

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

SETEMBRO/OUTUBRO 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

Ouidoria

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 Ângela Del Nery, Maria Márcia Formoso Delsin, Rafael Carvalho de Fassio, 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	11
Cursos e eventos em parceria com outras instituições	11
<i>Peças e julgados</i>	
PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. Existência de grupo econômico. Demonstrada, documental e fundamentadamente, em petição acolhida como razão de decidir, a fraude perpetrada pela executada e seu grupo econômico com o objetivo de não recolher ICMS relativo à comercialização de produtos da marca DAVENE. Redirecionamento deferido	13
MANIFESTAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE, EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO EM MANDADO DE SEGURANÇA DIVERSO, CONCEDEU EFEITO SUSPENSIVO EM FAVOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. Alegação de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal e violação do disposto no artigo 471 do Código de Processo Civil. Inocorrência. Embora tenha havido um primeiro juízo de admissibilidade quanto ao recurso extraordinário, teve este, todavia, sobrestado o seguimento ante o reconhecimento de repercussão geral, fazendo surgir competência do Presidente do Tribunal de Justiça para resolver o pedido de medida cautelar. Interpretação mais consentânea da Súmula 635 do STF. Precedente. Inaplicabilidade do artigo 471 do Código de Processo Civil às decisões fundadas no poder geral de cautela, inexistindo, por conseguinte, preclusão <i>pro judicato</i> para examinar pedido de efeito suspensivo enquanto o processo não alcançar a coisa julgada material. Segurança denegada	43
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	
PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO. Contribuição previdenciária de servidor público estadual afastado para o exercício de mandato eletivo. Leis Complementares nº 1.010/2007 e nº 1.012/2007 regulamentaram inteiramente a disciplina relativa às contribuições previdenciárias dos servidores	

afastados. Revogação tácita do § 12 do artigo 137 da Lei Complementar nº 180/1978. Em qualquer hipótese de afastamento para o exercício de mandato eletivo, o servidor necessariamente permanecerá vinculado ao RPPS, não importando se o afastamento seja com ou sem prejuízo de vencimentos. Artigo 38, incisos IV e V, da Constituição Federal. Artigo 12, inciso I, alínea “j”, da Lei Federal nº 8.212/1991. Se o afastamento se deu com prejuízo de vencimentos, caberá ao órgão de exercício do mandato proceder ao recolhimento da contribuição previdenciária pessoal do servidor e a patronal. Artigo 9º, incisos I e II, do Decreto Estadual nº 52.859/2008 e artigo 32 da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 31 de março de 2009. Na hipótese de afastamento para o exercício do mandato eletivo sem prejuízo de vencimentos, continuará sob a responsabilidade do órgão de origem o recolhimento das contribuições devidas pelo servidor e pelo ente. Artigo 10 do Decreto nº 52.859/2008 e artigo 33 da referida orientação normativa. Possibilidade de expedição de Certidão Negativa de Débito apenas verificada a quitação de ambas as parcelas, salvo no tocante ao período anterior à vigência da Lei Complementar nº 1.012/2007, no qual devido apenas o recolhimento da parcela pessoal do servidor afastado 55

Ementário

Consultoria	73
Contencioso Geral.....	83
Contencioso Tributário-Fiscal.....	85

A Procuradoria Geral do Estado, em razão da entrada em vigor da nova Lei Orgânica – Lei complementar estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015 –, avançou institucionalmente em muitos aspectos e, com relação à sua Corregedoria, teve melhor explicitadas atribuições que já vinham sendo exercidas pelo órgão.

Voltou a se estabelecer um mandato de 2 (dois) anos para o Corregedor Geral, que é nomeado pelo Governador, a partir de lista tríplice formada pelo Conselho da Procuradoria Geral do Estado, dentre os integrantes dos últimos dois níveis da carreira de Procurador do Estado, que não tenham sofrido sanções de caráter disciplinar nos últimos cinco anos e contemplando, ainda, a possibilidade de uma recondução.

Há maior coordenação com órgãos superiores da Instituição.

Cabe ao Conselho estabelecer o número de Corregedores Auxiliares que integrarão, ao lado do Corregedor Geral e do Corregedor Geral Adjunto, a equipe da Corregedoria.

Há previsão de encaminhamento ao Governador de proposta de destituição do Corregedor Geral pela decisão de 2/3 do Conselho.

Trouxe a recém-aprovada Lei Orgânica a obrigatoriedade de se realizar bienalmente, portanto, dentro do período correspondente a um mandato, correição ordinária em todos os órgãos da PGE.

A correição ordinária é a oportunidade em que se pode aferir *in loco* o trabalho realizado em cada órgão e as condições em que se desenvolve esse trabalho. A equipe da Corregedoria pode, em contato pessoal com os colegas que lá atuam, levantar e aferir informações e dados que permitem subsidiar o desempenho das demais atribuições do órgão, como: (i) as de fiscalização e orientação; (ii) de organização e divulgação à Carreira, com dados estatísticos das atividades desenvolvidas pelos diversos órgãos, para criação/redistribuição de cargos; (iii) apontar eventuais necessidades materiais ou de pessoal.

Incumbe também à Corregedoria a regulamentação e o acompanhamento do estágio probatório dos colegas que ingressam na carreira de Procurador do Estado, a fim de submeter ao Conselho da Procuradoria proposta de sua confirmação ou não na carreira.

A apreciação de representações encaminhadas relativamente à atuação da PGE e seus integrantes bem como a realização de procedimentos disciplinares contra integrantes da carreira permanecem, como não poderia deixar de ser, como atribuições da Corregedoria.

Quanto ao procedimento disciplinar, este pode, agora, ser instaurado pelo Corregedor Geral, pelo Conselho da Procuradoria Geral do Estado e pelo Procurador Geral do Estado.

Outra novidade na parte disciplinar é a possibilidade de suspensão de Sindi-câncias, quando se tratar de descumprimento de dever que, em tese, mereceria pena de repreensão.

Mas o que deve balizar a atuação da Corregedoria é a realidade atual da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – defasagem existente entre o aumento da demanda de serviços e o insuficiente número de Procuradores e funcionários de apoio em exercício.

É atribuição da Corregedoria manter as estatísticas atualizadas e a divulgação desses dados.

Hoje, as informações são obtidas por meio dos relatórios mensais de atividades com preenchimento feito pelos Procuradores do Estado.

O desejável é que esses dados sejam fornecidos diretamente pelos sistemas eletrônicos como o “PGE.Net” e “Docflow”. No entanto, isso só poderá ser plenamente atingido quando a totalidade dos processos judiciais e administrativos estiverem cadastrados nesses sistemas, o que demandará ações coordenadas com as subprocuradorias gerais.

O uso dessas tecnologias também propicia mudanças nos modos tradicionais de execução dos trabalhos, dentre elas a possibilidade de trabalho a distância, que certamente impactam a cultura de trabalho atual. Cedo ou tarde, essa realidade deverá ser enfrentada pela nossa instituição.

Não se pode esquecer que haverá a participação cada vez maior de colegas Procuradores que os analistas identificaram como sendo da geração X e/ou Y, habituados à realidade virtual e com expectativa de encontrar na nossa Instituição ambiente semelhante ao seu dia a dia, aberto e veloz.

Desempenhar as atribuições dentro dessa realidade da Procuradoria Geral do Estado demanda reflexões e alterações no modo de atuar da Corregedoria Geral, e este será o maior desafio a ser enfrentado e para o qual contamos com a colaboração de todos os integrantes da Carreira.

Agradeço à Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos pela oportunidade de aqui escrever e convido os leitores a aproveitarem mais este número do Boletim, o qual traz trabalhos de nossos colegas que demonstram a atuação de excelência da PGE na defesa do interesse público, o que é reconhecido por todos na comunidade jurídica brasileira.

Em um dos trabalhos, a PGE logrou obter, em execução fiscal para cobrança de valores expressivos de ICMS (mais de quatro milhões de reais), o reconhecimento da ocorrência de sucessão de empresas e de fraude tributária, tendo sido deferido, também, o redirecionamento da cobrança para o patrimônio das empresas sucessoras e de seus sócios, com a expedição de ofício ao Banco Central visando ao arresto de ativos financeiros, bem como a decretação da indisponibilidade de bens dos devedores.

No outro trabalho, em Mandado de Segurança promovido contra ato do Presidente do TJSP, o Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE, representado pela PGE, logrou obter a denegação da ordem, impedindo os impetrantes de efetuar o levantamento do valor de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), que havia sido sequestrado dos cofres públicos, bem como a liberação desse valor em favor do DAEE.

Apresenta-se, também, parecer da Procuradoria Administrativa exarado em consulta formulada pela Diretoria de Administração e Finanças da São Paulo Previdência acerca da responsabilidade pelo pagamento da contribuição patronal no afastamento de servidor para exercício de mandato eletivo.

Uma boa leitura a todos.

SERGIO SEIJI ITIKAWA
Procurador do Estado
Corregedor Geral

Cursos do Centro de Estudos

05.10 – “Cláusulas Exorbitantes em Contratos Administrativos no Direito Americano”.

26.10 – “Palestra com os representantes do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo”.

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

17 e 18.09 – “Simpósio sobre Grandes Questões Atuais do Direito Tributário 2015”, promovido pela Dialética – Edições, Eventos e Cursos.

22.09 – “Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos”, promovido pelo Instituto Brasileiro de Educação em Gestão Pública – IBEGESP.

24.09 – “8º Fórum Brasileiro de Controle Interno e Auditoria da Administração Pública”, promovido pela empresa Fórum Cultural Organização de Eventos Ltda.

13 a 16.10 – “XLI Congresso Nacional de Procuradores do Estado” – promovido pela Associação de Procuradores do Distrito Federal.

19.10 – “*Workshop* sobre a Arbitragem”, promovido pelo ICC – International Chamber of Commerce.

21 e 22.10 – “4º Congresso sobre Gestão de Pessoas no Setor Público Paulista”, promovido pela UCRH – Unidade Central de Recursos Humanos.

21 a 23.10 – “XXIX Congresso Brasileiro de Direito Tributário”, promovido pelo IDEPE – Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial.

22 e 23.10 – “Equilíbrio Econômico-Financeiro de Concessões e PPPs”, promovido pela Portugal Ribeiro Cursos e Treinamento Ltda. Me.

26 e 27.10 – “II Congresso Pan-Americano de Arbitragem”, promovido pelo CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE DIADEMA/SP

EXECUÇÃO FISCAL Nº 10.879/2003

EXEQUENTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EXECUTADA: PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA.

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por sua Procuradora do Estado que esta subscreve, nos autos em epígrafe, vem à presença de Vossa Excelência expor e requerer o quanto segue:

A presente execução fiscal teve início em novembro de 2003, para cobrança de ICMS referente a abril, maio e junho de 2003, declarado e não pago pela Executada PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA.

Atualmente, o valor do crédito ora executado alcança a quantia de **R\$ 4.340.183,80 (quatro milhões, trezentos e quarenta mil, cento e oitenta e três reais e oitenta centavos) (doc. 01)**, ressaltando-se que o valor total da dívida que a Executada possui com o Estado de São Paulo supera os **cinquenta e um milhões de reais (doc. 02)**.

Quando da propositura da ação, a Executada não foi localizada no endereço constante da inicial, qual seja Av. Prestes Maia, nº 827, Diadema/SP (fl. 06 da presente execução fiscal), razão pela qual se tentou a localização na Rua das Flechas, nº 365, cj. 02, São Paulo/SP, restando também infrutífera (fl. 31). Em seguida, pleiteou-se nova tentativa de citação na Rua Fagundes Filho, nº 191, cj. 117, igualmente sem sucesso (fl. 39). Contudo, manifestou-se a Executada nos autos, suprimindo a citação (fl. 22).

Requerida penhora de ativos financeiros, esta resultou em valor ínfimo (fl. 46), dando ensejo ao pedido de corresponsabilização dos sócios (fl. 55), o que foi deferido (fls. 62 e 72). Dessa decisão foi interposto agravo de instrumento pela Executada, cujo resultado não se tem notícia até o momento.

Destaca-se que na composição social encontra-se uma sócia administradora, Sra. MARIA KUMIKO KADOBAYASHI IWAMOTO, com participação na sociedade de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), bem como uma empresa *offshore*, SKYSCRAPER COMPANY, sem poderes de gestão, com participação social de R\$ 3.496.500,00 (três milhões, quatrocentos e noventa e seis mil e quinhentos reais), conforme última atualização na ficha cadastral da JUCESP (**doc. 3**).

Cumpra ressaltar, ainda, que a Executada iniciou suas atividades em 1997, tendo como objeto social a fabricação de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal.

A Executada foi fabricante exclusiva dos produtos da marca DAVENE, amplamente conhecidos no mercado consumidor e que ainda são comercializados (**doc. 04**).

Em razão desses fatos, iniciou-se um meticuloso procedimento de verificação fiscal em relação às empresas envolvidas no processo de produção e comercialização dos produtos DAVENE, o qual logrou identificar diversos indícios de fraude ao Fisco, que levam à conclusão de que houve esvaziamento patrimonial da Executada em razão de inequívoca sucessão tributária e desvio de finalidade da empresa, conforme será demonstrado a seguir.

DA FRAGMENTAÇÃO DO PROCESSO DE PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DOS PRODUTOS DA MARCA DAVENE E DO Esvaziamento Patrimonial

A empresa LABORATÓRIO SARDALINA LTDA. (CNPJ nº 60.885.613/0001-85), constituída em 25/10/1938 e declarada falida em 04/02/2002 (**doc. 05**), foi a primeira fabricante dos produtos da marca DAVENE (**doc. 06**).

Os sócios e endereços da referida empresa, conforme extrato da JUCESP, foram os seguintes:

NOME	SITUAÇÃO	DATA DE ENTRADA	DATA DE SAÍDA
MAURO NOBORU MORIZONO	SÓCIO ADMINISTRADOR	Sem informação na JUCESP	---
MARIA KUMIKO KADOBAYASHI IWAMOTO	SÓCIO	14/10/1994	18/07/1995
PORT VILLAGE SOCIEDAD ANONIMA	SÓCIO	03/04/1995	---
BECKY REFKA SARFATI	PROCURADOR DA PORT VILLAGE	03/04/1995	16/09/2002
FUMIO TAKEUTI	SÓCIO ADMINISTRADOR	16/09/2002	---
MAURO NOBORU MORIZONO	PROCURADOR DA PORT VILLAGE	16/09/2002	---
YOSHIMI MORIZONO	SÓCIA	Sem informação na JUCESP	14/10/1994

ENDEREÇO	INÍCIO DAS ATIVIDADES Data da sessão – JUCESP	FIM DAS ATIVIDADES Data da sessão – JUCESP
AV. PRESTES MAIA, 829 – VILA SÃO VICENTE – DIADEMA/SP	Não consta	12/09/2000
AV. PRESTES MAIA, 829 – SET. A BL. II – VILA SÃO VICENTE – DIADEMA/SP	12/09/2000	17/04/2001
AV. PRESTES MAIA, 829 – VILA SÃO VICENTE – DIADEMA/SP	17/04/2001	16/09/2002
RUA GEORG REXROTH, 609 – BL. F C.J. 2 – JD. ANCHIETA – DIADEMA/SP	16/09/2002	---

Durante o tempo em que operou, a empresa declarou seus débitos mensalmente, contudo não os recolheu. Em valores atualizados, na data de 15/02/2013, os débitos da empresa somam R\$ 63.043.286,54 (**doc. 07**).

Em 1º de março de 2000, pouco antes da falência da LABORATÓRIO SARDALINA LTDA., a empresa KARVIA DO BRASIL LTDA. (CNPJ nº 03.610.001/0001-46), por meio de Contrato de Cessão e Transferência de Marca, obteve daquela todos os direitos, títulos e participação da marca DAVENE (**doc. 08**). Em seguida, passou a manter contrato de licenciamento com PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA., ora Executada (**doc. 09**).

Ao comparecer à Delegacia Regional Tributária para prestar esclarecimentos sobre os ativos imobilizados de PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA., a contadora Sra. Marta Débora P. Ferreira Alves assim esclareceu (**doc. 10**):

“A matriz, como unidade produtiva, teve quase que em sua totalidade as máquinas e equipamentos locados da empresa LABORATÓRIO SARDALINA LTDA., que teve sua falência decretada e que, por isso, os bens tiveram de ser devolvidos, atingindo financeiramente a empresa Elsie Claire e fazendo com que esta alterasse sua atividade para “revenda e locação de tecnologia em processo e pessoal”.

Além dos equipamentos locados, o endereço da empresa PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. também era o mesmo da LABORATÓRIO SARDALINA LTDA., qual seja Av. Prestes Maia, nº 829, Diadema/SP, conforme atestam as fichas cadastrais de ambas as empresas, anteriormente referenciadas.

Contudo, em 11/01/2005, a empresa PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. comunicou à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo a alteração de endereço da Av. Prestes Maia, nº 827, em Diadema/SP, para a Rua das Flechas, nº 365, em São Paulo/SP.

Em diligência ao novo endereço, os Agentes Fiscais de Renda constataram que o local *nunca* foi utilizado por PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA., pois se encontrava “completamente vazio e desocupado”, o que foi confirmado pelo locador (**doc. 11**) e pelos vizinhos (**doc. 12**). Ademais, referido imóvel, alugado por R\$ 350,00, teria tamanho incompatível com uma empresa do porte da Executada.

Por outro lado, analisando-se as fichas cadastrais da JUCESP, verifica-se que Sra. MARIA KUMIKO KADOBAYASHI IWAMOTO também fez parte do quadro societário da pessoa jurídica LABORATÓRIO SARDALINA LTDA., no período de outubro de 1994 a julho de 1995.

Na composição social da Executada, referida sócia possui 1% do capital, enquanto os outros 99% pertencem a uma empresa *offshore* (SKYSCRAPER COMPANY), localizada nos Estados Unidos, cuja representante no Brasil é a própria Sra. MARIA KUMIKO KADOBAYASHI IWAMOTO. Procurada pelos agentes fiscais para prestar esclarecimentos, esquivou-se para não ser localizada, bem como não prestou qualquer informação relevante ao Fisco, embora instada a fazê-lo (**doc. 13**).

No quadro abaixo, demonstra-se a evolução do quadro societário e dos endereços da Executada:

NOME	SITUAÇÃO	DATA DE ENTRADA	DATA DE SAÍDA
SKYSCRAPER COMPANY	SÓCIO	11/03/1997	---
MARIA KUMIKO KADOBAYASHI IWAMOTO	SÓCIO ADMINISTRADOR	11/03/1997	---
MARIA KUMIKO KADOBAYASHI IWAMOTO	PROCURADORA DA SKYSCRAPER COMPANY	11/03/1997	---

ENDEREÇO	INÍCIO DAS ATIVIDADES Data da sessão – JUCESP	FIM DAS ATIVIDADES Data da sessão – JUCESP
AV. PRESTES MAIA, 827 – PARTE – JD. DAS NAÇÕES – DIADEMA/SP	11/03/1997	13/09/2000
AV. PRESTES MAIA, 829 – BL. I – JD. DAS NAÇÕES – DIADEMA/SP	13/09/2000	27/03/2001
AV. PRESTES MAIA, 827 – PARTE – JD. DAS NAÇÕES – DIADEMA/SP	27/03/2001	29/06/2004
RUA DAS FLECHAS, 365 – CJ. 02 – JD. PRUDÊNCIA – SÃO PAULO/SP	29/06/2004	01/12/2004
RUA DAS FLECHAS, 365 – CJ. 02 – JD. PRUDÊNCIA – SÃO PAULO/SP	29/06/2004	01/12/2004
AV. PRESTES MAIA, 827 – PARTE – JD. DAS NAÇÕES – DIADEMA/SP	01/12/2004	24/12/2004
RUA DAS FLECHAS, 365 – CJ. 02 – JD. PRUDÊNCIA – SÃO PAULO/SP	24/12/2004	27/08/2006
AV. FAGUNDES FILHO, 191 – 11º ANDAR – CJ. 117 – SÃO JUDAS – SÃO PAULO/SP	28/08/2006	---

A empresa PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA., durante o tempo em que esteve em atividade, adotou a mesma estratégia da LABORATÓRIO SARDALINA LTDA. em relação ao ICMS, ou seja, efetuou declarações nas Guias de Informação e Apuração do ICMS – GIA sem recolher o imposto correspondente.

Entre 2001 e 2004, a empresa PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. teve vendas na ordem de R\$ 218,8 milhões e compras na ordem de R\$ 160,4 milhões, apresentando resultado operacional bruto de cerca de R\$ 58,4 milhões. Evidente, assim, que a empresa gerou recursos suficientes para recolher ao Estado os débitos declarados (**doc. 14**).

No entanto, após esse período, iniciou-se o esvaziamento patrimonial da empresa.

Conforme já relatado acima, no mês de janeiro de 2005 houve alteração de endereço para Rua das Flechas, nº 365, em São Paulo/SP, local nunca utilizado de fato.

Após, entre os meses de novembro e dezembro de 2005, remeteu, a título de mudança de endereço, ativo immobilizado e mercadorias que somavam, à época, cerca de R\$ 2,39 milhões (**doc. 15**).

Contudo, o endereço indicado neste caso, qual seja Rua Teixeira de Freitas, nº 377, Cambuci, São Paulo/SP, não consta em nenhum contrato social arquivado na JUCESP. Trata-se, na verdade, da sede da empresa BALAIO ARMAZENAMENTO DE BENS LTDA., que possui “contrato de locação de espaço temporário para armazenamento de bens ou mercadorias” firmado com a empresa PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. (**doc. 16**).

Assim, a alteração da sede da empresa para um local desocupado e a remessa de seus bens para um armazém apenas camuflou seu encerramento de fato, como parte de um estratagem que possui com o objetivo de não cumprir suas obrigações para com o Fisco.

Nesse contexto, verifica-se que também a BALAIO ARMAZENAMENTO DE BENS LTDA. integra o mencionado “esquema DAVENE”. Essa empresa possui como sócios a Sra. Joseane da Costa Procópio Aparecido e a empresa PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., esta última proprietária do imóvel localizado à Av. Prestes Maia, nº 827/829/831, Diadema/SP, onde sempre funcionou a fábrica dos produtos DAVENE.

Cumprido esclarecer, ainda, que a empresa PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. adquiriu referido prédio industrial da empresa LABORATÓRIO SARDALINA LTDA. Na “Escritura de Venda e Compra e Cessão” figurou como outorgante Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil, como cedente LABORATÓRIO SARDALINA LTDA. e como outorgada PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., estas últimas representadas pelo seu sócio em comum, o Sr. NOBORU MORIZONO (**doc. 17**).

Nesse ponto, faz-se mister esclarecer que o imóvel ora mencionado se trata de um prédio industrial, localização à Av. Prestes Maia, nº 827/831, conforme se depreende da própria escritura acima mencionada.

Ademais, em diligência realizada durante o procedimento de verificação fiscal, constatou-se que o número 827 da Av. Prestes Maia não mais consta do imóvel, mas apenas o número 831 (**doc. 18**).

Por essa razão, na ficha cadastral da JUCESP consta que a sede da empresa PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. estava situada na Av. Prestes Maia, nº 829, entre os anos 2000 e 2001, alterando para o número 827 até 2004,

enquanto, em Contrato de Locação firmado com PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., o objeto é o imóvel situado à Av. Prestes Maia, nº 829 (**doc. 19**), vigente no período de 01/10/2002 a 31/08/2005.

Evidente, assim, tratar-se do mesmo estabelecimento, de propriedade PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., utilizado, por empresas sucessivas, para a fabricação dos produtos DAVENE (**docs. 20, 21 e 22**).

Seguindo essa linha de raciocínio, deu-se continuidade à verificação fiscal.

Assim, considerando que, mesmo após o encerramento das atividades da empresa PRODUTOS ELSIE CLAIRE, os produtos DAVENE ainda estavam sendo fabricados no endereço anterior, o local foi diligenciado, constatando-se que ali passou a sediar a empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.

Conforme cópia do contrato de locação (**doc. 23**) e ficha cadastral da JUCESP (**doc. 24**), o endereço da sede de referida empresa é Av. Prestes Maia, nº 831.

Obteve-se, ainda, contrato firmado entre a empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA., em que consta como concessionária, e as empresas PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. e KARVIA DO BRASIL LTDA., constando como concedentes, relativo à cessão de uso da marca DAVENE (**doc. 25**).

Ademais, tanto CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. quanto PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. possuíram estabelecimentos em Goiânia, no mesmo endereço (Av. Goiás, nº 174, 8º andar) (**docs. 26 e 27**).

Também foi firmado, em 01/07/2005, “contrato de prestação de serviços de fornecimento de mão de obra temporária” entre as empresas CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. e PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA., tendo esta como “contratada” (**doc. 28**).

Os sócios da empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. são MYGLANYX SOCIEDAD ANONIMA e DYNOKOR SOCIEDAD ANONIMA, ambas com sede no Uruguai, e os equipamentos da empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. foram locados da MYGLANYX SOCIEDAD ANONIMA (**doc. 29**).

Ademais, CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. integra o quadro societário da empresa KARVIA DO BRASIL LTDA., o que reforça ainda mais a íntima relação entre as empresas (**doc. 30**).

No entanto, verifica-se que, a partir da abertura de CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA, houve uma alteração no *modus operandi* do grupo envolvido com os produtos DAVENE.

Com a finalidade de fragmentar ainda mais as operações, a empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. passou a fabricar produtos mediante “encomenda de terceiros”, o que se demonstra por meio das declarações inseridas nas GIA sob o código CFOP 1901, cujo significado é “Entrada para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do adquirente” (**doc. 31**).

A título de exemplo, no ano de 2005 foram remetidos para serem industrializados pela empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. insumos na ordem de 27 milhões de reais. Até março de 2006, a “encomendadora” dos referidos produtos era a empresa DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. (CNPJ 01.792.560/0001-99), a qual também efetuava a comercialização.

A empresa DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. foi constituída em 1997, possuindo quadro societário e endereços demonstrados na tabela abaixo, com lastro na ficha cadastral da JUCESP (**doc. 32**):

NOME	SITUAÇÃO	DATA DE ENTRADA	DATA DE SAÍDA
EDINA KEIKO MORIZONO	SÓCIO ADMINISTRADOR	28/04/1997	16/05/1997
CAROLINA MIDORI MARCONDES MORIZONO	SÓCIO	28/04/1997	13/10/2005
MAURO NOBORU MORIZONO	SÓCIO ADMINISTRADOR	16/05/1997	17/07/2000
ROSA MARIA MARCONDES COELHO MORIZONO	REPRESENTANTE DE CAROLINA MIDORI MARCONDES MORIZONO	16/05/1997	13/10/2005
DANIEL MINORU MARCONDES MORIZONO	SÓCIO ADMINISTRADOR	17/07/2000	11/07/2006
JAIR JOÃO DA SILVA	SÓCIO ADMINISTRADOR	13/10/2005	---

ENDEREÇO	INÍCIO DAS ATIVIDADES Data da sessão – JUCESP	FIM DAS ATIVIDADES Data da sessão – JUCESP
AV. PRESTES MAIA, 831 – JD. DAS NAÇÕES – DIADEMA/SP	28/04/1997	20/10/2000
AV. PRESTES MAIA, 829 – BL. 3 Q. C – JD. DAS NAÇÕES – DIADEMA/SP	20/10/2000	01/07/2004
AV. PIRAPORINHA, 1.501 – VILA NOGUEIRA – DIADEMA/SP	01/07/2004	10/07/2006
AV. FAGUNDES FILHO, 191 – CJ. 56 – SÃO JUDAS – SÃO PAULO/SP	11/07/2006	---

Como se pode verificar, integraram o quadro societário da referida empresa diversas pessoas da família MORIZONO, inclusive MAURO NOBORU MORIZONO, CPF 370.059.448-87, RG 4.929.236-5, que também é atual sócio da LABORATÓRIO SARDALINA LTDA. e PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS. Destaca-se, ainda, que os endereços também coincidem com os da sede e filial dos PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. (Av. Prestes Maia, nº 827/831, e Av. Fagundes Filho, nº 191).

No período entre 2000 e 2005, a empresa DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. vendeu cerca de 370,9 milhões de reais e comprou cerca de 239 milhões, com resultado operacional bruto de 131,9 milhões (**doc. 33**). Contudo, da mesma forma que as demais empresas do grupo DAVENE, declarou débitos de ICMS sem efetuar o respectivo recolhimento. Atualmente, o total de débitos inscritos em dívida ativa ultrapassa o montante de 45 milhões de reais (**doc. 34**).

Destaca-se que em 01/07/2005 foi firmado entre as empresas DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. e CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. um “contrato de prestação de serviço de fornecimento de mão de obra temporária”, constando aquela como contratada, nos mesmos moldes do que foi firmado com PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. (**doc. 35**).

A DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. também possui contrato para armazenamento de bens com a empresa BALAIO ARMAZENAMENTO DE BENS LTDA., da mesma forma que PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. (**doc. 36**).

Em 08/06/2005, a empresa DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. obteve o cancelamento da inscrição estadual e, a partir de então, passaram a integrar o “esquema” outras duas: REDOMA PERFUMES LTDA. (CNPJ nº 07.014.536/0001-05) e CANAL FÁCIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA. (CNPJ 07.975.719/0001/97), atuando como “encomendadoras” dos produtos da marca DAVENE.

Durante o procedimento de fiscalização, obteve-se cópia de *e-mail* enviado pela PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. à empresa Emibra Ind. e Com. de Embalagens, fornecedora de insumos, informando que, após 01/07/2005, aquela passaria a operar por meio da REDOMA PERFUMES LTDA. (**doc. 37**), o que demonstra a participação desta no “esquema”.

Frise-se, ainda, que o quadro societário de ambas as empresas é composto pelas mesmas pessoas: LINDINALVA OLIVEIRA MESSIAS e LUZEMIRA APARECIDA MIRANDA DA SILVA NUNES. Ademais, no mesmo edifício onde se encontra a sede da CANAL FÁCIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA. (Av. Rouxinol, nº 55, cj. 805) também se encontrava filial da REDOMA PERFUMES LTDA. (Av. Rouxinol, nº 55, cj. 1.213), conforme informações da JUCESP (**doc. 38 e 39**).

Por fim, e com o intuito de melhor esclarecer o estratagema utilizado pelas pessoas físicas e jurídicas acima referidas, o “esquema DAVENE” pode ser assim resumido:

1. As empresas LABORATÓRIO SARDALINA, PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA., CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA., DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA., REDOMA PERFUMES LTDA. e CANAL FÁCIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA. fabricaram e/ou comercializaram produtos da marca DAVENE;
2. As empresas LABORATÓRIO SARDALINA, PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA., CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. e DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. atuaram no mesmo endereço, qual seja Av. Prestes Maia, nº 827/829/831, Diadema/SP, bem como utilizaram equipamentos e mão de obra umas das outras;
3. A empresa LABORATÓRIO SARDALINA cedeu os direitos sobre o uso da marca DAVENE à KARVIA DO BRASIL, vendeu seu imóvel fabril (Av. Prestes Maia, nº 827/829/831, Diadema/SP) à PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., bem como locou seus equipamentos à PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA.;

4. A empresa PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. adquiriu o imóvel em que são fabricados os produtos DAVENE com a finalidade de esvaziar o patrimônio do LABORATÓRIO SARDALINA e posteriormente o locou às sucessoras, bem como integra o quadro societário das empresas KARVIA DO BRASIL LTDA. e BALAIO ARMAZENAMENTO DE BENS LTDA.;
5. Também integra o quadro societário de KARVIA DO BRASIL a empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.;
6. A empresa PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. simulou mudança de endereço e no local anterior passou a fabricar os mesmos produtos a empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA., que também contratou a mão de obra da antecedente;
7. A empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. passou a atuar apenas com a “fabricação” dos produtos DAVENE, que eram encomendados pela DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.;
8. A empresa BALAIO ARMAZENAMENTO DE BENS LTDA. é utilizada como depósito de produtos das empresas PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. e DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA., que encerram suas atividades;
9. Faz parte do quadro societário da BALAIO ARMAZENAMENTO DE BENS LTDA. (**doc. 40**) a empresa PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. (**doc. 41**);
10. A empresa DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. manteve endereço nos mesmos locais da sede e filial da PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA., seu quadro societário era composto por membros da família MORIZONO e locou sua mão de obra à CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.;
11. Após o encerramento da inscrição estadual da empresa DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA., passaram a atuar como “encomendadoras” as empresas REDOMA PEFUMES LTDA. e CANAL FÁCIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA., que possuem idêntico quadro societário;
12. Conforme informação contida em *e-mail* enviado por PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. a uma de suas fornecedoras, após 01/07/2005 ela passaria a operar por meio da REDOMA PERFUMES LTDA.;

13. O Sr. MAURO NOBORU MORIZONO integrou o quadro societário da empresa DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA., da LABORATÓRIO SARDALINA LTDA. e da PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS;
14. A Sra. MARIA KUMIKO KADOBAYASHI IWAMOTO integrou o quadro societário da LABORATÓRIO SARDALINA LTDA. e da PRODUTOS EL-SIE CLAIRE LTDA.;
15. A Sra. ALICE ALVARENGA BARROS DOS SANTOS é sócia da CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. e administradora de KARVIA DO BRASIL LTDA.

DA FRAUDE TRIBUTÁRIA E DA RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS E SÓCIOS

Segundo reza o art. 1.142 do CC:

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

O estabelecimento comercial se define como um complexo de bens produtivos, dentre os quais se incluem os bens materiais e também os imateriais. Dentre os elementos materiais estão as instalações, a localização – que traz facilidade de acesso aos possíveis clientes, mercadorias de estoque, mobiliário, equipamentos, maquinaria etc. Dentre os imateriais, por sua vez, encontram-se as patentes de invenção, marca registrada, nome empresarial, contrato de exclusividade, clientela etc.

Tanto os bens materiais quanto os imateriais possuem valor econômico e podem ser comercializados, cedidos, transferidos, em conjunto ou separadamente, e os respectivos negócios jurídicos podem ser instrumentalizados por escrito ou não.

No caso destes autos, verifica-se uma fragmentação do estabelecimento comercial e da atividade produtiva das empresas envolvidas com a fabricação e comercialização dos produtos da marca DAVENE, com a finalidade de não pagar impostos.

De fato, a atividade de produção e comercialização dos produtos DAVENE, iniciada com a empresa LABORATÓRIO SARDALINA LTDA., nunca cessou, apenas foi dividida entre as diversas empresas que a sucederam: titularidade do imóvel fabril, titularidade da marca, titularidade da produção, titularidade da comercialização, titularidade dos equipamentos e titularidade da mão de obra.

A legislação tratou da responsabilidade tributária pela sucessão, conforme dispõe o art. 133 do CTN:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II – subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Assim, que a partir de um *fato não tributável*, a norma permite a inclusão do sujeito que o realizou como responsável passivo de uma relação jurídica tributária. O sujeito responsabilizado não praticou o fato gerador, mas possui meios de se ressarcir do tributo pago daquele que realmente o praticou.

Ensina a doutrina:

“A responsabilidade por sucessão talvez seja o caso clássico de responsabilidade por transferência, haja vista que **o contribuinte (sujeito passivo direto), ao menos por um lapso temporal, foi perfeitamente identificável e passível de cobrança por parte da Administração Tributária; porém, após o acontecimento de algum fato, econômico ou jurídico, a responsabilidade tributária foi atribuída (transferida) a outra pessoa, sempre ligada à ocorrência do fato gerador.**” FERNANDES, Edison Carlos. Responsabilidade Tributária. In: *Curso de Direito Tributário*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) São Paulo: Saraiva, 2010. p. 289-290.

Assim, o responsável tributário é a pessoa natural ou jurídica que adquirir outra, por qualquer título, fundo de comércio, e continuar a respectiva exploração, com a mesma ou outra razão social.

Conforme se depreende da leitura do mencionado art. 133, I, do CTN, a responsabilidade será integral se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade. A expressão “cessar a exploração”, por sua vez, não corresponde à extinção da pessoa jurídica, mas somente da atividade.

Será subsidiária, segundo o art. 133, II, do CTN, se o alienante prosseguir na exploração ou iniciar outra no prazo de 6 meses.

O que a referida norma traz, certamente, é a situação regular, em que os negócios são realizados formalmente, ensejando sem qualquer dúvida a sucessão.

Contudo, no caso de um negócio simulado, como o dos autos, é preciso atentar para a intenção dos envolvidos, uma vez que as formalidades não são observadas ou trazem uma aparência contrária à realidade, com a finalidade de fraudar a lei ou terceiros. Nessa situação, a questão probatória assume fundamental importância.

Para auxiliar na identificação da aquisição de um estabelecimento e consequente responsabilização dos sucessores, a doutrina relaciona certos indícios capazes de identificar o negócio jurídico oculto.

São fatos, que, se vistos isoladamente, são aparentemente inocentes, mas, conjugados entre si e devidamente provados, conduzem ao negócio de fato realizado:

- i) ocupação das mesmas instalações;**
- ii) utilização dos mesmos equipamentos e utensílios para o exercício da atividade econômica;**
- iii) mesmo controle acionário;**
- iv) mesma força de trabalho;**
- v) coincidência de um grande número de prestadores de serviço e fornecedores;
- vi) mesmo sistema de informática, sobretudo se for algo específico ao negócio e contiver programação não encontrável em *software* “de prateleira”;
- vii) similaridade do nome comercial, fantasia, logotipo de marcas;
- viii) atendimento da mesma carteira de clientes;**
- ix) simultaneidade entre o início da exploração da atividade econômica pelo adquirente dos ativos e a sua interrupção pelo alienante;**
- x) variação da receita, com aumento da sociedade sucessora e proporcional diminuição da sociedade sucedida;**
- xi) assunção de dívidas, pelo adquirente, junto a fornecedores do alienante;
- xii) existência de compromisso de não concorrência ou de colaboração;
- xiii) celebração de contratos de prestação de serviços envolvendo a transferência de *know-how* entre as pessoas envolvidas.

(FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade tributária na sucessão empresarial: aquisição de estabelecimento, arrendamento, locação e venda segregada de ativos. In: *Revista do Advogado*: Temas Atuais de Direito Tributário. Ano XXXII. Dez. 2012. p. 95-96.) (destaques nossos)

Outro indício seria o “contrato de locação”, que certamente, visto isoladamente, não levaria à conclusão acerca da aquisição de um estabelecimento e

consequente sucessão tributária, “**mas se, por meio de um contrato de locação, pretender-se realizar uma verdadeira operação de aquisição de estabelecimento, sendo a locação apenas uma via para mascarar a aquisição, tal operação deverá ser desconsiderada para fins da aplicação do art. 133 do CTN**”. (FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade tributária na sucessão empresarial: aquisição de estabelecimento, arrendamento, locação e venda segregada de ativos. In: *Revista do Advogado*: Temas Atuais de Direito Tributário, São Paulo, dez/2012, p. 97.) (destaques nossos)

Assim, sob a luz da doutrina citada, é possível analisar o caso concreto e identificar diversas ações inseridas no “esquema DAVENE” que evidenciam uma verdadeira sucessão de empresas.

Todas as empresas mencionadas nesta peça, cada uma de uma maneira, mas sempre gozando de certa exclusividade, estavam envolvidas com a **fabricação e/ou comercialização da linha de cosméticos da marca DAVENE**.

A empresa LABORATÓRIO SARDALINA firmou Contrato de Cessão e Transferência de Marca, transferindo todos os direitos, títulos e participação da marca DAVENE, com KARVIA DO BRASIL LTDA. Esta, por sua vez, firmou contrato de licenciamento dos produtos DAVENE com a empresa PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. e, posteriormente, ambas cederam o uso da marca à empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.

O **local** utilizado pelas empresas LABORATÓRIO SARDALINA, PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA., CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. e DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. para fabricação e/ou comercialização dos produtos da marca DAVENE era o mesmo, qual seja Av. Prestes Maia, nº 827/829/831, Diadema/SP.

Referido local é de propriedade da empresa PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., mas anteriormente pertenceu à LABORATÓRIO SARDALINA LTDA., como já demonstrado. Assim, o **contrato de locação** firmado entre aquela e as empresas citadas no parágrafo anterior tenta parecer negócio legítimo, quando, na verdade, trata-se de imóvel que sempre esteve nas mãos do grupo que figurou no “esquema DAVENE”.

Referido contrato de locação, em si, nada tem de irregular. No entanto, no presente caso, foi utilizado para “blindar” o patrimônio das empresas envolvidas em relação às dívidas que foram acumuladas durante os anos.

Outro indício de sucessão empresarial é a utilização de **equipamentos e mão de obra** umas das outras, conforme demonstram os contratos de locação de

equipamentos entre LABORATÓRIO SARDALINA e PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA., o contrato de prestação de serviço de mão de obra entre PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. e CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. e o contrato de prestação de serviço de mão de obra entre DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. e CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.

No **quadro societário**, as empresas, ou seus representantes, se mesclam, como já demonstrado anteriormente e agora se destaca:

– A Sra. MARIA KUMIKO KADOBAYASHI IWAMOTO fez parte do quadro social da LABORATÓRIO SARDALINA LTDA. e da PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA.;

– O Sr. MAURO NOBORU MORIZONO fez parte do quadro societário das empresas LABORATÓRIO SARDALINA LTDA., PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. e DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.;

– A empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. é sócia da KARVIA DO BRASIL LTDA.;

– A Sra. ALICE ALVARENGA BARROS DOS SANTOS é sócia da CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. e administradora de KARVIA DO BRASIL LTDA.;

– A empresa PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. é sócia da empresa BALAIO ARMAZENAMENTO DE BENS LTDA., utilizada como depósito de produtos das empresas PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. e DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.

No tocante à **continuidade da atividade**, restou provado que, após a faliência da LABORATÓRIO SARDALINA LTDA., a empresa PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA. assumiu a fabricação dos produtos DAVENE no mesmo local que a anterior ocupou (Av. Prestes Maia, nº 827/831). Em seguida, esta *simulou* mudança de endereço e, também no local anterior, a empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. manteve a fabricação de produtos.

Em seguida e a fim de fragmentar ainda mais as atividades da fabricação dos produtos DAVENE, a empresa CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. passou a atuar com a fabricação dos referidos produtos somente por encomenda, assumindo a empresa DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. o papel de “encomendadora”, visando a atuar apenas na comercialização. Após o encerramento desta, a função de encomendar e comercializar passou a ser das empresas REDOMA PEFUMES LTDA. e CANAL FÁCIL INDÚSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA. Como já mencionado anteriormente, há *e-mail* oriundo da empresa PRODUTOS ELSIE CLAIRE LTDA.

informando a um de seus fornecedores sobre a continuidade de suas atividades sob o nome de REDOMA PERFUMES LTDA.

Verifica-se, assim, um grupo empresarial “de fato”, o qual gravita ao redor da marca DAVENE e vale de diversas empresas com a finalidade de blindar os respectivos patrimônios e os dos sócios.

A legislação prevê a possibilidade de existir grupo econômico “de fato”, conforme art. 265 da lei 6.404/76:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

Trata-se de situação em que todas as empresas envolvidas atuam em prol do grupo. Não há administração e planejamento voltados ao desenvolvimento de cada uma individualmente, mas sim do grupo ou de parte dele, ainda que haja sacrifícios de determinados integrantes.

No presente caso, o comando do referido conluio pertence à família do Sr. MAURO NOBORU MORIZONO, cujos membros se mesclam a outras pessoas físicas e jurídicas, estas em sua maioria verdadeiras *offshores*, com sede no Uruguai.

As pessoas jurídicas envolvidas não cumpriram com suas obrigações tributárias e fiscais, desvirtuando, assim, sua finalidade econômico-social.

Ademais, ao priorizar o lucro desmedido, sem compromisso com a sociedade e a ordem jurídica, ofendeu também a livre concorrência, que requer igualdade de competição entre os agentes econômicos que atuam no mercado.

Ao se valer de subterfúgios ilegais para deixar de recolher tributos, o grupo se coloca em posição privilegiada em relação aos seus concorrentes.

Tal conduta vai na contramão daquilo que prescreve o art. 170 da CF:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

III - **função social da propriedade;**

IV - **livre concorrência.**

Dessa forma, a responsabilização de todas as empresas pertencentes ao referido grupo e de seus sócios se deve não somente em razão da evidente sucessão de

umas em relação às outras, mas, inclusive, em razão da fraude, caracterizada pelo abuso da personalidade jurídica e da confusão patrimonial.

Tal situação, conforme prevê o art. 50 do CC, autoriza a desconsideração da personalidade jurídica:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A responsabilização tributária em razão da sucessão e da fraude é amplamente aceita na jurisprudência, que utiliza os mesmos parâmetros fáticos e legais acima discriminados:

APELAÇÃO – TRIBUTÁRIO – ICMS – EMBARGOS À EXECUÇÃO – RESPONSABILIDADE – EMPRESA SUCESSORA – REJEIÇÃO – SENTENÇA MANTIDA.

1. **Evidenciado que outra pessoa jurídica se instalou no mesmo local e passou a exercer a mesma atividade, inclusive utilizando a mesma inscrição estadual, emerge uma situação fática geradora de sucessão, nos termos do art. 133 do CTN.**

2. **Enquanto a responsabilidade tributária do contribuinte decorre da gênese da obrigação tributária, diretamente decorrente da ocorrência do fato gerador, a dos “responsáveis” vem definida por outros atos que não se ligam direta e imediatamente àquele fato e podem surgir em momento posterior.**

3. A dissolução irregular da sociedade, comprovada por certidão do oficial de justiça no sentido do fechamento do estabelecimento e desaparecimento dos bens, é suficiente para legitimar o redirecionamento da execução em face dos sócios. RECURSO DESPROVIDO.

(TJ/SP 0000713-07.2004.8.26.0140. Relator(a): Amorim Cantuária. Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 10/01/2012. Data de registro: 10/01/2012.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. TEMPESTIVIDADE. Tratando-se de execução fiscal, toda intimação do representante judicial da Fazenda Pública deve ser pessoal, nos termos do art. 25 da Lei nº 6.830/80, a partir de então fluindo prazo recursal. ICMS. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. SÓCIO. RESPONSABILIDADE. **Verificada a existência de duas empresas com sedes e filiais nos mesmos endereços, com identidade entre objetos sociais, constituídas por sócios em comum, além de ser uma delas sócia majoritária da outra, autoriza-se**

o reconhecimento da responsabilidade tributária por sucessão. Inteligência do art. 133 do CTN. REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO. POSSIBILIDADE. Havendo débito tributário reclamado e não adimplido por parte da sociedade, possível o redirecionamento da execução contra o sócio, observado o respectivo período de administração, respondendo por lançamento referente a débito anterior à sua retirada da sociedade. (TJ/RS. AI nº 70014318000. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro).

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. DESCABIDA A ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO. A APELANTE DETINHA CONHECIMENTO DOS DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS PELA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA EM SUA CONTESTAÇÃO. RESTOU CONFIGURADA A PARTICIPAÇÃO DA EMPRESA APELANTE NO GRUPO ECONÔMICO EXECUTADO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 132 E 133 DO CTN, COMBINADOS COM O ART. 50 DO CCB. RECURSO IMPROVIDO.

1. Cuida-se de apelação cível interposta por AGROPECUÁRIA VIVA MARIA S/A em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, PÃO GOSTOSO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, TARCISO LELES DE PAULA e MANOEL FRANCISCO DE PAULA, objetivando anular a sentença que julgou improcedente a pretensão externada na ação de embargos de terceiro, ou, não sendo o caso, a sua reforma.

2. [...]

3. Os elementos dos autos demonstram que, até 1997, a formação societária era mesma com relação à empresa apelante e as empresas FARINA'S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MASSAS LTDA., PÃO GOSTOSO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A e MASSAS ALIMENTÍCIAS FIRENZE S/A, cuja gestão recaía, em especial, sobre a pessoa de MANOEL FRANCISCO DE PAULA, que concentrava inclusive grande parte do capital social dessas sociedades. Extrai-se ainda, dos documentos, que MANOEL FRANCISCO DE PAULA, TARCISO LELES DE PAULA, HERBERT JOSÉ DE PAULA e GERALDO TORTELOTE detinham quase a totalidade do capital social das empresas.

4. Vê-se, assim, que, apesar de o capital social das empresas encontrarse diluído nas mãos de diversos integrantes da família de MANOEL FRANCISCO DE PAULA, os negócios são geridos em bloco, conduzidos de acordo com os interesses desse grupo, e não de acordo com o interesse de cada uma das diversas sociedades. A assistência mútua resta caracterizada, porquanto há imóveis de propriedade coletiva dos sócios hipotecados em garantia de débitos das empresas supracitadas. Há, também, bens da empresa AGROPECUÁRIA VIVA MARIA S/A, ora apelante, hipotecados em garantia de débitos das sociedades em questão.

5. Com isso, a outra conclusão não se pode chegar a não ser a de que se está diante de um empreendimento familiar, nominado GRUPO FI-

RENZE, que se encontra sob o mesmo comando. Assim, resta afastada qualquer afirmação de que inexistente vínculo entre as empresas em destaque. Índícios sobram para caracterizar a existência de grupo econômico. Essa separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos da execução fiscal ao patrimônio das empresas que compõem o grupo a fim de garantir a satisfação do débito exequendo.

6. A utilização de determinada forma jurídica, através de diversas alterações societárias, só pode ser reconhecida como válida se empregada com a finalidade pretendida pela lei, qual seja, a de permitir a melhor organização dos negócios das empresas. Avilta o Direito a modificação da estrutura das pessoas jurídicas desprovida de qualquer conteúdo.

7. Com efeito, os artigos 132 e 133 do CTN tratam da hipótese de responsabilidade por sucessão, de pessoas físicas ou jurídicas que, conforme as situações jurídicas neles descritas, continuam a explorar o mesmo ramo de atividade comercial, industrial ou profissional. O art. 133 do CTN assim dispõe: Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato: I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar, dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

8. Como se observa, o art. 133, I, do CTN responsabiliza integralmente o adquirente do fundo de comércio, pelos débitos tributários contraídos pela empresa até a data da sucessão, quando o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade. Assim, comprovada a alienação do fundo de comércio, a execução deverá ser dirigida primeiramente ao sucessor deste. Não está concretizada tal hipótese nos autos.

9. Pelos elementos dos autos, nota-se que a empresa apelante e as sociedades supracitadas apresentam identidade de ramo de atividade e de local de funcionamento, sendo inclusive constituídas pelos mesmos sócios. Assim, as circunstâncias fáticas revelam, de forma inequívoca, que se trata, na verdade, de uma única empresa, o que atrai a aplicação, no caso, dos arts. 132 e 133 do CTN, combinados com o art. 50 do CCB, que remete à teoria da desconsideração da personalidade jurídica em caso de fraude ou confusão patrimonial.

10. Apelação a que se nega provimento. (TRF2. Apelação Cível nº 200550010055593 (380834). Relator(a): Desembargador Federal FERNANDO CESAR BAPTISTA DE MATTOS. Terceira Turma Especializada. Publicado em: 17/03/2011)

TRIBUTÁRIO E COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EMPRESAS DIVERSAS, MAS GERIDAS PELO MESMO SÓCIO. POSSIBILIDADE DE SE DIRECIONAR A AÇÃO CONTRA AQUELA QUE EFETIVAMENTE É IDENTIFICADA COMO A DEVEDORA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

I – [...]

II – O escopo da “desconsideração da personalidade jurídica” é alcançar aquele que se utilizou indevidamente da diferenciação patrimonial: o sócio, seja pessoa natural ou jurídica.

III – O eg. STJ já se manifestou, em diversas ocasiões, no sentido da possibilidade de aplicação da teoria da “desconsideração da pessoa jurídica”, não apenas em relação aos sócios da empresa executada, como também em relação a empresas que pertencem aos mesmos sócios ou a um mesmo grupo, e que abusam desta condição como forma de lesarem o erário ou outros credores, transferindo patrimônio ou realizando entre si negócios que têm por finalidade simplesmente se eximirem de suas obrigações legais.

IV – Embargos infringentes providos.

(TRF2. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 9202073007 (32137). Relator(a) Desembargador Federal ANTONIO CRUZ NETTO. Publicado em 01/10/2003)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES NÃO RECOLHIDAS. EX-SÓCIA. PESSOA JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO. SUCESSÃO. INDÍCIOS DE FRAUDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE. PERÍCIA CONTÁBIL. DISPENSA. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CONSECUTÓRIOS LEGAIS DEVIDOS.

I - **A desconsideração da personalidade jurídica da empresa sucessora, devedora ou executada não exige processo autônomo, notadamente quando há sérios indícios de fraude e constatação de grupo econômico de fato, o que enseja a responsabilidade dos sucessores e os legitima a figurarem no polo passivo da execução fiscal.**

II - A prova pericial contábil é despicienda quando o processo encontra-se maduro para sentença, sendo o conjunto probatório suficiente ao convencimento do julgador.

III - Sendo a dívida previdenciária relativa à época em que a embargante Polyutil S/A administrou a devedora extinta Hevea S/A, deve responder por eles. **O fato de ter sido admitida no quadro societário da devedora originária e dele ter-se retirado posteriormente não a isenta da responsabilidade integral pelo pagamento das contribuições não recolhidas em período anterior, uma vez configurada statada (sic) a sucessão (CTN, art. 133, I).**

[...]

Apelação do embargado provida.

(TRF3. Apelação Cível nº 200261820421568 (1018808). Relator: JUIZ NELSON PORFÍRIO. Publicado em: 11/01/2011)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS E DIREITOS. LEI Nº 8.397/1992.

I. Objetiva-se no presente recurso cassar a decisão que, em sede de medida cautelar fiscal, deferiu a liminar, determinando o bloqueio imediato e a indisponibilidade dos bens dos ora agravantes e demais demandadas até o montante de R\$ 13.369.148,59 (treze milhões, trezentos e sessenta e nove mil, cento e quarenta e oito reais e cinquenta e nove centavos), ressaltando os valores referentes a contas salário, saldos de cadernetas de poupança até o limite fixado em lei (40 salários mínimos) e capital de giro ou compromissos salariais e tributários das empresas envolvidas.

III. Apesar de a responsabilidade que se está imputando aos agravantes (pessoas físicas) não decorrer, *prima facie*, de dívidas tributárias contraídas em seus respectivos nomes, tal responsabilização se deu em razão de constatar o Fisco que a empresa autuada não tem em seu quadro societário pessoas com capacidade financeira e que entre seus reais administradores e proprietários estão os agravantes e suas empresas, conforme Termo de Verificação Fiscal.

IV. Tal fato enseja a responsabilidade solidária entre todos os integrantes do grupo (pessoas físicas e jurídicas), levando-se quanto a essas a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de fraude ou conluio, cujos indícios por ora se apresentam a autorizar a legitimação *passiva ad causam*, no caso, para a Ação Cautelar Fiscal.

V. Diante de forte indício de conduta fraudulenta, a responsabilidade dos sócios, ora agravantes, tem amparo no art. 135, III, do CTN.

[..]

VIII. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

(TRF 5. AI nº 200805000907559 (92575). Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Publicado em 26/03/2009)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. BACEN-JUD. DÉBITO SUPERIOR A 30% DO PATRIMÔNIO DA EMPRESA PREST-SERVICE. CONSIDERANDO SER A AGRAVANTE INTEGRANTE DE GRUPO ECONÔMICO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSUM” PARA INTEGRAR A LIDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE TODOS OS INTEGRANTES DO GRUPO. POSSIBILIDADE DE DESPERSONALIZAÇÃO JURÍDICA NAS HIPÓTESES DE FRAUDE OU CONLUIO. PENHORA “ON LINE”. POSSIBILIDADE. LC Nº 118/05. PRESENÇA DO “FUMUS BONI JURIS” E DO “PERICULUM IN MORA”.

1. Objetiva-se no presente recurso cassar a decisão que, em sede de Medida Cautelar Fiscal, deferiu a liminar, determinando o bloqueio imediato e a indisponibilidade de bens da Agravante e das demais demandadas até o montante de R\$ 9.494.964,90, ressaltando os valores referentes a contas salário, saldos de cadernetas de poupança até o limite fixado em lei (40 salários mínimos) e capital de giro ou compromissos salariais e tributários das empresas envolvidas;

2. **Independentemente da responsabilidade que se está imputando à Empresa Agravante não decorrer, “*prima facie*”, de dívidas tributárias contraídas em seu nome, tal responsabilização se deu em razão de identificar a empresa agravante como grupo econômico, a ensejar, portanto, a responsabilidade solidária entre todos os integrantes do grupo, bem como diante da possibilidade de despersonalização jurídica nas hipóteses de fraude ou conluio, cujos indícios por ora se apresentam a autorizar a legitimação *passiva ad causam*, no caso, para a Ação Cautelar Fiscal;**

3. Não se olvida da presença dos requisitos autorizadores ao deferimento da medida de cautela pelo juízo “*a quo*”. Na seara específica do direito tributário, resta evidenciada a possibilidade de se aplicar na hipótese a desconsideração da personalidade jurídica, à vista inclusive dos fatos apurados na esfera penal, na qual há indícios de fraude por parte das empresas envolvidas, inclusive da requerente;

[...]

8. Embargos de declaração prejudicados;

9. Agravo regimental prejudicado;

10. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 5. AI nº 200705000357592 (78053). Relator: Desembargador Federal Petrucio Ferreira. Publicado em: 26/09/2007).

“MANDADO DE SEGURANÇA. REDIRECIONAMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONFIGURAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO E CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO COMO CORRESPONSÁVEL POR DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COBRADOS EM OUTRAS EXECUÇÕES. SITUAÇÃO FÁTICA NÃO ESPECÍFICA PARA AQUELA EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE LANÇAMENTO. DESNECESSIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO APURADA APÓS A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO EM FACE DA DEVEDORA PRINCIPAL. COMPETÊNCIA DA PROCURADORIA DA FAZENDA DA UNIÃO PARA INSCRIÇÃO DO DÉBITO EM DÍVIDA ATIVA. [...]”

3. A decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Execução Fiscal de Vitória, diante das provas produzidas nos autos, reconheceu a existência de um grupo econômico formado pela impetrante, Wirex Cable S.A., e pelas em-

presas Inbrac Vitória S/A, Portal, S/A Comercial e Incorporadora, Inbrac Condutores Elétricos S/A e Kerman S/A Máquinas Elétricas, razão pela qual determinou o redirecionamento da execução fiscal contra a apelante. **O redirecionamento da execução é medida que se impõe para amenizar as dificuldades que a divisão societária causa à cobrança de dívidas e penhora de bens. Ao contrário do que entende a apelante, não prevalece a necessidade de oitiva prévia das pessoas contra as quais se pretende redirecionar a execução fiscal – que sequer são partes no processo – para apresentação de defesa. [...]. 4. Como prevê a Lei n.º 6.404/76, em seu artigo 265, o grupo econômico pode se formar sob uma situação de fato ou uma situação legal. Desta forma, percebe-se que quando da constituição de grupo econômico, todas atuam em prol do grupo, mesmo que para isso algumas precisem ser “sacrificadas”. No campo tributário, assim como todas as empresas trabalham em prol do grupo, os débitos também devem alcançar todas as participantes.** 5. À luz das provas produzidas e exaustivamente apreciadas nos autos do processo n.º 96.0001102-8, o MM. Juiz da 1ª Vara da Execução Fiscal de Vitória chegou à conclusão quanto à existência de grupo econômico de fato e confusão patrimonial e, em realidade, fê-lo mediante robusta fundamentação. Portanto, configurado o grupo econômico de fato e confusão patrimonial, não há que se cogitar ilegalidade do ato praticado pelas autoridades impetradas, consistente na inscrição de Wirex Cable S/A na dívida ativa como corresponsável por débitos tributários da empresa Inbrac Vitória S.A., cobrados em outras execuções, na medida em que a situação fática apurada nos autos da Execução Fiscal n.º 96.0001102-8 não é específica para aquela execução. 6. É certo que a simples existência de grupo econômico não autoriza a constrição de bens de empresa diversa daquela executada, o que só pode ser deferido em situações excepcionais, nas quais há provável confusão de patrimônios, como forma de encobrir débitos tributários. Ressalte-se que a autoridade impetrada, com base naquele *decisum* da execução fiscal, não se utilizou do disposto no art. 124 do CTN para inscrever a apelante na dívida ativa por débitos tributários cobrados em outras execuções pela empresa Inbrac Vitória S.A., e, sim, do disposto no art. 50 do novo Código Civil, que cuida da desconsideração da personalidade jurídica. Conforme destacado pela União em contrarrazões, “o que fica comprovado com a documentação anexada pela União é que o grupo empresarial de fato se vale de várias empresas para operar sob um comando central, blindando o patrimônio pessoal de sócios e de determinadas empresas, como ocorre com a executada, e prossegue atuando, através de novas empresas do grupo, sem cumprir as obrigações fiscais e trabalhistas que lhe cabem. Nestes casos, a desconsideração da personalidade jurídica é perfeitamente cabível e não deveria ser indeferida, sob pena de premiar o expediente fraudulento utilizado para frustrar as execuções”. 7. **O Superior Tribunal de Justiça se manifestou em diversas ocasiões, no sentido de ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica,**

empresa pertencente ao mesmo grupo, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal, sendo possível, ainda, a desconstituição no bojo do processo executivo. [...] 11. Agravo retido prejudicado. Apelo conhecido e desprovido.”

(TRF 2. Apelação Cível nº 200850010130208. Relator: Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA. Publicado em 06/05/2010)

Assim, em razão de todo o exposto, caracterizada a confusão patrimonial entre as empresas pertencentes ao grupo DAVENE, não restando outra alternativa senão aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, reconhecendo a existência de grupo empresarial de fato, cujas empresas integrantes se sucederam umas nas outras, sob o comando do Sr. MAURO NOBORU MORIZONO.

DO RECONHECIMENTO DO GRUPO ECONÔMICO DE FATO E DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL – PRODUTOS DAVENE

O que ora se pleiteia foi a solução adotada no bojo da Execução Fiscal nº 0051769-33.2005.4.03.6182, que tramita perante a 7ª Vara Fiscal da Justiça Federal em São Paulo, em face da empresa LABORATÓRIO SARDALINA, membro do “grupo” fabricante dos produtos DAVENE.

Segue **decisão proferida 09/03/2011 nos autos da referida execução fiscal federal, reconhecendo a “existência do grupo econômico de fato DAVENE”:**

[...]

De todo o narrado e documentado constata-se dos autos os fatos que seguem: A ficha cadastral da Laboratório Sardalina Ltda. revela que a empresa teve início em 1938, destacando seu objeto social como a fabricação de produtos de perfumaria, cosméticos e outras preparações para toalete; inicialmente o quadro social da empresa era formada pelos sócios Mauro Noboru Morizono e Maria Kumiko Kadobayashi Iwamoto e foi dissolvida pela decretação de falência em 26/3/2004, quando permanecia sócio-administrador Mauro Noboru Morizono, além de Port Village S/A., *offshore* com sede no Uruguai, da qual o Sr. Mauro era procurador (doc. fls. 405/411).

Apesar de falida a executada, destaca-se que os produtos da marca DAVENE e outros de criação da executada são ainda amplamente comercializados no mercado através de outras sociedades, suas sucessoras de fato.

A exequente apresenta quadro no qual se constata a participação do empresário Mauro Morizono como sócio ou procurador de 18 empresas (fl. 358), todas ligadas à produção, distribuição e comercialização dos produtos do gênero de perfumarias e limpeza, den-

tre eles a marca DAVENE, criada originalmente pela executada. Tal conclusão encontra-se fartamente demonstrada no relato da executada e pelos documentos acostados. A localização da empresa sucessora Elsie Claire Ltda., na av. Prestes Maia, Diadema/SP, mesmo local da filial fabril da Sardalina e também utilizado por outras empresas do grupo econômico, com o mesmo quadro social e exercendo o mesmo ramo de atividade da falida (ficha cadastral de fls. 405/409). O esvaziamento de uma empresa, grande devedora de tributos, é um dos sintomas graves e marcantes do referido grupo econômico de fato, a exemplo do que se infere da informação de que 96% dos funcionários da filial do Laboratório Sardalina foram transferidos para a empresa Produtos Elsie Claire (doc. fls. 475/508), instituída em 1997, tendo como sócios Maria Kimiko Kadobayashi Iwamoto (sócia de Mauro no Laboratório Sardalina) e uma *offshore* sediada em Nevada, EUA. Acrescente-se a isso o fato de que a empresa sucessora deu prosseguimento à produção e comercialização dos produtos que eram, na origem, fabricados pela empresa sucedida. Em fase seguinte, para a industrialização dos produtos DAVENE, em 20/09/2003 foi criada a empresa Cria Sim Produtos de Higiene, com sede em Goiânia/GO, sendo sócias empresas *offshore* situadas no Uruguai, porém, em 30/06/2004, uma filial daquela empresa foi aberta no endereço de Elsie Claire, em Diadema/SP (ficha cadastral JUCESP de fls. 555/556).

Consta que a sociedade Cria Sim Produtos de Higiene foi constituída com o mesmo objeto (ramo de atividade) das anteriores e obteve autorização da ANVISA para fins de armazenar, embalar, expedir, exportar, fabricar, importar e reembalar perfumes, produtos de higiene e cosméticos. A data de autorização é de 29/05/2006 para endereço já bem conhecido: av. Prestes Maia, 831, Diadema/SP – fabricação de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal – seu atual endereço na ficha JUCESP.

Outras empresas são noticiadas como sucessoras da executada, criadas com o escopo de substituição de empresas endividadas e extintas: – K&M Produtos de Higiene e Limpeza, ou KM Casa, constituída em 1983, destacando-se no segmento de produtos de limpeza e também grande devedora da União (R\$ 68.000.000,00, fl. 363). Nela figuravam como sócios Mauro Noboru Morizono e Rosa Maria Marcondes Coelho Morizono. Posteriormente foi admitida a *offshore* Port Village S/A. e, por fim, a retirada do Sr. Mauro e da *offshore* e admitidas outras duas *offshore*, com sede no Uruguai. - Karvia do Brasil Ltda. foi constituída no ano 2000, com o fito de administrar as marcas DAVENE e KM Casa, conforme registro no INPI às fls. 658/671, em cujo quadro social constam Adão Mariano Aparecido e Mauro Noboru Morizono como procurador de uma empresa *offshore*, situada em Montevidéu/Uruguai (ficha cadastral de fls. 672/675).PA1,5 - Vicodi Cosméticos Ltda., atual denominação de DAVENE Indústria e Comércio Importação e Exportação LTDA., constituída em 1987 com idêntico objeto das demais empresas citadas (perfumarias e comércio varejista de produtos

de higiene pessoal etc.) também situada av. Prestes Maia, 827, Diadema/SP, figurando como sócios Mauro Noboru Morizono, Rosa Maria Coelho Marcondes Morizono e Adão Mariano Aparecido (doc. 27).

[...]

Assim, o pedido encontra espeque na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no que concerne ao uso irregular da forma societária. No caso específico do mau uso de grupos de sociedades, vários são os óbices à identificação das condutas lesivas, porque, em geral, dá-se a sucessão de pessoas jurídicas, a constante alteração de seus quadros sociais, a substituição de sócios por procuradores, o esvaziamento patrimonial, a localização no mesmo endereço, a concentração de débitos, a subcapitalização, dentre muitas outras hipóteses, todas destinadas a contornar disposições legais ou deveres contratuais, ou, ainda, prejudicar terceiros. Necessário firmar-se que as condutas exemplificativas acima enumeradas não se traduzem, necessariamente, por si e individualmente consideradas, em atos lesivos, mas, ao revés, dependem da análise dos fatos e das circunstâncias envolvidas, bem como da apreciação do elemento subjetivo, a serem ponderados, todos, de acordo com as regras da experiência e com as cautelas apropriadas, a fim de se evitar, tanto quanto possível, a injusta responsabilização de pessoas estranhas à relação jurídica em debate.

Há de se repisar, também, que os elementos de convicção trazidos pela Fazenda Nacional devem ser idôneos e suficientes, a fim de permitirem a inclusão do terceiro e/ou responsável tributário na lide, ainda que o contraditório pleno seja inviável na estreita via do executivo fiscal.

Logo, os conceitos normativos de idoneidade e suficiência não possuem caráter absoluto, pois que a produção plena de provas fica diferida para momento posterior, isto é, a eventual ação de embargos. O esvaziamento e/ou encerramento de sociedades que concentrem altos débitos, com o redirecionamento das atividades para outras sociedades interligadas, é um dos indícios mais comuns e eloquentes da fraude encetada contra os credores.

[...]

Como já asseverado, a responsabilização de terceiros pode decorrer de vários motivos, dentre os quais se sobressai a inadimplência, que é um fato, naturalmente, posterior ao da constituição do crédito. Claro está que não se trata da mera inadimplência, mas, sim, daquela eivada de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, como prevê o artigo 135 do Código Tributário Nacional. Assim, é preciso que se investigue as causas dessa inadimplência, para verificar se, entre elas, estariam fatos capazes de serem enquadrados como excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto. E quais

seriam os eventos aptos a desencadear essa responsabilidade? Neste particular, o artigo 50 do Código Civil trouxe elementos muito importantes a ensejar sua adequada integração com a norma tributária. Com efeito, a lei civil indicou com precisão as hipóteses, que poderiam autorizar a descon sideração da pessoa jurídica, como sendo abuso de personalidade jurídica caracterizado...” (Leandro Paulsen, Direito Tributário, p. 1.044 e ss.).

[...]

Em face do exposto, reconheço a existência do grupo econômico de fato DAVENE e defiro, de imediato, a inclusão no polo passivo das seguintes pessoas jurídicas Karvin do Brasil Ltda., Cria Sim Produtos de Higiene Ltda., Dallure Distribuidora de Produtos de Higiene Ltda., Uniproductos Distribuidora de Produtos de Higiene Ltda., Corporato Distribuidora de Produtos de Higiene Ltda., Redoma Perfumes Ltda., Ponto Final Participações e Empreendimentos Ltda., Format Industrial de Embalagens Ltda. e Genesys Tecnologia e Sistema Ltda., bem assim das pessoas físicas Mauro Noboru Morizono, Rosa Maria Coelho Marcondes Morizono, Carolina Midori Marcondes Morizono e Daniel Minoru Marcondes Morizono – qualificação e endereços às fls. 816 a 848 – nos termos dos artigos 40 do Código Civil e 135, III do C.T.N.

[..]

Cumpra-se, com urgência.

Ademais, em acórdão datado de 14/09/2012, proferido no Agravo de Instrumento 0023210-41.2012.4.03.0000 (2012.03.00.023210-5), interposto perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região por KARVIA DO BRASIL LTDA., que passou a integrar o polo passivo da referida execução, restou reafirmada a desconsideração da pessoa jurídica em razão do uso irregular da forma societária:

[...]

Com efeito, a teor das peças trasladadas para este recurso, há fortes indícios de existência de grupo econômico, confusão patrimonial das empresas integrantes, inadimplemento de tributos devidos e aparente falência irregular da empresa executada, consequentemente, por cautela, a agravante deve ser mantida no polo passivo da lide.

[...]

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Comunique-se ao Juízo de origem o teor desta decisão.

Intimem-se.

Após o decurso do prazo, remetam-se os autos à Vara de origem.

DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, requer a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO:

1. O redirecionamento da presente execução fiscal em face das pessoas físicas e jurídicas a seguir relacionadas e o reconhecimento do grupo econômico DAVENE, destacando-se que, com vistas à efetividade do pedido, a Fazenda do Estado deixa de incluir, por ora, todas as empresas e sócios referidos na manifestação:

- a) CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA., CNPJ nº 05.975.11/0001-37, situada à Av. Prestes Maia, 831, Diadema/SP;
- b) KARVIA DO BRASIL LTDA., CNPJ nº 03.610.001/0001-46, situada à Av. Queiroz Filho, 301, sala 14, Vila Hamburquesa, São Paulo/SP;
- c) PONTO FINAL PARTICIPAÇÕES LTDA., situada à Av. Prof. José Barreto, 111, sala 33, Cotia/SP;
- d) DALLURE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA., CNPJ nº 01.792.560/0001-99, na pessoa dos seus sócios, tendo em vista a fraude demonstrada e o encerramento da empresa:
 - MAURO NOBORU MORIZONO, CPF 370.079.448-87, residente à Av. Europa, 728, Jd. Europa, São Paulo/SP;
 - CAROLINA MIDORI MARCONDES MORIZONO, CPF: 214.336.778-30, residente à Rua Jeronimo da Veiga, 249, ap. 171, Itaim Bibi, São Paulo/SP;
 - DANIEL MINORU MARCONDES MORIZONO, CPF: 214.336.718-08, RG/RNE: 28.787.998-7 - SP, Rua Jeronimo da Veiga, 249, ap. 171, Itaim Bibi, São Paulo/SP;
 - JAIR JOÃO DA SILVA, CPF: 054.557.238-04, RG/RNE: 3.209.847-9 - SP, residente à Rua do Rosário, 40, Centro, Silveirânia/MG, CEP 36185-000;
- e) REDOMA PERFUMES LTDA., CNPJ 07.014.536/0001-05, situada à Rua Major Sertório, 422, 6º andar, cj. 64, Vila Buarque, São Paulo/SP;
- f) CANAL FÁCIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA., CNPJ nº 07.975.719/0001-97, situada à Rua Zelinda Zanela, 17, sl 23, São Bernardo do Campo/SP;
- g) BALAIO ARMAZENAMENTO DE BENS, CNPJ nº 07.697.689/0001-02, situada à Rua Teixeira Leite, 377, Cambuci, São Paulo/SP;

Destaca-se que os sócios da Executada, Sra. MARIA KUMIKO KADO-BAYASHI IWAMOTO e a empresa SKYSCRAPER COMPANY já foram corresponsabilizados nestes autos, embora ainda não citados, razão pela qual não constam da relação acima.

2. Arresto de ativos financeiros, pelo sistema Bacen-Jud, em nome das pessoas físicas e jurídicas acima relacionadas, com fundamento na efetividade jurisdicional, tendo em vista a rápida movimentação dos integrantes do grupo;
3. Penhora do imóvel situado à Av. Prestes Maia, 827/829/831, Diadema/SP, matrícula nº 438, Cartório de Registro de imóveis de Diadema;
4. Indisponibilidade de bens, direitos e valores em nome das pessoas físicas e jurídicas relacionadas, com fundamento no art. 2º, IX e VI, da Lei nº 8.397/92.
5. Requer, ainda, seja expedido ofício à Receita Federal objetivando o endereço atual da Sra. MARIA KUMIKO KADOBAYASHI IWAMOTO, CPF: 240.096.609-53, uma vez que o endereço constante da JUCESP foi diligenciado negativamente na execução fiscal nº 2608/02, fl. 76.

Nestes termos,
pede deferimento.

Diadema, 21 de fevereiro de 2013.

GISELE NOVACK DIANA
Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 300.914

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA N.º 2035836-15.2014.8.26.0000, DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Mandado de Segurança n.º 2035836-15.2014.8.26.0000

Impetrante: Paschoal Minhella Filho e outros

Impetrado: Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo

Interessado: Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE

Sala 309

O DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA – DAEE, por seus procuradores que esta subscrevem, vem à presença de Vossa Excelência, respeitosa-mente, nos autos em epígrafe, neles ingressar na qualidade de litisconsorte necessário, para apresentar sua **MANIFESTAÇÃO** expondo e ao final requerendo o que segue:

DA CITAÇÃO

Em que pese o DAEE não ter sido regularmente citado na pessoa do Procurador Geral do Estado, nos termos do artigo 6º, inciso V, da Lei Complementar n. 478/86, para apresentar informações, na qualidade de interessado, no *writ* em epígrafe, houve intimação da Procuradoria Geral do Estado, via Diário Oficial, de decisão, disponibilizada em 29.04.2014, que indeferiu pedido de liminar, tendo a FESP tomado ciência da demanda que se apresenta.

Sendo assim, e para evitar prejuízo à Fazenda e, ainda, irregularidade processual, nos termos do art. 213, § 1º do CPC, o DAEE vem a integrar a relação jurídica processual, apresentando, nesta oportunidade, as informações a seguir.

DOS FATOS

O impetrante requer a presente segurança em face de decisão da ilustre Presidência desse Egrégio Tribunal que concedeu efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário interposto no Mandado de Segurança – autos nº. 0468322-61.2010.8.26.0000, ao fundamento de que, já tendo havido juízo de admissibilidade, não poderia o Presidente do TJ/SP conferir efeito suspensivo, conforme o enunciado de súmula n. 635, STF. Ademais, argumenta que não poderia a decisão, que outrora indeferiu o pedido de efeito suspensivo, ser reconsiderada, fundamentando-se no art. 471, CPC. Alega, ainda, o indeferimento do pedido de suspensão de segurança n. 4.595/SP pelo STF e o não deferimento de efeito suspensivo na Medida Cautelar n. 21.456.

Foram prestadas informações pela autoridade coatora, sustentando a legalidade do ato de concessão de efeito suspensivo na decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux, e ratificada pelo Plenário de STF, no sentido de que, uma vez pendente a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade parcial nas ADIs 4.357 e 4.425, devem os Tribunais de Justiça continuar cumprindo o regime especial de pagamento de precatórios previsto no art. 97, ADCT, com redação inserida pela Emenda Constitucional n. 62/2009. Quanto à competência da Presidência do TJ/SP para atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido, porém sobrestado com fundamento no art. 543-B, CPC (repercussão geral), com fundamento na jurisprudência do STF, sustentou-se a interpretação temperada do enunciado de súmula n. 635, STF.

O pedido de liminar foi indeferido.

É o relato do que consta dos autos.

A segurança deve ser denegada, conforme os fundamentos que a seguir serão analisados.

DO DIREITO

DA COMPETÊNCIA DA PRESIDÊNCIA PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO

A apreciação de pedido de efeito suspensivo a recurso extraordinário é de atribuição do Presidente do Tribunal de Justiça enquanto pendente juízo de admissibilidade, nos termos do enunciado de súmula 635, STF, e, **ainda que já admitido o recurso, enquanto estiver sobrestado em virtude de repercussão geral, com fundamento no art. 543-B, CPC.**

É nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO DEVOLVIDO À ORIGEM PARA APLICAR A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL A QUO. PRECEDENTE. FUNDAMENTO NÃO ATACADO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO DEFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - **Compete ao tribunal ou turma recursal local a apreciação do pedido cautelar de efeito suspensivo quando, reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional, esteja o recurso extraordinário, ainda que já admitido, sobrestado na origem para os fins previstos no art. 543-B do Código de Processo Civil. Precedentes. II – É deficiente o agravo regimental que não ataca**

todos os fundamentos da decisão agravada. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AC 3027 AgR/ DF, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 17/12/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma). Grifamos.

Assim sendo, tratando-se de recurso sobrestado no Tribunal de origem, no que se refere à competência para atribuir o efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto nos autos do MS n. 0468322-61.2010.8.26.0000, o ato é legal, devendo ser mantido, impondo-se a denegação da segurança.

DO PODER GERAL DE CAUTELA

Alega a parte impetrante que ao caso se aplicaria o art. 471, CPC, segundo o qual o juiz não decidirá novamente questões já decididas. No entanto, olvida-se de que tal dispositivo não se aplica às decisões baseadas no poder geral de cautela, que não reanalisam o mérito. Em outras palavras, não há preclusão *pro judicato* para apreciar pedido de efeito suspensivo enquanto o processo não estiver submetido ao trânsito em julgado (coisa julgada material).

Quanto à não submissão de pedidos acautelatórios à preclusão, colhemos ensinamos da doutrina:

Embora o momento mais adequado para pedir a medida seja a petição inicial, nada impede que a parte postule a antecipação de tutela em outros estágios do curso processual. O juiz, também, que não a deferir ou não apreciar seu cabimento *in limine litis* pode concedê-la mais tarde, desde que considere presentes os pressupostos¹.

Assim, considerando que a apreciação de pedido de efeito suspensivo não se submete à preclusão, durante o *iter* processual, para a reapreciação do pedido de efeito suspensivo, p. ex., basta a presença dos requisitos autorizativos, em especial, a saber: a) pedido acautelatório (no caso, pedido de reconsideração, apresentado pelo DAEE nos autos do MS 0468322-61.2010.8.26.0000); b) *fumus boni iuris*; c) *periculum in mora*.

A **fumaça do bom direito**, no caso em questão, fundamenta-se em razão de decisão do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Luiz Fux e referendada pelo Plenário, nas ADI's 4.357 e 4.425, no sentido de que deve continuar sendo aplicada a Emenda Constitucional n. 62/2009 pelos Tribunais de Justiça, considerando que ainda não concluso o julgamento quanto à modulação de efeitos.

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 54. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 402.

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal tem julgado medidas cautelares e reclamações reafirmando diuturnamente a prevalência da indigitada decisão que determina a aplicação da EC n. 62/2009. Veja-se:

Ex positis, tendo em vista que ainda pende de decisão a questão alusiva à modulação dos efeitos da decisão, o que influenciará diretamente o desfecho da presente reclamação, defiro a liminar para suspender efeitos da decisão do Superior Tribunal de Justiça nos autos do ARESP 53.420, determinando que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública sejam efetuados observada a sistemática anterior à declaração de inconstitucionalidade parcial da EC Nº 62/2009, até julgamento final desta Corte relativamente aos efeitos das decisões nas mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade. (STF, Reclamação n. 16705/MC RS. Julgado em 12.12.2013).

Impende, ainda, colacionar outra decisão do STF, na lavra do Ministro Teori Zavaski, em Medida Cautelar, no sentido de até que se decida quanto ao alcance das decisões tomadas no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, mostra-se prudente o deferimento de efeito suspensivo:

(...) 2. O Supremo Tribunal Federal, em situações excepcionais, admite a atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário, objeto de juízo negativo e admissibilidade perante o Tribunal de origem, desde que presentes, simultaneamente, os seguintes requisitos: (a) manifesta situação de verossimilhança (alta probabilidade de êxito do recurso extraordinário); e (b) configuração de situação de notória urgência, em que a imediata intervenção do STF seja indispensável a evitar dano irreparável ao direito pleiteado. (AC 1.821-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje de 04/04/2008). O caso revela a excepcionalidade exigida pela jurisprudência da Corte para a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário objeto de juízo negativo de admissibilidade.

3. Com efeito, o acórdão, cujos efeitos se pretende suspender, afastou a aplicação das normas contidas no art. 97 do ADCT, com redação dada pela EC 62/2009, por entender, essencialmente, (a) ser descabida a aplicação retroativa da EC 62/2009 para atingir precatórios já expedidos; e (b) já ter sido declarada a inconstitucionalidade da EC 62/2009 pelo Órgão Especial do TJ/SP. Consta do voto condutor do acórdão recorrido:

“Considerando a necessidade de preservar-se a segurança jurídica das decisões judiciais e a soberania da coisa julgada, não se pode cogitar, agora, de alteração da sistemática de pagamento no curso da execução, mais especificamente na devolução de valor indevidamente deduzido pela Fazenda do Estado. As alterações na sistemática de pagamento dos precatórios trazidas com a Emenda Constitucional 62/2009, não retroagem para atingir precatórios já inseridos no orçamento, sendo absurdo protelar a devolução do

valor subtraído do pagamento do precatório em 29/12/2008, o que constituiria verdadeira ofensa aos direitos fundamentais. As decisões proferidas pelo Órgão Especial deste Tribunal, reconhecem a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62/2009, pelos mesmos motivos (...)” (fls. 19/20 dos documentos acostados aos autos eletrônicos).

O aresto impugnado mostra-se de acordo com o entendimento adotado pela Corte no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425 (rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, sessão plenária de 13/03/2013), no sentido da inconstitucionalidade do art. 97 do ADCT, com redação pela EC 62/2009.

Ocorre que, não obstante a declaração de inconstitucionalidade do novo regime de pagamento de precatórios, o Relator daquelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Min. Luiz Fux, atendendo à petição apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual se noticiava “a paralisação do pagamento de precatórios por alguns Tribunais de Justiça do País, determinada após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, realizado em 14/03/2013, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal”, em 11/04/2013, proferiu despacho, determinando: “ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro”.

Há, ainda, pedidos para modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 97 do ADCT (EC 62/2009) não apreciados pela Corte.

Dessa forma, até que a Suprema Corte se pronuncie de forma definitiva sobre o preciso alcance das decisões tomadas no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, mostra-se prudente o deferimento da pretensão cautelar aqui deduzida.

4. Diante do exposto, julgo procedente o pedido, para atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto nos autos do Agravo de Instrumento 0053091-25.2011.8.26.0000 (TJ/SP), até o julgamento final do recurso extraordinário ou posterior deliberação em sentido contrário. AC 3396 / SP - SÃO PAULO. AÇÃO CAUTELAR. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI. Julgamento: 05/09/2013).

Cumpre-nos colacionar excertos de recentíssima decisão, publicada em 03.04.2014, proferida na Reclamação 17.471, proposta pelo Estado de São Paulo, perante o STF, cuja liminar foi deferida para que seja mantida a aplicação do regime instituído pela Emenda Constitucional n. 62:

Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta pelo Estado de São Paulo, contra acórdão prolatado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Mandado de Segurança 00922002-38.2013.8.26.0000, que teria ofendido as decisões proferidas pelo Ministro Luiz Fux nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357/DF e 4.425/DF, posteriormente ratificadas pelo Plenário desta Corte em 24/10/2013.

(...)

Examinados os autos, tenho que é caso de deferimento da medida cautelar.

(...)

Assim, a decisão reclamada, ao afastar de imediato a norma legal cujos efeitos de sua declaração de inconstitucionalidade ainda estão sendo modulados por esta Corte, parece, neste exame perfunctório, estar em confronto com a decisão cautelar referendada pelo Plenário que determinou “a continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época”.

(...)

Com efeito, conforme ressaltado pela Ministra Cármen Lúcia ao deferir medida liminar na Rcl 16.855-MC/RS, “a confirmação pelo Plenário da determinação da continuidade do pagamento dos precatórios como ocorria antes da sessão de 14.3.2013, aliada ao início do julgamento da proposta de modulação dos efeitos das decisões proferidas naquela assentada, evidencia a ausência de conclusão do julgamento quanto aos efeitos e os limites das decisões das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.357 e 4.425. 9. Assim, é de prudência jurídica a suspensão dos efeitos da decisão reclamada (...). (Rcl 17471 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 01/04/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02/04/2014 PUBLIC 03/04/2014).

Presente também está o *periculum in mora*, pois, caso não tivesse sido concedida a suspensão, o acórdão permissivo do sequestro do crédito do precatório teria eficácia enquanto o recurso estiver sobrestado. Com efeito, a medida poderia ensejar o levantamento da quantia de cerca de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) sequestrados dos cofres públicos, com prejuízo ao erário.

Ainda no que se refere ao poder geral de cautela, o Presidente do Tribunal de Justiça pode, **independentemente** do quanto já decidido em cautelares, principalmente com a particularidade de ter havido extinção sem resolução de mérito – como é o caso dos autos, e suspensões de segurança, quando indeferido o pedido, **diante das circunstâncias do caso concreto, atribuir efeito suspensivo.**

Em específico, quanto à suspensão de segurança, trata-se de medida excepcional, dirigida à proteção do interesse público e do erário, de natureza política (não propriamente processual), representando uma contracautela conferida à Fazenda Pública. Tanto é assim (uma contracautela de proteção ao interesse público), que há previsão na Lei n. 8.437/1992 que comporta interpretação a *contrario sensu*, aplicável ao caso em análise, senão vejamos:

Art. 4º, § 6º. A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

Em outras palavras, a suspensão de segurança, que, conforme dito, não apresenta uma natureza estritamente processual, mas, sim, de natureza política (STJ, Rcl 541/GO), uma medida de contracautela/garantia/preservação do interesse público, e, quando não deferida, não impede, dentro do poder geral de cautela, a apreciação de pedido de efeito suspensivo por outra instância. É nesse sentido que a doutrina comenta a disposição legal:

Significa, então, que concedido o pedido de suspensão pelo presidente do tribunal, fica prejudicada a análise do pretendido efeito suspensivo previsto no art. 558 do CPC para o agravo de instrumento, mas isso não prejudica o agravo de instrumento em si, que não terá seu seguimento negado. (...)

Por sua vez, o provimento do agravo de instrumento não pode ser afetado pela eventual decisão do presidente do tribunal que indeferir o pedido de suspensão de liminar².

Sendo desse modo, no exercício do Poder Geral de Cautela, o ato de atribuição de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário interposto nos autos do MS 0468322-61.2010.8.26.0000 é legal e deve ser mantido pela Colenda Corte deste Tribunal de Justiça.

DO PEDIDO

Diante do exposto, restando demonstrada a **LEGALIDADE da r. decisão** proferida pela Presidência desse Egrégio Tribunal que concedeu efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário no Mandado de Segurança – autos n. 0468322-61.2010.8.26.0000, a segurança pleiteada há que ser **DENEGADA**.

² CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Dialética, 2013, p. 624-625.

Com as informações prestadas a Vossa Excelência, aproveitamos a oportunidade para renovar protestos de elevada estima e distinta consideração.

Requer, finalmente, que todas as PUBLICAÇÕES sejam realizadas exclusivamente em nome dos procuradores Wladimir Ribeiro Junior, OAB/SP n. 125.142, e Fernanda Ribeiro de Mattos Luccas, OAB/SP n. 136.973, sob pena de nulidade.

Nesses termos,
pede deferimento.

São Paulo, 13 de maio de 2014.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR GERAL DO ESTADO
OAB/SP 50.457

Fernanda Ribeiro de Mattos Luccas
Procuradora do Estado
OAB/SP 136.973

Suzane Ramos R. Esteves
Procuradora do Estado
OAB/SP 293.312

Registro: 2014.0000466754

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 2035836-15.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes PASCHOAL MINHELLA FILHO, MARGARETH PORTO MINHELLA, MARIA ELISABETE MINHELLA ROSA e CARLOS PEREIRA ROSA, é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. RENATO NALINI. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. EROS PICELI.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENE-DITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FERRAZ DE ARRUDA, ELLIOT AKEL E GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 6 de agosto de 2014

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16.281

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2035836-15.2014.8.26.0000

COMARCA: São Paulo

IMPETRANTES: Paschoal Minhella Filho e Margareth Porto Minhella e outros

Mandado de segurança. Impetração contra decisão do Presidente do Tribunal de Justiça que, em recurso extraordinário, concedeu efeito suspensivo. Alegação de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal e violação do disposto no artigo 471 do Código de Processo Civil. Inocorrência. Embora tenha havido um primeiro juízo de admissibilidade quanto ao recurso extraordinário, teve este, todavia, sobrestado o seguimento ante o reconhecimento de repercussão geral, fazendo surgir competência do Presidente do Tribunal de Justiça para resolver o pedido de medida cautelar.

Interpretação mais consentânea da Súmula 635 do STF

Precedente. Inaplicabilidade do artigo 471 do Código de Processo Civil às decisões fundadas no poder geral de cautela, inexistindo, por conseguinte, preclusão *pro judicato* para examinar pedido de efeito suspensivo enquanto o processo não alcançar a coisa julgada material. Segurança denegada.

Em 15 de abril de 2008, o DD. Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo deferiu pedido de sequestro de rendas formulado por Paschoal Minhella Filho e sua mulher Margareth Porto Minhella e outros, em face do Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE, que, todavia, deixou de ser cumprido junto ao estabelecimento bancário ante a ausência de recursos.

Julgados agravos regimentais interpostos pelo DAEE e pelo Ministério Público, acabou o DEPRE por apurar, em favor de Paschoal Minhella e sua mulher Margareth Porto Minhella e outros, a quantia de R\$4.385.019,46.

Subsequentemente, o DD. Presidente do Tribunal de Justiça, fundado na Emenda Constitucional nº 62/2009, houve por bem decretar a extinção do pedido de sequestro, induzindo os credores a impetrar mandado de segurança, cuja ordem foi concedida por este Órgão Especial (Mandado de Segurança nº 0468322-61.2010.8.26.0000).

Inconformado com a concessão da segurança, o DAEE interpôs recurso extraordinário, pleiteando, liminarmente, fosse a ele concedido efeito suspensivo. O DD. Presidente desta Corte, ao tempo em que recebeu o recurso, determinando sua remessa ao Supremo Tribunal Federal, desacolheu o pedido de liminar.

O DAEE, então, formulou pedido de suspensão da segurança diretamente ao STF, que restou indeferido, e também, junto a este Tribunal de Justiça de São Paulo, requereu novamente se outorgasse efeito suspensivo ao recurso extraordinário, ao que veio por aceder o DD. Presidente.

Impetraram, por isso, Paschoal Minhella Filho e sua mulher Margareth Porto Minhella e outros, com pedido de liminar, o presente mandado de segurança, alegando, em síntese, ter havido usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, porquanto o juízo de admissibilidade data de mais de dois anos, e que não foi respeitado o disposto no artigo 471 do Código de Processo Civil e mesmo a própria decisão daquele Tribunal (fls. 1/10).

Informações provieram do Desembargador Coordenador do DEPRE (fls. 519/522) e do DD. Presidente do Tribunal de Justiça, que justificou a concessão do efeito suspensivo no sobrestamento do recurso em razão do reconhecimento da repercussão geral (fls. 532/536).

O pedido de concessão de liminar foi indeferido (fls. 540/546), o DAEE, integrando o feito na qualidade de litisconsórcio necessário, propugnou a denegação da segurança ante a ausência de direito líquido e certo a ser amparado (fls. 543/552), tendo sido desprovido agravo regimental interposto pelos impetrantes (fls. 571/576).

O parecer da Procuradoria Geral de Justiça, lavrado pelos ilustres Procurador de Justiça Rossini Lopes Jota e Promotora de Justiça Ieda Casseb Casagrande Bignardi, é pela concessão da segurança (fls. 577/582).

Este o relatório.

Apreciando o pedido de concessão de liminar requerido pelos impetrantes – e o indeferindo –, escrevi:

“Em 14 de março de 2013, nas ADI’s n.ºs. 4.357 e 4.425, a EC n.º 62/2009 foi declarada parcialmente inconstitucional, ficando pendente de solução pelo STF a questão relativa à modulação de seus efeitos, razão por que os Tribunais de Justiça devem continuar a cumprir o regime especial de pagamentos fixado pela referida EC, conforme: Plenário do STF, em 24 de outubro de 2013; Medida Cautelar/STF n.º 3.396/SP, em 5 de setembro de 2013; Reclamação/STF n.º 16.705/RS, em 12 de dezembro de 2013; e Reclamação/STF n.º 16.651, em 19 de dezembro de 2013.

Fiado nessa nova configuração jurídica do tema, o DD. Presidente deste Tribunal de Justiça atribuiu efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE.

É certo que por ocasião da prolação da decisão impugnada não mais estava pendente o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. Todavia, como embora admitido, seu seguimento foi sobrestado em razão de reconhecimento de repercussão geral, há de se ter por presente, concretamente, a competência do Presidente do Tribunal para resolver o pedido de medida cautelar, dando interpretação a contrario sensu mais consentânea com o justo à Súmula n.º 635 do Supremo Tribunal Federal, editada antes da introdução da repercussão geral em nosso ordenamento jurídico.

Como asseverado pelo DD. Presidente desta Corte, resta afastada a jurisdição cautelar do STF, tendo por fundamento: “Compete ao tribunal de origem apreciar ações cautelares, ainda que o recurso extraordinário já tenha obtido o primeiro juízo positivo de admissibilidade, quando o apelo extremo estiver sobrestado em face do reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria constitucional tratada.” (Questão de Ordem em Medida Cautelar em Ação Cautelar n.º 2.177-4/PE, relatora Ministra Elle Gracie, j. 12.11.2008). Entendimento esse reiterado no Agravo Regimental na Ação Cautelar n.º 2.206.1/RJ, relator Ministro Eros Grau, j. 4.8.2009.”.

Posteriormente, ao proferir voto desprovendo o agravo regimental interposto pelos impetrantes que se transformou em acórdão unânime, deste Órgão Especial (nº 2035836-15.2014.8.26.0000/50000), afirmei: “O efeito suspensivo outorgado ao recurso extraordinário interposto pela pessoa política fundou-se em ter sido seu seguimento sobrestado, em razão de reconhecimento de repercussão geral, fazendo exsurgir competência ao Presidente do Tribunal de Justiça para resolver o pedido de medida cautelar, interpretando a contrario sensu, mais consentaneamente, a Súmula nº 635 do Supremo Tribunal Federal, expedida antes da introdução da repercussão geral em nosso ordenamento jurídico. Teve por assento, também, o entendimento do STF, para quem “Compete ao tribunal de origem apreciar ações cautelares, ainda que o recurso extraordinário já tenha obtido o primeiro juízo positivo da admissibilidade, quando o apelo extremo estiver sobrestado em face do reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria constitucional tratada.” (Questão de Ordem em Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 2.177-4/PE e Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 2.206.1/RJ).

A ordem de liberação do valor sequestrado em favor do DAEE não ofendeu o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, pois a constrição da quantia nos autos de sequestro de rendas públicas procedida inicialmente, por óbvio, não fez surgir direito adquirido para os impetrantes, não configurou ato que se tenha aperfeiçoado tout court ou decisão capaz de produzir res judicata, não havendo falar em vedada retroação de efeito.”

Essas decisões equacionam a questão em termos de denegação da segurança, lembrando, no tocante ao alegado descumprimento do artigo 471 do Código de Processo Civil, que dito dispositivo não se aplica às decisões fundadas no poder geral de cautela, pelo que não existe preclusão *pro judicato* para examinar pedido de efeito suspensivo enquanto o processo não alcançar a coisa julgada material.

Humberto Theodoro Júnior, a propósito da não submissão de pedidos acautelatórios à preclusão, ensina:

“Embora o momento mais adequado para pedir medida seja a petição inicial, nada impede que a parte postule a antecipação de tutela em outros estágios do curso processual. O juiz, também, que não deferir ou não apreciar seu cabimento in limine pode concedê-la mais tarde, desde que considere presentes os seus pressupostos.” (Curso de Direito Processual, v. I, 54. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, p. 402).

À vista do exposto, denego a segurança.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME

Relator

PROCESSO: GDOC 18488-1188464/2014 (SPPREV nº 50793/2014)

PARECER: PA n.º 29/2015

INTERESSADO(A): SUPERVISÃO DE CONTROLE DA ARRECADAÇÃO

EMENTA: PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO. Contribuição previdenciária de servidor público estadual afastado para o exercício de mandato eletivo. Leis Complementares n.ºs 1.010/2007 e 1.012/2007 regulamentaram inteiramente a disciplina relativa às contribuições previdenciárias dos servidores afastados. Revogação tácita do § 12 do artigo 137 da Lei Complementar nº 180/1978. Em qualquer hipótese de afastamento para o exercício de mandato eletivo, o servidor necessariamente permanecerá vinculado ao RPPS, não importando se o afastamento seja com ou sem prejuízo de vencimentos. Artigo 38, incisos IV e V, da Constituição Federal. Artigo 12, inciso I, alínea “j”, da Lei Federal nº 8.212/1991. Se o afastamento deu-se com prejuízo de vencimentos, caberá ao órgão de exercício do mandato proceder ao recolhimento da contribuição previdenciária pessoal do servidor e a patronal. Artigo 9º, incisos I e II, do Decreto Estadual nº 52.859/2008 e artigo 32 da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 31 de março de 2009. Na hipótese de afastamento para o exercício do mandato eletivo sem prejuízo de vencimentos, continuará sob a responsabilidade do órgão de origem o recolhimento das contribuições devidas pelo servidor e pelo ente. Artigo 10 do Decreto nº 52.859/2008 e artigo 33 da referida orientação normativa. Possibilidade de expedição de Certidão Negativa de Débito apenas verificada a quitação de ambas as parcelas, salvo no tocante ao período anterior à vigência da Lei Complementar nº 1.012/2007, no qual devido apenas o recolhimento da parcela pessoal do servidor afastado.

1. O protocolado partiu de consulta formulada pela Diretoria de Administração e Finanças da São Paulo Previdência ao órgão jurídico que serve o ente autárquico concernente ao recolhimento de contribuições previdenciárias de servidor estadual afastado para o exercício de mandato eletivo.
2. Ante o caso concreto informado nos autos, relativo a servidor afastado para mandato eletivo de vereador do Município de Cajamar e que, no período compreendido entre 21/02/2005 e 28/02/2009, teria recolhido

apenas as contribuições referentes à parcela pessoal¹, deixando de recolher a cota patronal (fl. 3), indaga:

- (i) No caso de afastamento para exercer mandato eletivo (manutenção obrigatória do vínculo com o RPPS), quem é o responsável pelo recolhimento da contribuição patronal?
 - (ii) O artigo 137, par. 12 da LCE n. 180/78, pode ser utilizado na hipótese de afastamento para exercer mandato eletivo anterior à publicação da LCE n. 1012/2007? Caso a resposta seja afirmativa, quem é o responsável pelo recolhimento da contribuição patronal correspondente, o órgão ou entidade cedente?
 - (iii) Em havendo recolhimento da contribuição do servidor ativo é possível a emissão de CND sem o correspondente patronal (pelo servidor ou pelo Estado)? Caso a obrigação pelo recolhimento seja do ente público, as contribuições previdenciárias obedecem às regras de prescrição e decadência do CTN?
3. Submetido o assunto ao exame do órgão jurídico autárquico, veio a lume o bem lançado Parecer CJ/SPPREV n° 798/2014² (fls. 63/87), no qual sustentou o parecerista que o servidor afastado para o exercício de mandato eletivo necessariamente manterá seu vínculo com o Regime Próprio de Previdência Social, não se aplicando as disposições do artigo 8° do Decreto Estadual n° 52.859/2008 à hipótese descrita no artigo 7°, inciso III³, desse mesmo ato regulamentar. Considerando, contudo, a omissão legislativa no tocante ao recolhimento patronal para esses casos, propôs a colmatação da lacuna mediante a aplicação das regras dispostas nos artigos 9° e 10 do Decreto n° 52.859/2008, entendimento esse que não contou com o aval da ilustre Chefia do órgão jurídico.
 4. Com efeito, no Despacho de parcial aprovação do opinativo asseverou aquela Chefia que, diante da amplitude conferida pelo legislador ao artigo 12 da Lei Complementar n° 1.012/2007, o qual albergaria qualquer espécie de afastamento com prejuízo de vencimentos, a única leitura possível ao inciso III do artigo 7° do Decreto n° 52.859/2008 seria aquela à luz do referido diploma normativo, “indicando que apenas os afastamentos para mandato eletivo sem prejuízo da remuneração implicariam manutenção automática do vínculo com o RPPS” (itens 15 a 24). Nessa

1 A partir de março de 2009, teria passado a recolher ambas as parcelas, no montante de 33% (fls. 3).

2 De autoria do Procurador do Estado Igor Volpato Bedone .

3 “**Artigo 7°** O servidor afastado ou licenciado manterá seu vínculo ao RPPS: [...] III - durante o afastamento do cargo efetivo para o exercício de mandato eletivo.”

toada, são as conclusões alçadas pela Chefia do órgão jurídico aos questionamentos formulados pelo órgão consulente:

(i) O afastamento para exercício de mandato eletivo só ocorre com manutenção obrigatória do vínculo ao RPPS, conforme previsto no artigo 7º, III, do Decreto Estadual nº 52.859/2008, se efetuado sem prejuízo da remuneração, por força do artigo 12 da Lei Estadual nº 1.012/2007, *contrario sensu*. Nesse caso, o recolhimento da contribuição patronal incumbe ao órgão de origem, responsável pelo pagamento da remuneração do interessado.

Nas hipóteses de afastamento para exercício de mandato eletivo com prejuízo da remuneração, apenas haverá manutenção do vínculo com o RPPS se o servidor optar por isso, efetuando o recolhimento mensal da respectiva contribuição, somada à do Estado (33%).

(ii) Conforme referido adrede, o artigo 137, § 12, da LCE n. 180/1978 vigorou até o advento da LCE n. 1.012/2007, que em seu artigo 12 regulou integralmente o tema da contribuição dos afastados, revogando-o tacitamente. Até então, a responsabilidade pelo recolhimento da parcela estatal da contribuição previdenciária dos afastados para exercício de mandato eletivo incumbia à origem, na forma prevista nos artigos 140 e 141 da LCE n. 180/1978.

(iii) Como explanado ao longo dessa manifestação, na hipótese de afastamento para exercício de mandato eletivo com prejuízo dos vencimentos, o servidor apenas se mantém vinculado ao RPPS se efetivar a opção contemplada no artigo 12 da LCE n. 1.012/2007, quando fica responsável pela respectiva contribuição, somada à parcela estatal. Nesse caso, apenas fará jus à CND se quitar ambas as parcelas.

Quanto ao período anterior à vigência da LCE n. 1.012/2007, como os servidores afastados para exercício de mandato eletivo deveriam apenas recolher a respectiva parcela das contribuições previdenciárias, farão jus à CND desde que tenham efetuado o recolhimento desse tributo. (fls. 88/107)

5. Considerando a complexidade e a repercussão da matéria, propôs a Chefia da Consultoria Jurídica a submissão do assunto à análise desta Especializada, com o que anuiu o Senhor Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral (fl. 108).

É o relato do essencial. Opinamos.

6. Para melhor compreensão da matéria, convém resgatarmos os dispositivos da Lei Complementar nº 180/1978 que disciplinavam o assunto:

Lei Complementar nº 180/1978:

Artigo 137 - *As contribuições dos funcionários, servidores e demais contribuintes previstos no artigo 133, devidas à razão de 6% (seis por cento) e calculadas sobre a retribuição-base percebida mensalmente, serão consignadas nas respectivas folhas de pagamento, não se considerando as deduções efetuadas.*

.....
§ 10 - *O contribuinte que, por qualquer motivo, deixar de perceber retribuição-base temporariamente, deverá recolher diretamente ao IPESP as contribuições previstas neste e nos artigos 140 e 141, conforme o caso.*

§ 11 - *A contribuição será devida sobre a gratificação de Natal.*

§ 12 - *O contribuinte que estiver afastado do cargo ou função, com prejuízo de vencimentos para exercer mandato legislativo municipal, estadual ou federal fica dispensado de recolher a contribuição devida pelo Estado prevista nos artigos 140 e 141, pelo tempo de duração do respectivo mandato. (d.n.)*

Artigo 140 - *Os Poderes do Estado e as entidades referidas no artigo 133 contribuirão com parcela de valor igual a 6% (seis por cento) sobre a retribuição-base de seus membros, funcionários ou servidores, recolhida na forma e no prazo previstos no artigo 142.*

Artigo 141 - *As entidades vinculadas ao regime previdenciário do Estado, mediante convênio com o IPESP ou outra forma de filiação, contribuirão com parcela de valor igual a 6% (seis por cento) sobre a retribuição-base de seus funcionários ou servidores, recolhida na forma e no prazo previstos no artigo 142.⁴*

Lei Complementar nº 943/2003:

Artigo 5.º - *A contribuição de que trata esta lei complementar será recolhida na data do pagamento dos vencimentos ou salários, mediante desconto mensal na folha de pagamento.*

§ 1.º - *O contribuinte deverá recolher diretamente a contribuição quando:*

- 1 - *deixar, por qualquer motivo, temporariamente, de perceber vencimentos ou salários;*
- 2 - *afastar-se do cargo ou da função-atividade, com prejuízo de vencimentos ou de salários, para exercer mandato eletivo municipal, estadual ou federal, nos termos do artigo 38 da Constituição Federal e do “caput” do artigo 125 da Constituição Estadual. § 2.º - Nas hipóteses mencionadas no item 2 do parágrafo anterior, a alíquota incidirá sobre a remuneração relativa ao cargo ou à função-atividade de que o contribuinte é titular. (d.n.)*

⁴ Artigos 140 e 141 revogados pela LCE nº 1.010/2007.

Lei Complementar nº 954/2003:

Artigo 3.º - Os contribuintes obrigatórios referidos no artigo 2º da Lei Complementar nº 943, de 23 de junho de 2003, continuam sujeitos à alíquota total de 11% (onze por cento), que compreende a alíquota de 5% (cinco por cento) instituída pela mesma lei complementar e a contribuição de 6% (seis por cento) prevista no artigo 137 da Lei Complementar nº 180, de 12 de maio de 1978.

7. Assim, quando teve início o afastamento do interessado, incumbia-lhe recolher tão somente 11% a título de contribuição previdenciária pessoal, uma vez que a parcela correspondente à cota patronal não era devida em razão do disposto no artigo 137, § 12, da LCE nº 180/1978.
8. Esse quadro normativo sofreu profunda alteração com o advento das Leis Complementares Estaduais n.ºs 1.010/2007 e 1.012/2007.
9. Com efeito, a parcela da contribuição estatal passou a corresponder o dobro do valor da contribuição do servidor ativo (artigo 32, parágrafo único, da LCE nº 1.010/2007⁵), e a contribuição do servidor afastado ou licenciado recebeu o seguinte regramento, disposto na LCE nº 1.012/2007:

Artigo 12 - O servidor afastado ou licenciado do cargo efetivo, sem direito à remuneração, terá suspenso o seu vínculo com o regime próprio de previdência social do Estado enquanto durar o afastamento ou a licença, não lhe assistindo, neste período, os benefícios do mencionado regime.

§ 1º- Será assegurada ao servidor licenciado ou afastado sem remuneração a manutenção da vinculação ao regime próprio de previdência social do Estado, mediante o recolhimento mensal da respectiva contribuição, assim como da contribuição patronal prevista na legislação aplicável, observando-se os mesmos percentuais e incidente sobre a remuneração total do cargo a que faz jus no exercício de suas atribuições, computando-se, para esse efeito, inclusive, as vantagens pessoais.

§ 2º - O recolhimento de que trata o § 1º deve ser efetuado até o segundo dia útil após a data do pagamento das remunerações dos servidores públicos.

§ 3º - Em caso de atraso no recolhimento, serão aplicados os encargos moratórios previstos para a cobrança dos tributos estaduais, cessando, após 60 (sessenta) dias, as coberturas previdenciárias até a total regularização dos valores devidos, conforme dispuser o regulamento.

5 Verbis: “**Artigo 32** - O fundo a que se refere o artigo 31 desta lei complementar contará com recursos constituídos por: [...] **Parágrafo único** - A contribuição previdenciária do Estado, a que se refere o “caput” do artigo 2º da Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, alterada pela Lei federal nº 10.887, de 18 de junho de 2004, para os regimes próprios de previdência de que trata o artigo 2º desta lei complementar, corresponderá ao dobro do valor da contribuição do servidor ativo.”

10. O artigo 12 da LCE nº 1.012/2007, por sua vez, foi regulamentado pelo Decreto Estadual nº 52.859/2008, o qual estabeleceu:

CAPÍTULO III

Do Servidor Público Afastado ou Licenciado e de sua Vinculação ao RPPS

Artigo 7º O servidor afastado ou licenciado manterá seu vínculo ao RPPS:

I - quando cedido a órgão ou entidade de outro ente da federação, com ou sem ônus para o cessionário, nos termos do artigo 1º-A, da Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, incluído pela Medida Provisória nº 2.817-13, de 2001;

II - quando o tempo de licenciamento seja considerado como de efetivo exercício no cargo;

III - durante o afastamento do cargo efetivo para o exercício de mandato eletivo.

Parágrafo único - O servidor que, durante o exercício do mandato de Vereador, ocupe concomitantemente seu cargo efetivo, permanece vinculado, por este, ao RPPS e filia-se, pelo mandato eletivo, ao RGPS. (d.n.)

Artigo 8º - Quando não se tratar de hipótese indicada no artigo 7º deste decreto e ressalvada a opção de que trata o § 1º deste artigo, o servidor afastado ou licenciado do cargo efetivo, sem direito à remuneração, terá suspenso o seu vínculo com o RPPS enquanto durar o afastamento ou a licença, não lhe assistindo, neste período, os benefícios do mencionado regime.

§ 1º - O servidor licenciado ou afastado sem remuneração poderá optar pela manutenção da vinculação ao RPPS.

§ 2º - A manutenção do vínculo com o RPPS dependerá do recolhimento mensal, pelo servidor, da respectiva contribuição e da contribuição do Estado.

§ 3º - O recolhimento de que trata o § 2º deste artigo:

- 1. observará os mesmos percentuais e incidirá sobre a totalidade da base de cada contribuição, como se o servidor estivesse no exercício de suas atribuições;**
- 2. deverá ser efetuado até o segundo dia útil após a data do pagamento das remunerações dos servidores públicos.**

§ 4º - Em caso de atraso no recolhimento, serão aplicados os encargos moratórios previstos para a cobrança dos tributos estaduais, cessando, após 60 (sessenta) dias, as coberturas previdenciárias até a total regularização dos valores devidos.

§ 5º - A opção pela manutenção do vínculo com o RPPS poderá ser feita no momento do afastamento do cargo, ou em até 30 (trinta) dias após a publicação do ato que a tiver deferido.

11. Estamos de acordo com as opiniões convergentes emitidas no âmbito do órgão jurídico de origem no sentido de que as Leis Complementares n.ºs

1.010/2007 e 1.012/2007⁶ regularam inteiramente a disciplina relativa às contribuições previdenciárias dos servidores afastados, de modo que se impõe a revogação tácita do § 12 do artigo 137 da LCE nº 180/1978⁷, não se cogitando mais de dispensa de recolhimento da contribuição estatal ao servidor afastado para exercício de mandato eletivo.

12. Sucede que, como já observado nas manifestações anteriores, a disciplina conferida à matéria ainda é deveras lacunosa, suscitando debates de toda a ordem aos que se deparam com a aplicação das regras postas no atual quadro normativo. Como muito bem discorreu a Chefia do órgão jurídico,

o artigo 12 da LCE nº 1.012/2007 limitou-se a estabelecer que os afastamentos com prejuízo de vencimentos implicam suspensão do vínculo com o RPPS, exceto se o servidor fizer expressa opção e recolher a respectiva contribuição somada à parcela “patronal”.

A seu turno, o Decreto Estadual n. 52.859/2008 situou o afastamento para exercício de mandato eletivo dentre as hipóteses de manutenção obrigatória do vínculo com o RPPS, ao lado de duas espécies de afastamento que se efetivam sem prejuízo dos vencimentos (incisos I e II). Ao fazê-lo, contudo, não esclareceu como se daria o recolhimento das contribuições dos servidores que se afastam para ocupar cargo eletivo com prejuízo dos vencimentos.

13. E é nesse ponto que, a despeito da força e lucidez dos argumentos expostos no judicioso Despacho da Chefia da Consultoria Jurídica, alinhamo-nos às conclusões alcançadas pelo parecerista preopinante.
14. Com efeito, na hipótese de afastamento para o exercício de mandato eletivo, pensamos que o servidor **necessariamente permanecerá vinculado ao RPPS**, não importando se seu afastamento seja com ou sem prejuízo de vencimentos.
15. Primordialmente, porque tal afastamento tem assento constitucional e entendemos que essa é a única exegese que se coaduna com a realização dos preceitos dispostos no artigo 38 da Constituição Federal, em especial em seus incisos IV e V, *verbis*:

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

⁶ As Leis Complementares n.ºs 943/2003 e 953/2003 foram revogadas pela LCE nº 1.012/2007, ao passo que os artigos 140 e 141 foram revogados pela LCE nº 1.010/2007.

⁷ Artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

- I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;
- II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;
- III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;
- IV - em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;
- V - para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse.

16. De outro turno, são excluídos da Previdência Social os exercentes de mandato eletivo de qualquer esfera vinculados ao RPPS. É a leitura *contrario sensu* do artigo 12, inciso I, alínea “j”, da Lei Federal nº 8.212/1991:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

.....

j) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social; (Incluído pela Lei nº 10.887, de 2004).⁸ (d.n.)

17. Poder-se-ia colocar em xeque tal exegese ante a regra estatuída no artigo 12 da LCE nº 1.012/2007: se o servidor afastado não exerceu a opção de permanecer jungido ao RPPS, estaria suspenso seu vínculo, não incidindo óbice, assim, à vinculação ao RGPS. Não entendemos razoável tal ordem de ideias. A uma, por entendermos que foge à lógica do sistema deixar ao alvedrio do servidor a opção pelo regime previdenciário; a duas, em razão do caos que se instalaria nos regimes e no gerenciamento das contribuições previdenciárias, acarretando, fatalmente, a existência de duplicidade de contribuições patronais ou, até mesmo, a carência delas.

⁸ Como cediço, conteúdo de igual teor encontrava-se reproduzido na alínea “h” desse dispositivo, cuja vigência foi suspensa pela Resolução nº 26/2005, do Senado Federal, em decorrência do reconhecimento da inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.506/1997 (RE 351.717/PR). Com o advento da Lei nº 10.887/2004, foi reintroduzido o dispositivo e há pendente julgamento no STF, com repercussão geral reconhecida (RE 626.837/GO), novo leading case suscitado pelo Estado de Goiás, que se insurge contra decisão do Tribunal de origem que reputou constitucional a cobrança da cota patronal sobre o subsídio dos agentes políticos, considerando a alteração promovida pela Emenda Constitucional 20/1998 ao artigo 195, inciso I, da CR, que, por sua vez, daria amparo à reintrodução da alínea “j” ao inciso I do artigo 12 da Lei nº 8.212/1991.

18. Não é difícil vislumbrar a ocorrência de tais hipóteses. A se entender pela incidência da regra do artigo 12 da LCE 1.012/2007 ao afastado com prejuízo de vencimentos, na linha do entendimento proposto pela Chefia do órgão jurídico, caberá ao servidor efetuar o recolhimento da respectiva contribuição, somada à do Estado (33%). Ocorre que, se o órgão de exercício do mandato entender que não se exige de efetuar o recolhimento da cota patronal, com fulcro no inciso II do artigo 32 da ON MPS/SPS nº 02/2009, teremos a duplicidade no recolhimento da cota patronal. De outro turno, a firmar a diretriz na direção de que competirá ao servidor afastado arcar com a cota de contribuição pessoal e a patronal, com a ciência do órgão de exercício de mandato da orientação e, eventualmente, judicializada a questão, teremos a situação inversa. É o caso retratado pela ação judicial noticiada nos autos, na qual o servidor público estadual afastado para o exercício de mandato eletivo federal, inconformado com a decisão administrativa que lhe imputou o ônus de arcar com a contribuição patronal, recebeu a guarida do Poder Judiciário⁹ para afastar tal encargo¹⁰ (fls. 45/53).
19. Para justamente harmonizar a atuação dos órgãos cedentes e cessionários é que pensamos na norma geral como regra ordenadora de eventuais conflitos. E, nesse passo, andou a **Orientação Normativa MPS/SPS nº 02, de 31 de março de 2009**, quando dispôs a obrigatoriedade da vinculação ao regime previdenciário do ente de origem do servidor afastado para o exercício de mandato eletivo, na seguinte conformidade:

Art. 13. O servidor público titular de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mantém o vínculo ao regime previdenciário adotado pelo ente do qual é servidor nas seguintes situações:

.....

⁹ Decisão judicial confirmada em Segunda Instância (Apel nº 0015192-96.2009.8.26.0053, Rel. Ferreira Rodrigues, 4ª Câmara de Direito Público, j. 15/04/2013) e transitada em julgado.

¹⁰ E foi o que se verificou de fato. Com efeito, segundo noticiado pela Chefia do órgão jurídico, a Câmara dos Deputados, órgão de exercício do mandato do servidor impetrante (Dep. João Eduardo Dado Leite de Carvalho) informou que teria deixado de efetuar o recolhimento da cota patronal do Deputado em razão do disposto no § 12 do artigo 137 da LCE nº 180/78 e, cientificada a respeito da alteração legislativa, dispôs-se a realizar o repasse das contribuições previdenciárias não recolhidas à época devida, asseverando que os “recolhimentos não efetuados pela Câmara dos Deputados devem ser efetuados pelo órgão ou entidade de origem, momento a partir do qual este exigirá o reembolso de tais valores, pois o fato de a Câmara dos Deputados não ter efetuado os repasses não pode prejudicar os direitos do segurado no que tange ao pleito de sua aposentadoria no São Paulo Previdência, conforme disposição contida no art. 32, § 1º, da Orientação Normativa MPS/SPS n. 2, de 31 de março de 2009”. Assim, e considerando as contribuições previdenciárias repassadas indevidamente à SPPREV relativa a outro servidor, propôs aquela Casa legislativa a compensação com os valores não recolhidos referentes à cota patronal (documento anexo).

III - durante o afastamento do cargo efetivo para o exercício de mandato eletivo em quaisquer dos entes federativos; (d.n.)

20. Avançando, pensamos que poderão ser aplicadas as regras dispostas no referido ato normativo para solucionar a questão do órgão responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias do servidor, bem como a correspondente cota patronal.
21. Com efeito, as disposições contidas nos artigos 9º, 10 e 11 do Decreto Estadual nº 52.859/2008 em nada destoam do regramento desenhado pelo órgão previdenciário federal; pelo contrário, elas foram nitidamente inspiradas na revogada Orientação Normativa MPS/SPS nº 1/2007 (artigos 27 a 29), ora substituído pela ON MPS/SPS nº 2/2009, o qual expressamente acresceu a hipótese de afastamento para exercício de mandato eletivo ao regramento já disposto. Confirmam-se os artigos 32 e 33 do indigitado ato normativo federal:

Art. 32. Na cessão de servidores ou no afastamento para exercício de mandato eletivo em que o pagamento da remuneração ou subsídio seja ônus do cessionário ou do órgão de exercício do mandato, será de responsabilidade desse órgão ou entidade:

I - o desconto da contribuição devida pelo segurado;

II - o custeio da contribuição devida pelo órgão ou entidade de origem; e

III - o repasse das contribuições, de que tratam os incisos I e II, à unidade gestora do RPPS a que está vinculado o cedido ou afastado.

§ 1º Caso o cessionário ou o órgão de exercício do mandato, não efetue o repasse das contribuições à unidade gestora no prazo legal, caberá ao órgão ou entidade de origem efetuar-lo, buscando o reembolso de tais valores.

§ 2º O termo, ato, ou outro documento de cessão ou afastamento do servidor com ônus para o cessionário ou o órgão de exercício do mandato, deverá prever a responsabilidade deste pelo desconto, recolhimento e repasse das contribuições previdenciárias ao RPPS, conforme valores informados mensalmente pelo órgão ou entidade de origem.

§ 3º O disposto neste artigo se aplica a todos os casos de afastamento do cargo para exercício de mandato eletivo com ônus para o órgão de exercício do mandato, inclusive no caso de afastamento para o exercício do mandato de prefeito ou de vereador em que haja opção pelo recebimento do subsídio do cargo eletivo. (d.n.)

Art. 33. Na cessão ou afastamento de servidores sem ônus para o cessionário ou para o órgão de exercício do mandato, continuará sob a responsabilidade do órgão ou entidade de origem, o recolhimento e o repasse, à unidade gestora do RPPS, das contribuições correspondentes à parcela devida pelo servidor e pelo ente.

Parágrafo único. *O disposto neste artigo se aplica aos casos de afastamento do cargo para exercício de mandato eletivo de prefeito ou de vereador em que haja opção pelo recebimento da remuneração do cargo efetivo de que o servidor seja titular.* (d.n.)

22. Assim, com base nesse regramento, teríamos que, em qualquer hipótese em que haja afastamento para exercício do mandato eletivo com ônus para o órgão de exercício do mandato¹¹ (art. 32, parágrafo único), “inclusive no caso de afastamento para o exercício do mandato de prefeito ou de vereador em que haja opção pelo recebimento do subsídio do cargo eletivo” (parágrafo único), caberá a este proceder ao desconto da contribuição devida pelo segurado (inciso I), bem ainda responsabilizar-se pelo pagamento da cota patronal (inciso II). Cuida-se da aplicação analógica dos incisos I e II do artigo 9º do Decreto Estadual nº 52.859/2008:

Artigo 9º - *Quando o servidor seja cedido a outro ente federativo, e o ônus de pagar sua remuneração seja do órgão ou da entidade cessionária, a este também caberá:*

I - realizar o desconto da contribuição devida pelo servidor;

II - pagar a contribuição devida pelo ente de origem;

III - repassar à SPPREV as importâncias relativas às contribuições mencionadas nos incisos I e II deste artigo.

§ 1º - *Caso o cessionário não repasse as contribuições à SPPREV no prazo legal, caberá ao órgão ou ente cedente efetuar-lo, sem prejuízo do reembolso de tais valores junto ao cessionário.*

§ 2º - *O termo ou ato de cessão do servidor com ônus para o cessionário deverá prever a responsabilidade deste pelo desconto, recolhimento e repasse das contribuições previdenciárias à SPPREV, conforme valores informados mensalmente pelo cedente.*

23. Já na hipótese de afastamento para o exercício do mandato eletivo sem ônus para o cessionário¹², “continuará sob a responsabilidade do órgão ou entidade de origem, o recolhimento e o repasse, à unidade gestora do RPPS, das contribuições correspondentes à parcela devida pelo servidor e pelo ente” (artigo 33, caput). Trata-se do emprego analógico do artigo 10 do Decreto nº 52.859/2008:

Artigo 10 - *Quando o servidor seja cedido a outro ente federativo, sem ônus para o cessionário, o cedente continuará responsável pelo desconto e pelo repasse das contribuições à SPPREV.*

11 Isto é, com prejuízo dos vencimentos, lembrando que o afastamento de servidor público estadual para o desempenho do mandato eletivo federal ou estadual será sempre com prejuízo da remuneração, nos termos do artigo 72 da Lei nº 10.261/68, em consonância ao inciso I do artigo 38 da Constituição Federal.

12 Possível na hipótese elencada nos incisos II e III do artigo 38 da Constituição Federal.

24. A nosso sentir, seria a solução que traduz em melhor harmonia e coerência ao sistema. Conquanto seja diretriz fixada por esta Instituição que as normas oriundas do ente federal previdenciário não vinculam a atuação da Administração paulista (Pareceres **PA n.ºs 123/2004 e 85/2007**), pensamos que a adoção das regras gerais estabelecidas na ON MPS/SPS nº 02/2009 – reproduzidas, na parte que nos interessa, no Decreto nº 52.859/2008, como se expôs no item 21, supra – imprimiria um andar sincronizado de todos os entes cedentes e cessionários, evitando rotas de colisão decorrentes da adoção de entendimentos divergentes, a vulnerar o equilíbrio financeiro de algum dos entes.
25. Reforça esse nosso entendimento o posicionamento adotado pela União, como se confere no PARECER/CONJUR/ MPS/Nº 402/2010, aprovado no âmbito da Consultoria-Geral da União. Em resposta à consulta suscitada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo no tocante ao recolhimento de contribuições previdenciárias de servidores públicos do Ministério da Saúde afastados para o exercício de mandato de deputado estadual naquela casa legislativa, alçou as considerações expostas no documento anexo, cujas conclusões vão ao encontro do entendimento aqui sustentado. Confira-se:
- (i) Um servidor público federal afastado do cargo efetivo para exercício de mandato eletivo de deputado federal deverá obrigatoriamente permanecer vinculado ao PSS Federal, e deverá também, obrigatoriamente, contribuir para o PSS Federal. [...]
 - (ii) Nessa mesma situação – servidor público afastado do cargo efetivo para exercício de mandato eletivo de deputado estadual –, o valor da sua contribuição será de 11% sobre a remuneração do cargo efetivo no órgão de origem do servidor, e não sobre o valor da remuneração/subsídio do cargo eletivo que está exercendo. [...]
 - (iii) A responsabilidade por esse recolhimento deverá ser da entidade de exercício de mandato eletivo de deputado estadual, que deverá calcular o valor devido, descontá-lo da remuneração/ subsídio pago ao deputado, e recolhê-lo ao PSS Federal. [...]
 - (iv) Por fim, entende-se que o ônus pela contribuição patronal (que atualmente é de 22% sobre a mesma base de cálculo da contribuição do servidor) é da entidade de exercício de mandato eletivo de deputado estadual, e não do órgão de origem. [...]

26. Das considerações expostas neste opinativo, e reafirmando o assento constitucional que possui o exercício de mandato eletivo¹³, acedemos às **conclu-**

13 Eis a razão pela qual entendemos que o entendimento ora proposto não contraria diretrizes outrora firmadas nesta Instituição a partir da aprovação dos Pareceres **PA nº 169/2008**, **PA nº 16/2013** (desaprovado superiormente) e o **PA nº 98/2014**, dado que nenhum deles cuidou de examinar os afastamentos de servidores para o exercício de mandato eletivo.

sões do parecerista preopinante, pedindo vênias para adotá-las como resposta aos questionamentos formulados pelo órgão consulente (item 2):

- (i) Para o período posterior à Lei 1.012/2007, no caso de afastamento do servidor para exercer mandato eletivo em outro ente federativo, devem ser aplicadas as regras definidas pela ON nº 02/09 do Ministério da Previdência Social, refletidas de maneira genérica no Decreto nº 52.859/08, precisamente em seu artigo 7º, III, que deve ser complementado com as disposições dos artigos 9º e 10. **Em qualquer caso, haverá manutenção do vínculo com o RPPS.** Assim, se o afastamento for sem prejuízo da remuneração, a contribuição patronal caberá ao órgão de origem; caso seja com prejuízo da remuneração, optando o servidor pelos vencimentos do cargo eletivo, caberá ao órgão de exercício do mandato a retenção e repasse da contribuição do servidor e o custeio da contribuição patronal.
- (ii) O dispositivo em questão [artigo 137, § 12, da LCE nº 180/1978] vigorou até a vigência da Lei Complementar nº 1012/2007. Assim, até então, a contribuição patronal de 6% que era destinada ao IPESP (artigo 140, LCE nº 180/78) deveria ser custeada pelo órgão de origem do servidor afastado com prejuízo de vencimento para exercício de mandato eletivo.
- (iii) Não é possível a expedição de CND caso não haja recolhimento do patronal, que é de responsabilidade do órgão de exercício do mandato no caso presente, em que há afastamento com prejuízo da remuneração. As normas sobre prescrição e decadência do CTN são inteiramente aplicáveis.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 2 de abril de 2015.

SUZANA SOO SUN LEE

Procuradora do Estado

OAB/SP n.º 227.865

PROCESSO: GDOC n. 18488.1188464/2014

PARECER: PA nº 29/2015

ASSUNTO: Supervisão de Controle da Arrecadação da SPPREV

Em linhas gerais, estou de acordo com o **Parecer PA nº 29/2015**, com a pequena ressalva que farei mais à frente.

O tratamento constitucional da matéria relativa ao exercício de mandato eletivo por servidor público justifica a exceção à regra geral de suspensão do vínculo com o Regime Próprio de Previdência Social¹. Reafirma-se, por essa via, o incentivo à participação política que a doutrina costuma apontar como objetivo das prescrições dos incisos IV e V do artigo 38 da Constituição da República².

De outra parte, a despeito da aparente falta de técnica legislativa no emprego do vocábulo “ônus”, quando referente à remuneração paga pelo órgão do exercício do mandato³, as normas editadas pelo Ministério da Previdência Social que disciplinam, em caráter geral, o recolhimento das contribuições previdenciárias do servidor investido em mandato eletivo afeiçoam-se ao espírito do legislador constituinte, assim como o faz – embora à custa de maior trabalho exegético – a regulamentação estadual existente sobre o tema.

Possível resistência do órgão de exercício do mandato em repassar à São Paulo Previdência as contribuições previdenciárias do servidor afastado com prejuízo da remuneração do cargo efetivo poderá ser contornada pela aplicação

1 Essa regra geral foi sintetizada pela Procuradoria Administrativa no item 17 do precedente Parecer PA 98/2014, com estas palavras: “(...)de um modo geral, a filiação previdenciária do servidor público afastado ou licenciado é-nos indicada pela remuneração que percebe. Se não deixou de colher a remuneração do cargo efetivo, ainda que suportada por órgão ou entidade diversos do de sua lotação, permanece vinculado ao regime próprio; se, por outro lado, cessou de auferir a remuneração proporcionada pelo cargo efetivo e, mais, passou a ser estendido pelo exercício de atividade ou função que em tese o sujeitam ao Regime Geral de Previdência Social, é a este, e sobre esta remuneração, que serão devidas contribuições previdenciárias.”

2 MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, pp. 245-255; UADI LAMÉGO BULOS, *Constituição Federal anotada*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 691-692 (apud J.J. GOMES CANOTILHO...[et. al.], *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 930).

3 No intuito de disciplinar tanto a cessão de servidores como o afastamento destes para exercício de mandato eletivo, os artigos 32 e 33 da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2/2009 referem-se a esse “ônus” para descrever realidades bastante distintas: a primeira, correspondente à excepcional responsabilidade do órgão cessionário de suportar a remuneração proporcionada pelo cargo de origem do servidor (v., a esse respeito, os itens 69 e 70 do Parecer PA nº 169/2008 e 14 a 16 do Parecer PA nº 98/2014); a segunda, relativa à natural responsabilidade do órgão de exercício do mandato de arcar com os subsídios derivados da investidura política, salvo tenha o servidor validamente optado pela remuneração de seu cargo efetivo (artigo 38, II e III, da Constituição da República).

analógica do mecanismo previsto no § 1º do artigo 9º do Decreto Estadual nº 52.859/2008⁴, cuja prescrição final de reembolso, inexistente termo de cessão com assunção da responsabilidade (§ 2º), está assentada no princípio de direito que veda o enriquecimento sem causa.

Peço vênia, contudo, para discordar da conclusão alcançada no item 26, iii, da peça opinativa em apreço no que diz com a possibilidade de expedição da certidão requerida pelo interessado. Com efeito, desde que aceita a premissa de que a cota patronal da contribuição previdenciária deve ser suportada pelo órgão de exercício do mandato (ainda que mediante reembolso feito ao órgão de origem), não me parece possa ser negada ao servidor, que não é solidariamente responsável pelo pagamento desse tributo, a certidão negativa de débito.

Logo, proponho seja aprovado o parecer em exame, com a observação acima.

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

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

DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo pelo
expediente da Procuradoria Administrativa

OAB/SP nº 245.540

⁴ Eis o teor do dispositivo, que tem redação análoga à do §1º do artigo 32 da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2/2009: “Artigo 9º (...) § 1º - Caso o cessionário não repasse as contribuições à SPREV no prazo legal, caberá ao órgão ou ente efetuar-lo, sem prejuízo do reembolso de tais valores junto ao cessionário”.

PROCESSO: GDOC n. 18488.1188464/2014

INTERESSADO: SPPREV – SÃO PAULO PREVIDÊNCIA

ASSUNTO: RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PATRONAL NO AFASTAMENTO PARA EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO.

Concordo com o **Parecer PA nº 29/2015**, aprovado com pequena ressalva pela Chefia da Procuradoria Administrativa, cuja conclusão é a de que o servidor afastado para o exercício de mandato eletivo, com ou sem prejuízo dos vencimentos, estará necessariamente vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social do Estado de São Paulo – RPPS, consoante artigo 38, IV e V, da Constituição Federal¹ c.c. artigo 12, I, “j”, *in fine*, da Lei Federal nº 8.212/91².

Ao afastamento de servidor para o exercício de mandato eletivo, uma vez que há regramento constitucional específico, não se aplica a regra geral da suspensão do vínculo com o Regime Próprio de Previdência Social do Estado de São Paulo, definida no artigo 12 da Lei complementar 1.012/2007³ e no artigo 8º do Decreto

-
- 1 “Artigo 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: [...] IV - em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento; V - para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse.”.
 - 2 “Artigo 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: I - como empregado: [...] j) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, **desde que não vinculado a regime próprio de previdência social;**”.
 - 3 “Art. 12 - O servidor afastado ou licenciado do cargo efetivo, sem direito à remuneração, terá suspenso o seu vínculo com o regime próprio de previdência social do Estado enquanto durar o afastamento ou a licença, não lhe assistindo, neste período, os benefícios do mencionado regime.
§ 1º - Será assegurada ao servidor licenciado ou afastado sem remuneração a manutenção da vinculação ao regime próprio de previdência social do Estado, mediante o recolhimento mensal da respectiva contribuição, assim como da contribuição patronal prevista na legislação aplicável, observando-se os mesmos percentuais e incidente sobre a remuneração total do cargo a que faz jus no exercício de suas atribuições, computando-se, para esse efeito, inclusive, as vantagens pessoais.
§ 2º - O recolhimento de que trata o § 1º deve ser efetuado até o segundo dia útil após a data do pagamento das remunerações dos servidores públicos.
§ 3º - Em caso de atraso no recolhimento, serão aplicados os encargos moratórios previstos para a cobrança dos tributos estaduais, cessando, após 60 (sessenta) dias, as coberturas previdenciárias até a total regularização dos valores devidos, conforme dispuser o regulamento.”

Estadual nº 52.859/2008⁴ – objeto do Parecer PA nº 169/2008⁵. A estes servidores impõe-se a vinculação com o sistema previdenciário de origem, conforme estabelece a Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 31 de março de 2009 e o artigo 7º, III, do Decreto estadual nº 52.859/2008. Este diploma assevera que

*“Artigo 7º - O servidor afastado ou licenciado **manterá seu vínculo ao RPPS:***

I - quando cedido a órgão ou entidade de outro ente da federação, com ou sem ônus para o cessionário, nos termos do artigo 1º-A, da Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, incluído pela Medida Provisória nº 2.817-13, de 2001;

II - quando o tempo de licenciamento seja considerado como de efetivo exercício no cargo;

III - durante o afastamento do cargo efetivo para o exercício de mandato eletivo.

[...]”

É cediço que as Orientações Normativas não possuem força imperativa no Regime Próprio de Previdência Social do Estado de São Paulo⁶, no entanto, não se pode olvidar da importância dessas fontes como fortes vetores interpretativos no tocante às situações que envolvem sistemas previdenciários de entes políticos diversos e, em especial, quando discorrem a respeito de matéria constitucionalmente disciplinada.

Dispõe a Orientação Normativa MPS/SPS nº 2/2009, em consonância com o artigo 38, IV e V, da Constituição Federal, que *“o servidor público titular de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **mantém o vínculo ao regime previdenciário adotado pelo ente do qual é servidor [...] durante o afastamento do cargo efetivo para o exercício de mandato eletivo em quaisquer dos entes federativos**”* (artigo 13, III).

Ademais, andou bem a Orientação Normativa MPS/SPS nº 2/2009 ao determinar que *“[...] no afastamento – de servidores – para o exercício de mandato eletivo*

4 *“Artigo 8º - Quando não se tratar de hipótese indicada no artigo 7º deste decreto e ressalvada a opção de que trata o § 1º deste artigo, o servidor afastado ou licenciado do cargo efetivo, sem direito à remuneração, terá suspenso o seu vínculo com o RPPS enquanto durar o afastamento ou a licença, não lhe assistindo, neste período, os benefícios do mencionado regime. § 1º - O servidor licenciado ou afastado sem remuneração poderá optar pela manutenção da vinculação ao RPPS. § 2º - A manutenção do vínculo com o RPPS dependerá do recolhimento mensal, pelo servidor, da respectiva contribuição e da contribuição do Estado. § 3º - O recolhimento de que trata o § 2º deste artigo: 1. observará os mesmos percentuais e incidirá sobre a totalidade da base de cada contribuição, como se o servidor estivesse no exercício de suas atribuições; 2. deverá ser efetuado até o segundo dia útil após a data do pagamento das remunerações dos servidores públicos. § 4º - Em caso de atraso no recolhimento, serão aplicados os encargos moratórios previstos para a cobrança dos tributos estaduais, cessando, após 60 (sessenta) dias, as coberturas previdenciárias até a total regularização dos valores devidos. § 5º - A opção pela manutenção do vínculo com o RPPS poderá ser feita no momento do afastamento do cargo, ou em até 30 (trinta) dias após a publicação do ato que a tiver deferido.”*

5 Da lavra do Procurador do Estado Elival da Silva Ramos, aprovado pelo então Procurador Geral do Estado de São Paulo.

6 Pareceres PA nº 123/2004 e PA nº 85/2007.

em que o pagamento da remuneração ou subsídio seja ônus⁷ do [...] órgão de exercício do mandato, será de responsabilidade deste órgão [...]: I – desconto da contribuição devida pelo segurado; II – o custeio da contribuição devida pelo órgão ou entidade de origem; e III – o repasse das contribuições [...] à unidade gestora do RPPS a que está vinculado o [...] afastado [...]" (artigo 32, *caput*), de modo a subordinar o pagamento das contribuições previdenciárias àqueles órgãos que se beneficiam com as atividades dos agentes políticos e arcam com as respectivas remunerações.

Caso não haja o recolhimento das contribuições previdenciárias nos moldes acima propostos, a responsabilidade por efetuar-lo é do órgão de origem, devendo, nos termos dos §§1º e 2º do artigo 32 da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2/2009 e artigo 9º do Decreto estadual nº 52.859/2008 (aplicado por analogia), buscar o reembolso desses valores junto ao órgão de exercício do mandato, de modo a evitar o enriquecimento ilícito deste.

Somente no caso de o servidor ser afastado sem prejuízo dos vencimentos para o órgão de exercício do mandato é que a responsabilidade pelo recolhimento ficará a cargo do órgão de origem, nos termos do artigo 33, *caput*, da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2/2009 e artigo 10 do Decreto estadual nº 52.859/2008 (aplicados por analogia), v. g. nos casos de servidor afastado para exercer os cargos de prefeito ou de vereador⁸ e optar pela remuneração do cargo efetivo.

Por fim, perfilho o entendimento exarado pela Chefia da Procuradoria Administrativa de que é devida a expedição da Certidão Negativa de Débito ao servidor, uma vez que a ausência de recolhimento da cota patronal da contribuição previdenciária ao Regime Próprio de Previdência Social do Estado de São Paulo não pode ser imputada a ele.

À superior apreciação do Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação do **Parecer PA nº 29/2015**.

SubG. Consultoria, em 5 de outubro de 2015.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA GERAL

7 O Procurador do Estado respondendo pelo expediente da Procuradoria Administrativa apontou, com a precisão que lhe é peculiar, que a Orientação Normativa empregou a expressão "ônus" de forma aparentemente pouco técnica, pois se referiu à remuneração do cargo eletivo paga ao servidor afastado para o exercício de mandato (v. fls. 163/164).

8 Não se pode olvidar, ainda, que, conforme artigo 7º, parágrafo único, do Decreto estadual nº 52.859/2008, o servidor que, durante o exercício do mandato de vereador, vier a ocupar concomitantemente o cargo efetivo e cargo eletivo, permanece vinculado, respectivamente, ao Regime Próprio de Previdência Social e ao Regime Geral de Previdência Social.

Consultoria

114) SERVIDOR PÚBLICO. Empregado público. Adicional por tempo de serviço. Anuênio. Incorporação da Faculdade de Engenharia Química de Lorena – FAENQUIL ao Estado, como autarquia de regime especial. Integração dos empregados da antiga Fundação de Tecnologia Industrial, pessoa jurídica de direito privado, ao quadro de pessoal do novo ente público. Posterior extinção da autarquia e integração de seus servidores a quadro especial em extinção vinculado à Secretaria de Estado. Artigo 1º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.392, de 7 de julho de 1991, e artigo 9º do Decreto Estadual nº 33.873, de 27 de setembro de 1991. Artigo 2º da Lei Estadual nº 11.814, de 23 de dezembro de 2004, e artigo 2º do Decreto Estadual nº 50.839, de 29 de maio de 2006. Inconstitucionalidade. Burla à exigência constitucional de prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. Violação do artigo 37, II, da Constituição da República. Situação que implica a nulidade do contrato de trabalho. Direito ao recebimento do salário como único efeito jurídico válido. Proposta de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, como primeira medida a ser tomada pelo Estado. Definição oportuna das demais providências administrativas ou judiciais cabíveis na

espécie. (Parecer PA nº 15/2014 – Reprovado pelo Procurador Geral do Estado em 17/09/2015)

115) PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. A ação de reconhecimento e dissolução de união estável é ação de estado, na qual se busca a verdade real, restando imprescindível a efetiva prova da convivência. Precedente: Parecer PA nº 98/2011. Os pleitos de pensão por morte, formulados por alegadas companheiras, que estejam instruídos exclusivamente com decisão judicial homologatória de transação entre a interessada e sucessores do ex-servidor, por meio da qual se reconheceu a união estável, não atendem aos requisitos legais para concessão do benefício. Artigo 8º, I e § 6º da Lei Complementar Estadual nº 1.013/2007; artigo 14 do Decreto nº 52.860/08; artigo 841 CC; artigo 447, parágrafo único CPC. (Parecer PA nº 34/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 04/09/2015)

116) ATO ADMINISTRATIVO. COISA JULGADA. Convalidação. Instituto apto à restauração da ordem jurídica violada e que pressupõe a possibilidade de repetição do ato sem a reprodução da ilegalidade anterior. Os atos praticados nos autos não foram praticados com vício no passado, razão pela qual não há que se cogitar em convalidá-los. Solução à luz da delimitação da coisa julgada. Limites subjetivos e objetivos da coisa jul-

gada. Inteligência dos artigos 467, 468, 469 e 472 do Código de Processo Civil. Superação do limite legal como consecutivo. Ampliação do sentido da legalidade, que passou a ser entendida não só como a vinculação positiva à lei formal, mas ao conjunto de normas que compõe o ordenamento jurídico, em especial os valores consagrados implícita e explicitamente na Constituição Federal, dentre eles a segurança jurídica. Solução para o suposto conflito entre o princípio da segurança jurídica sobre o princípio da legalidade. **(Parecer PA nº 37/2014 – Reprovado pelo Procurador Geral do Estado em 02/09/2015)**

117) SERVIDOR TRABALHISTA. JORNADA DE TRABALHO. Ato normativo que alterou as jornadas de trabalho estabelecidas em diversos diplomas legislativos estaduais. Artigo 37, caput, da Constituição Federal. Ato que padece do vício da ilegalidade, não restando outra opção à Administração que não seja a recomposição da ordem jurídica violada. Invalidação. Anulação. Restabelecimento de jornada de trabalho inicialmente contratada aos empregados públicos não ofende a norma contida no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 308, da SBDI-I, do Tribunal Superior do Trabalho. A Administração pode anular os atos eivados de vícios, deles não advindo direitos. Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal. **(Parecer PA nº 37/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 09/09/2015)**

118) PREVIDÊNCIA SOCIAL. HOMOLOGAÇÃO, PELA SPPREV,

DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO (CTC) RELATIVA A INDIVÍDUO QUE LABOROU NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, COMPUTANDO PERÍODO DE MENOR COLABORADOR EVENTUAL, EFETUADA ANTES DA APROVAÇÃO DO PARECER PA Nº 103/2011, QUE FIXOU TESE OPOSTA A TAL CONTAGEM. Tendo a contagem de tempo sido feita a partir de entendimento razoável fixado pela Administração, sem manifesta ilegalidade, a alteração posterior de entendimento não conduz à necessidade de anulação do ato anteriormente praticado. Possibilidade de a Administração analisar, com fundamento no interesse público, se a nova interpretação demanda – ou não – aplicação retroativa às situações já consolidadas. Impossibilidade, nesse caso, de aplicação das conclusões desse Parecer, com efeitos retroativos. Aplicação da solução aventada pelo Parecer PA nº 50/2012. Precedentes: Pareceres PA nº 103/2011 e 50/2012. **(Parecer PA nº 48/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 31/08/2015)**

119) CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE A UNIÃO FEDERAL E O ESTADO DE SÃO PAULO. Repasse de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) à Secretaria de Emprego e Relações de Trabalho (SERT) para execução de ações de educação profissional. Convênios e contratos celebrados entre o Estado, por meio da SERT, na qualidade de gestor dos recursos federais, e entidades públicas e privadas para execução de programas de qualificação profissio-

nal de trabalhadores. Constatação de irregularidades na aplicação dos recursos e criação de Grupo de Trabalho pelo Decreto estadual nº 51.659/07 para análise de todos os convênios e contratos firmados pela Pasta com entidades públicas e privadas entre 1999 e 2006, mediante o emprego de recursos federais. Em tese, o Estado possui legitimidade e interesse em buscar o ressarcimento, inclusive em juízo, quando não comprovada a boa e regular aplicação de recursos. Imprescritibilidade da pretensão estatal. **Precedentes: PA nº 032/2008, 48/2004 e 315/2006.** No entanto, as situações do caso concreto – em especial o tempo decorrido, o estágio aparentemente mais adiantado das apurações pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e o encaminhamento, pelo último, de diversos processos de Tomada de Contas Especial ao Tribunal de Contas da União – recomendam que se verifique, previamente, junto ao órgão federal, quais convênios/contratos celebrados entre o Estado e as entidades privadas contêm pendências, os valores apurados, a eventual instauração de Tomada de Contas Especial e seu estágio. Inviabilidade de inscrição na dívida ativa do débito apurado pelo Grupo de Trabalho. **Precedente: PA nº 83/2010.** Inviabilidade de padronização da conduta a ser adotada pela Administração, sugerindo-se parâmetros para análise dos casos concretos e decisão quanto a eventual conveniência da propositura de ações de conhecimento para ressarcimento. Possibilidade de inscrição das entidades que celebraram ajustes com o Estado de São Paulo no CADIN estadual, nos termos do artigo 2º, inciso

II da Lei estadual nº 12.799/2008, ante a irregularidade na prestação de contas. Considerações sobre fatos supervenientes com relevância para defesa do Estado na hipótese de inscrição no SIAFI e CADIN federal. **(Parecer PA nº 62/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 31/08/2015)**

120) PROGRAMA DE ESTÍMULO À CIDADANIA FISCAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – NOTA FISCAL PAULISTA. Lei nº 12.685, de 28/08/2007. Decreto nº 54.179, de 30/03/2009. Adquirente de mercadorias, bens e serviços de transporte interestadual e intermunicipal, ao indicar seu CPF ou CNPJ, tem direito ao crédito respectivo. Débito definido em execução cível e/ou trabalhista. Penhora. Cumprimento, pela Secretaria da Fazenda, de mandados de penhora de créditos do referido Programa. Dúvidas. Consumidor não cadastrado. Irrelevância. A existência de crédito permite a constrição, por tratar-se de dinheiro, conforme autoriza o artigo 655, I, do Código de Processo Civil, independentemente do prévio cadastramento, necessário apenas para permitir a consulta e a utilização dos créditos concedidos pelo Tesouro do Estado. Artigos 1º e 5º, da Resolução SF 82, de 18/08/2010. Depositário. Instituição financeira indicada pelo Juízo. **(Parecer PA nº 63/2012 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 08/09/2015)**

121) SERVIDOR PÚBLICO. SERVIDOR OCUPANTE EXCLUSIVAMENTE DE CARGO EM COMISSÃO. Licença-maternidade. Licença à gestante. “Gestação de substituição”.

Inexistente disciplina específica sobre o tema no ordenamento jurídico pátrio. Resolução CFM nº 2.013/2013 a regulamentar, no plano ético, a conduta de seus membros. Análise dos dispositivos das Leis Federais nº 6.015/1973 e nº 12.662/2012 no tocante à lavratura da certidão de nascimento. Considerações do salário-maternidade, benefício de natureza previdenciária, à luz da Lei Federal nº 8.213/1991, Decreto Federal nº 3.048/1999 e Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015. Competirá à autarquia previdenciária federal entendimento cabal quanto à concessão do benefício nas hipóteses como a vertente. Análise quanto ao cabimento da licença-maternidade às servidoras ocupantes exclusivamente de cargo em comissão deverá ser realizado inteiramente à luz das normas federais de regência. Artigo 181, inciso III, e parágrafos 1º e 2º da Lei Estadual nº 10.261/1968, alterada pela Lei Complementar Estadual nº 1.123, de 1º de julho de 2010. **(Parecer PA nº 64/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 09/09/2015)**

122) CONSTITUCIONALIDADE. CONCURSOS PÚBLICOS. Lei Estadual nº 12.782, de 20 de dezembro de 2007, que instituiu o direito à inscrição em concursos públicos estaduais, com pagamento reduzido da respectiva taxa, aos candidatos que preenchessem, cumulativamente, os requisitos de ser estudante e de perceber remuneração mensal inferior a dois salários mínimos, ou estar desempregado. **Exame da constitucionalidade, a pedido do Ministério Público estadual que recebeu repre-**

sentação sustentando ter havido violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Parecer que opina no sentido da inexistência de inconstitucionalidade, por não ter havido violação desses princípios. **(Parecer PA nº 65/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 31/08/2015)**

123) CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO. NEPOTISMO. Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal. Decisões da Corte Excelsa no sentido de se afastar a incidência da Súmula Vinculante nº 13 na hipótese em que ambos são servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo. Caso concreto que se ajusta à hipótese vedada pelo texto sumular. Precedente: Parecer PA nº 33/2013. **(Parecer PA nº 66/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 31/08/2015)**

124) SERVIDOR PÚBLICO. DIREITOS E VANTAGENS. LICENÇA-PRÊMIO. INDENIZAÇÃO. Falecimento do servidor sem fruição ou indenização do benefício. Requerente beneficiária única da pensão previdenciária deixada pelo servidor falecido. Direito ao recebimento da indenização sem que necessária a apresentação de alvará judicial. Inteligência do artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 1.048/2008 c/c o artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 1.199/2013, à luz da Lei Federal nº 6.858/1980. Proposta de acolhimento do requerimento, sem a exigência de alvará judicial, na linha do entendimento aprovado pela Procuradoria Geral do Estado, limitada a exigência aos casos em que não instituídos beneficiários para efeito

previdenciário. Precedentes: Pareceres PA nº 16/2015 e 22/2015. **(Parecer PA nº 70/2015 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 28/08/2015)**

125) SERVIDOR PÚBLICO. CONTAGEM DE TEMPO. Requisitos constitucionais. Tempo de efetivo exercício no cargo. Artigo 6º, inciso IV, da Emenda Constitucional nº 41/2003. Servidora investida em cargo de comissão não reservado a servidores de carreira e que nunca esteve no efetivo exercício do cargo efetivo titularizado. Inviabilidade de se transpor as conclusões alçadas no Parecer PA nº 20/2013. Hipótese fática distinta. **(Parecer PA nº 71/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 10/09/2015)**

126) SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADOR DO ESTADO. INVESTIDURA. CARGO EM COMISSÃO. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. Entrada em vigor da Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015. Nova Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado. Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos. Designação pelo Procurador Geral do Estado e referendo pelo Conselho da Procuradoria Geral do Estado. Ato complexo. Forma de provimento relacionada à função de confiança de Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos. Inteligência dos artigos 15, II, e 47 da LOPGE. Introdução de disposição legal transitória que mantém no quadro da Instituição, temporariamente, o congêneres cargo em comissão de Procurador do Estado Chefe. Integração de sua ocupante, como Procuradora

do Estado Chefe do Centro de Estudos, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado, na condição de membro nato, a partir da vigência da nova lei, independentemente de referendo do órgão colegiado. Inteligência do artigo 11 da LOPGE. **(Parecer PA nº 78/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 03/09/2015)**

127) SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADOR DO ESTADO. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. CORREGEDOR GERAL ADJUNTO. Entrada em vigor da Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015. Nova Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado. Procurador do Estado Corregedor Geral Adjunto. Função de confiança privativa de Procurador do Estado. Artigo 72, inciso III. O Corregedor Geral Adjunto e os Corregedores Auxiliares serão indicados pelo Corregedor Geral e designados pelo Procurador Geral, entre os Procuradores do Estado com mais de 5 (cinco) anos de efetivo exercício na carreira que não registrem punição de natureza disciplinar nos últimos 5 (cinco) anos. Artigo 16, § 3º. Elementos clássicos de interpretação, com destaque aos elementos gramatical e teleológico. Possibilidade de designação de Procurador do Estado para responder pelo Expediente da Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado. Artigo 81 da Lei Complementar Estadual nº 180/1978. **(Parecer PA nº 79/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 03/09/2015)**

128) PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ABANDONO DE CARGO. INASSIDUIDADE. Fase

probatória. Instrução. Prova pericial. Perícia médico-psiquiátrica. Indeferimento. Possibilidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Inexistência de dúvida razoável sobre a sanidade mental da acusada à época dos fatos descritos na portaria. Ausência de qualquer indício nesse sentido. Afirmção da defesa dativa no sentido de que a suposta depressão da acusada não seria contemporânea às faltas. Impertinência ou desnecessidade da prova. Inteligência do artigo 290 do estatuto dos Funcionários Públicos – Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. Prova como reconstrução dos fatos afirmados pelos sujeitos processuais. Inexistência de nulidade processual. Doutrina jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Proposta de prosseguimento do feito. **(Parecer PA nº 88/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 28/09/2015)**

129) PREVIDENCIÁRIO. Pensão por morte. Revisão. Parcela autônoma de equivalência. Diferenças. Competência da São Paulo Previdência – SPPREV para a administração de benefícios previdenciários de pensionistas de membros da Magistratura e do Ministério Público. Prestações vencidas entre setembro de 1994 e dezembro de 1997. Prescrição da pretensão de recebimento desses valores. Decisão proferida pela Corte bandeirante no exercício de atividade atípica, de natureza meramente administrativa. Ausência de causa interruptiva do prazo prescricional. Artigo 202 do Código Civil e Decreto Federal nº 20.910/1932. Ausência de elementos novos aptos a abalar a orientação fixada

no Parecer PA nº 68/2013. **(Parecer PA nº 83/2015 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 29/09/2015)**

130) SERVIDORES ESTADUAIS DESIGNADOS PARA ATUAR COMO ADVOGADOS DATIVOS NA PROCURADORIA DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES (PPD) DA PGE. Diversos pleitos. 1. Não é possível a incorporação, nos termos do art. 133 da Constituição Estadual, das diferenças entre a remuneração dos Defensores Públicos e a de seus cargos. 2. Não é possível o recebimento da verba honorária, nos moldes em que recebem os Procuradores do Estado. 3. Não é possível a concessão de jornada especial de quatro horas de trabalho diário, para o exercício da advocacia dativa, nem o pagamento de honorários por regime de plantão, nos termos do artigo 20 da Lei nº 8.906/1994, vez que tal dispositivo não se aplica aos servidores. 4. É possível a servidores, que sejam inscritos na OAB como advogados, o recebimento de honorários advocatícios por atuação em sindicâncias e processos administrativos disciplinares, no âmbito da PPD, quando atuarem como advogados dativos de indivíduos que não sejam carentes de recursos. Tais honorários são devidos exclusivamente por esses indivíduos, sem qualquer ônus para os cofres públicos. Precedente: Parecer PA nº 27/2007. **(Parecer PA nº 08/2015 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado em 30/09/2015)**

131) PODER REGULAMENTAR. Edição de decreto para regulamentar a Lei Estadual nº 14.738, de 16 de abril

de 2012, que instituiu multa pecuniária para os casos de trotes eletrônicos dirigidos ao Centro de Operações da polícia Militar (190), ao Corpo de Bombeiros (193) e ao Serviço de Atendimento Médico de Urgência (192). Proposta de retorno à origem para a retomada dos ajustes de ordem material necessários à definição dos órgãos e suas respectivas atribuições para a regulamentação cabal do assunto. **(Parecer PA nº 85/2015 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado em 02/10/2015)**

132) DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO. SIGILO DE DADOS DE AGENTES PÚBLICOS. PERÍCIAS MÉDICAS. Pretensão formulada pelo DPME de limitar o acesso aos servidores periciados aos autos de seus respectivos processos, relacionados à concessão de benefícios diversos ou licenças, ou alternativamente, de omitir os dados pessoais que permitam identificar os peritos responsáveis pela elaboração de cada laudo. Objetivo de preservação dos dados pessoais dos agentes públicos que realizam perícias, tendo em vista pressão e ameaças infligidas por servidores periciados. Inviabilidade. **Princípio da publicidade que orienta a atuação da Administração Pública (art. 37, caput, CF).** Prevalência do direito de acesso à informação em detrimento do sigilo, que deve ser excepcional. **Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).** Informações, ademais, que não se inserem na esfera da intimidade, especialmente porque se cuida de agentes públicos agindo nessa quali-

dade **(art. 37, § 6º CF).** Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Caso concreto que recomenda apuração pelas autoridades competentes acerca da alegada coação. **(Parecer PA nº 73/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 09/10/2015)**

133) CONSTITUCIONALIDADE. PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. Lei Estadual nº 15.668, de 12 de janeiro de 2015, que dispõe sobre diretrizes para a política de diagnóstico precoce e tratamento de sintomas da Síndrome do Autismo no âmbito do sistema de saúde. **Lei de iniciativa Parlamentar.** Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição parcial de veto total oposto pelo Governador. Violação dos artigos 2º, 61, parágrafo 1º, inciso II, “e”, 66, parágrafo 4º, 84, inciso VI, “a” e 165, inciso III, da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Precedentes: PA nº 37/2004, 111/2006 (na forma da manifestação da Chefia), 33/2014 e 30/2015 (na forma da manifestação do Procurador Geral do Estado). **(Parecer PA nº 69/2015 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado em 13/10/2015)**

134) CONSTITUCIONALIDADE. PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. Lei Estadual nº 15.601, de 12 de dezembro de 2014, que institui 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 Legislati-

va, em razão de rejeição parcial de veto total oposto pelo Governador. Violação dos artigos 2º, 61, parágrafo 1º, inciso II, “e”, 66, parágrafo 4º, 84, inciso VI, “a” e 165, inciso III, da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Precedentes: PA nº 37/2004, 111/2006 (na forma da manifestação da Chefia), 33/2014 e 30/2015 (na forma da manifestação do Procurador Geral do Estado). **(Parecer PA nº 72/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 13/10/2015)**

135) CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 15.666, DE 12 DE JANEIRO DE 2015, QUE DISPÕS SOBRE A INCLUSÃO DE PRODUTOS DEFINIDOS COMO ORGÂNICOS NA MERENDA ESCOLAR DAS UNIDADES DE ENSINO FUNDAMENTAL DA REDE PÚBLICA. Projeto de lei de iniciativa parlamentar, vetado pelo Governador do Estado. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição parcial do veto oposto pelo Governador. Violação dos artigos 2º, 61, §1º, inciso III, da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Precedentes PA nºs 37/2004, 111/2006, este na forma da manifestação da Chefia deste Especializada, e 63/2015. **(Parecer PA nº 81/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 13/10/2015)**

136) LEI ORGÂNICA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. REEMBOLSO DA ANUIDADE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO

BRASIL – OAB. Artigo 118, inciso VIII da Lei Complementar n. 1.270/15. É firme a jurisprudência que considera não tributária a natureza da contribuição à OAB, em que pese entendimento anteriormente externado no Parecer PA-3 n. 76/90. Caráter anual e compulsório da contribuição (arts. 46 e 47 da Lei federal n. 8.906/94). A pretensão de reembolso, aos Procuradores do Estado, da anuidade paga à OAB foi examinada no precedente Parecer PA-3 n. 76/90 que, na ocasião, opinou no sentido da sua inviabilidade, por ausência de lei que autorizasse tal despesa. Óbice que resta superado com a edição da LC n. 1.270/15. Inviabilidade, porém, de se deferir o pleito relativo ao reembolso das anuidades pagas à OAB em exercícios decorridos – ainda que em parte – antes da vigência da LC 1.270/15, sob pena de retroatividade não autorizada pelo ordenamento jurídico, nesta hipótese. **(Parecer PA nº 90/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 19/10/2015, nos termos da manifestação do Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral que, por sua vez, observou os acréscimos da D. Chefia da Procuradoria Administrativa, sobre a conveniência de regulamentação do artigo 118, VIII, da LOPGE)**

137) APOSENTADORIA. POLICIAL MILITAR. CONTAGEM DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DE ATIVIDADE RURAL. Interessado que ajuizou ação declaratória contra o INSS para reconhecimento de direito à contagem de tempo de serviço como trabalhador rural. Decisão judicial favorável ao interessado, que resultou

na expedição de Certidão de Tempo de Contribuição (CTC) no ano de 2000, porém foi objeto de ação rescisória, promovida pelo INSS. Rescisão parcial do julgado para reconhecer o tempo de serviço laborado em atividade rural, independentemente de recolhimento ou indenização das contribuições correspondentes, admitida a possibilidade de ressalva desta circunstância, pelo INSS, para fins de contagem recíproca. Militar reformado por meio de portaria publicada em março de 2002. Divergência instaurada entre os órgãos jurídicos pré-opinantes acerca da invalidação do ato administrativo que conduziu o militar à inatividade, tendo em vista a superveniente determinação judicial no sentido da insubsistência da CTC emitida pelo INSS. Certidão que fora expedida, originalmente, com a ressalva relativa à falta de recolhimento das contribuições ao INSS, no período em questão, o que foi ignorado pela Polícia Militar para passagem do interessado à inatividade. Portaria que reformou o militar caracteriza-se como ato administrativo inválido. **Artigo 8º, inciso IV, da Lei estadual n. 10.177/98. Precedentes: PA nºs 48/2007 e 19/2014.** Inviabilidade da invalidação administrativa, no caso concreto, ante o decurso do prazo de dez anos. **Artigo 10, inciso I, da Lei estadual n. 10.177/98.** Prescrição da pretensão de invalidação judicial. **Artigos 205 e 2.028 do Código Civil. Precedente: Parecer PA nº 148/2009. (Parecer PA nº 75/2015 – Aprovado pelo Subprocurador Geral Adjunto da Consultoria Geral em 14/10/2015)**

138) CONSTITUCIONALIDADE. PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. Lei Estadual nº 15.661, de 09 de janeiro de 2015, que instituiu o programa Lições de Primeiros Socorros na educação básica da rede escolar em todo Estado. Lei de iniciativa parlamentar. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição parcial de veto total oposto pelo Governador. Violação dos artigos 2º, 61, parágrafo 1º, inciso II, “e”, 66, parágrafo 4º, 84, inciso VI, “a” e 165, inciso III, da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Precedentes: PA nºs 37/2004, 111/2006 (na forma da manifestação da Chefia), 33/2014 e 30/2015 (na forma da manifestação do Procurador Geral do Estado). **(Parecer PA nº 89/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 23/10/2015)**

139) CONSTITUCIONALIDADE. ACIDENTES DO TRABALHO. Lei Estadual nº 15.670, de 12 de janeiro de 2015, que autorizou o Poder Executivo paulista a criar, na Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho, a Delegacia Especializada em Acidentes do Trabalho. Lei de iniciativa parlamentar. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição parcial de veto total oposto pelo Governador. Violação dos artigos 22, inciso I, 61, §1º, inciso II, alínea “e”, c/c 84, inciso VI, alínea “a”, e 165, inciso III, da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade

perante o STF Precedentes: Pareceres PA n°s 37/2004, 111/2006 (na forma da manifestação da Chefia) e 33/2014. **(Parecer PA n° 92/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 23/10/2015)**

140) CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL N° 15.625, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2014, QUE ALTEROU A LEI 10.765/2001 PARA INCLUIR PARÁGRAFO ÚNICO AO ARTIGO 3°. DISPOSITIVO CRIANDO PRIORIDADES PARA CERTOS MUNICÍPIOS. Projeto de lei de iniciativa parlamentar, vetado pelo Governador do Estado em razão de violação do artigo 165 da Constituição Federal. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição do veto oposto pelo Governador. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Possibilidade de arguição de violação não só do artigo 165, mas também dos artigos 2°, 61, parágrafo 10, inciso II, “e” c.c artigo 84, inciso VI, “a”, todos da Constituição Federal. Precedentes: Pareceres PA n°s 37/2004, 111/2006, este na forma da manifestação da Chefia desta Especializada, e 63/2015. **(Parecer PA n° 97/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 23/10/2015)**

141) CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL N° 15.853, DE 2 DE JULHO DE 2015, QUE INSTITUIU A POLÍTICA PÚBLICA DE ACOLHIMENTO AOS CIDADÃOS. Projeto de lei de iniciativa parlamentar, vetado pelo Governador do Estado.

Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição parcial do veto oposto pelo Governador. Violação dos artigos 2°, 61, parágrafo 1°, inciso II, “e” c.c artigo 84, inciso VI, “a” e 165, inciso III, da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Precedentes: Pareceres PA n°s 37/2004, 111/2006, este na forma da manifestação da Chefia desta Especializada, e 63/2015. **(Parecer PA n° 98/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 23/10/2015)**

142) SERVIDOR PÚBLICO. DIREITOS E VANTAGENS. FÉRIAS. Servidores outrora afastados para o exercício de emprego público em confiança, cujos períodos de descanso adquiridos sob a égide da legislação trabalhista e não fruídos foram integralmente indenizados. Retorno ao regime estatutário. Viabilidade de fruição de férias referentes ao presente exercício. O direito a férias, no regime da Lei Estadual n° 10.261/1968, não se prende a um período aquisitivo anual de exercício, salvo no tocante ao primeiro ano de exercício no serviço público. Artigos 176, caput, e 178, caput, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo. Precedentes: Pareceres PA-3 n° 136/1982, PA-3 n° 154/1996, PA-3 n° 102/1997, PA n° 128/2007; Manifestação exarada pela Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral nos autos do GDOC n° 1000157-404531/2011. **(Parecer PA n° 82/2015 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado em 27/10/2015)**

Contencioso Geral

143) AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO.

Autuações de trânsito. Apelo da Fazenda do Estado de São Paulo. Preliminar de ilegitimidade passiva reconhecida. Possibilidade. Hipótese em que o DETRAN deve responder isoladamente ao feito, pois trata-se de processo administrativo de sua competência, ficando assim sujeita a todos os efeitos jurídicos processuais que serão produzidos diante da aplicação da Lei Complementar Estadual nº 1.195/2013. Sentença anulada. Recurso da Fazenda do Estado provido. (Apelação/Reexame necessário nº 3000821-81.2013.8.26.0297 – Jales – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: Maurício Fiorito – 01/09/2015 – 7179 – Unânime)

144) POLICIAIS MILITARES.

Pretensão de recebimento auxílio-transporte, nos termos da Lei Estadual nº 6.248/88. Inadmissibilidade. Militares que, após a vigência da Emenda Constitucional nº 18/1998, passaram a ter regime jurídico próprio, afastando-os do conceito de servidores públicos civis. Lei Complementar Estadual nº 546/88, que estendia benefício destinado a servidor público civil aos integrantes da Polícia Militar (art. 6º), não foi recepcionada pela reforma constitucional. Não pode o Poder Judiciário, que não tem função legislativa, promover o aumento de vencimentos. Súmula nº 339, do Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 36, desta Corte. Preceden-

tes. Recurso não provido. (Apelação nº 10004749-41.2015.8.26.0053 – São Paulo – 13ª Câmara de Direito Público – Relator: Spoladore Dominguez – 02/09/2105 – 1292 – Unânime)

145) MANDADO DE SEGURANÇA.

Alvará Municipal com observação da necessidade do interessado buscar atender às exigências legais no âmbito estadual e federal. O convênio com o Estado de São Paulo, autorizando que a Municipalidade de Itapeverica da Serra licencie empreendimentos de baixo impacto ambiental, não existia no momento da expedição do alvará municipal acostados aos autos. Ausência de direito líquido e certo – NEGADO PROVIMENTO AO APELO (Apelação nº 9000124-79.2011.8.26.0053 – Itapeverica da Serra – 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro – 10/09/2015 – 27.077 – Unânime)

146) SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. AGENTE PENITENCIÁRIO. RECEBIMENTO DE HORAS EXTRAS. PORTARIA SAP 91/12 E DECRETO ESTADUAL nº 52.054/07. INADMISSIBILIDADE.

1. Trata-se de ação ajuizada por Agente de Segurança e Vigilância Penitenciária, por meio da qual almeja o pagamento das horas extras em decorrência do descumprimento do horário de descanso e alimentação previsto no Decreto estadual nº 52.054/07. Inadmissibilidade. 2. Ausência do direito ao recebimento das horas reclamadas, em razão de receber a gratificação denominada “RETP”, paga justamente para remunerar servidores

estaduais submetidos a jornada de trabalho irregular. Leis Complementares estaduais nº 954/04 e 207/79. Recurso desprovido. (Apelação nº 0965724-43.2012.8.26.0506 – Ribeirão Preto – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Nogueira Diefenthaler – 14/09/2015 – 28.313 – Unânime)

147) SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Servidora concursada para exercer cargo na Administração Direta, prestou serviços para outra entidade pública, a Fundação Sistema Estadu-

al de Análise de Dados – SEADE. Pretensão de incorporar as diferenças remuneratórias. Impossibilidade. Lei que permite a disposição de servidores expressamente determina o “prejuízo de vencimentos”. Incorporação não prevista na lei. Inaplicabilidade do art. 133 da Constituição Estadual. Sentença mantida. Recurso improvido. (Apelação nº 0046846-67.2010.8.26.0053 – São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Claudio Augusto Pedrassi – 15/10/2015 – 11.476 – Unânime)

Contencioso Tributário-Fiscal

148) AGRAVO INSTRUMENTO. Execução fiscal. Nomeação de bens à penhora. Créditos oriundos de precatórios. Bem penhorável. Equivalência à penhora de crédito. Submissão à ordem estabelecida no art. 11 da LEF. Possibilidade da Fazenda do Estado recusar os bens nomeados à penhora fora da ordem prevista no art. 11 da Lei nº 6830/89 e no art. 656 do CPC. Posicionamento pacificado pelo C. STJ. Decisão mantida. Recurso ao qual se nega provimento. (Agravado de Instrumento nº 2103072-47.2015.8.26.0000 – São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Luís Geraldo Lanfredi – 01/09/2015 – 1037 – Unânime)

149) RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. IPVA. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO COMPETENTE. PRETENSÃO À INEXIGIBILIDADE DO REFERIDO TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. É ônus do alienante comunicar a alienação de veículo automotor, sob pena de responsabilização solidária, com relação ao adimplemento de obrigações de natureza tributária. 2. Inteligência dos artigos 4º, III, da Lei Estadual nº 6.606/89 e 6º, II e § 2º, da Lei Estadual nº 13.296/08. 3. Precedentes da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça. 4. Ação de pro-

cedimento ordinário, julgada procedente em Primeiro Grau. 5. Sentença reformada. 6. Ação julgada improcedente, invertido o resultado da lide e os ônus decorrentes da sucumbência. 7. Recursos oficial e de apelação, apresentados pela Fazenda Pública, providos. (Apelação nº 0003075-19.2014.8.26.0564 – São Bernardo do Campo – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Francisco Bianco – 30/09/2015 – 15.066 – Unânime)

150) MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DE INSCRIÇÃO NO CADIN. Pleito de compensação de débito de ICMS com crédito decorrente de cessão de precatório ainda pendente de solução na esfera administrativa que não suspende a exigibilidade do crédito tributário. Crédito tributário exigível. Ausência de direito líquido e certo. A inscrição do nome da empresa no CADIN não afronta nenhum dos dispositivos constitucionais, pois é medida meramente informativa e encontra respaldo na Lei Estadual nº 12.799/08. Segurança denegada. Sentença mantida. Recurso não provido. (Apelação nº 1016693-58.2015.8.26.0053 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Paulo Galizia – 19/10/2015 – 11.319 – Unânime)

151) TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INTERRUÇÃO DO DIFERIMENTO DO ICMS. VENDA DE GRÃOS DE MILHO. Pretensão à nulidade de débitos constantes de AIIM – Transação comercial com empresa considerada,

posteriormente, inidônea pelo Fisco. Venda de grãos de milho para empresa inexistente de fato. Possibilidade de creditamento do ICMS do adquirente de boa-fé, desde que comprovada a veracidade da compra e venda. Hipótese em que inexistem elementos que demonstrem a efetiva realização da opera-

ção com a empresa indicada como destinatária da mercadoria. Interrupção do diferimento. Responsabilidade do produtor. Recurso não provido. (Apelação nº 0006540-48.2011.8.26.0400 – Olímpia – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: Camargo Pereira – 27/10/2015 – 11.671 – Unânime)



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

