 25/07/2007
(in www.tjrs.gov.br, g.n.)

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“AÇÃO DE COBRANÇA - SERVIDORA MUNICIPAL - VERBAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - DÉBITO IMPUTADO À ANTERIOR ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL - ALEGAÇÃO DE MÁ GESTÃO DO ALCALDE ANTECESSOR OU DE CRISE FINANCEIRA QUE NÃO EXIME A MUNICIPALIDADE DE EFETUAR O PAGAMENTO - **LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (ARTIGO 18 DO CPC)** - INOCORRÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO.

[...]

A simples interposição de recurso não configura a LITIGÂNCIA de MÁ-FÉ de que trata o artigo 18 do Código de Processo Civil, razão por que não há que se condenar o recorrente ao pagamento de multa ou indenização, mormente se inexistem elementos suficientes a configurar abuso por parte do litigante a ensejar tal penalidade.

Número do processo: 1.0000.00.290290-6/000(1)
Relator: PEDRO HENRIQUES
Data do Julgamento: 13/09/2002
Data da Publicação: 11/02/2003
(in www.tjmg.gov.br, g.n.)

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu no mesmo sentido, ou seja, a interposição de recurso “por dever de ofício” não configura a má-fé:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DE MULTA PREVISTA NOS ARTS. 16, 17, IV e VII, 18 E 557, § 2º, DO CPC. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 9.494/97. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. [...]

4. A multa prevista nos arts. 16, 17, IV e VII, e 18 da Lei Adjetiva pressupõe má-fé do litigante, circunstância inexistente quando o Procurador da parte recorre por dever de ofício.

[...]

AgRg no Ag 570545/RJ

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
2003/0215169-7
Ministro JOSÉ DELGADO (1105)
T1 - PRIMEIRA TURMA
DJ 06.12.2004 p. 203
(in www.stj.gov.br, g.n.)

Bem demonstrada a atual divergência jurisprudencial, também por esse fundamento o provimento do presente recurso especial é de rigor.

IV – DO REQUERIMENTO

Diante das considerações acima expostas e da inequívoca afronta à legislação federal apontada, bem como da divergência jurisprudencial, requer a CAIXA BENEFICENTE DA POLÍCIA MILITAR que seja recebido e provido o presente Recurso Especial, a fim de que se pronunciem Vossas Excelências sobre a aplicação dos arts. 14, III e IV, 17, VII, e 18 do Código de Processo Civil e 32, parágrafo único, da Lei federal nº 8.906/94 ao presente caso, para que seja **afastada a condenação nas penas por litigância de má-fé, o que inclui o acréscimo de honorários advocatícios fixados pelo Tribunal local**, reformando-se, nessa parte, o v. acórdão, tudo como medida da melhor aplicação do Direito. Caso este Colendo Superior Tribunal de Justiça assim não entenda, o que se admite apenas por argumentação, **alternativamente** a CAIXA BENEFICENTE DA POLÍCIA MILITAR requer, também pelas razões já expostas, especialmente a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 2.652-6, que seja o presente recurso especial conhecido e provido para que seja **afastada a condenação “solidária” do Procurador então oficiante**, também como medida da melhor aplicação do Direito.

São Paulo, 28 de agosto de 2008.

DANILO BARTH PIRES

Procurador do Estado

OAB/SP nº 169.012

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.246.166 – SP (2009/0211236-0)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

AGRAVANTE: CAIXA BENEFICENTE DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE
SÃO PAULO – CBPM

PROCURADOR: DANILO BARTH PIRES E OUTRO(S)

AGRAVADO: AUDÍLIA PEREIRA E OUTROS

ADVOGADO: MOYSES FLORA AGOSTINHO E OUTRO(S)

DECISÃO

CAIXA BENEFICENTE DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO (CBPM) agrava de decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, assim ementado:

PENSÃO. Policial militar. Limite constitucional. Art. 40, § 7º, da CF, e art. 126, § 5º, da CE. O recálculo determinado em mandado de segurança a partir da impetração deve ser estendido, nesta ação ordinária, ao período anterior à impetração, respeitada a prescrição quinquenal. Sentença de procedência. Recurso oficial e da CBPM a que se nega seguimento. Aplicação do art. 557 do CPC. Agravo interno desprovido, com sanção pela litigância de má-fé.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados nos termos da seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Omissão inexistente.

Procrastinação. Sanção imposta à agravante e ao advogado. 1. Procrastinação. O art. 17, VII, do CPC se contenta com o fato objetivo da procrastinação, isto é, com a interposição de recurso sem fundamento de que decorre o intuito manifestamente protelatório, impondo à outra parte maior espera e ao Tribunal, uma decisão inútil, em desrespeito à máquina judiciária já tão sobrecarregada. A Fazenda admite que a resistência apresentada não encontra eco na lei nem na jurisprudência; a protelação é manifesta e a questão foi bem enquadrada no art. 17. – 2. Sanção. Advogado. Solidariedade. O advogado exerce sua função com independência e é responsável único pela estratégia processual e pelas manifestações trazidas aos autos, como deflui do art. 31 da LF nº 8.906/94; a mesma independência se exige do advogado integrante de departamento jurídico

ou órgão de assessoria jurídica público ou privado, nos termos do art. 4º do Código de Ética. Se ao advogado, e só a ele, cabe decidir sobre a postulação em juízo, não pode ele eximir-se da responsabilidade pessoal pelos rumos dados ao processo. O art. 17 fala em “litigante”, mas dele não se dissocia o advogado, por cuja mão o litigante se manifesta e por quem o recurso foi apresentado e que é responsável por seus atos na forma do art. 32 da LF nº 8.906/94. Infração ao art. 14, III, do CPC. Solidariedade do patrono bem reconhecida. – 3. Advogado. ADI 2132-DF A ADI nº 2132-DF deu interpretação ao § único do art. 14, que se refere unicamente ao inciso V do mesmo artigo. A decisão agravada não tem fundamento nesse artigo. Entendimento que não se aplica ao caso dos autos. – Condenação da Fazenda e do Dr. xxx, Procurador do Estado, pela litigância procrastinatória. Embargos rejeitados.

Nas razões do recurso especial, fundado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 14, III e IV, 17, VII, e 18 do CPC e 32, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94.

Afirma, em síntese, que não houve litigância de má-fé, sobretudo porque, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, existe norma que dispensa somente a interposição de recurso especial e/ou extraordinário, não tendo o procurador liberdade para reconhecer a procedência do pedido.

Defende, ainda, a impossibilidade de condenação solidária do Procurador do Estado por litigância de má-fé, visto que esse apenas cumpriu com o seu dever legal.

Em juízo prévio de admissibilidade, o Tribunal de origem inadmitiu o recurso especial sob o entendimento de que o acórdão recorrido contém fundamentação adequada para lhe dar respaldo, não ficando evidenciada nenhuma inobservância a normas legais ou divergência jurisprudencial.

Nas razões do agravo de instrumento, a recorrente ratifica os argumentos deduzidos no recurso especial, ressaltando o conteúdo absolutamente genérico da decisão agravada.

Os autos foram atribuídos à minha relatoria em 02/09/2013.

Decido.

Assiste razão à agravante.

No caso vertente, o Tribunal de origem, por considerar protelatório o agravo regimental interposto contra a decisão que, monocraticamente, negou seguimento

ao recurso de apelação, condenou a CBPM e o Procurador do Estado, solidariamente, por litigância de má-fé, a pagar às autoras **indenização** fixada em 20% do valor corrigido da causa, **multa** de 1% sobre o mesmo valor e **honorários advocatícios** de R\$ 500,00 para cada autora, em acréscimo àqueles fixados na sentença (fl. 150).

Ressalto, inicialmente, em relação aos pressupostos necessários para aplicação da multa prevista no art. 18 do CPC, que “a utilização de recurso legalmente previsto para fins de deduzir pretensão recursal de forma fundamentada não caracteriza litigância de má-fé, sem que esteja efetivamente constatada alguma das condutas processuais censuradas no referido dispositivo processual” (**REsp 1.249.356/RS**, Rel. Ministro **Herman Benjamin**, 2ª T., **DJe 31/08/2011**).

No tocante à indenização, prevalece nesta Corte o entendimento de que, “na fixação da indenização, considerada sua natureza reparatória, é necessária a demonstração do prejuízo efetivamente causado à parte adversa, em razão da conduta lesiva praticada no âmbito do processo” (**REsp 1.331.660/SP**, Rel. Ministro **Raul Araújo**, 4ª T., **DJe 11/04/2014**).

No mesmo sentido, o seguinte julgado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA.

PREJUDICIALIDADE RECURSAL. JULGAMENTO *EXTRA PETITA* NÃO CONFIGURADO. PENHORA *ON-LINE*. POSSIBILIDADE. MULTA INDENIZATÓRIA DO ART. 18 DO CPC. NECESSIDADE DE PRÉVIA COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS.

[...]

4. No que concerne à indenização devida à parte prejudicada pelo comportamento processual malicioso, indenização essa prevista no artigo 18, *caput*, segunda parte e § 2º, do Código de Processo Civil, cumpre assinalar que essa sanção, considerada a sua natureza reparatória, não pode ser cominada sem a respectiva comprovação do prejuízo, de modo que deve essa verba ser eliminada da condenação.

5. Recurso Especial parcialmente provido para suprir aplicação de multa por litigância de má-fé. (CPC, art. 18) (**REsp 1133262/ES**, Rel. Ministro **Sidnei Beneti**, 3ª T., **DJe 7/2/2012**)

Além disso, não é possível fixar multa e indenização em desfavor do Procurador do Estado, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

RECLAMAÇÃO. PROCURADOR FEDERAL. MULTA PESSOAL. SANÇÃO DISCIPLINAR. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.652/DF.

1. Os procuradores federais estão incluídos na ressalva do parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil, não sendo possível, assim, fixar-lhes multa em razão de descumprimento do dever disposto no art. 14, inc. V, do Código de Processo Civil.

2. Sem discutir o acerto ou desacerto da condenação por litigância de má-fé – prevista no art. 17, inc. V, do Código de Processo Civil –, imposta pela autoridade reclamada, tem-se que a condenação pessoal do Procurador do Instituto Nacional do Seguro Social ao pagamento de multa processual é inadequada porque, no caso vertente, ele não figura como parte ou interveniente na Ação.

3. Reclamação julgada procedente. (RCL 5.133/MG, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, Tribunal Pleno, DJe 20/8/2009)

Esta Corte também já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, a exemplo dos seguintes julgados:

[...] A responsabilização solidária do advogado, nas hipóteses de lide temerária, ocorrerá somente após a verificação da existência de conluio entre o cliente e seu patrono, a ser apurada em ação própria. A condenação ao pagamento da multa por litigância de má-fé deve ser limitada às partes, pois o profissional da advocacia está sujeito exclusivamente ao controle disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil. Precedente. (EDcl no RMS 31.708/RS, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, 3ªT., DJe 20/8/2010)

[...] Responde por litigância de má-fé (arts. 17 e 18) quem causar dano com sua conduta processual, que, nos termos do art. 16, somente podem ser as partes, assim entendidas como autor, réu ou interveniente em sentido amplo. Com efeito, todos que de qualquer forma participam do processo têm o dever de agir com lealdade e boa-fé (art. 14, do CPC). Porém, em caso de má-fé, somente os litigantes, estes entendidos tal como o fez Pontes de Miranda, estarão sujeitos à multa e indenização a que se refere o art. 18, do CPC. Os danos causados pela conduta do advogado deverão ser aferidos em ação própria para esta finalidade, sendo vedado ao magistrado, nos próprios autos do processo em que fora praticada a conduta de má-fé ou temerária, condenar o patrono da parte nas penas a que se refere o art. 18, do Código de Processo Civil. (REsp 140.578/SP, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, 4ª T., DJe 15/12/2008)

À vista do exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, “c”, do Código de Processo Civil, **conheço do agravo de instrumento para, desde logo, dar provimento ao recurso especial**, para fins de exclusão da multa, da indenização e dos honorários advocatícios calcados em suposta litigância de má-fé da ora agravante.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2014.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator

TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS POR DÍVIDAS TRABALHISTAS

Artur Barbosa da Silveira¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Terceirização; 1.1. Histórico; 1.2. Conceito; 1.3. Terceirização lícita e ilícita; 1.4. Efeitos jurídicos; 2. Terceirização no âmbito da Administração Pública; 3. A responsabilidade subsidiária dos entes públicos por dívidas trabalhistas decorrentes de contratos de terceirização; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

RESUMO: A relação tripolar envolvendo o trabalhador, o tomador e o prestador de serviços surgiu da necessidade de modernização do trabalho, que tornou necessário maior dinamismo desses atores sociais.

O aumento do número de empresas terceirizadas gerou questionamentos, pois, para muitos, a terceirização é forma de burlar as normas trabalhistas, beneficiando indevidamente o tomador de serviços. Para outros, a terceirização é válida, pois a desoneração parcial dos encargos trabalhistas pelo tomador de serviços viabiliza a contratação de maior número de trabalhadores, criando mais emprego e renda à população.

Por sua vez, as terceirizações da atividade-fim e da atividade-meio da empresa podem se confundir, criando situações nas quais a impessoalidade e a não subordinação são desfeitas, havendo verdadeiro vínculo empregatício entre a empresa tomadora e o empregado.

A Constituição Federal de 1988 prevê a obrigatoriedade do provimento de cargos públicos por meio de concurso público, o que impede o reconhecimento do vínculo empregatício entre o empregado e o órgão público tomador do serviço.

No âmbito judicial, o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, assentado que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas em decorrência de contrato de terceirização depende da existên-

1 Procurador do Estado de São Paulo (PGE/SP), lotado na Procuradoria Regional da 1ª Região (PR1), Seccional de Guarulhos. Principais cargos públicos anteriormente exercidos: Advogado da União (AGU), Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Analista Processual do Ministério Público da União (MPU).

cia de uma específica e concreta atuação culposa do Poder Público na fiscalização do contrato administrativo.

A Justiça do Trabalho, em diversos julgados, vem adotando o posicionamento no sentido de que o simples inadimplemento da empresa prestadora é suscetível a responsabilizar a Administração Pública, mas o Tribunal Superior do Trabalho, em diversos acórdãos, tem afastado a responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelos débitos trabalhistas decorrentes de terceirização de mão de obra.

Palavras-chave: terceirização; serviço público; dívidas trabalhistas; responsabilidade subsidiária dos entes públicos.

INTRODUÇÃO

A finalidade do presente artigo é debater, de forma sucinta e objetiva, o instituto da terceirização no serviço público, bem como os seus desdobramentos, mais especificamente no que tange à possibilidade ou não de responsabilização dos entes públicos, englobando as esferas federal, estadual e municipal, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, bem como os requisitos para que os entes públicos possam vir a ser responsabilizados.

O grande número de reclamações trabalhistas envolvendo contratos de terceirização, com inclusão da União, dos Estados-membros e dos Municípios no polo passivo da demanda, na condição de segundos reclamados, torna a questão de interesse público, evidenciando a necessidade da pacificação da jurisprudência acerca do tema.

A responsabilização dos entes públicos por dívidas trabalhistas, de forma genérica e indistinta, pelo simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada, revela-se ilegal e abusiva, devendo ficar evidenciada, no caso concreto, a existência de uma específica e concreta atuação culposa do Poder Público na fiscalização do contrato administrativo.

1. TERCEIRIZAÇÃO

1.1. Histórico

A doutrina de Martins² nos revela que o fenômeno da terceirização surgiu mundialmente a partir do início do século XX, consolidando-se no decorrer da

2 MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Segunda Grande Guerra Mundial, em razão da conhecida “indústria das armas”, na qual os países aliados passaram a atuar em conjunto, fragmentando a linha de produção e especializando-se no produto principal, repassando a terceiros a realização das atividades acessórias.

No Brasil, a terceirização foi concebida a partir da metade do século XX, por meio do ingresso no mercado nacional das empresas multinacionais, que se concentraram na produção do seu objeto principal, delegando a terceiros as atividades secundárias, como limpeza e conservação.

Em razão dessa nova forma de relação entre o capital e o trabalho, foi necessário um sistema normativo específico, podendo ser citados, dentre outros, o DL 200, de 25/02/1967 (que traçou diretrizes regulatórias para toda a Administração Pública no âmbito federal), a Lei federal nº 5.645, de 10/12/1970 (que estabeleceu diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, além de outras providências), a Lei federal nº 6.019, de 03/01/1974 (que tratou do serviço temporário nas empresas urbanas) e a Lei federal nº 7.102, de 20/06/1983 (que regulou o serviço de vigilância bancária realizado por empresas terceirizadas), dentre outras.

Estabelecido o contexto histórico do fenômeno da terceirização, partiremos para o seu conceito.

1.2. Conceito

De acordo com Martins³, a terceirização consiste na contratação de terceiro para realizar uma atividade que não corresponda ao objeto principal da empresa, fornecendo o suporte necessário para que o empresário concentre forças para a realização da sua atividade-fim.

Para Delgado⁴, a terceirização é o fenômeno pelo qual se cria um vínculo de direito trabalhista, com triangularização dos envolvidos, quais sejam, o trabalhador, o tomador de serviços e a entidade interveniente.

A partir da doutrina, podemos definir a terceirização, portanto, como um instituto pelo qual se estabelece a relação trabalhista por meio de triangularização, por meio da delegação da atividade-meio a um terceiro.

3 MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit.

4 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.

1.3. Terceirização lícita e ilícita

Como dito acima, terceirizar licitamente consiste em transferir a terceiros as atividades que não constituam o objeto principal da empresa, ou seja, as atividades-meio, que, segundo a doutrina, são aquelas que ficam à parte do processo principal da empresa, pois não conseguem interagir corretamente com a dinâmica empresarial e devem atender a uma estrutura paralela que não crie dificuldades quando ocorrer mudança em sua estrutura ou composição.

Em geral, a terceirização lícita se manifesta por meio de serviços, tais como limpeza e vigilância, que, nos termos da Lei federal nº 7.102/1983, combinada com a Súmula 331, item III, do TST, não criam vínculo direto com o empregador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta, necessários à configuração do vínculo empregatício. Outro exemplo de terceirização lícita está presente no contrato temporário (Lei nº 6.019/74), quando da necessidade de substituir pessoal regular permanente que resulte em acréscimo de serviços.

A terceirização ilícita consiste no repasse, direto ou indireto, a terceiros, de atividades que constituam o fim da empresa.

Delgado⁵ define a atividade-fim como o conjunto de funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico.

É importante ressaltar, no ponto, que a fixação judicial de parâmetros para a identificação do que representa a atividade-fim de um empreendimento, do ponto de vista da possibilidade de terceirização, constitui tema a ser ainda discutido no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713211, que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal.

1.4. Efeitos jurídicos

Como efeitos jurídicos da terceirização, o Enunciado nº 331 da Súmula/TST prevê, no item I, uma sanção para o caso de terceirização ilícita, prescrevendo que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74).

5 DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit.

Os itens IV e VI da mesma Súmula, que pressupõem a licitude da terceirização, preveem que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial, sendo que tal responsabilidade abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

2. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pode-se dizer que o surgimento da terceirização na Administração Pública teve suas primeiras linhas traçadas no Decreto nº 200/67, que, embora não se utilize expressamente do termo “terceirização”, prevê a transferência a terceiros da realização material de tarefas executivas, *in verbis*:

Decreto-Lei nº 200/67:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A partir da década de 1980, a Administração Pública brasileira iniciou um longo processo de reforma, com vistas a reduzir o seu aparato administrativo e torná-lo mais eficiente e econômico, surgindo daí o fenômeno das privatizações, que, segundo Di Pietro⁶, compreendem, entre outros, a quebra de monopólios de atividades estatais, a delegação de serviços públicos a particulares e a terceirização das atividades acessórias da Administração.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o art. 37, XXI, autorizou a terceirização, ao prever que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, os serviços, as compras e as alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Tal dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Prosseguindo, o Decreto federal nº 2271/1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pelos órgãos públicos, estabelece que, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, tais como limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

O parágrafo 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) admitiu a terceirização no serviço público, entendendo que os valores dos contratos de terceirização que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão registrados como “outras despesas de pessoal”.

Posteriormente, nos anos de 2008 e 2009, foram editadas as Instruções Normativas nº 2, 3, 4 e 5, pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com o objetivo de suprir a ausência de legislação específica sobre planejamento e acompanhamento das contratações de serviços de terceiros pela Administração Pública, constatadas principalmente em decisões da lavra do Tribunal de Contas da União.

Ante o aparato legislativo acima mencionado, é de se concluir que a Administração Pública somente pode terceirizar se houver previsão em lei, além de ter que observar os princípios da eficiência e da economicidade, sob pena de ilegalidade e responsabilização do agente que praticou o ato.

Desse modo, podemos elencar, dentre outras, algumas formas de terceirização permitidas pela Administração Pública, tais como:

- (a) Arts. 1º e 2º da Lei nº 8.745/93: contratação temporária de servidores para atender à necessidade temporária e de excepcional interesse público, especialmente nos casos de calamidade pública, combate a surtos endêmicos, recenseamentos, admissão de professores substitutos ou visitantes,

atividades especiais nas organizações das forças armadas para atender à área industrial ou encargos temporários e serviços de engenharia;

- (b) Lei nº 8.987/95: concessão e permissão de serviços públicos; e
- (c) Arts. 199, § 1º, e 209 da Constituição Federal de 1988: execução de serviços de ensino e saúde pela iniciativa privada, como forma complementar à pública.

Quanto à possibilidade do surgimento de vínculo empregatício com a Administração Pública decorrente de terceirização, a Súmula nº 331/TST, item II, é categórica ao afirmar que *“a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)”*, estendendo-se tal proibição às autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme MS 21322-1/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

No ponto, ressalte-se que o princípio da primazia da realidade, emergente das leis e princípios do Direito do Trabalho, não pode se sobrepor à norma constitucional, que prevê a obrigatoriedade do concurso público. A ausência de formação de vínculo trabalhista com o Poder Público não afasta, todavia, a responsabilização dos administradores pelos respectivos atos de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição, e da Lei nº 8.429/92.

3. A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS POR DÍVIDAS TRABALHISTAS DECORRENTES DE CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Nos termos do art. 71, e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (Lei de licitações e contratos administrativos), com redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995, o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato, e eventual inadimplência do contratado àqueles encargos não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Por sua vez, na sessão do dia 24/11/2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal, em face da antiga redação do Enunciado 331, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, contrariando o disposto no parágrafo 1º do mencionado artigo 71,

responsabilizava subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

No acórdão do referido julgamento, ficou assentado que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas em decorrência de contrato de terceirização depende da existência de uma específica e concreta atuação culposa do Poder Público na fiscalização do contrato administrativo, tendo sido afastada a aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal ao caso.

A propósito, é importante transcrever a matéria noticiada no Informativo/STF nº 610, publicado em 03/12/2010, no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal:

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 3

Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”) — v. Informativo 519. Preliminarmente, conheceu-se da ação por se reputar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade, ou não, do citado dispositivo, razão pela qual seria necessário o pronunciamento do Supremo acerca do assunto. A Min. Cármen Lúcia, em seu voto, salientou que, em princípio, na petição inicial, as referências aos julgados poderiam até ter sido feitas de forma muito breve, precária. Entretanto, considerou que o Enunciado 331 do TST ensejara não apenas nos Tribunais Regionais do Trabalho, mas também no Supremo, enorme controvérsia exatamente tendo-se como base a eventual inconstitucionalidade do referido preceito. Registrou que os Tribunais Regionais do Trabalho, com o advento daquele verbete, passaram a considerar que haveria a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Referiu-se, também, a diversas reclamações ajuizadas no STF e disse que, apesar de elas tratarem desse Enunciado, o ponto nuclear seria a questão da constitucionalidade dessa norma. O Min. Cezar Peluso superou a preliminar, ressaltando seu ponto de vista quanto ao não conhecimento.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 4

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão de obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 5

Por sua vez, a Min. Cármen Lúcia consignou que o art. 37, § 6º, da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando o dispositivo à espécie. Explicou que uma coisa seria a responsabilidade contratual da Administração Pública e outra, a extracontratual ou patrimonial. Aduziu que o Estado responderia por atos lícitos, aqueles do contrato, ou por ilícitos, os danos praticados. Vencido, parcialmente, o Min. Ayres Brito, que dava pela inconstitucionalidade apenas no que respeita à terceirização de mão de obra. Ressaltava que a Constituição teria esgotado as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública (concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por

prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), não tendo falado em terceirização. Salientou que esta significaria um recrutamento de mão de obra que serviria ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assentava que, em virtude de se aceitar a validade jurídica da terceirização, dever-se-ia, pelo menos, admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do serviço, ou seja, da mão de obra recrutada por interposta pessoa.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16). Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05/01/2015.

Ainda de acordo com os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o julgamento acima não constituiu impedimento ao Tribunal Superior do Trabalho de reconhecer a responsabilidade do ente público, com base nos fatos de cada causa, pois o STF não pode impedir os Tribunais trabalhistas, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público.

A partir do julgado supra, o colendo Tribunal Superior do Trabalho promoveu alterações na Súmula nº 331, acrescentando o item V, conforme citamos abaixo:

[...] V- Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

A despeito da alteração sumular, não são raros os casos em que a Justiça do Trabalho, especialmente a primeira e a segunda instância, condenam a União e os Estados-membros subsidiariamente, em razão, única e exclusivamente, do inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela empresa terceirizada, ou seja, a condenação do ente público seria pautada na responsabilidade objetiva.

Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho, acertadamente, tem afastado a responsabilidade subsidiária da União e dos Estados, por não decorrer de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, devendo estar evidenciada pelas instâncias ordinárias a conduta culposa do ente público no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Nesse sentido, citamos os seguintes precedentes jurisprudenciais daquele Tribunal Superior, que, pela clareza das ideias, merecem a transcrição integral de suas ementas:

RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA Nº 331, V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

1. A declaração de responsabilidade subsidiária do ente público sem a necessária demonstração de culpa *in vigilando* ou *in elegendo* da tomadora implica contrariedade à Súmula nº 331, V, do Tribunal Superior do Trabalho.

2. De conformidade com o Supremo Tribunal Federal, o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, declarado constitucional, veda o automático reconhecimento de responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços, contratada mediante licitação (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF).

3. Caso em que a condenação subsidiária não decorre da configuração clara e expressa de conduta culposa do ente público, mas do simples inadimplemento de verbas trabalhistas pela prestadora de serviços.

4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

Processo: RR - 100700-32.2009.5.01.0481 Data de Julgamento: 26/06/2013, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/08/2013. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 05/01/2015.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal),

ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: -SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. [...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem

subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Na hipótese dos autos, além de não constar, do acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados (o que é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa *in vigilando*), verifica-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório, consignou ter havido culpa do ente público, o que igualmente seria suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento desprovido.

Processo: AIRR - 37200-79.2009.5.02.0055 Data de Julgamento: 25/06/2013, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/08/2013. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 05/01/2015.

Assim, em respeito à decisão com efeitos vinculantes, proferida pelo Supremo Tribunal Federal e conforme os precedentes do Tribunal Superior do Trabalho acima referidos, a União, os Estados-membros e os Municípios devem ser isentados de qualquer responsabilidade quanto ao inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora, se não resultar provada, no caso concreto, a culpa *in vigilando* do referido ente público, não bastando mera presunção, cabendo ao reclamante comprovar a falta de fiscalização contratual e à Justiça do Trabalho verificar, caso a caso, se houve atitude negligente da Administração Pública.

É importante deixar assente, por fim, que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço constitui o tema nº 246, de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, tendo como *leading case* o Recurso Extraordinário RE nº 760.931/DF, relatora a Ministra Rosa Weber, ainda pendente de julgamento até a data da conclusão da elaboração do presente artigo (10/01/2015).

4. CONCLUSÃO

Terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiros para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa, podendo

envolver a produção de bens, mas, principalmente, a prestação de serviços, como os de limpeza e vigilância.

A terceirização dos serviços públicos no Brasil foi impulsionada por meio das reformas neoliberais ao antigo aparelho do Estado, como veículo de racionalização dos recursos públicos, com vistas à eficiência e economicidade.

Nesse sentido, observa-se que o uso da terceirização se revela, em muitas hipóteses, uma importante ferramenta que possibilita que o Poder Público centre-se em suas atividades finalísticas, o que, em tese, poderia melhorar a qualidade dos serviços prestados à população, reduzir os gastos estatais e incentivar o desenvolvimento da iniciativa privada em relação às funções terceirizadas.

O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16, foi um marco para a questão da responsabilização subsidiária da União e dos Estados decorrente de contratos de terceirização.

A partir do referido julgamento, passou-se a entender que tal responsabilização não decorre pura e simplesmente do inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, sendo necessária a comprovação concreta da omissão da Administração Pública na fiscalização do contrato de terceirização, que teve origem na licitação, sendo inadmissível, ainda, a inversão do ônus da prova em desfavor do ente público.

Desse modo, não se olvida que a Administração Pública pode vir a ser responsabilizada, mas somente quando tiver culpa pelos danos causados aos trabalhadores, por meio de conduta omissiva na fiscalização do contrato (culpa *in vigilando*), que inclui o acompanhamento do pagamento das obrigações trabalhistas, sendo ressalvado o direito do órgão público de acionar a empresa prestadora de serviços para se ressarcir dos prejuízos por ele suportados.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PROCESSO: GDOC nº 16847-729723/2015 (Processo SAP/GS nº 869/2015)

PARECER: PA nº 84/2015

INTERESSADO: SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

EMENTA: PODER DE POLÍCIA. LICENÇA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. UNIDADES PRISIONAIS DO ESTADO (PENITENCIÁRIAS E CENTROS DE DETENÇÃO PROVISÓRIA). Inexigibilidade. Competência dos Estados em relação a unidades prisionais. **Precedentes:** PA-3 nº 137/97, PA nº 334/02, PA nº 285/06, PA nº 204/07, PA nº 93/08, PA nº 126/08, PA nº 153/09. O poder de polícia é exercido pelo ente competente para regular a matéria. Inviabilidade da exigência de Licença de Localização e Funcionamento, ou das respectivas taxas, em relação a unidades prisionais, vez que não há exercício de poder de polícia na hipótese.

1. Os presentes autos são encaminhados a esta Procuradoria Administrativa por determinação do Senhor Subprocurador Geral do Estado, área da Consultoria Geral, tendo em vista dúvida jurídica formulada pela Secretaria da Administração Penitenciária (SAP), relacionada à legitimidade da exigência de licença de localização e funcionamento, com o recolhimento das taxas respectivas, em relação às unidades prisionais da Pasta.

2. Os autos foram instruídos com as seguintes cópias:

- (i) Mensagens eletrônicas da Assessoria Técnica de Gabinete da SAP informando a respeito de exigências feitas por municípios para concessão de alvarás de localização e funcionamento e sobre precedentes em que houve manifestação do Gabinete do Procurador Geral do Estado, externando o entendimento de inexistência de subordinação ao poder de polícia do Município, aliado à especialidade da obra (unidade prisional), que envolve matéria de competência constitucional do Estado (fls. 03-07 e 14-19);
- (ii) Alvará de Licença de Localização e Funcionamento da SAP, expedido pela Prefeitura do Município de Itapeverica da Serra (fl. 09);
- (iii) Informação SAP/ATG nº 354/2015 propondo que a Consultoria Jurídica seja instada a se manifestar quanto à possibilidade de estender conclu-

sões exaradas em casos anteriores, referidas no subitem (i), de modo a concluir que as unidades prisionais do Estado não necessitam de Licença de Localização e Funcionamento (fls. 10-12);

- (iv) Parecer CJ/SAP 1572/2015 no qual se pondera que o objeto da consulta que originou a orientação veiculada anteriormente pelo Gabinete do Procurador Geral era específico e tratava da possibilidade de retomada de obras ante embargo municipal, daí não se podendo concluir que o entendimento então exarado seria aplicável a todas as construções de unidades prisionais, isentando o Estado da obtenção de alvarás e licenças que seriam, em princípio, exigíveis. Propõe, dessa forma, consulta formal à Subprocuradoria Geral do Estado, Área da Consultoria Geral (fls. 21-26);
- (v) Informação SAP/ATG nº 424/2015 que sintetiza a questão a ser analisada, acrescentando a frequência com que a dúvida sobre a necessidade de alvarás de construção e funcionamento é reiterada ao Gabinete da Pasta, bem como esclarecendo inexistir histórico de que tal documento tenha sido providenciado por estabelecimentos prisionais já em funcionamento (fls. 27-32);
- (vi) Ofícios oriundos do Ministério Público, de Prefeituras e Câmaras de Vereadores de diferentes Municípios com indagações acerca da situação de unidades prisionais quanto ao aludido alvará (fls. 34-40).

É o relatório. Passamos a opinar.

3. Observo, inicialmente, que a questão jurídica ora submetida não se confunde ao tema reiteradamente analisado por esta Especializada, envolvendo a edição de leis municipais que veiculam vedação à construção de estabelecimentos prisionais em seus respectivos territórios, a qual foi objeto dos precedentes Pareceres PA-3 nº 137/97¹, PA nº 334/02², PA nº 285/06³, PA nº 204/07, PA nº 93/08, PA nº 126/08 e PA nº 153/09⁴. Remeto-me, em especial, à minuciosa análise desenvolvida no Parecer PA nº 204/07, destacando, para evitar repetições, o entendimento institucional sintetizado no Parecer PA nº 153/09:

1 De autoria da Procuradora do Estado Dra. DORA MARIA VENDRAMINI BARRETO.

2 De autoria do Procurador do Estado Dr. EDUARDO AUGUSTO MUYLAERT ANTUNES.

3 De autoria do Procurador do Estado Dr. EDUARDO DE CARVALHO LAGES.

4 Os quatro últimos pareceres de autoria do Procurador do Estado Dr. ELIVAL DA SILVA RAMOS.

“9. Trata-se, portanto, de saber se é lícito ao legislador municipal proibir a instalação de presídios no território sujeito à capacidade normativa local.

10. É pacífico o entendimento da Procuradoria Geral do Estado quanto à invalidade de leis municipais que proibam a construção e instalação de unidades prisionais e congêneres em todo o território comunal ou na totalidade de sua área urbana. Nesse sentido, podem-se mencionar os Pareceres PA-3 nº 137/97, PA nº 334/02, PA nº 285/06, PA nº 204/07, PA nº 93/08, PA nº 126/08, PA nº 28/09, PA nº 101/09 e PA nº 119/09.

11. No Parecer PA nº 204/07, tive o ensejo de me manifestar sobre a adequada fundamentação do vício de inconstitucionalidade (em sentido amplo) que macula os indigitados atos legislativos locais, apontando, no caso: (A) a colidência com normas gerais federais de direito penitenciário (art. 24, I, da CF), corporificadas na Lei de Execuções Penais; (B) a usurpação da competência privativa do legislador federal para editar normas de direito agrário (art. 22, I, c/c art. 30, VIII, da CF); (C) a interferência indevida no cumprimento pelo Estado e pela própria União do dever de velar pela segurança pública (art. 144, caput, da CF)”. (grifei)

4. Em síntese, portanto, são inconstitucionais as leis municipais editadas com objetivo de proibir a instalação de presídios em seu território ou na totalidade de sua área urbana, vez que *produzem ilegítima interferência no exercício de competência estadual*, consoante exposto nos precedentes citados anteriormente.

5. De outra parte, porém, esta Especializada tem entendido inexistir vício, quando a legislação municipal, com amparo no art. 30, VIII, da Constituição Federal, restringe-se a fixar a disciplina adequada à ocupação do solo urbano, ou seja, as normas de zoneamento urbano. Nesse sentido, é possível que a lei de zoneamento tenha qualificado uma certa área como estritamente residencial, o que acaba por torná-la inadequada para a instalação de um presídio, sem prejuízo de que isso venha a ser feito em outro local. Nesse sentido, é útil retomar considerações externadas no Parecer PA no 40/06⁵:

“A Constituição Federal (CF) confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal, no que exclui os Municípios, competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico (24, I). A da União limita-se ao estabelecimento de normas gerais (24, § 1º) e a dos Estados é de caráter suplementar (24, § 2º). O art. 182 da CF estabelece que a

5 De autoria do Procurador do Estado Dr. ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO.

política de desenvolvimento urbano deve ser executada pelo Poder Público Municipal 'conforme diretrizes gerais fixadas em lei', que deve ser interpretada como federal, porque o art. 21, inciso XX, confere à União competência para 'instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos'.

Essas disposições, no entanto, não impedem o município de legislar sobre o uso de seu território, ainda que devam, no exercício dessa competência, integral obediência às normas gerais e às diretrizes estabelecidas pelos demais poderes competentes. Prescreve, com efeito, o art. 30, da CF, consagrador da autonomia municipal, que às comunas compete 'legislar sobre assuntos de interesse local' (inc. I) e 'promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano' (inc. VIII), além de o art. 182, § 1º, lhes haver outorgado, expressamente, competência para instituir o plano diretor como 'instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana'.

[...]

Registro que a hipótese de que tratam estes autos é substancialmente diversa de outras apreciadas por esta Procuradoria, que sustentou a inconstitucionalidade de leis municipais que proibiram, pura e simplesmente, a construção e instalação, em qualquer parte de seu território, de estabelecimentos penais, de reeducação social de menores e similares. A lei municipal sob análise não veda a construção e instalação desses estabelecimentos de forma genérica e irrestrita, mas apenas as impede na denominada macrozona urbana. Ao fazê-lo, entendo que a lei municipal se contém nos limites de sua competência constitucional, ex vi do disposto no art. 30, incisos I e VII, e art. 182, § 1º, da Magna Lex." (grifei)

6. É importante, dessa forma, *diferenciar a edição de leis municipais inconstitucionais, que proíbem a instalação de unidades prisionais no território, da válida disciplina de zoneamento urbano. A esse respeito, consignou o Parecer PA no 185/2008*⁶:

"Esta Especializada, em inúmeras oportunidades anteriores, manifestou-se acerca de limitações, previstas em leis municipais, à edificação e implantação de presídios e estabelecimentos de internação para menores infratores. Ao menos desde a aprovação do Parecer PA nº 204/2007 – que considerou determinada regra legal do Município de Casa Grande – firmou-se institucionalmente o entendimento de que tanto as leis que proíbem a construção, ampliação ou instalação de obras em todo o território municipal como aquelas que as vedem em toda a sua área urbana

6 De autoria do Procurador do Estado Dr. MAURO DE MEDEIROS KELLER.

padecem de incontornável inconstitucionalidade. Não haverá, entretanto, vício algum se a legislação local, a teor do art. 30, VIII, da Lei Maior, limitar-se a estabelecer a disciplina adequada à ocupação do solo urbano, vale dizer, a normativa concernente ao chamado zoneamento urbano, prescrevendo, por exemplo, que em determinada área da cidade, porquanto estritamente residencial, um presídio jamais poderá ser instalado. Ou seja, o Município não pode proibir a instalação de um estabelecimento prisional em todo o seu território ou em toda a área urbana que lhe compete, mas pode vedar que, em atendimento às suas próprias regras de ocupação do solo urbano, em certos trechos da referida área ele venha a ser instalado. [...]" (grifei)

7. Estabelecidas estas considerações de ordem preliminar, cabe, então, indagar se o Estado deverá obter alvará de Licença de Localização e Funcionamento para estabelecimentos prisionais, bem como se estará sujeito ao recolhimento das taxas respectivas. A questão diz com o exercício do poder de polícia entre entes políticos.

8. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO distingue um sentido amplo e um restrito do poder de polícia, atrelando ao último o conceito de polícia administrativa. Observa o ilustre Professor que

"A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se 'poder de polícia'. A expressão, tomada nesse sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. [...]"

*A expressão 'poder de polícia' pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa."*⁷(grifei)

9. Desse modo, BANDEIRA DE MELLO define polícia administrativa como

"[...] a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante

⁷ Curso de direito administrativo, 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 809.

ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ('non facere') a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.”⁸ (grifei)

10. O exame da definição de polícia administrativa ora referida ressalta traços – em especial a *supremacia* e *autoexecutoriedade* – que sinalizam a inaplicabilidade do seu exercício entre os entes federados, ante a incompatibilidade com o princípio federativo. Em que pese a relevância do fundamento, é necessário registrar a existência de controvérsia na doutrina acerca da matéria, logrando-se localizar raras manifestações da jurisprudência⁹.

11. De toda sorte, ainda que não se considere tal argumento, antecipo minha conclusão no sentido da *inviabilidade de que os Municípios exijam que as unidades prisionais do Estado providenciem alvará de Licença de Localização e Funcionamento ou procedam à cobrança das taxas respectivas*.

12. Ensina HELY LOPES MEIRELLES que

“Dentre os poderes administrativos figura, com especial destaque, o poder de polícia administrativa, que a Administração Pública exerce sobre todas as atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade. Para esse policiamento há competências exclusivas e concorrentes das três esferas estatais, dada a descentralização político-administrativa decorrente do nosso sistema constitucional.

8 Curso de direito administrativo, p. 824.

9 Tem-se notícia de Grupo de Trabalho, instituído na PGE, nos idos de 2003, para examinar os limites ao exercício de poder de polícia entre pessoas políticas. Da ampla pesquisa realizada naquela ocasião constataram-se diferentes posições doutrinárias e escassos julgados sobre o tema, observando-se que os últimos, no entanto, sugeriam posição favorável a algum grau de exercício de poder de polícia entre os entes federados (RE 97.273-STF; RE 90.470-STF). Além do magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, cuja definição de polícia administrativa sugere a inviabilidade do seu exercício entre entes federados, há referência à doutrina de: (i) CARLOS ARI SUNDFELD, in Administração ordenadora. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20 e ss; (ii) JOSÉ JESUS CAZETTA JÚNIOR, “A competência municipal para ordenamento do território e a questão dos bens estaduais”, in Temas de direito urbanístico 2, Revista do Ministério Público Estadual/Procuradoria Geral de Justiça, coedição CAOHURB e Imprensa Oficial, 2000, p. 129-141. A seu turno, o Grupo de Trabalho concluiu mais consistente a tese de que o poder de polícia, sobretudo por seu atributo de autoexecutoriedade, não opera entre pessoas políticas, as quais, no entanto, devem observar as normas cujo cumprimento é objeto de fiscalização da polícia administrativa. Ponderou-se, ainda, que, caso inócorra tal observância, cabe submeter a controvérsia ao Judiciário. Por fim, com a ressalva de não haver identidade com a hipótese fática ora submetida, registro que, no âmbito desta Procuradoria Administrativa, (i) o Parecer PA-3 nº 192/89 (cujo despacho de aprovação não foi localizado) admitiu exercício de poder de polícia entre entes políticos; (ii) o Parecer PA-3 nº 164/97 concluiu no sentido da viabilidade da aplicação de multas entre entes públicos.

*Em princípio, tem competência para policiar a entidade que dispõe do poder de regular a matéria.*¹⁰ (grifei)

13. Ao tratar, mais especificamente, do poder de polícia administrativa ligado ao controle da construção, que é exercido, especialmente, pelo Município, o autor destacou

*“Advirta-se também que ao Município só incumbem a legislação e o controle dos aspectos técnicos, estruturais e urbanísticos das construções e dos loteamentos urbanos ou para fins urbanos, não lhe competindo editar normas ou fazer imposições de natureza civil ou imobiliária, privativas da União, ou invadir competências do Estado e de órgãos federais, com exigências e impugnações sobre a propriedade e suas mutações dominiais ou possessórias.*¹¹ (grifei)

14. Em que pese competir aos Municípios legislar sobre interesse local (art. 30, I, CF) e promover o ordenamento territorial, dispondo sobre o uso e ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, CF) – respeitadas as regras de direito urbanístico fixadas pela União e pelos Estados (art. 24, I, CF) – o fato é que os Estados detêm competência em relação a estabelecimentos prisionais, consoante apontado nos diversos precedentes citados neste opinativo. Não haverá, portanto, exercício de poder de polícia pelo Município, vez que inviável sua interferência em competência do Estado.

15. Observo que, em relação à instalação de presídios, por se tratar de competência dos Estados, CARLOS ARI SUNDFELD conclui aplicável a legislação estadual, não apenas quanto a padrões construtivos, mas também quanto à localização¹². Recordo, neste ponto, o entendimento institucional prevalente – já externado neste opinativo – que reconhece a aplicação das leis municipais de zoneamento, desde que não contenham vícios, como a proibição da instalação de unidades prisionais em todo o território comunal ou na integralidade da área urbana.

10 *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 138-139.

11 *Direito de construir*. 10. ed. atualizada por Adilson Abreu Dallari, Daniela Libório Di Sarno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Jr. e Mariana Novis. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 221.

12 *Direito administrativo ordenador*. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22.

16. Por todo o exposto, concluímos não haver legitimidade para que Municípios exijam que o Estado obtenha Licença de Instalação e Funcionamento relativa a unidades prisionais ou, tampouco, efetuem a cobrança das respectivas taxas¹³. Não há exercício de atividade de polícia, na hipótese analisada, sob pena de intromissão em competência estadual.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

LUCIANA R. L. SALDANHA GASPARINI

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 120.706

13 É pacífico o entendimento quanto à inviabilidade de cobrança de taxa de localização e funcionamento quando não há exercício de poder de polícia (STF, RE 588.322, ReI. Min. GILMAR MENDES, j. 16.06.2010 – Repercussão geral reconhecida).

PROCESSO: GDOC nº 16847-729723/2015

PARECER: PA nº 84/2015

INTERESSADA: Secretaria da Administração Penitenciária

O **Parecer PA nº 84/2015** concluiu pela inexigibilidade de licença municipal de localização e funcionamento de unidades prisionais do Estado, bem como do pagamento da correspondente taxa.

Embora sua prolatora, por cautela que nos parece justificável, não tenha cabalmente refutado o exercício da polícia administrativa entre entes políticos, percebeu com nitidez um óbice intransponível a esse exercício pelo Município na hipótese do desempenho, por parte do Estado, de uma competência material que lhe foi constitucionalmente atribuída: a de construir e manter estabelecimentos penais e análogos.

Permitimo-nos um ligeiro acréscimo, apenas à guisa de reforço.

Não se pode desprezar a crise da noção de poder de polícia apontada por boa parte dos estudiosos do Direito Administrativo, como AUGUSTÍN GORDILLO¹ e, entre nós, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO². Sustentam esses autores que, com a ampliação dos fins do Estado no decorrer do processo histórico, o poder de polícia tem-se espreado difusamente por toda a atividade estatal no mesmo passo em que, consolidado o projeto ideológico do Estado de Direito, tal poder não mais se justifica por si mesmo, de modo autônomo, senão em função da Constituição e das leis.

Segundo essa análise, o ato de polícia administrativa poderia ser enxergado nos dias de hoje como o simples desempenho de uma função administrativa prevista em lei, esta mesma já limitadora da liberdade e da propriedade do sujeito destinatário. Não existe um poder natural e inerente à Administração, ou uma supremacia que não seja projeção das normas legais que dão forma e conteúdo aos direitos dos indivíduos, ainda que por efeito da disciplina da atuação concreta do Estado. Nas palavras de GUIDO ZANOBINI, “a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”³. O poder de polícia reduz-se, assim, a seu aspecto sintomático: por si só, não explica tampouco legítima qualquer comportamento administrativo direcionado à órbita dos particulares.

1 *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, I. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2014, t. 2, cap. V. Disponível em: <http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo5.pdf>. Acesso em: 21 set. 2015.

2 *Curso de Direito Administrativo*, 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. cap. XIV.

3 *Corso di diritto amministrativo*. Milão: A. Giuffrè, 1968, v. 4, *apud* MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 121.

Quando se trata de relações entre entes políticos da Federação, a insuficiência do poder de polícia como categoria jurídica funcional ou operativa é ainda mais evidente. Isso porque sai de cena a limitação de direitos que costuma ser percebida como *puissance publique*, ou supremacia da Administração, bem como deixa de ter pertinência a própria ideia de imposição de limites a uma órbita exterior. Com efeito, não se está mais a tomar certa esfera (a da liberdade individual) como “dado anterior ao Estado”⁴, ilimitada a princípio. A questão desloca-se para a coexistência de sujeitos que compartilham da mesma gênese e gozam de estatuto jurídico semelhante.

É neste preciso ponto que entram em jogo a forma federal do Estado e a repartição constitucional de competências entre os entes políticos que o compõem.

A readequação de nosso olhar permite que sejam incorporados ao debate novos argumentos. Perceber a contraposição entre Estado e Município como um problema de competência federativa, não de polícia administrativa, coloca-nos diante da questão do pacto federativo e da medida da autonomia de cada componente da Federação. Questão de medida, portanto, e não de limite. Isso significa, por um lado, que o exercício da competência constitucional se faz em toda a sua extensão e tolera contra si até mesmo certos atos que poderiam ser tradicionalmente vistos como exercício do poder de polícia, tais como a cominação de sanções pecuniárias por um ente sobre outro⁵; mas também implica, por outro lado, que eventual contraposição entre sujeitos dessa estatura não comporta o derradeiro modo de satisfação de interesses públicos, que é a coerção ou o emprego de força física, o que nos parece decorrência lógica da indissolubilidade do liame federativo⁶.

Como consequência, julgamos que, via de regra⁷, não têm lugar nas relações entre os entes da Federação comportamentos administrativos materiais repressivos como interdições de estabelecimentos, embargos de obras ou demolições compulsórias, tampouco, por arrasto, a exigência dos instrumentos de controle que servem justamente à prevenção desses mesmos comportamentos – caso dos alvarás de licença referidos nestes autos. Em tais hipóteses, restará ao ente inte-

4 A expressão é de RUY CIRNE LIMA, para quem “a esfera da liberdade individual é um dado anterior ao Estado, sendo a liberdade individual ilimitada em princípio, enquanto que é limitado o poder de nela interferir” (*Princípios de Direito Administrativo*, 7. ed., revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 43).

5 Hipótese analisada no **Parecer PA-3 nº 164/1997**, aprovado em toda a escala hierárquica, no qual se reconheceu a juridicidade da imposição de multas ambientais entre pessoas jurídicas de direito público interno.

6 Entre nós, essa indissolubilidade vem expressamente prevista no *caput* do artigo 1º da Constituição da República, *verbis*: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”.

7 Ressalvamos circunstâncias excepcionais albergadas pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, a prática de atos materiais decorrentes da intervenção federal (artigo 34 da Constituição da República) e a demolição de obra em ruína fundada em estado de necessidade (artigo 188, II, do Código Civil).

ressado acorrer ao Poder Judiciário, se puder demonstrar o desvio ou o abuso da competência que o ordenamento jurídico defere a seu congênere.

Com mais estes argumentos, acompanho o parecer em apreço e proponho sua aprovação pelas instâncias superiores.

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

P.A., em 22 de setembro de 2015.

DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

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

PROCESSO: GDOC nº 16847-729723/2015

INTERESSADO: SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

ASSUNTO: PODER DE POLÍCIA. LICENÇA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. UNIDADES PRISIONAIS DO ESTADO. Aprovação do Parecer PA nº 84/2015.

Despacho SUB-Cons nº 18/2015

1. Trata-se de dúvida suscitada na Secretaria de Administração Penitenciária, acerca da possibilidade de municípios exigirem Alvará de Licença de Localização e Funcionamento de unidades prisionais, bem como cobrarem a respectiva Taxa de Fiscalização.

2. O Parecer PA nº 84/2015 conclui pela inviabilidade de que os Municípios exijam das unidades prisionais do Estado o Alvará mencionado ou que procedam à cobrança das taxas respectivas, fundamentando sua conclusão primordialmente na impossibilidade de exercício do poder de polícia por parte dos Municípios na hipótese vertente. Cabe ressaltar que a competência para o exercício do poder de polícia está diretamente ligada ao poder de regular a matéria. Consequentemente, considerando a competência estadual em relação à instalação de estabelecimentos prisionais, haveria indevida intromissão do Município em matéria de alçada estadual.

3. O despacho de aprovação do parecer emitido pela Chefia da Procuradoria Administrativa complementa a fundamentação ao invocar também o problema da competência federativa, que remete à questão do pacto federativo e da *medida da autonomia de cada componente da Federação*. Trata-se de questão de *medida* do exercício do poder de polícia entre os entes públicos, e não de *limite*. Nesse passo, embora algumas hipóteses permitam a cominação de sanções pecuniárias por um ente sobre o outro, como, por exemplo, na imposição de multas ambientais entre pessoas jurídicas de direito público interno, já reconhecida pelo Parecer PA-3 nº 164/97, no caso de contraposição de interesses entre dois entes federativos, não cabem medidas repressivas como interdições de estabelecimentos, embargos de obras ou demolições compulsórias, ou instrumentos de controle de prevenção, como é o caso dos alvarás de licença.

4. Os acréscimos à fundamentação são pertinentes e complementam a linha de raciocínio exposta pela parecerista.

5. Em se tratando de matéria de competência exclusiva do Estado, como é o caso da construção de unidades prisionais, não cabe ao Município impor exigências que poderiam limitar a execução dessa competência por parte do Estado. A imposição de taxa de fiscalização pelo município é ilegal, pois não preenchida uma das condições de licitude, qual seja, legitimidade do sujeito ativo do tributo.

6. Aprovo o parecer em análise pelas razões expostas. No ensejo, tratando-se de matéria de especial interesse para a Secretaria da Administração Penitenciária, aproveito a oportunidade para compilar alguns entendimentos já consolidados pela Procuradoria Geral do Estado quanto à matéria:

i. não são inconstitucionais as leis municipais que, em atendimento às suas próprias regras de ocupação do solo urbano, restringem a construção de unidades prisionais em determinadas macrozonas urbanas, no exercício de sua competência constitucional de dispor sobre zoneamento urbano, a teor do disposto no art. 30, incisos I e VIII, e art. 182, par. 1º, da Magna Carta (PA 40/06, PA 185/08);

ii. são inconstitucionais as leis municipais editadas com objetivo de proibir a instalação de presídios em seu território ou na totalidade de sua área urbana, vez que produzem ilegítima interferência no exercício de competência estadual (PA-3 137/97, PA 334/02, PA 285/06, PA 204/07, PA 93/08, PA 126/08, PA 153/09);

iii. via de regra, salvo circunstâncias expressamente albergadas pelo ordenamento jurídico, não têm lugar nas relações entre entes da Federação comportamentos materiais repressivos como interdições de estabelecimentos, embargos de obra ou demolições compulsórias;

iv. não cabe ao Município exigir do Estado Alvará de Licença de Localização e Funcionamento de unidades prisionais, bem como cobrar a respectiva Taxa de Fiscalização.

7. Submeto estas conclusões à alçada do Sr. Procurador Geral do Estado.

SubG. Consultoria, em 27 de outubro de 2015.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO

Subprocuradora Geral do Estado

Consultoria Geral

PROCESSO: GDOC nº 16847-729723/2015

INTERESSADO: SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

ASSUNTO: PODER DE POLÍCIA. LICENÇA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. UNIDADES PRISIONAIS DO ESTADO. Aprovação do Parecer PA nº 84/2015.

1. Aprovo o Parecer PA nº 84/2015, com as conclusões resumidas no despacho de aprovação SUB-Cons nº 18/2015, da Subprocuradora Geral do Estado – Consultoria Geral.

2. Retomem-se os autos à d. Secretaria da Administração Penitenciária, dando-se ciência às demais Consultorias Jurídicas.

GPG, em 27 de outubro de 2015.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado

Resolução PGE nº 29, de 23 de dezembro de 2015

Regulamenta a elaboração de Parecer Referencial pelas Consultorias Jurídicas e sua utilização pela Administração Pública.

O **PROCURADOR GERAL DO ESTADO**, no uso de suas atribuições,

CONSIDERANDO o princípio da eficiência, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO a necessidade de racionalização dos trabalhos nas Consultorias Jurídicas;

CONSIDERANDO a existência de diversos pareceres sobre situações fáticas e jurídicas idênticas;

CONSIDERANDO que a adoção de Parecer Referencial já está sedimentada no âmbito federal, conforme Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014.

RESOLVE:

Artigo 1º - Fica admitida a elaboração de Parecer Referencial, a critério da Chefia da Consultoria Jurídica, quando houver processos e expedientes administrativos com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos, para os quais seja possível estabelecer orientação jurídica uniforme, cuja observância dependa de mera conferência de dados e/ou documentos constantes dos autos.

§ 1º – Considera-se Parecer Referencial a peça jurídica voltada a orientar a Administração em processos e expedientes administrativos que tratam de situação idêntica ao paradigma, sob o ponto de vista das orientações jurídicas ali traçadas.

§ 2º – A juntada de cópia do Parecer Referencial em processo ou expediente administrativo dispensa a análise individualizada pelas Consultorias Jurídicas.

§ 3º – A análise de convênio, termo de parceria ou instrumento congênere, cuja minuta-padrão esteja fixada em decreto, poderá ser feita por Parecer Referencial, do qual deverão constar os necessários requisitos, limites e recomendações de índole jurídica, inclusive quanto ao respectivo Plano de Trabalho.

Artigo 2º - A Consultoria Jurídica fixará prazo de validade para o Parecer Referencial, não superior a um ano, de modo a garantir a atualidade da orientação.

Parágrafo único – Em caso de alteração da legislação que fundamentou o Parecer Referencial, o órgão da Administração deverá suscitar à Consultoria Jurídica eventual necessidade de substituição da orientação precedente, sem prejuízo do dever funcional do Procurador do Estado de manter-se atualizado com a legislação e regulamentos editados e solicitar os ajustes pertinentes.

Artigo 3º - O Parecer Referencial deverá contar, além dos demais aplicáveis à elaboração de parecer, com os seguintes requisitos formais:

I – na ementa: deverá constar a expressão “PARECER REFERENCIAL” e ser indicada a possibilidade de a orientação ser aplicada aos casos idênticos;

II – na fundamentação: deverão ser indicadas as circunstâncias que ensejaram a sua adoção e as características do caso concreto que definem sua condição de paradigma;

III – na conclusão: deverão constar os requisitos para sua utilização, indicados nesta resolução, e outros eventualmente aplicáveis ao caso analisado, bem como seu prazo de validade.

Artigo 4º - Para utilização do Parecer Referencial, a Administração deverá instruir os processos e expedientes administrativos congêneres com:

I – cópia integral do Parecer Referencial com o despacho de aprovação da Chefia da Consultoria Jurídica;

II – declaração da autoridade competente para a prática do ato pretendido, atestando que o caso se enquadra nos parâmetros e pressupostos do Parecer Referencial e que serão seguidas as orientações nele contidas.

Artigo 5º - Caberá à Consultoria Jurídica dirimir as dúvidas da Administração sobre a aplicação do Parecer Referencial.

Artigo 6º - A superveniência da dispensa de manifestação das Consultorias Jurídicas, prevista no artigo 45, parágrafo único, inciso I, da Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado), afasta a utilização de Parecer Referencial que verse sobre o tema.

Parágrafo único – A Consultoria Jurídica da Pasta deverá informar a Administração sobre a dispensa tratada no *caput*.

Artigo 7º - As Consultorias Jurídicas deverão encaminhar à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral arquivo eletrônico com o Parecer Referencial elaborado, no prazo de 2 (dois) dias úteis após a aprovação da respectiva chefia.

Artigo 8º - A Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral poderá editar normas complementares à elaboração e utilização de Parecer Referencial.

Artigo 9º - As Consultorias Jurídicas deverão adequar os Pareceres Referenciais que já estejam em uso nas respectivas unidades ao regramento estabelecido nesta resolução.

Artigo 10 - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado

Consultoria

152) CONSTITUCIONALIDADE. PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. Lei Estadual nº 15.601, de 12 de dezembro de 2014, que instituiu o Programa Permanente do Transplante de Medula Óssea – PROMEDULA, no âmbito do Estado de São Paulo. Lei de iniciativa parlamentar. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição parcial de veto total oposto pelo Governador. Artigos 2º, 61, § 1º, II, “e”, 66, § 4º, 84, VI, “a” e 165, III, da Constituição da República. Minuta de petição inicial. Precedente: **Parecer PA nº 72/2015. (Parecer PA nº 99/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 29/10/2015)**

153) SERVIDOR PÚBLICO. DIREITOS E VANTAGENS. GRATIFICAÇÃO. PRÊMIO DE DESEMPENHO INDIVIDUAL – PDI. Servidora não integrante de classe regida pela Lei Complementar Estadual nº 1.080, de 17 de dezembro de 2008. Designação para função de serviço público de classe regida por esse diploma legislativo, sem opção pelos vencimentos do cargo efetivo. Direito à percepção do Prêmio de Desempenho Individual. Inteligência do artigo 6º e parágrafo único da Lei Complementar Estadual nº 1.158, de 02 de dezembro de 2011. Incorporação de dez décimos da diferença

entre as remunerações proporcionadas pelo cargo efetivo e pela função de confiança em questão. Irrelevância. Proposta de deferimento do pleito formulado pela servidora. **(Parecer PA nº 104/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 09/11/2015)**

154) VANTAGENS PECUNIÁRIAS. DIÁRIAS. Artigo 144 da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. Decreto Estadual nº 48.292, de 02 de dezembro de 2003. Vedação ao pagamento de diárias quando o deslocamento constituir exigência permanente do cargo ou função. Artigo 144, parágrafo 2º, da Lei Estadual nº 10.261/1968. Precedente: **Parecer PA-3 nº 98/1997.** Ausência de manifestação do órgão técnico. Proposta de oitiva do órgão de pessoal da Secretaria da Segurança Pública. **Parecer PA nº 92/2011. (Parecer PA nº 94/2015 – Aprovado (diligência) pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 16/11/2015)**

155) LEI FEDERAL Nº 13.103/2015. DÚVIDA SOBRE QUAIS DISPOSITIVOS SÃO APLICÁVEIS AOS ESTADOS MEMBROS. Os artigos 1º a 8º, os §§ 2º, 3º e 4º do artigo 9º, os artigos 12 a 16, 18, 20, 21 e 22 trataram de matérias submetidas à competência privativa da União (art. 22, incisos I, XI e XVI da

CF), pelo que são normas de caráter nacional, de cumprimento obrigatório pelos Estados. O *caput* do artigo 9º previu, de modo expresso, que a cada ente público compete definir as condições de segurança, sanitárias e de conforto nos locais de espera, de repouso e de descanso dos motoristas profissionais, pelo que respeitou a autonomia dos Estados. O artigo 11 é norma complementar aos demais dispositivos que fixaram novas regras atinentes às condições de trabalho para motoristas profissionais, pelo que não invadiu a órbita de atribuições legislativas do Estado de São Paulo. Os artigos 9º, § 1º, 10, 17 e 19 da Lei Federal nº 13.103/2015 regulam situações específicas da União, pelo que se aplicam apenas às rodovias federais, não sendo de cumprimento obrigatório pelos Estados. O *caput* do artigo 2º e seu § 1º do Decreto nº 8.433/2015, ao regulamentarem o art. 17 da Lei Federal nº 13.103/2015, impuseram obrigações aos Estados, incompatíveis com o Parecer PA nº 23/2015, pelo que eivados de ilegalidade. Precedentes: Pareceres PA nº 38/2011, 21/2012 e 23/2015. **(Parecer PA nº 87/2015 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 17/11/2015)**

156) PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO. AFASTAMENTO. Contribuição previdenciária de servidor afastado, com prejuízo de remuneração, que optou em permanecer vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social. Artigo 12 da Lei Com-

plementar nº 1.012/2007 e artigo 8º, parágrafo 5º, do Decreto Estadual nº 52.859/2008. Se o servidor for efetivamente afastado **antes** da publicação do ato que deferir seu afastamento, deve solicitar a manutenção do vínculo com o RPPS **no momento do afastamento do cargo**. Já se o afastamento ocorrer **depois** da publicação do ato de deferimento, o prazo para manifestação da opção pelo vínculo com o RPPS será de **até trinta dias contados da data da publicação**. Correta exegese emprestada ao parágrafo 5º do artigo 8º do Decreto Estadual nº 52.859, de 02 de abril de 2008. Norma regulamentar de caráter organizativo, subjacente ao comando legal. Despacho de desaprovção exarado pela Chefia da Procuradoria Administrativa no Parecer **PA nº 53/2013. (Parecer PA nº 91/2015 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 17/11/2015)**

157) SERVIDOR PÚBLICO. INDENIZAÇÃO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. Férias não usufruídas ante o advento de alteração legislativa que reduziu a idade-limite para a permanência no serviço público. Falta de amparo legal para o acolhimento da pretensão. Diretriz fixada no sentido de que só há o direito à indenização na hipótese em que a não fruição for imputável à Administração. *“A responsabilidade da Administração por ter a fruição do benefício se inviabilizado é completamente diversa daquela que assume, ao indeferir o gozo regulamentar de férias, por necessidade do serviço”.*

Despacho aditivo do Procurador do Estado Assessor Chefe da Assessoria Jurídica do Governo exarado no Parecer **AJG 0767/2000**. Precedentes: **Pareceres PA nº 14/2004, nº 105/2005, nº 106/2005, nº 107/2013, nº 106/2014. (Parecer PA nº 86/2015 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 17/11/2015)**

158) SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. FREQUÊNCIA. Ausências ocorridas no período compreendido entre a data de protocolo do pedido de licença e a publicação da decisão final denegatória, incluindo eventual análise de recurso e/ou pedido de reconsideração. Faltas injustificadas. Atestado de frequência deve consignar a situação existente até a data de sua expedição. Licença para tratamento de saúde que depende de perícia técnica do órgão médico oficial. Ausência de respaldo legal para pagamento da remuneração. Eventual pagamento indevido deverá ser objeto de reposição. Dispensa que depende da comprovação da boa-fé do servidor, a ser aferida no caso concreto. Controle da frequência que é atribuição do órgão de pessoal da respectiva Secretaria de Estado. **Precedentes: Pareceres PA-3 nº 300/2001, PA nº 6/2005 e PA nº 187/2009. (Parecer PA nº 95/2015 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 23/11/2015)**

159) IPESP. CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DOS ADVOGA-

DOS DE SÃO PAULO. APOSENTADORIA E PENSÃO POR MORTE. LEIS ESTADUAIS Nº 10.394/1970 E 13.549/2009. Pedido de revisão do valor de benefícios, bem como do percentual de contribuição previdenciária sobre eles incidentes, em razão do julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nas ADIs 4291 e 4429. Interpretação das decisões proferidas nessas medidas judiciais. Os dispositivos da Lei Estadual nº 13.549/2009, salvo os declarados inconstitucionais (artigo 2º, §§ 2º e 3º), devem ser interpretados no sentido de que as novas regras, neles previstas, não se aplicam a quem, na data de sua publicação, já estava em gozo de benefício (aposentadoria ou pensão) ou já tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei nº 10.394, de 1970, os requisitos necessários à concessão. Assim, quando do trânsito em julgado das decisões proferidas nas mencionadas ADIs, deverá o IPESP restabelecer, desde a vigência da Lei Estadual nº 13.549/2009, o percentual de 5% (cinco por cento) de contribuição sobre os proventos de aposentadoria do senhor NILDES JOSÉ MOURÃO, pagando as diferenças devidas até o falecimento de referido senhor; essa mesma providência deverá ser feita a todos os aposentados e pensionistas da Carteira dos Advogados, que já estavam recebendo seus benefícios quando da promulgação da Lei Estadual nº 13.549/2009; idêntica providência deverá ser feita, ainda, a todos os aposentados da Carteira dos Advoga-

dos, que, mesmo tendo requerido seu benefício na vigência da Lei Estadual nº 13.549/2009, já tinham completado os requisitos para tal, na vigência da Lei Estadual nº 10.394/1970. **Os dispositivos da Lei Estadual nº 13.549/2009, salvo os expressamente declarados inconstitucionais (artigo 2º, §§ 2º e 3º), são aplicáveis aos benefícios auferidos na sua vigência.** Assim, a fixação do valor da pensão da Interessada deve ser feita nos termos previstos pelo artigo 11 da Lei Estadual nº 13.549/2009 e não pelo artigo 28 da Lei Estadual nº 10.394/1970, já revogado quando do falecimento de seu esposo; essa mesma regra deve ser aplicada a todas as pensões regidas pela Lei Estadual nº 13.549/2009; a contribuição mensal incidente sobre aposentadorias e pensões concedidas a partir de 01.01.2010 é, nos termos do artigo 19, § 5º da Lei Estadual nº 13.549/2009, de 5% (cinco por cento) sobre os respectivos valores, não se aplicando, para esses casos, o artigo 33, § 2º da mesma lei. **(Parecer PA nº 26/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 26/11/2015)**

160) PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. Pensão por morte. Direito intertemporal. Aposentadoria regida pela Lei Estadual nº 10.394, de 16 de dezembro de 1970. Correspondente pensão regida pela Lei Estadual nº 13.549, de 26 de maio de 2009. Inexistência de ofensa a ato jurídico perfeito ou de lesão a direito adquirido. Aplicação da

lei nova a fatos ocorridos no curso de sua vigência. Considerações de ordem atuarial que não apresentam relevância diante da escolha política empreendida pelo legislador estadual. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.429/SP. Necessidade, decorrente da nova disciplina legal, de que se individualize, na data do óbito do instituidor do benefício, a conta de que se origina a pensão. **(Parecer PA nº 77/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 26/11/2015)**

161) SERVIDOR PÚBLICO. PERDA DE CARGO DETERMINADA EM SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. A perda do cargo público declarada como efeito da sentença penal condenatória não se confunde com a pena disciplinar de “demissão a bem do serviço público”. O ato praticado por servidor que configure infração penal e infração administrativa ensejará duas decisões, não se olvidando da repercussão da coisa julgada na esfera penal, que declara a perda do cargo, no âmbito administrativo/disciplinar. **Precedentes: PA nº 307/2007, 117/2007, 242/2006, 160/2004, 29/2004 e 52/2015.** A perda do cargo público, com fundamento no artigo 92, inciso I, alíneas ‘a’ e/ou ‘b’ do Código Penal, consiste em efeito da condenação penal e deve ser obrigatoriamente declarada pela autoridade administrativa competente. **Parecer PA nº 156/2008.** O cumprimento da sentença penal, que determina a perda do cargo, nos termos do artigo 92, in-

ciso I, alíneas 'a' e/ou 'b' do Código Penal, configura hipótese apta a ensejar a vacância do mesmo. **(Parecer PA nº 106/2015 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 04/12/2015)**

162) APOSENTADORIA. CONTAGEM RECÍPROCA. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. Certidão de Tempo de Serviço/Contribuição (CTS/CTC) emitida, após 14 de outubro de 1996, pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, tendo em vista o reconhecimento de tempo de serviço rural em ação declaratória, proposta pelo interessado contra a Autarquia Federal. Documento expedido sem ressalva acerca da falta de indenização ao INSS e consequente inviabilidade do cômputo do tempo para contagem recíproca. Portaria de concessão de aposentadoria publicada no Diário Oficial em 05.05.2009. Superveniente recusa da Autarquia Federal a proceder à compensação previdenciária, do período constante da CTC, à SPPREV, sob o argumento de que não houve indenização ao INSS. Caso concreto que difere daqueles analisados por ocasião da prolação dos Pareceres PA nº 48/2007 e 19/2014. Incabível a instauração de procedimento de invalidação do ato de aposentação, posto que a CTC, tal como expedida pelo INSS, não continha restrição acerca do cômputo do período para aposentadoria. **AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL PARA A NEGATIVA DE COMPENSAÇÃO PREVIDENCIÁRIA À SPPREV.** O INSS é responsável pelo conteúdo cer-

tificado nas certidões de sua lavra. A controvérsia envolve o reconhecimento de tempo de serviço no Regime Geral de Previdência Social. Trata-se de relação jurídica entre o interessado e o INSS, da qual o Estado de São Paulo ou a SPPREV não fazem parte. A competência para aferir o recolhimento de contribuições no período ou sua indenização é da Autarquia Federal. Se a certidão emitida consignou o tempo de serviço, inexistindo nela qualquer elemento que inviabilizasse seu cômputo para aposentadoria nos regimes próprios de Previdência, cabe ao INSS proceder à compensação financeira respectiva. Viabilidade da propositura de ação judicial contra a Autarquia Federal. **(Parecer PA nº 103/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 07/12/2015)**

163) CONSTITUCIONAL. AGENTE PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO. TETO REMUNERATÓRIO. CUMULAÇÃO DE PROVENTOS COM VENCIMENTOS DE CARGO EM COMISSÃO. Dúvida submetida pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania acerca da forma de incidência do teto remuneratório no caso de cumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos de cargo em comissão puro. No âmbito da Procuradoria Geral do Estado, o entendimento aprovado pelas instâncias superiores propugna que a aplicação do teto se dá sobre a soma dos proventos com a remuneração do cargo em comissão. **Artigo 37, XI c.c. artigo 40, § 11, todos da Constituição Fe-**

deral. Precedentes: PA nº 156/2004 e 130/2011. Questão a ser dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, que já acolheu a repercussão geral da questão constitucional. Embora a hipótese dos autos rigorosamente envolva agente político na acepção mais estrita do termo (precedente: Parecer PA nº 83/2002; no STF, a Rcl 6650 MC-AgR), as mesmas razões que têm sido reiteradamente aplicadas pela Procuradoria Geral do Estado – em especial a interpretação da expressão “*percebidos cumulativamente ou não*” do artigo 37, XI, dispositivo esse que expressamente abarca as espécies remuneratórias percebidas por agentes políticos – conduzem à conclusão pela impossibilidade de incidência do teto remuneratório isoladamente no caso de acumulação remunerada em apreço. **(Parecer PA nº 112/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 15/12/2015)**

164) CONSTITUCIONALIDADE. PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. Lei Estadual nº 15.666, de 12 de janeiro de 2015, que dispõe sobre a inclusão de produtos definidos

como orgânicos na merenda escolar das unidades de ensino fundamental da rede pública. **Lei de iniciativa parlamentar.** Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição parcial do veto oposto pelo Governador. Artigos 2º, 61, § 1º, II, “e”, 84, VI, “a” e 165, III, da Constituição da República. Minuta de petição inicial. Precedente: **Parecer PA nº 81/2015. (Parecer PA nº 101/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 16/12/2015)**

165) EXAME PSICOLÓGICO. DECISÃO JUDICIAL RELATIVA A PROGRESSÃO DE REGIME. Determinação do juízo da execução penal para realização do Teste de Rorschach em sentenciados. Atuação de psicólogos dos quadros da Secretaria da Administração Penitenciária. Dúvida quanto à conduta a ser adotada em razão da autonomia dos psicólogos. Solicitação de diligência para complementação da instrução. **(Parecer PA nº 110/2015 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 16/12/2015)**

Contencioso Geral

166) AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Ordinária. Servidores Públicos Estaduais. Assistência Judiciária Gratuita. Indeferimento do benefício em litisconsórcio ativo, 30 (trinta), que possibilitará considerável rateio das custas e despesas processuais, afastando, assim, a presunção de veracidade que emana das declarações de hipossuficiência. Presunção *juris tantum* que não tem caráter absoluto. Ausência de prova nos autos de que, se suportadas as custas processuais, haveria sério comprometimento do sustento próprio ou familiar. Advogado particular constituído. Precedentes desta Egrégia 11ª Câmara de Direito Público do Estado de São Paulo – Decisão que indeferiu os benefícios, mantida. Recurso improvido. (Agravado de instrumento nº 2242312-51.2015.8.26.0000 – São Paulo – 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Marcelo L. Theodósio – 15/12/2015 – 4425 – Unânime)

167) AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. Ação Declaratória. Valor dado à causa de R\$ 47.500,00. Litisconsórcio facultativo ativo. Inconformismo ante a decisão que determinou a remessa dos autos ao Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital. Competência de natureza absoluta, devendo-se levar em consideração o valor da pretensão individual de cada litisconsorte. Precedentes do Egrégio TJSP, do STJ e desta E. 11ª Câmara. Justiça Gratuita. Pedido não apreciado pela r. decisão recorrida. Inadmissibili-

dade em sede de 2ª Instância sob pena de supressão de um grau de jurisdição. Decisão mantida. Recurso improvido. (Agravado de instrumento nº 2248405-30.2015.8.26.0000 – São Paulo – 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Marcelo L. Theodósio – 15/12/2015 – 4502 – Unânime)

168) EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Hipótese em que a Fazenda Estadual executada embargou alegando incorreção dos cálculos da exequente. Reconhecimento do pedido por parte da embargada. Embargos julgados procedentes. Verba honorária devida pela exequente, que deu causa ao ajuizamento dos embargos à execução. Recurso provido. (Apelação nº 0027117-64.2009.8.26.0320 – Limeira – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Moacir Peres – 18/12/2015 – 29203 – Unânime)

169) PENSIONISTA DE FERROVIÁRIO DA EXTINTA FEPASA. Revisão de proventos. Pretensão ao restabelecimento da Estrutura de Cargos e Salários implementada pela FEPASA para manter entre as diversas classes uma diferença de 10,62% na remuneração. Improcedência. Responsabilidade da Fazenda adstrita ao pagamento da complementação da aposentadoria ou pensão. Sentença confirmada. Recurso não provido. (Apelação nº 0002877-37.2015.8.26.0114 – Campinas – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Coimbra Schmidt – 18/12/2015 – 31037 – Unânime)

Contencioso Tributário-Fiscal

170) AGRAVO INSTRUMENTO.

Execução fiscal. Nomeação à penhora. Debêntures. Direito de recusa. Apesar de possível a nomeação à penhora de debêntures, é válida a recusa, pela Fazenda Pública, em razão da inobservância da ordem de preferência estabelecida no art. 11 da Lei nº 6.830/80 e no art. 655 do CPC. Inocorrência de violação ao princípio da menor onerosidade ao devedor (art. 620, CPC), ante o interesse da satisfação do credor. Precedentes. Recurso não provido. (Agravamento nº 2247144-30.2015.8.26.0000 – São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Alves Braga Júnior – 15/12/2015 – 290 – Unânime)

171) EXECUÇÃO FISCAL. IPVA.

Certidão de Dívida Ativa. Certeza e Liquidez. Ausência dos requisitos obrigatórios. Número do lançamento em dívida ativa, data da inscrição, dados do processo administrativo. Sentença de extinção do feito, de ofício. Necessidade de intimação da Fazenda do Estado. Possibilidade de emenda ou substituição da CDA até a decisão de primeira instância. Inteligência do art. 2º, § 8º da Lei nº 6.830/80 e Súmula 393 do STJ. Sentença anulada. Recurso provido. (Apelação nº 0221911-91.2013.8.26.0014 – São Paulo – 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Luis Ganzerla – 15/12/2015 – 25028 – Unânime)

172) APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPVA. Reconhe-

cimento de ofício de nulidade das CDAs. Inadmissibilidade. CDAs que preenchem os requisitos do art. 2º, § 5º, II, III e VI, e art. 3º, § único, da Lei nº 6.830/80 e art. 618, I, do CPC. Mero defeito formal que pode ser corrigido sem prejuízo do executado. Sentença que extinguiu a execução que será anulada devendo prosseguir normalmente a execução. Recurso provido. (Apelação nº 0221832-15.2013.8.26.0014 – São Paulo – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Eduardo Gouvêa – 18/12/2015 – 23582 – Unânime)

173) EMBARGOS À EXECUÇÃO

FISCAL. ICMS. Contribuinte, enquadrado no Regime de EPP, que argumenta com erro na aplicação da alíquota do ICMS, de maneira que nula seria a execução fiscal. Está-se diante de débito declarado e não pago, de maneira que o fisco teve em conta aquilo que o próprio contribuinte declarou como devido. GIA substitutiva apresentada após o ajuizamento da execução fiscal, desconhecendo-se os motivos da negativa em receber o documento por parte da Administração Tributária, de sorte que não se há de argumentar com a norma do artigo 462 do CPC. Empresa que, por outro lado, deixou de comprovar o preenchimento, à época dos fatos, dos requisitos estabelecidos na regra do artigo 1º, II, “a”, da Lei nº 10.086/98, como apontou o perito. Recurso fazendário provido. (Apelação nº 0600149-51.2013.8.26.0014 – São Paulo – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Luiz Sérgio Fernandes de Souza – 18/12/2015 – 10103 – Unânime)



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

