

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

JANEIRO/FEVEREIRO 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

Adalberto Robert Alves

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Fernando Franco

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Eduardo José Fagundes

Corregedor Geral

José Luiz Borges de Queiroz

Ouidoria

Maria Rita Vaz de Arruda Corsini

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), José Luiz Borges de Queiroz, Adalberto Robert Alves, Eduardo José Fagundes, Fernando Franco, Cláudio Henrique de Oliveira, Kelly Paulino Venâncio, Salvador José Barbosa Júnior, Danilo Gaiotto, Oscar Rodrigues de Campos Filho, Claudia Bocardi Allegretti, Patrícia Helena Massa, Ricardo Rodrigues Ferreira, Maria Bernardete Bolsoni Pitton

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck, Mirian Kiyoko Murakawa e Joyce Sayuri Saito.

Escola Superior da PGE

Diretor

Daniel Smolentzov

Vice-diretor

Fábio André Uema Oliveira

Comissão Editorial

Presidência

Mariângela Sarrubbo Fragata

Secretária Executiva

Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Daniel Smolentzov, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Marcia Formoso Delsin, Rafael Carvalho de Fassio e 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. Telefones: (11) 3286-6997 3286-6998. Homepage: www.pge.sp.gov.br E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

*Rua da Mooca, 1.921 – Mooca
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil
sac 0800 01234 01
www.imprensaoficial.com.br*

Tiragem: 600 exemplares

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

Editorial	7
<i>Cursos e Eventos</i>	
Cursos do Centro de Estudos	9
<i>Peças e Julgados</i>	
SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Suspensão dos efeitos de liminar concedida, que deliberou a suspensão dos efeitos do edital de concurso público no tocante à atribuição de pontos/títulos a candidatos que exercem ou já exerceram funções ou empregos públicos, alegando que a ordem judicial representa ameaça de grave lesão à ordem, à segurança e às finanças públicas. Pedido deferido para suspender os efeitos da tutela de urgência oriunda do Juízo monocrático, até seu trânsito em julgado ou ulterior deliberação.....	11
AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. Pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário e, conseqüentemente, suspensão da decisão de 1º grau que ordenou o pagamento imediato de suposta insuficiência decorrente do pagamento de precatório alimentar, até a modulação de efeitos em relação ao julgamento das ADIs propostas em relação à inconstitucionalidade da EC 62/09. Pedido procedente.....	25
RECURSO DE REVISTA. Recurso conhecido por violação do artigo 61, § 1º, inciso II, alínea 'a', da Constituição de 1988, e provido para restabelecer sentença que julgou improcedente ação civil pública, que pretendia compelir o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto a contratar 7 (sete) técnicos de segurança do trabalho e 2 (dois) engenheiros de segurança do trabalho, em conformidade com a NR4, quadro II, a fim de constituir o SESMT (Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho) de maneira adequada, bem como a sua condenação em multa diária na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer.	45
<i>Doutrina</i>	
A publicidade dos serviços prestados por organizações sociais em ano eleitoral.....	63

Parecer da Procuradoria Administrativa

LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS DE VIGILÂNCIA. Edital determinando que propostas fossem orçadas em valores vigentes em janeiro/2012, inexistindo, porém, comprovação do efetivo momento em que houve a publicidade da Convenção Coletiva de 2013. Artigo 3º, do Decreto Estadual nº 48.326/2003. Artigo 41 da Lei nº 8666/93. Precedentes: PA nº 29/2007, PA nº 83/2011 e PA nº 17/2003..... 79

Ementário

Consultoria	97
Contencioso Geral	103
Contencioso Tributário-Fiscal.....	106

Novos e melhores caminhos.

Mais um exercício se inicia e, com ele, uma nova gestão de Governo. Tempo em que as esperanças se renovam e a experiência acumulada nos remete a caminhos melhores.

É o que esperamos para este novo período, em que a PGE reafirmará seu compromisso com o interesse público, aliado aos anseios e às necessidades daqueles que todos os dias pensam e repensam a melhor forma de defesa do Estado.

Portanto, ao saudar o novo ano que tem início, deixo aqui consignado meu especial desejo de que 2015 seja um ano ainda mais produtivo para todos nós.

Ao apresentar a primeira das publicações do nosso Centro de Estudos programadas para este ano, não posso deixar de destacar a grandeza de cada um dos trabalhos publicados neste volume, belos exemplos da excelência do trabalho de cada colega da PGE.

O leitor poderá, nesta edição, extrair importantes informações do artigo que envolve a lei eleitoral em relação, especificamente, à vedação constante no artigo 73, inciso VI, b, da Lei federal nº 9.504, de 1997, e sua delimitação no que toca à publicidade dos serviços prestados por organizações sociais.

Por sua vez, o parecer PA colacionado soluciona dúvida em relação à utilização de preço referencial desatualizado em licitação para contratação de serviços contínuos, ante a ocorrência de retroação do termo de reajuste do contrato em mais de um ano, pouco tempo após sua assinatura.

Ainda, três exitosas peças processuais enriquecem a leitura deste Boletim.

A primeira logrou obter a suspensão de medida liminar que havia determinado a suspensão dos efeitos do edital de concurso público no tocante à atribuição de pontos/títulos a candidatos que exercem ou já exerceram funções ou empregos públicos.

A segunda peça processual cuida de ação cautelar inominada, acolhida para atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário e, conseqüentemente, suspender decisão que havia ordenado o pagamento de suposta insuficiência de depósito em precatório alimentar, sob a ameaça de responsabilização por improbidade administrativa.

Por fim, importante decisão que, em sede de recurso de revista, restabeleceu sentença que havia julgado improcedente ação civil pública que visava a obrigar o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (USP) a contratar técnicos e engenheiros de segurança do trabalho, cargos inexistentes nos quadros da autarquia.

O rico conteúdo desta edição conduz-me à certeza de que a leitura será proveitosa para os colegas de todas as áreas da PGE.

Boa leitura!

JOSÉ RENATO FERREIRA PIRES

Procurador Geral do Estado Adjunto
Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Cursos do Centro de Estudos

27.02 – Palestra: “Hábitos saudáveis e a importância da alimentação”

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

O DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO – DETRAN/SP, pessoa jurídica de direito público, autarquia estadual instituída pela Lei Complementar nº 1.195/13, representado pela Procuradoria Geral do Estado, nos termos do art. 99, I, da Constituição Estadual, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.437/92 e artigo 1º da Lei nº 9.494/97, requerer a

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA concedida pelo MM. Juiz de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, nos autos da ação ordinária de invalidação parcial de ato administrativo – processo nº 1006486-68.2013.8.26.0053 – movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo pelas razões a seguir aduzidas:

I) DOS FATOS

O DETRAN/SP, recentemente transformado em autarquia pela Lei Complementar nº 1.195/13, abriu concurso público para o preenchimento de 1.200 empregos públicos, 600 de Agente Estadual de Trânsito e 600 de Oficial Estadual de Trânsito, imprescindíveis, como se demonstrará, para o regular funcionamento da entidade.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação de Invalidação Parcial de Ato Administrativo, com Pedido de Liminar, sob o rito ordinário, contra o DETRAN/SP e a Fundação VUNESP para “*suspender os efeitos do edital de concurso público, no tocante à atribuição de pontos/títulos àqueles candidatos que exercem ou já exerceram funções ou empregos públicos, idênticas àquele objeto do certame, junto ao DETRAN-SP (sic), conforme postulado, devendo ser elaborada a ordem de classificação de acordo com o resultado das provas objetivas, afastada a etapa de títulos.*”

Sustenta o Ministério Público, em síntese, que a etapa classificatória de títulos prevista no edital favorece candidatos que exercem ou exerceram funções do DETRAN/SP.

O MM. Juiz de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital concedeu a liminar, *inaudita altera parte*, nos seguintes termos:

Verifico a plausibilidade do direito alegado, porque a atribuição de títulos apenas aos candidatos que exercem ou exerceram funções públicas junto ao DETRAN (SP) configura não só violação ao princípio da isonomia, mas também ofensa à legalidade, bem como à moralidade, sem contar possível caracterização de ato de improbidade administrativa, pois nítido o direcionamento do concurso público.

O perigo de dano está delineado, pois, concedida a medida somente no final, a demora na recomposição do quadro funcional da autarquia, de acordo com os princípios mencionados, ocasionará prejuízos irreversíveis não só ao interesse público, mas também para os candidatos aos empregos públicos.

Com o devido acatamento, a decisão liminar supracitada está a merecer reparo, para fazer cessar de imediato a grave lesão à ordem pública, conforme se evidenciará.

II) DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO DE SUSPENSÃO – GRAVE LESÃO À ORDEM, SEGURANÇA E ECONOMIA PÚBLICAS

A imediata execução dos efeitos da decisão concessiva de liminar configura grave lesão à ordem pública, pois causará verdadeiro tumulto administrativo em relação a todos os participantes do certame, sem falar na repercussão que a matéria há de causar, em toda a coletividade.

Importante ressaltar que o concurso **está em andamento** e busca preencher **1.200 vagas**, tendo **311.227 inscritos**, conforme documento anexo, sem notícia de questionamentos judiciais por parte dos interessados, que aquiesceram às regras do edital e certamente serão prejudicados com a manutenção dessa decisão.

A prova objetiva do concurso já foi realizada, sendo que a suspensão da prova de títulos afeta não apenas as legítimas expectativas de **mais de trezentos mil candidatos**, mas, principalmente, **causa grave lesão à ordem pública, na medida em que inviabiliza o preenchimento dos cargos necessários para manutenção das atividades operacionais da autarquia, o qual é imprescindível para que não venha a ocorrer solução de continuidade no serviço público prestado à população.**

A decisão também importa em nítido prejuízo à **segurança pública**, pois prejudica a fiscalização do trânsito, podendo até mesmo trazer riscos à incolumidade física dos cidadãos e impede o retorno dos Delegados de Polícia e dos demais servidores policiais às atividades próprias da área de segurança pública, conforme será adiante explicado.

A r. decisão também importa em grave lesão às **finanças públicas**, vez que a suspensão da prova de títulos e a eventual anulação do certame exigirá dispêndio de mais recursos públicos para continuidade ou refazimento do certame.

Como explicado de forma detalhada no ofício anexo, subscrito pelo Ilmo. Diretor Presidente do DETRAN/SP (**DOC 3**), a política pública de trânsito passa por um processo de transformação, uma vez que a estrutura de atendimento à população pelos órgãos de trânsito, em diversas localidades, ainda é realizada por Delegados de Polícia, auxiliados por servidores das carreiras policiais e de municipalidades.

A criação das carreiras de Agente Estadual de Trânsito e a de Oficial Estadual de Trânsito tem o objetivo de **substituir gradualmente a atuação de servidores da área policial**, a fim de que estes possam retornar a atividades que lhes são próprias, adequando a instituição aos modernos parâmetros de qualidade de serviço ao cidadão.

Estudos realizados pelo DETRAN/SP mostram que o órgão tem a premissa de preencher 2.208 postos de trabalho para completar o quadro de pessoal da autarquia.

No ofício citado, o Diretor-Presidente da autarquia informa a premente necessidade de preenchimento de vagas, demonstrando que o DETRAN/SP ainda funciona com servidores cedidos de outros órgãos e entidades, situação insustentável a partir da edição da Lei Complementar nº 1.195/13:

Atualmente o DETRAN-SP conta com 2.440 Oficiais Administrativos, 122 servidores da Secretaria do Planejamento e Desenvolvimento Regional e da Secretaria de Gestão Pública afastados junto à Autarquia e 90 Policiais Militares destinados, por lei, à área de fiscalização, somando o total de 2.652 servidores. Ressalta-se remanescerem no Órgão 897 servidores da Secretaria da Segurança Pública, entre Delegados de Polícia e Policiais Civis, que devem, em observância ao determinado em lei, regressar à Pasta de origem e por conseguinte ser substituídos. **Nestes termos, tem-se a premissa de 2.208 servidores para completar o quadro de pessoal do Órgão.**

A proposta da criação das duas novas carreiras – a de Agente Estadual de Trânsito e a de Oficial Estadual de Trânsito –, não tiveram outro senão o objetivo de completar esse quadro e adequar a instituição aos parâmetros traçados pelo Governo do Estado, voltados à implementação dos modernos padrões de qualidade de serviço ao cidadão.

O concurso público em andamento, para o preenchimento de 1.200 empregos públicos, 600 de Agente Estadual de Trânsito e 600 de Oficial Es-

tadual de Trânsito, conforme Edital de Abertura de Inscrições e Instruções Especiais, com a devida observância dos requisitos legais¹, deve-se, face o novo formato organizacional em implementação, à cogente substituição de servidores pertencentes às carreiras de Delegado de Polícia e Policiais, que deverão regressar às atividades que lhes são próprias, **em observância ao que dispõe a Lei Complementar nº 1.195/13**, que restringiu a permanência no DETRAN-SP a quatro policiais integrantes da carreira de Delegado de Polícia ou das carreiras Policiais Civis, a nos termos do determinado em seu artigo 8º, como acima transcrito², e ao imprescindível suprimento de recursos humanos nas unidades criadas para o desempenho das atividades atribuídas, em substituição às realizadas pelas Delegacias de Polícia, no interior e litoral – execução de atividades fins do DETRAN-SP, pelo Departamento de Polícia Judiciária da Macro São Paulo – DEMACRO e pelos 10 Departamentos de Polícia Judiciária de São Paulo Interior³ – prestam suporte administrativo e logístico às Unidades de Atendimento da Grande São Paulo e demais regiões do estado; **além de suplementar setores deficientes, que funcionam aquém do número de servidores do quadro mínimo indispensável.**

A não realização do concurso, e dentro do cronograma estabelecido no Edital, causa prejuízo irreversível à ordem e economia pública, ante o papel essencial desempenhado pelo DETRAN/SP na fiscalização do trânsito e à premente necessidade de preenchimento das vagas para o funcionamento regular da autarquia, que presta serviços a 25 milhões de proprietários de veículos e a 21 milhões de portadores de Carteira Nacional de Habilitação e possui postos de atendimento nos 645 municípios do estado de São Paulo.

Eventuais atrasos ou anulação, ainda que parcial, de um concurso de grande porte como este que tem **mais de trezentos mil inscritos** acarretam também prejuízos ao erário, em nítida lesão às finanças públicas, uma vez que envolve grande mobilização de pessoal para aplicação de provas.

1 Processo SPDR 25.040-6-13 (SGP-16.708-13). Autorização do Chefe do Executivo publicada no DOE de 16.05.2013.

2 In verbis: A Assessoria de que trata o inciso VI do artigo 7º desta lei complementar contará com 4 (quatro) policiais integrantes da carreira de Delegado de Polícia ou das carreiras Policiais Civis, indicados e designados por ato do Secretário da Segurança Pública, ouvido o DETRAN-SP, observado o disposto no § 2º do artigo 39.

3 DEINTER 1 – São José dos Campos; DEINTER 2 – Campinas; DEINTER 3 – Ribeirão Preto; DEINTER 4 – Bauru; DEINTER 5 – São José do Rio Preto; DEINTER 6 – Santos; DEINTER 7 – Sorocaba; DEINTER 8 – Presidente Prudente; DEINTER 9 – Piracicaba; DEINTER 10 – Araçatuba.

III) DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Demonstrado o pressuposto necessário à suspensão da r. decisão concessiva de medida liminar, eis que esta traduz grave lesão às finanças, à segurança e à ordem públicas, e conquanto dispensável outro requisito para o pleito de suspensão, relevante demonstrar que a medida liminar revela óbice à regular administração, **por ter sido proferida com vício formal e baseada em errônea interpretação do edital do concurso.**

Primeiramente, a decisão padece de nulidade, pois não foi ouvida a Procuradoria Geral do Estado no prazo legal de 72 horas previsto no art. 2º da Lei nº 8.437/92.

E, diversamente do que pareceu ao autor, o certame não contém nenhuma discriminação ofensiva a qualquer princípio constitucional, e muito menos se presta a favorecer aqueles que trabalham ou trabalharam no DETRAN/SP. Esta alegação não resiste a uma simples leitura do Edital.

Em primeiro, porque a apresentação de títulos não é obrigatória e constitui uma **fase meramente classificatória** do concurso, como consta no Capítulo X do Edital.

2. A prova de títulos terá caráter classificatório.

[...]

3.3. *O encaminhamento de títulos não é obrigatório, assim, o candidato que não entregar títulos não será excluído do Concurso Público;*

Dispõe o Edital do concurso que serão considerados títulos somente os constantes na tabela que segue:

Títulos	Comprovantes	Quantidade Máxima	Valor Unitário	Valor Máximo
Tempo de serviço na área (trânsito), voltado para atividades relacionadas no Capítulo II destas Instruções Especiais.	Certidão ou declaração ou atestado do empregador.	5 anos	0,5 por ano	2,5

De acordo com as regras do certame, a valoração do tempo de serviço na área (trânsito) **tem o limite máximo de 5 anos, aos quais poder-se-á atribuir no máximo 2,5 pontos, num total 100 pontos**, voltado às atividades relacionadas

no Capítulo II – Das Atribuições, dos Requisitos e da Distribuição das Vagas, das Instruções Especiais⁴, **as quais NÃO se limitam a atividades que só poderiam ser exercidas por candidatos que trabalharam ou trabalham no DETRAN/SP.**

Como ressaltado pelo Diretor-Presidente do DETRAN/SP no ofício anexo, a pontuação na fase de títulos é genérica e se dará “*pela comprovação de atividades afins executadas pelos candidatos em qualquer órgão público, federal, estadual ou municipal, ou privado e o desempenho de funções autônomas ou de serviços; razão por ter-se feito constar, conforme item 8.5 acima transcrito, que não será aceita a comprovação de tempo de serviço por intermédio da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), posto ser relevante para a obtenção dos pontos dos títulos as atribuições realizadas pelos candidatos e não tão somente o nome do cargo.*”

Trata-se de exigência razoável e abrange diversas atividades, muito além daquelas exercidas pelo DETRAN/SP, pois “*sem a exclusão de outras situações, poderão apresentar títulos para pontuação os candidatos empregados dos 26 DETRANs estaduais e do Distrito Federal; empregados dos órgãos de trânsito das prefeituras municipais; empregados de outros órgãos estaduais ou federais de trânsito, como o DER, DENATRAN, CETRAN, JARIS CONTRAN; possuidores de certificados de Examinadores de Trânsito e Instrutor de Trânsito, que tenham trabalhado em Centro de Formação de Condutores; pessoas que tenham trabalho como vistoriadores de veículos em órgãos públicos ou privados ou em empresas privadas com atribuições de trânsito.*”

Em reforço ao quanto se vem alegando, cumpre transcrever abaixo os itens 8.2 e 8.3 do Capítulo X do que utilizam expressões que deixam claro que a comprovação do tempo de serviço poderá ser relativa a diversos órgãos, tanto públicos como privados:

8.1. Os documentos deverão estar em papel timbrado da instituição com nome, cargo/função e assinatura do responsável, data do documento, data inicial e data final (dia, mês e ano) do exercício na função e descrição das atividades exercidas;

4 1. As atribuições dos empregos públicos de Oficial Estadual de Trânsito e Agente Estadual de Trânsito são as estabelecidas a seguir:

a) Oficial Estadual de Trânsito:

Desempenhar atividades de apoio à gestão e à execução dos serviços relativos ao exercício das competências institucionais e legais do DETRAN-SP, em conformidade com a normatização do Sistema Nacional de Trânsito;

b) Agente Estadual de Trânsito:

Desempenhar atividades técnicas, de gestão e de execução dos serviços relativos ao exercício das competências institucionais e legais do DETRAN-SP, em conformidade com a normatização do Sistema Nacional de Trânsito.

8.3 no caso de **autônomo ou de proprietário de empresa**, os documentos deverão ser fornecidos pelas **empresas ou órgãos públicos para os quais prestou serviços**. [negritei]

A alegação do Parquet de que deveriam ser usados títulos acadêmicos, além de promover indevida incursão na discricionariedade administrativa, desconsidera que “o perfil de candidatos que o DETRAN-SP procura, neste momento, **são de natureza essencialmente operacional para substituir os policiais civis e militares que deverão deixar a Entidade**”.

Não houve nenhum malferimento aos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e razoabilidade, decorrentes da previsão editalícia de se prever, na fase meramente classificatória, a atribuição de um máximo de 2,5 pontos (0,5 por ano, observado o limite de 5 anos) de um total de 100 pontos aos **candidatos que comprovem experiência prática – em órgãos públicos das mais variadas esferas ou mesmo de órgãos privados – na área de trânsito**.

No caso em exame, como já visto, haverá grande movimentação nos quadros da autarquia, com o ingresso de mais de 1.200 novos servidores selecionados em rigoroso concurso público, realizado pela prestigiosa Fundação Vunesp. Neste cenário, o conhecimento prático e a atuação de área de trânsito pode e deve ser um diferencial levado em conta para classificação dos candidatos, não constituindo a regra do edital, neste sentido, nenhum tipo de privilégio, distinção de tratamento ou arbitrariedade, que fosse apta a ensejar a interferência do Poder Judiciário.

Ademais, está plenamente atendido o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que o edital em debate foi **comedido** ao prever a atribuição máxima de 2,5 pontos, num total de 100 pontos na fase classificatória, ao candidato que comprovar tempo de serviço na área de trânsito em geral.

Ressalte-se, por fim, que, ao contrário do que quer fazer crer o Ministério Público Estadual, a jurisprudência dos tribunais superiores não veda que características como as previstas pelo edital em comento sejam eligidas para cômputo como título. Muito ao contrário: a finalidade do título é a de justamente demonstrar que o candidato reúne atributos e conhecimentos técnicos que o coloca em posição de maior capacidade para o exercício das atividades em relação aos seus concorrentes. É regra do edital, portanto, que visa ao resguardo do interesse público.

Nesse sentido, importante frisar que o quanto decidido pelo E.STF na ADI nº 3522/RS não tem o alcance a interpretação que lhe quer emprestar o Ministério Público Estadual, como bem demonstra a ementa abaixo do lúcido julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:

RMS 24509/RS

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2007/0156574-3

Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA (1125)

Órgão Julgador: T2 – SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 15/12/2009

Data da Publicação/Fonte: DJe 02/02/2010

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. ADIN Nº 3.522, QUE DECLAROU INCONSTITUCIONAL O ART. 16, X, DA LEI ESTADUAL Nº 11.183/98. TÍTULOS. APROVAÇÃO EM CONCURSO PARA ÁREA NOTARIAL. EQUIVALÊNCIA À APROVAÇÃO EM CONCURSO PARA CARREIRAS JURÍDICAS. ADMISSIBILIDADE.

1. O recorrente impetrou mandado de segurança contra ato supostamente ilegal praticado pelo Presidente da Comissão Permanente de Concurso de Ingresso e Remoção dos Serviços Notarial e Registral, o qual, em determinado certame, aceitou a aprovação em concurso destinado a ingresso no serviço notarial (item 10 da tabela constante do edital) como título equivalente à aprovação em concurso público para cargos de carreira jurídica (item 11).

2. Para tanto, o recorrente alegou que, com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do inciso X do art. 16 da Lei do Estado do Rio Grande do Sul nº 11.183/98 – ocorrida na ADIn nº 3.522 –, ficou afastada do ordenamento jurídico a possibilidade de contagem de aprovação em concurso público para ingresso no serviço notarial como título em qualquer outro certame.

3. **A resolução da controvérsia passa necessariamente pela análise da amplitude dos efeitos emanados pela ADIn nº 3.522:** nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal considerou que o art. 16, X, da referida Lei Estadual não se harmonizava com os preceitos constitucionais, mais especificamente com o princípio da isonomia consagrado na Carta Magna.

4. Esse dispositivo legal atribuía, em concursos de provas e títulos para notários, uma pontuação exorbitante, desproporcional e excessivamente valorizada – até 20 pontos – para a prévia aprovação em outro certame envolvendo ingresso no serviço notarial, enquanto o sucesso em concursos para as carreiras jurídicas somente poderia beneficiar o candidato em não mais que a metade dessa nota.

5. Ao contrário do que defende o impetrante, o Pretório Excelso não entendeu que seria descabido considerar-se a prévia aprovação em concurso para

notários como título; na verdade, o equívoco da norma retirada do ordenamento jurídico foi beneficiar em demasia, sem nenhuma justificativa minimamente razoável, os candidatos que já haviam logrado êxito em concursos dessa natureza, em detrimento daqueles que obtiveram sucesso em certames diversos.

6. A eventual adoção da tese propugnada no recurso ordinário sob exame importaria, na prática, o rematado absurdo de que um candidato que já houvesse sido bem-sucedido em outro concurso público para notário não angariasse um ponto sequer como título, enquanto o êxito em certames para cargos jurídicos de funções totalmente distintas (promotor, procurador, juiz, por exemplo) seria hábil a tanto.

7. Estaria subvertida, pois, a finalidade da exigência de títulos: demonstrar que o candidato reúne prévia experiência que o conduza, ainda que em tese, a uma posição de maior competência para o exercício das atividades em relação a seus concorrentes, em prol do interesse público envolvido no certame.

8. Assim sendo, foi tomada a melhor solução para adequar o concurso que então se desenrolava com o decisum exarado na ADIn nº 3.522, a saber, a reclassificação dos candidatos com a equivalência entre os certames para notários e para as carreiras jurídicas, sujeitando ambos os títulos aos mesmos critérios de pontuação – em conformidade com a motivação encampada pelo STF – e evitando-se o disparate lógico de não conferir sequer um ponto para a aprovação em concursos para notários.

9. Em Reclamação apresentada pelo ora recorrente, o Supremo Tribunal Federal decidiu: “A deliberação em que a comissão de concurso decidiu aproveitar a aprovação em concurso para a área notarial e de registro na rubrica genérica de aprovação em cargos de carreira jurídica **não desbordou o princípio da proporcionalidade ao ponto de gerar um fator de discrimen. Ao contrário, à aprovação em concurso** em tais áreas será dada a mesma pontuação outorgada à aprovação em concurso para outras carreiras jurídicas, qual seja, um ponto. Note-se que, de acordo com tal ato da comissão de concurso, até mesmo a aprovação em concurso para a magistratura ou para o Ministério Público será mais valorada que a aprovação em concurso para a área notarial e de registro” (Rcl 4.426/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 08.06.09).

10. Recurso ordinário não provido.

[negritei]

Portanto, além de ferir os citados interesses públicos primários, ensejando a suspensão pelo risco de grave lesão à ordem, segurança e finanças públicas,

a decisão em exame padece de *error in iudicando*, pela total ausência de verossimilhança das alegações, afastadas pela leitura do próprio edital do concurso em cotejo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

IV) DO PEDIDO

Ante o exposto, cabalmente demonstrado que estão presentes os pressupostos legais para o deferimento da suspensão da decisão em questão, que configura precedente altamente lesivo ao interesse público e ao princípio da indisponibilidade que o rege, e havendo grave risco de lesão à ordem, economia, segurança públicas, **o DETRAN/SP, respeitosamente, requer a suspensão da decisão a que se vem aludindo até o trânsito em julgado.**

Termos em que,
Pede deferimento.
São Paulo, 31 de outubro de 2013.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado
OAB/SP 50.457

FERNANDO FRANCO
Subprocurador Geral do Estado
Área do Contencioso
OAB/SP 146.398

JORGE ANTONIO DIAS ROMERO
Procurador do Estado
OAB/SP 314.507

ROL DE DOCUMENTOS

DOC. 1 – Petição inicial da ação ordinária de invalidação parcial de ato administrativo – processo nº 1006486-68.2013.8.26.0053, em curso na 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital;

DOC. 2 – Decisão concessiva da tutela antecipada que ora se objetiva suspender;

DOC. 3 – Ofício A.J. 2.039/2013, do Diretor Presidente do DETRAN/SP, que comprova a grave lesão à ordem e à segurança públicas;

DOC. 4 – Edital do Concurso Público nº 01/2013;

DOC. 5 – Relatório de inscritos no concurso.

CONCLUSÃO

Em 4 de novembro de 2013, faço estes autos conclusos ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Eu, _____, escrevente, subscrevi.

Processo nº 0197488-12.2013.8.26.0000

O DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO – DETRAN pede a suspensão dos efeitos da liminar concedida pelo eg. Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, nos autos da ação de procedimento ordinário nº 1006486-68.2013, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, e que deliberou a suspensão dos efeitos do edital do concurso público nº 01/2013 no tocante à atribuição de pontos/títulos àqueles candidatos que exercem ou já exerceram funções ou empregos públicos, idênticas àquelas objeto do certame, junto ao DETRAN/SP, devendo ser elaborada a ordem de classificação de acordo com o resultado das provas objetivas, afastada a etapa de títulos.

Argumenta-se, basicamente, que a ordem judicial representa ameaça de grave lesão à ordem, à segurança e às finanças públicas, haja vista que o concurso em questão está em andamento e busca preencher 1.200 vagas, com mais de 300.000 inscritos.

É o relatório.

O caso é de **deferimento** da rogada ordem de suspensão.

No quadrante do regime legal de contracautela que se constrói a partir dos enunciados das Leis nº 12.016/09, 8.437/92 e 9.494/97, de constitucionalidade pontificada pelo Pretório Excelso (ADC nº 4), compete a esta Presidência suspender execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Sobreleva observar que não se compreende no âmbito deste excepcional reclamo o reconhecimento de nulidades processuais ou o exame do mérito da decisão contrastada, do seu acerto ou não, até porque o pedido de suspensão não se presta à modificação de decisão desfavorável ao ente público (STJ, AgRg na SL 39/ SC, rel. ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/05/2004, DJ 07/06/2004 p. 145).

Isso está em linha com a jurisprudência do Pretório Excelso, solidada no sentido de que na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas (SS 2385 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2008, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-02 PP-00328).

No caso em exame, estão presentes os requisitos condutores à suspensão dos efeitos da tutela de urgência hostilizada.

Tem-se configurada a existência de lesão à ordem pública, esta entendida na acepção jurídico-administrativa que lhe empresta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos pedidos de suspensão de segurança.

Segundo esse entendimento, que se abona, estaria inserto no conceito de ordem pública o de ordem administrativa em geral, concebida esta como a normal execução dos serviços públicos, o regular andamento das obras públicas e o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas (cf. AgRg na suspensão de segurança nº 4.178, do Rio de Janeiro, rel. min. Cezar Peluso, decisão plenária de 20.10.2011).

Assim, representa violação à ordem pública provimento judicial que obstaculiza ou dificulta, sem causa legítima, o adequado exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas.

O concurso em comento visa à composição do quadro de servidores do DE-TRAN/SP, recentemente transformado em autarquia pela Lei Complementar nº 1.195/13, destinado ao provimento de 1.200 empregos públicos, contando com mais de 300.000 mil inscritos.

Notória a relevância do certame, destinado à formação do quadro funcional da nova autarquia, dando-lhe a necessária estrutura para o desenvolvimento de sua elevada missão na delicada área de trânsito.

De outra parte, não se entrevê manifesta ilegalidade na cláusula editalícia contrastada, não parecendo impertinente a atribuição de pontos adicionais àqueles que se ativaram em funções afins, não havendo explícita preferência por servidores do DETRAN, quando órgão da Administração Direta do Estado.

Nesse panorama, convincente é o argumento da requerente no sentido de que a paralisação do certame poderá implicar prejuízo para a manutenção das atividades operacionais da autarquia, sendo o concurso imprescindível para que

não venha a ocorrer solução de continuidade no serviço prestado à população, seguindo-se que o potencial empecilho à realização de certame de marcado interesse público, sem causa aparentemente legítima, implica desengonado embaraço ao adequado exercício das funções da Administração, caracterizando risco de grave lesão à ordem pública, tudo a justificar a concessão da suspensão ora rogada.

Também impressiona o argumento de que a decisão judicial contrastada, no ponto em que obstaculiza a contratação de novos servidores, impede o retorno dos delegados de polícia e dos demais servidores policiais às atividades próprias de segurança, donde há existência de potencial prejuízo à segurança pública, também condutor ao deferimento da presente solicitação.

Assim e em harmonia com o exposto, **defiro o pedido** em ordem a suspender os efeitos da tutela de urgência oriunda do eg. Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, nos autos da ação de rito ordinário nº 1006486-68.2013 até seu trânsito em julgado ou ulterior deliberação desta Corte.

P.R.I.

São Paulo, 8 de novembro de 2013.

IVAN SARTORI

Presidente do Tribunal de Justiça

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA PRESIDENTE
DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O ESTADO DE SÃO PAULO, pelos procuradores que esta subscrevem, vem, mui respeitosamente, com fulcro no artigo 800 do CPC, nos artigos 26 e seguintes da Lei Federal nº 8.038/90, bem como no artigo 304 do STF, ajuizar a presente **AÇÃO CAUTELAR INOMINADA**, para que seja atribuído efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário a que foi negado seguimento pelo Tribunal a quo, tendo sido interposto agravo de despacho denegatório, pendente de julgamento, no qual figura como recorrente o Estado de São Paulo e como recorrido **RUBENS SPALAOR** e outros, pelas razões de fato e de direito que seguem anexas.

Brasília, 1ª de julho de 2013.

FERNANDA LUZIA GAYÃO FREIRE

Procuradora do Estado
OAB/SP 329.159

JOYCE S. SAITO

Procuradora do Estado
OAB/SP 180.582

SIDNEI PASCHOAL BRAGA

Procurador do Estado
OAB/SP 182.677

BREVE HISTÓRICO

O Estado de São Paulo é executado nos autos do processo número 521/06, Setor de Execuções contra a Fazenda Pública (antigo número 935/91, 2ª Vara da Fazenda Pública) que lhe movem Rubens Spalao e outros, referente à complementação de aposentadoria, em que restou o Estado condenado.

Nos autos do processo acima mencionado, o Estado de São Paulo, em 29.12.2008 (data anterior à vigência da EC 62/09), realizou o pagamento referente ao precatório alimentar EP 6033/1997, OC 1437/1998, tendo sido disponibilizado aos exequentes o montante de R\$ 1.098.737,54 (um milhão, noventa e oito mil, setecentos e trinta e sete reais e cinquenta e quatro centavos).

Em 16/07/2009 foi publicada decisão para que o Estado de São Paulo se manifestasse acerca do alegado pelos autores, os quais afirmaram ser insuficiente o depósito realizado e apontaram a existência de crédito em seu favor no valor de R\$ 37.899,97.

Vale observar a peculiaridade do caso em questão, tendo em vista que, em paralelo ao processo em epígrafe, dois litisconsortes (Ademar Cociolito e João Cáceres Asnal) pleitearam junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo sequestro de rendas que tomou o nº 153.394.0/9-00, de cunho humanitário, tendo este sido deferido e efetivado em 31/08/2007, no valor total (para esses dois credores) de R\$ 424.020,74.

Assim, alegam os exequentes, ora recorridos, que o Estado de São Paulo teria considerado o crédito dos referidos autores que tiveram seus créditos sequestrados (Ademar Cociolito e João Cáceres Asnal) como sendo equivalente a R\$ 389.100,08, quando o montante correto e efetivamente sequestrado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seria de R\$ 424.020,74. E mais, quando da chegada da ordem cronológica do precatório em questão, momento oportuno para pagamento do mesmo, o Estado teria deduzido dos demais credores o valor que, por seus critérios, teria sido sequestrado a maior pelos dois credores que receberam antecipadamente seus créditos por meio de sequestro de rendas, ora efetivado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em data anterior ao pagamento.

Portanto, pretendem os demais autores o pagamento pelo Estado, independentemente de nova execução (citação e expedição de novo precatório), da quantia que entendem ter-lhes sido subtraída, em compensação do valor sequestrado a maior pelos dois credores acima especificados.

Considerando a peculiaridade acima apontada, até mesmo pelo falta de comunicação (que ocorreu apenas em 2011) nos autos acerca da existência de re-

ferido sequestro, somente em **14.07.2010** foi publicada decisão (fl. 930) para que o Estado de São Paulo procedesse à “*devolução da quantia indevidamente descontada do depósito judicial efetuado em 29.12.08*”, data em que já vigoravam as disposições da EC 62/09, tendo o Estado de São Paulo aderido ao regime especial nos termos do art. 97, ADCT/CF, e, portanto, os pagamentos de precatórios encontravam-se sob a responsabilidade do Tribunal de Justiça de São Paulo.

De fato, a referida emenda inovou ao prever o regime especial para as entidades em mora e, no artigo 97, §4º, do ADCT, expressamente passou a afirmar que *as contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º serão administradas pelo Tribunal de Justiça local, para pagamento de precatórios expedidos pelos tribunais*. E ao Estado de São Paulo se aplica tal previsão, pois com o Decreto Estadual nº 55.300 foi realizada a opção pelo Regime Especial de Pagamento, na forma do inciso I do § 1º e § 2º, do aludido artigo 97.

Ocorre que, em que pese o alegado acima, o MM Juízo a quo afastou as disposições da EC 62/09 ao presente caso, aduzindo que “*os argumentos apresentados pela Fazenda do Estado para justificar a falta de pagamento não convencem. Isso porque não se trata aqui de pagamento de insuficiência decorrente de correção ou juros, que ensejaria a aplicação da Emenda Constitucional nº 62/09. Trata-se no presente de valor que foi indevidamente subtraído do crédito dos autores cujo estorno foi determinado judicialmente*”.

Contra tal decisão foi interposto agravo de instrumento, a que foi negado provimento, ao argumento de que:

Agravo de instrumento. Pagamento de complementação de aposentadoria. Cumprimento de precatório, devolução de valor deduzido indevidamente de precatório. Decisão que determina o pagamento em 30 dias, por não ser caso de aplicação do novo regime especial de pagamento de precatórios trazido pela Emenda Constitucional nº 62/2009. Insurgência. Alegação de que o pagamento compete a este Tribunal de Justiça. Descabimento. A aplicação da referida emenda infringe direitos fundamentais. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Órgão Especial em 30.6.2010. Decisão mantida. Recurso improvido.

O decidido é combatido por meio de recurso extraordinário, a que se negou seguimento, tendo ainda sido proposta ação cautelar no TJ/SP, a qual foi recebida como pedido de efeito suspensivo ao mesmo recurso extraordinário. Assim se decidiu:

“DEIXO DE CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO, POR NÃO VISLUMBRAR PRESENTE O REQUISITO DO “PERICULUM IN MORA”. PASSO À ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO ÀS FLS. 123/131

[...] NÃO ADMITO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (A) PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.”

Seguiram-se dois embargos de declaração opostos e ambos rejeitados. Por fim, houve a interposição de agravo de despacho denegatório, ainda pendente de julgamento, conforme print anexo.

Contudo, ante a inexistência de atribuição de efeito suspensivo aos recursos interpostos, bem como a **impossibilidade material de cumprimento ao r. decidido**, já que, desde a EC 62/09, esta Procuradoria Geral do Estado **não tem nenhuma ingerência sobre o montante reservado para os pagamentos de precatórios, o qual é repassado mensalmente ao Tribunal de Justiça de São Paulo** (sob pena, inclusive, de sofrer penalidades ao utilizar recursos financeiros para pagamento de precatório reservados para rubrica diversa), **foi pleiteado junto ao Juízo de 1ª Instância tão somente que se oficiasse o Tribunal de Justiça de São Paulo, a fim de que este desse cumprimento ao r. decidido, com o intuito de resolver o impasse existente**. Surpreendentemente, foi proferida a seguinte decisão nos autos de origem:

“A justificativa apresentada pela FESP não procede e já foi repelida pela instância superior (fls. 987/991). Este Juízo, por sua vez, já determinou que a fazenda Estadual efetuassem o depósito do montante indevidamente retido a fls. 951, 992 e 1.004. Não há, por outro lado, notícia de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário em face do acórdão de fls. 987/991.

Assim, concedo o derradeiro prazo de trinta dias para que a FESP proceda ao depósito do montante devido, nos termos das decisões precedentes e acima indicadas, sob pena de multa do valor equivalente ao montante a ser depositado, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, tais como a responsabilização por improbidade administrativa.” (g.n.)

Considerando o r. decidido pelo Juízo de 1º grau, que determinou o pagamento, independentemente de nova citação e novo requisitório, em 30 dias, de insuficiência de precatório alimentar **“sob pena de multa do valor equivalente ao montante a ser depositado, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, tais como a responsabilização por improbidade administrativa”** a ser realizado pela própria Procuradoria Geral do Estado, a qual, repita-se, desde a EC 62/09, não detém nenhuma ingerência sobre o montante reservado para pagamento de precatórios, não resta outra alternativa ao Estado de São Paulo senão o ajuizamento da presente ação cautelar inominada, objetivando obter o efeito suspensivo não concedido pelo Tribunal Bandeirante por ocasião do exercício do Juízo de Admissibilidade do Recurso Extraordinário interposto, uma vez que dar cumprimento ao r. decidido seria subverter os ditames constitucionais vigentes e, aí sim, incorreria em improbidade administrativa, como a seguir restará demonstrado.

CABIMENTO DA AÇÃO CAUTELAR

Há consenso na doutrina e na jurisprudência que a concessão de medida cautelar pelos Tribunais Superiores, quando requerida com o objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso ordinário, especial ou extraordinário, exige a observância dos seguintes pressupostos cumulados: (i) instauração da jurisdição cautelar na instância superior, motivada pela existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso aviado; (ii) plausibilidade jurídica da pretensão do direito material; e (iii) ocorrência da situação configuradora de *periculum in mora*.

Ressalte-se, inicialmente, que este Egrégio Supremo Tribunal Federal tem entendimento firmado no sentido de ser admissível o ajuizamento de Medida Cautelar para atribuir efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, ainda que não tenha sido submetido à jurisdição desta Colenda Corte, sendo necessária apenas sua interposição, como se pode ver:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR VISANDO À CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE AINDA NÃO FOI INTERPOSTO. NÃO CABIMENTO. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para que seja concedido efeito suspensivo a recurso extraordinário, é necessário que ele, apelo extremo, haja sido efetivamente interposto (nesse mesmo sentido, a Medida Cautelar na Pet 2.592 e a Medida Cautelar na Rel 2.179, ambas da relatoria do ministro Celso de Mello). No caso, a ação cautelar é manifestamente incabível, pois nem sequer foi proferido o acórdão que poderá ser objeto do recurso extraordinário. Agravo regimental desprovido”. (AC 2751 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 15/02/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 01-03-2011 PUBLIC 02-03-2011) (g.n.)

No mesmo sentido, vale transcrever outros julgados das Egrégias Cortes Superiores:

“Comprovada a interposição do recurso para o Tribunal Superior, embora ainda não se ache sob a jurisdição da instância extraordinária, em princípio, NÃO SE PODE AFASTAR A POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENDER A EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO, SÓ E SÓ PORQUE OS AUTOS NÃO INGRESSARAM NO PROTOCOLO DO TRIBUNAL (MC nº 47/SP, 3ª Turma do STJ, unânime, Rel. Min. Cláudio Santos, publicado na RSTJ 13/217)”. No mesmo sentido foi o acórdão proferido pela 1ª Turma do STJ na MC nº 444/PR, cujo Rel. foi o Min. Humberto Gomes de Barros”.

“MEDIDA CAUTELAR INOMINADA – CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DECISÃO REFERENDADA

POR TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS À OUTORGA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. – A concessão de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, quando requerida com o objetivo de atribuir eficácia suspensiva a recurso extraordinário, exige, para viabilizar-se, a cumulativa observância dos seguintes pressupostos: (1) instauração da jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal, motivada pela existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, (2) viabilidade processual do recurso extraordinário, caracterizada, entre outros requisitos, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (3) plausibilidade jurídica da pretensão de direito material deduzida pela parte interessada e (4) ocorrência de situação configuradora de *periculum in mora*. Precedentes. [...]” (Pet 2466 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/10/2001, DJ 26-04-2002 PP-00089 EMENT VOL-02066-01 PP-00050).

“AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO PELA CORTE ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, perseguida em cautelar incidental, além da satisfação cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, depende do juízo positivo de admissibilidade emanado da Corte Estadual.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg na MC 5263/SC, Rel: Min. Hamilton Carvalhido, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 10/02/2003 p. 233).

Verifica-se, porém, da jurisprudência supracitada, que as Cortes Superiores têm entendido necessário para a concessão do efeito suspensivo aos recursos extremos, que tenha havido o juízo de admissibilidade positivo ou, se negativo, que tenha sido dado provimento ao agravo de instrumento de despacho denegatório (quando haveria a substituição da decisão anterior).

Ocorre que, em determinados casos, como o que se apresenta nesta demanda, “se o agravo de instrumento, deduzido contra a decisão denegatória, insurgir-se em contexto que se revele incompatível com a jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal ou, então, se a Corte Suprema houver reconhecido a repercussão geral da controvérsia constitucional suscitada no apelo extremo”, tem sido excepcionalmente concedido o efeito suspensivo por meio da medida cautelar e a reforma da decisão enfrentada pelo Recurso Extraordinário.

Nesse sentido:

AC 2998 MC-QO / RS – RIO GRANDE DO SUL

QUESTÃO DE ORDEM NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR

Relator(a): Min. AYRES BRITTO

Julgamento: 27/03/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-121 DIVULG 20-06-2012 PUBLIC 21-06-2012

Parte(s)

RELATOR: MIN. AYRES BRITTO

AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RÉU(É)(S): JULIANO DE LIMA SIQUEIRA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Ementa

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR QUE CONFERIU EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REFERENDO DA TURMA. INCISOS IV E V DO ART. 21 DO RI/STF EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. REGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA E ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS. Situação excepcional que justifica a atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário objeto de juízo negativo de admissibilidade. Acórdão que divergiu da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o cometimento de falta grave acarreta a regressão de regime e a alteração da data-base para a concessão de novos benefícios executórios. Presença dos pressupostos autorizadores da medida. Questão de ordem que se resolve pelo referendo da decisão concessiva do efeito suspensivo ao apelo extremo.

Decisão

Questão de ordem que se resolve pelo referendo da decisão concessiva da liminar. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 27.03.2012.

Indexação

QUESTÃO DE ORDEM: VIDE EMENTA.

Legislação

LEG-FED RGI ANO-1980

ART-00021

RISTF-1980 REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Observação

Número de páginas: 7.

Análise: 06/07/2012, BMB.

AC 3024 MC-REF / DF – DISTRITO FEDERAL

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 08/11/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-226 DIVULG 28-11-2011 PUBLIC 29-11-2011

Parte(s)

AUTOR(A/S)(ES): CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A.

ADV.(A/S): MARCOS DRUMOND MALVAR E OUTRO(A/S)

REU(É)(S): ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO ADMITIDO – CONSEQUENTE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – SUSPENSÃO CAUTELAR DA EFICÁCIA DO ACÓRDÃO OBJETO DO APELO EXTREMO – EXCEPCIONALIDADE – ICMS – DISCUSSÃO EM TORNO DA POSSIBILIDADE, OU NÃO, DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À ENTRADA DE MERCADORIAS OU BENS IMPORTADOS DO EXTERIOR POR PESSOAS EM GERAL, AINDA QUE NÃO SEJAM CONTRIBUINTE HABITUAIS DE REFERIDO TRIBUTO ESTADUAL – A QUESTÃO DO ALCANCE NORMATIVO DA REGRA INSCRITA NO ART. 155, § 2º, INCISO IX, ALÍNEA

“a”, DA CONSTITUIÇÃO – MATÉRIA PENDENTE DE JULGAMENTO NO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 439.796/PR) – RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DESSA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL (RE 594.996-RG/RS) – SITUAÇÃO QUE ENSEJA A OUTORGA EXCEPCIONAL DE PROVIMENTO CAUTELAR – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA – DECISÃO REFERENDADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO ADMITIDO. INTERPOSIÇÃO DO PERTINENTE RECURSO DE AGRAVO. RECONHECIMENTO, PELO STF, DA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL RELATIVA À CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL SUSCITADA NO APELO EXTREMO DENEGADO NA ORIGEM. HIPÓTESE QUE JUSTIFICA, EXCEPCIONALMENTE, A OUTORGA DE PROVIMENTO CAUTELAR. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem recusado, ordinariamente, a outorga de provimento cautelar pertinente a recurso extraordinário que sofreu, na origem, juízo negativo de admissibilidade. Precedentes. – Caberá, no entanto, excepcionalmente, a suspensão cautelar de eficácia do acórdão objeto do recurso extraordinário não admitido, se o agravo de instrumento, deduzido contra a decisão denegatória, insurgir-se em contexto que se revele incompatível com a jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal ou, então, se a Corte Suprema houver reconhecido a repercussão geral da controvérsia constitucional suscitada no apelo extremo. – Achando-se a controvérsia submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal e havendo sido reconhecida, em sede recursal extraordinária (RE 594.996-RG/SP), a existência de questão impregnada de transcendência ou de repercussão geral (como sucede na espécie), impõe-se deferir, por tal razão, a suspensão cautelar de eficácia do acórdão objeto do apelo extremo em cujo âmbito tenha sido suscitado o mesmo litígio jurídico-constitucional ainda pendente de definição pela Corte Suprema.

Decisão

Referendo concedido por esta Segunda Turma quanto à decisão que deferiu, em termos, o pedido de medida cautelar formulado neste processo. Determinado, em consequência, que se comunique, com urgência, o resultado do presente julgamento, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 08.11.2011.

AC 1810 QO / DF – DISTRITO FEDERAL

QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO CAUTELAR

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 16/10/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJe-134 DIVULG 30-10-2007 PUBLIC 31-10-2007

DJ 31-10-2007 PP-00093 EMENT VOL-02296-01 PP-00045

Parte(s)

REQTE.(S): COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL

ADV.(A/S): LEO KRAKOWIAK

REQDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN – PAULO JERONYMO DE OLIVEIRA

Ementa

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE AINDA NÃO SOFREU JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL RECORRIDO QUE VERSA MATÉRIA IDÊNTICA À VEICULADA EM CAUSAS JÁ PREPARADAS PARA SEREM JULGADAS PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RETARDAMENTO, PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL RECORRIDO, DA FORMULAÇÃO DO JUÍZO (POSITIVO OU NEGATIVO) DE ADMISSIBILIDADE DO APELO EXTREMO – POTENCIALIDADE DANOSA RESULTANTE DESSA OMISSÃO PROCESSUAL, AGRAVADA PELA INÉRCIA NO EXAME DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – CARACTERIZAÇÃO DE DANO POTENCIAL APTO A COMPROMETER, DE MODO GRAVE, A SITUAÇÃO JURÍDICA DA EMPRESA CONTRIBUINTE – POSSIBILIDADE, AINDA, DE FRUSTRAÇÃO DOS FINS INERENTES AO PROCESSO CAUTELAR – HIPÓTESE EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA, NO CASO, O EXERCÍCIO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO PODER GERAL DE CAUTELA – SITUAÇÃO EXTRAORDINÁRIA QUE AUTORIZA A NÃO INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 634 E 635 DO STF – FUNÇÃO JURÍDICA DA TUTELA CAUTELAR- INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO CAUTELAR (BINÔMIO NECESSIDADE/UTILIDADE) – RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO – DOUTRINA – SITUAÇÃO QUE ENSEJA A OUTORGA EXCEPCIONAL DO PROVIMENTO CAUTELAR, CONSIDERADA A SINGULARIDADE DO CASO – SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO ACÓRDÃO OBJETO DO APELO EXTREMO – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA PELO RELATOR – DECISÃO REFERENDADA.

Decisão

A Turma, por votação unânime, resolvendo questão de ordem, referendou, integralmente, a decisão proferida a fls. 265/266, observados os termos constantes do voto do Relator. 2ª Turma, 16.10.2007.

Nestes autos, e em outros casos em que a concessão do efeito suspensivo ao recurso interposto é medida EXTREMAMENTE urgente para evitar lesão IRREPARÁVEL, é necessário que essa Egrégia Corte Suprema conceda o efeito suspensivo pretendido, mesmo sem haver o julgamento do agravo contra despacho denegatório do recurso extraordinário inadmitido pelo Tribunal Bandeirante.

Aceitar a concessão do efeito suspensivo no caso ora em apreço, sem que tenha havido ainda o juízo de admissibilidade do recurso interposto, é conclusão lógica a que se chega, considerando-se a garantia constitucional do livre acesso à jurisdição, direito fundamental assegurado pela norma do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, bem como o postulado da razoabilidade, que tem amparo constitucional na cláusula do devido processo legal substantivo, prevista no artigo 5º, inciso LIV.

Este Colendo Supremo Tribunal Federal já concedeu medida cautelar em caso no qual ainda se avaliava o juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário interposto, como se pode ver da seguinte ementa (g.n.):

“EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO ADMITIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO PENDENTE DE JULGAMENTO. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. 2. Em situações excepcionais, em que estão patentes a plausibilidade jurídica do pedido – decorrente do fato de a decisão recorrida contrariar jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal – e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a ser consubstanciado pela execução do acórdão recorrido, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar ainda que o recurso extraordinário tenha sido objeto de juízo negativo de admissibilidade perante o Tribunal de origem e o agravo de instrumento contra essa decisão ainda esteja pendente de julgamento. 3. Hipótese que não constitui exceção à aplicação das Súmulas 634 e 635 do STF. Precedente: AC no 1.550/RO. 4. Suspensão dos efeitos do acórdão impugnado pelo recurso extraordinário, até que o agravo de instrumento seja julgado. 5. Liminar referendada em questão de ordem. Unânime”. (AC 1770 QO, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/09/2007, DJe-126 DIVULG 18-10-2007 PUBLIC 19-10-2007 DJ 19-10-2007 PP-00080 EMENT VOL-02294-01 PP-00122)”.

Portanto, o cabimento da presente cautelar foi devidamente demonstrado, uma vez que envolve matéria notoriamente controvertida (inconstitucionalidade da EC 62/09), tanto que objeto de quatro ADIs e com determinação atual para que os Estados membros continuem a observar seus dispositivos até que modula-

dos os efeitos do julgamento ocorrido em 14/03/2013. Ademais, o caso envolve pagamento de quantia supostamente insuficiente para quitação de precatório, independentemente da expedição de novo requisitório (e, portanto, nova citação), o que esbarra no reconhecimento da repercussão geral que se deu no RE nº 605.481, o que torna evidente o cabimento da presente cautelar.

DOS FATOS E DO DIREITO

No caso ora em apreço, se discute a necessidade de complementação ou “devolução” de valores que entendem os credores do precatório alimentar EP 6033/1997, OC 1437/1998, pago em 29/12/2008, sido insuficiente à quitação do mesmo.

Considerando o pagamento realizado em atendimento à sistemática da época (ordem cronológica) e o tempo havido entre o depósito e o efetivo levantamento, até mesmo para regularização da representação processual dos credores e habilitação em relação aos créditos, **somente em 14.07.2010** foi publicada decisão para que o Estado de São Paulo procedesse à “*devolução da quantia indevidamente descontada do depósito judicial efetuado em 29.12.08*”, **data em que já vigorava as disposições da EC 62/09**, tendo o Estado de São Paulo aderido ao regime especial nos termos do art. 97, ADCT/CF, e, portanto, os pagamentos de precatórios encontravam-se sob a responsabilidade do Tribunal de Justiça de São Paulo.

De fato, a referida emenda inovou ao prever o regime especial para as entidades em mora e, no artigo 97, §4º, do ADCT, expressamente passou a afirmar que *as contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º serão administradas pelo Tribunal de Justiça local, para pagamento de precatórios expedidos pelos tribunais*. E ao Estado de São Paulo se aplica tal previsão, pois, com o Decreto Estadual 55.300, foi realizada a opção pelo Regime Especial de Pagamento, na forma do inciso I do § 1º e § 2º, do aludido artigo 97.

Ocorre que, em que pese o alegado acima, o MM Juízo a quo afastou as disposições da EC 62/09 ao presente caso, ao argumento de que “*os argumentos apresentados pela Fazenda do Estado para justificar a falta de pagamento não convencem. Isso porque não se trata aqui de pagamento de insuficiência decorrente de correção ou juros, que ensejaria a aplicação da Emenda Constitucional nº 62/09. Trata-se no presente de valor que foi indevidamente subtraído do crédito dos autores, cujo estorno foi determinado judicialmente*”.

Contra tal decisão, foi interposto agravo de instrumento, a que foi negado provimento, ao argumento de que:

[...]

“As alterações na sistemática de pagamento dos precatórios trazidas com a Emenda Constitucional nº 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 a direitos fundamentais”.

Portanto, a matéria se reveste de notória importância, tendo em vista que envolve a constitucionalidade da EC 62/09, objeto de quatro ADIs de nº 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, sem que tenha havido a concessão de liminar pela Corte Constitucional, de molde a sustar-lhes os efeitos.

Vale notar que **não se desconhece o julgamento havido no dia 14/03/2013**, entendendo esta Suprema Corte pela inconstitucionalidade do regime especial a que aderiu o Estado de São Paulo. **Por outro lado, decidiu-se na AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 4.357 DISTRITO FEDERAL que:**

DESPACHO: Trata-se de petição acostada aos autos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na qual se noticia 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. Segundo narra a peça, “os recursos estão disponíveis, mas a Presidência de alguns Tribunais entendeu por paralisar os pagamentos/levantamentos de valores enquanto não modulados os efeitos da r. decisão”. Requer-se, em seguida, seja determinada “a continuidade dos pagamentos até que o e. Plenário module os efeitos da v. decisão, com a consequente expedição de ofícios a todos os Tribunais de Justiça”. Pede-se ainda sejam os entes devedores instados ao repasse e ao depósito dos recursos junto aos Tribunais locais, sob pena de incidência do regime sancionatório.

É o relato suficiente. Decido.

A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62/09, assentando a invalidade de regras jurídicas que agravem a situação 2 jurídica do credor do Poder Público além dos limites constitucionalmente aceitáveis. Sem embargo, até que a Suprema Corte se pronuncie sobre o preciso alcance da sua decisão, não se justifica que os tribunais locais retrocedam na proteção dos direitos já reconhecidos em juízo. Carece de fundamento, por isso, a paralisação de pagamentos noticiada no requerimento em apreço.

Destarte, determino, 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.

Expeça-se ofício aos Presidentes de todos os Tribunais de Justiça do País.
Publique-se.
Brasília, 11 de abril de 2013.
Ministro LUIZ FUX
Relator

Em obediência ao r. decidido na referida ADI 4357, que determinou que os Estados “*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*”, o Estado de São Paulo editou o **Decreto nº 59.148 de 2.5.2013**, destinando “os recursos que, nos termos do artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e art. 1º, “caput” e § 1º do Decreto nº 55.300, de 30 de dezembro de 2009, durante o exercício de 2013 forem depositados em conta própria para o pagamento de precatórios judiciais, o Estado de São Paulo opta, como previsto no inciso II do art. 2º do referido decreto, que no exercício de 2013 sejam aplicados 50% (cinquenta por cento) **no pagamento em ordem única e crescente de valor por precatório**, nos termos do inciso II do § 8º, do referido art. 97, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Portanto, **até que se realize a modulação dos efeitos referidos, não há como o recorrente dar cumprimento ao r. decidido pelo Juízo de 1º grau, esbarrando em verdadeira impossibilidade material para tanto**, já que os recursos para pagamento de precatórios encontram-se integralmente à disposição do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Vale ressaltar que o Estado de São Paulo, ante a inexistência de concessão de efeito suspensivo aos seus recursos e considerando que, quando da decisão que determinou o pagamento da complementação, já estava em vigor a EC 62/09 e já optado o Estado de São Paulo pelo regime especial, **requereu que fosse oficiado ao referido Tribunal Bandeirante para que este desse cumprimento ao decidido**. Entretanto, o juízo a quo indeferiu o pleito e determinou o cumprimento “*sob pena de multa do valor equivalente ao montante a ser depositado, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, tais como a responsabilização por improbidade administrativa*”.

Assim sendo, ante a ameaça a lesão de difícil reparação que sofre o Estado de São Paulo e por envolver matéria notoriamente controvertida (inconstitucionalidade da EC 62/09), tanto que objeto de quatro ADIs, e com determinação atual para que os Estados membros continuem a observar seus dispositivos até que modulados os efeitos do julgamento ocorrido em 14/03/2013, requer, considerando a situação excepcional do feito, **a concessão do efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto**, independentemente do julgamento do agravo de despacho denegatório interposto contra a decisão do Tribunal a quo que negou seguimento ao recurso extraordinário.

Vale notar ainda que, no caso em apreço, envolve pagamento de quantia supostamente insuficiente para quitação de precatório complementar, independentemente da expedição de novo requisitório (e, portanto, nova citação), o que esbarra no reconhecimento da repercussão geral que se deu no RE nº 605.481, ainda pendente de julgamento.

Dessa forma, a necessidade de que seja suspensa a eficácia da decisão enfrentada pelo Recurso Extraordinário é evidente. Interposto o Recurso Extraordinário na origem, como se faz prova o protocolado anexo, foi a este negado seguimento por entender que *“os argumentos expendidos não são suficientes para infirmar a conclusão do v. aresto combatido que contém fundamentação adequada para lhe dar respaldo. Tampouco restou evidenciado qualquer maltrato a normas constitucionais, não sendo atendida qualquer das hipóteses das alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do permissivo constitucional.”*

Seguiu-se a interposição de agravo de instrumento contra decisão denegatória, ainda pendente de julgamento. Tendo em vista a ausência de efeito suspensivo, bem como a peculiaridade do caso, existência de repercussão geral e pendência da modulação de efeitos ao julgamento das ADIs propostas em relação à inconstitucionalidade da EC 62/09, como acima exposto, caracteriza-se essa MEDIDA CAUTELAR como **única medida** cabível para **evitar grave lesão ao erário que está na iminência de sofrer penalidades de “multa do valor equivalente ao montante a ser depositado, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, tais como a responsabilização por improbidade administrativa”**, embora esteja o recorrente materialmente impedido de dar cumprimento ao r. decidido pelo Juízo de 1º grau, como se passa a demonstrar.

DO PEDIDO

Posto isso, requer liminarmente a atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto e, conseqüentemente, a suspensão do r. decidido em 1º grau, que determinou o imediato pagamento de suposta

insuficiência decorrente do pagamento do precatório alimentar em apreço, até a modulação de efeitos ao julgamento das ADIs propostas em relação à inconstitucionalidade da EC 62/09.

Nesses termos, pede e espera o recebimento e processamento da presente medida cautelar, **deferindo-se a liminar “inaudita altera pars”**.

Dá à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para fins fiscais.

Requer a oportunidade de produção de todas as provas em direito admitidas.

O interessado poderá ser notificado e intimado, por intermédio de seus advogados, Dr. Carlos Jose de Oliveira Toffoli, OAB/SP n. 89.826, e Dr. Claudio Sergio Pontes, OAB/SP n. 265.750, ambos com escritório na Rua Dona Maria Paula, 123, 20º andar, Ed. Main Office, Bela Vista, São Paulo–SP, CEP 01319-001.

Requer, finalmente, que todas as **PUBLICAÇÕES** sejam realizadas **exclusivamente** em nome da Procuradora do Estado de São Paulo Dra. Fernanda Luzia Gayão Freire, OAB/SP 329.159, sob pena de nulidade.

Nesses termos,
pede deferimento.
Brasília, 1ª de julho de 2013.

FERNANDA LUZIA GAYÃO FREIRE
Procuradora do Estado
OAB/SP 329.159

JOYCE S. SAITO
Procuradora do Estado
OAB/SP 180.582

SIDNEI PASCHOAL BRAGA
Procurador do Estado
OAB/SP 182.677

AÇÃO CAUTELAR Nº 3.396 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

AUTOR(A/S)(ES): ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RÉU(É)(S): RUBENS SPALAOR E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): CARLOS JOSÉ DE OLIVEIRA TOFFOLI

ADV.(A/S): CLAUDIO SERGIO PONTES

Decisão: 1. Trata-se de ação cautelar com pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário, não admitido na origem, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), nos autos do Agravo de Instrumento 0053091-25.2011.8.26.0000.

O requerente aduz, em suma, que (a) executado nos autos do Processo 521/06, teria realizado pagamento, referente a precatório alimentar (EP 6033/1997), no valor de R\$ 1.098.737,54 (um milhão, noventa e oito mil, setecentos e trinta e sete reais e quatro centavos); (b) os credores, não obstante o pagamento acima referido, apontaram a existência de diferença no valor de R\$ 37.899,97 (trinta e sete mil, oitocentos e noventa e nove reais e noventa e sete centavos); (c) em 14/07/2010, teria sido publicada decisão determinando o pagamento imediato da quantia indevidamente descontada do depósito judicial efetuado em 29/12/2008; (d) não ter sido possível cumprir referida decisão, em razão da adesão do Estado de São Paulo ao regime especial de pagamento previsto pela EC 62/2009, de modo que o pagamento dos precatórios encontrava-se sob a responsabilidade do Tribunal de Justiça de São Paulo, “não tendo a Procuradoria-Geral do Estado qualquer ingerência sobre o montante reservado para o pagamento de precatórios, o qual é repassado mensalmente”(p. 5 da petição inicial); (e) por se tratar de precatório expedido no ano de 2008 e não pago em sua integralidade, estaria o crédito sujeito à sistemática de pagamentos de precatórios prevista pelo art. 97 do ADCT (com redação dada pela EC 62/2009); (f) o Juízo da execução, contudo, afastou a aplicação, ao caso, das normas da EC 62/2009, por entender tratar-se de restituição de valores indevidamente retidos pelo devedor; (g) o TJ/SP, ao negar provimento ao agravo de instrumento, teria confirmado os termos da decisão agravada; (h) não obstante ter esta Corte declarado a inconstitucionalidade do regime especial de pagamento de precatórios previsto na EC 62/2009, em 11/04/2013, teria sido proferida decisão monocrática nos autos da ADI 4.357/DF (rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux), no sentido da “continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação da receitas para

fins de quitação da dívida, sob pena de sequestro”; e (i) dessa forma, “até que se realize a modulação dos efeitos referidos, não há como o recorrente dar cumprimento ao r. decidido pelo Juízo de 1º grau, esbarrando em verdadeira impossibilidade material para tanto” (p. 18 da petição inicial). Requer, assim, a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto.

Os requeridos apresentaram impugnação à presente ação cautelar, aduzindo, em síntese, que (a) a diferença pleiteada não corresponderia a insuficiência de pagamento decorrente da falta de correção monetária e juros, mas sim de “ato arbitrário da Fazenda do Estado que, quando do único depósito realizado nos autos (documento nº 1), desprovido de qualquer amparo jurídico, deduziu do crédito dos autores a quantia de R\$ 37.899,97”; (b) conforme confessado pela Fazenda do Estado de São Paulo, a dedução indevida teria ocorrido em razão do pagamento a maior feito a outros dois credores, Ademar Cociolito e João Cáceres Asnal, nos autos do pedido de Sequestro de Rendas 153.394.0/9-00; (c) “talvez insatisfeita com o critério de atualização determinado pelo E. Tribunal de justiça nos autos do sequestro, de forma abusiva, nos autos de execução, subtraiu do crédito dos demais autores aquilo que entendeu como incorreto na conta de Ademar Cociolito e João Cáceres Asnal que tiveram seus créditos sequestrados” (p. 2 da Petição 43.091/2013); e (d) a Fazenda Pública do Estado de São Paulo tem reiteradamente descumprido diversas decisões judiciais no sentido do pagamento imediato do débito.

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 nº 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 nº 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 a 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.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 5 de setembro de 2013.

MINISTRO TEORI ZAVASCKI

Relator

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR FEDERAL
DO TRABALHO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL DO
TRABALHO DA 15ª REGIÃO**

PROCESSO Nº 593-2007-004-15-00-2

ACÓRDÃO Nº 9293/09

O HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DE RIBEIRÃO PRETO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, autarquia estadual, pelo do Procurador do Estado que a esta subscreve (**representação processual conferida pelo inciso I do artigo 99 da Constituição Estadual, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14 de Abril de 2004**), não se conformando com o v. acórdão proferido, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, interpor

RECURSO DE REVISTA

com fundamento no artigo 896, alínea “c”, da CLT, requerendo a juntada das razões de recurso anexas, e, após seu regular processamento, sua remessa ao Egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

Termos em que,

Pede deferimento.

Campinas, 6 de março de 2009.

GUILHERME MALAGUTI SPINA

Procurador do Estado

OAB/SP 184.698

PROCESSO Nº 593-2007-004-15-00-2

ACÓRDÃO Nº 9293/09

RECORRENTE: Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

RECORRIDO: Ministério Público do Trabalho

RAZÕES DE RECURSO DE REVISTA

EGRÉGIO TRIBUNAL

Trata-se de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional da 15ª Região que, reformando a sentença monocrática, deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo Ministério Público do Trabalho nos autos da ação civil pública proposta em face do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

A ação civil possui como objeto a condenação do Hospital das Clínicas a contratar 7 (sete) técnicos de segurança do trabalho e 2 (dois) engenheiros de segurança do trabalho, em consonância com a NR 4, quadro II, a fim de constituir o SESMT (Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho) de maneira adequada, bem como que o Réu mantenha o SESMT corretamente direcionado, sob pena de multa diária.

O v. acórdão deu provimento ao recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho e, por consequência, julgou procedente a ação civil pública interposta, para o fim de:

- determinar que o Hospital Requerido providencie as contratações requeridas na inicial, precedidas de concurso público (por tratar-se o Réu de Ente Público), adotando-se o regime celetista.

- determinar, ainda, que com relação a tais contratações, deverão ser observadas todas as regras que regem a Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional, inclusive quanto à dotação orçamentária e quanto à iniciativa de lei para a criação de cargos, empregos e funções públicas.

- fixar o prazo de 180 dias para a realização do certame público e outros 180 dias (findo o primeiro prazo) para a efetiva contratação, prazo este que reputo suficiente para que sejam também atendidos os demais princípios que regem a Administração Pública (como dotação orçamentária, por exemplo).

- consignar que no caso de descumprimento dos prazos legais acima fixados, incidirá a multa diária de R\$ 1.000,00, até que seja atendida a determinação judicial.

Ambas as partes interuseram embargos declaratórios, sendo apenas acolhidos os do Ministério Público do Trabalho. A decisão foi complementada para o fim de:

- deferir o pleito de manutenção do SESMT corretamente dimensionado, em complemento ao pleito de letra 'a', já deferido no v. acórdão.

O acórdão de fls. 590/600, complementado pelo de fls. 618/621, viola, direta e frontalmente, diversos dispositivos constitucionais e legais, razão pela qual merece ser conhecido e provido o presente recurso de revista, com base na alínea 'c' do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

1) Violação dos artigos 61, § 1º, inciso II, 165, caput, incisos I, II e III e § 5.º e 169 da Constituição Federal, 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, 104, inciso II, do Código Civil e 15 a 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A determinação contida no v. acórdão constitui em uma obrigação impossível de ser realizada pelo recorrente.

Conforme ressaltado na contestação (fls.173/181), nas contrarrazões ao recurso ordinário (fls.576/584) e nos embargos de declaração (fls. 602/610), o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto é uma autarquia estadual, integrante, portanto, da chamada Administração Pública Indireta e sujeita às normas e princípios de direito público (i. e. normas de direito constitucional, de direito administrativo e de direito financeiro-orçamentário).

Também ficou consignado que o fato do Hospital das Clínicas ser inteiramente sujeito à obediência ao regime jurídico de direito público não significa que seja ele – enquanto entidade autárquica – capaz de superar todos os óbices que este regime jurídico impõe à efetiva contratação imposta no v. acórdão.

Resta claro que, por um lado, será o próprio Hospital das Clínicas quem irá promover concurso público de provas ou de provas e títulos para a contratação dos servidores, após autorização do Governador do Estado. Também é evidente que será ele próprio a contratar os servidores.

No entanto, outras providências fogem à sua alçada, em razão da estrutura constitucional dada às autarquias. Essa configuração das autarquias lhes outorga um leque de deveres-poderes, mas, por outro lado, e pela própria essência da estruturação do Poder imposta pelo Constituinte de 1988, lhes são vedadas diversas condutas.

A primeira conduta que é vedada às autarquias é decorrência lógica do Princípio Federativo. As autarquias não possuem competência política, vale dizer, não são pessoas jurídicas de direito público legiferantes, posto que não são entes da

Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal – artigos 1º e 18 da Constituição Federal).

A autonomia a que são dotadas as autarquias é exclusivamente de ordem administrativa. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “as autarquias podem ser definidas como pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa” (Curso de Direito Administrativo, 23ª ed. pág. 156).

Os cargos ou empregos públicos requeridos na inicial não existem nos quadros do Hospital das Clínicas. Devem, portanto, ser criados por lei. A necessidade de lei para a criação de cargos e empregos públicos e sua respectiva remuneração é afirmação uníssona entre nossos constitucionalistas e administrativistas:

“Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços ou de outra destas Casas.

(..)

Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como aliás, prevê a Lei nº 9962, de 22.2.2000. Quando se trate de empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, § 1º, II, ‘a’.”

(Celso Antônio Bandeira de Melo, ob. cit. pág. 245/247)

“Cabe também lembrar que o artigo 61, § 1º, inciso II, ‘a’, da Constituição Federal exige lei de iniciativa do Presidente da República, para a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta, autárquica ou aumento de sua remuneração.”

(Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 14ª ed. pág. 440)

Como se pode ver, a necessidade de lei para a criação de cargos e empregos públicos é exigência constitucional, constante do artigo 61, § 1º, inciso II, alínea ‘a’, da Constituição Federal (vide também artigo 24, parágrafo 2o, da Constituição do Estado de São Paulo). Mas esta exigência é de exclusiva alçada do Governador do Estado de São Paulo, único com atribuição política para deflagrar o processo legislativo.

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...);

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;”

E mais: após o envio ao Projeto de Lei à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, esta, no exercício de sua atribuição também política, poderá aprová-lo ou rejeitá-lo.¹

A segunda conduta que é vedada às autarquias decorre do princípio da universalidade do orçamento no Direito Brasileiro: todas as despesas e receitas a serem feitas pela Administração Pública Direta e Indireta devem ser previstas nas leis orçamentárias.

O artigo 165, § 5º, da Constituição Federal dispõe, dando concreção ao princípio da universalidade, que a lei orçamentária anual compreende o orçamento das entidades integrantes da Administração Direta e Indireta.

Em correlação com o princípio da universalidade, o § 1º do artigo 169 da Constituição Federal estabelece que:

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, **a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras**, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver **prévia dotação orçamentária** suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver **autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias**, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

(grifo nosso).

Ou seja: a criação de cargos ou empregos públicos, além de prevista na lei orçamentária anual, deverá ser precedida de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

1 Saliente-se que inexistente previsão na Constituição Bandeirante de medida provisória estadual, conforme se pode verificar do artigo 21 da Constituição Estadual.

Ademais, o artigo 165, caput e incisos I, II e III, da Constituição Federal impõe que a iniciativa para as leis orçamentárias seja reservada ao Chefe do Poder Executivo:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

Diversas outras exigências para a assunção de novas despesas são previstas nos artigos 15 a 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), que pormenorizam as diretrizes traçadas pela Constituição Federal.

Resta claro, portanto, que não é da alçada do Hospital das Clínicas a inclusão na peça orçamentária anual ou na lei de diretrizes orçamentárias a criação de cargos e empregos públicos. Trata-se de atribuição do Governador do Estado, que encaminhará o projeto de lei orçamentária à Assembleia Legislativa para análise e votação (vide artigo 166 da Constituição Federal). O projeto de lei ainda é sujeito às chamadas emendas parlamentares, que poderão, inclusive, suprimir os cargos ou empregos indicados no projeto.

Em conclusão: no que se refere à criação de cargos ou empregos públicos mediante lei e à inclusão destes na lei orçamentária anual e na lei de diretrizes orçamentárias, o Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto, em sendo uma autarquia, não possui qualquer competência ou poder para que as medidas sejam adotadas, uma vez que são de exclusiva alçada do Governador e da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

Observe-se que a ação foi proposta unicamente em face do Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto. O Estado de São Paulo – responsável pelo cumprimento de tais medidas – não é parte no feito.

A obrigação imposta pelo v. acórdão é impossível de ser realizada pelo Hospital das Clínicas. Não pode a autarquia proceder às contratações sem que antes tenham sido criados os respectivos cargos ou empregos públicos ou que exista autorização orçamentária, providências estas, frise-se, que não são de sua alçada.

Pode-se dizer, sem risco de errar, que tal conduta constituirá ato de improbidade administrativa, nos termos dos artigos 10, inciso IX e 11, inciso V, da Lei nº 8.429/92:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...);

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...);

V - frustrar a licitude de concurso público;

Obrigar o Hospital das Clínicas a proceder tais contratações, na forma como o v. acórdão ordenou, é ir contra o ordenamento jurídico pátrio. É impor algo que não se pode realizar do ponto de vista jurídico.

O Código Civil dispõe que o ato jurídico deve ter, ao lado de outros requisitos, objeto possível. Confira-se a redação do artigo 104:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

A boa doutrina assim leciona acerca da necessidade do objeto do ato jurídico ser possível, relacionando-a com a sua licitude:

“A noção de possibilidade do objeto relaciona-se, de certa forma, com o sentido da liceidade quando se trata de possibilidade jurídica de um determinado comportamento, pois são correlatas as ideias de possibilidade de um ato frente à lei e conformidade com o ordenamento.”

(Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, org, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes, 2ª ed, pág. 219)

Na mesma linha de raciocínio, mas do ponto de vista processual, o pedido formulado pelo Ministério Público do Trabalho é juridicamente impossível de ser realizado pelo Hospital das Clínicas, o que faz incidir, na espécie, o artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil:

“Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.”

A impossibilidade de adimplemento da obrigação imposta no v. acórdão importa, necessariamente, na conclusão de que este violou os artigos 104, inciso II, do Código Civil e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. A razão jurídica desta impossibilidade constitui-se no disposto nos artigos 61, § 1º, inciso II, alínea ‘a’, 165, *caput*, incisos I, II, III e § 5º e 169 da Constituição Federal e 15 a 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que atribuem ao Governador do Estado e Assembleia Legislativa o poder de superar os óbices jurídicos necessários à contratação requerida. Tais dispositivos, portanto, também sofreram violação literal por parte do v. acórdão.

Diante das violações diretas e literais à Constituição da República e legislação federal acima apontadas, verifica-se que o presente recurso de revista merece conhecimento e provimento, nos termos do artigo 896, alínea ‘c’, da Consolidação das Leis do Trabalho, para o fim de julgar improcedentes os pedidos iniciais.

2) Violação do Princípio da Independência e Harmonia entre os Poderes da República (artigo 2º da Constituição Federal) e artigos 61, § 1º, inciso II, alínea ‘a’, e 165, caput e incisos I, II e III, da Constituição Federal.

Visto de outro ângulo argumentativo e ainda que superadas as alegações acima, a determinação contida no acórdão regional, tal como posta, viola direta e frontalmente o artigo da 2º da Constituição Federal, que consagra o Princípio da Independência e Harmonia entre os Poderes.

O artigo 2º da Constituição Federal estabelece que são “*Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”. A independência e harmonia significam, em poucas palavras, que os Poderes da República possuem atribuições distintas e que um Poder só interferirá no outro na medida em que a própria Constituição Federal autorize.

José Afonso da Silva assim leciona acerca do artigo 2º da Constituição Federal:

“A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar e demitir seus ocupantes (...)”

“Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses

órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.”

(Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª edição, pág. 114/115 – grifo nosso).

Na espécie, o Poder Judiciário determinou que uma autarquia do Poder Executivo do Estado de São Paulo procedesse à contratação de alguns servidores públicos, fixando prazo para tanto. O prazo concedido destina-se a que sejam “*atendidos os demais princípios que regem a Administração Pública (como dotação orçamentária, por exemplo)*” (fl. 599).

Como já dito, basicamente são três providências que se deve tomar antes de contratar qualquer servidor público: (i) autorização orçamentária, mediante lei; (ii) criação dos cargos e empregos públicos mediante lei; (iii) realização de concurso público.

Ao determinar que um órgão do Poder Executivo contrate os servidores, por consequência lógica o Poder Judiciário obrigou que o Governador do Estado e a Assembleia Legislativa legissem duas vezes: (i) a primeira, para que incluam na peça orçamentária a nova despesa de pessoal que irá acarretar tal contratação; (ii) criem cargos ou empregos mediante lei para que os futuros servidores os ocupem.

Em outros termos, o v. acórdão regional determinou, sob pena de pesada multa diária, que o Governador do Estado deflagre dois processos legislativos e que a Assembleia Legislativa os aprove. E mais: proibiu que a Assembleia rejeite o projeto de lei, pois, caso assim o faça, a multa cominatória necessariamente irá incidir.

Ora, se compete única e exclusivamente aos Poderes Executivo e Legislativo a criação de cargos e empregos na Administração Pública e a inclusão destes na peça orçamentária anual e na lei de diretrizes orçamentárias, a determinação do Poder Judiciário de que o Hospital das Clínicas assim o faça vai de encontro com o postulado constitucional da separação dos poderes.

Nítido que o Poder Judiciário, ao determinar a contratação de servidores sem lei que crie o cargo ou emprego público ou sem autorização orçamentária, entrou em seara que não lhe afeta, pois em última análise, ordenou que o Poder Executivo, por intermédio de uma mera autarquia, adotasse as providências legislativas para tanto.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em situação análoga à presente:

“A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 — RTJ 143/57 — RTJ 146/461-462 — RTJ 153/765, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário — que não dispõe de função legislativa — passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.”

(STF, MS 22.690, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-97, DJ de 7-12-06 – grifo nosso).

Assim, agindo, o v. acórdão violou o já citado artigo 61, § 1º, inciso II, alínea ‘a’, da Constituição Federal, que garante a iniciativa reservada ao Chefe do Executivo para deflagrar o processo legislativo para a criação de cargos e empregos públicos. Também violou o artigo 165, *caput* e incisos I, II e III, da Constituição, que determina que as leis orçamentárias sejam de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo. Aliás, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento pacificado de que a cláusula da reserva da iniciativa, aplicável aos Estados-membros em razão do princípio da simetria, é corolário do princípio da separação dos poderes:

*O § 1º do art. 61 da Lei Republicana confere ao Chefe do Poder Executivo a privativa competência para iniciar os processos de elaboração de diplomas legislativos que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e Autárquica, o aumento da respectiva remuneração, bem como os referentes a servidores públicos da União e dos Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (alíneas a e c do inciso II do art. 61). (...) **A jurisprudência desta Casa de Justiça sedimentou o entendimento de ser a cláusula da reserva de iniciativa, inserta no § 1º do artigo 61 da Constituição Federal de 1988, corolário do princípio da separação dos Poderes. Por isso mesmo, de compulsória observância pelos estados, inclusive no exercício do poder reformador que lhes assiste.***

(STF, ADI 3061, Rel. Min. Carlos Britto, j. 05.04.06, DJ 09.06.06 – grifo nosso).

Em conclusão, a determinação contida no v. acórdão vai de encontro com o

princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF) e do disposto nos artigos 61, § 1º, inciso II, alínea 'a', da CF. Há evidente violação de tais dispositivos constitucionais, a ensejar o conhecimento e provimento deste recurso de revista, nos termos do artigo 896, alínea 'c', da Consolidação das Leis do Trabalho, para o fim de julgar improcedentes os pedidos iniciais.

3) Do início do prazo para a adoção das providências pelo Hospital das Clínicas destinadas à contratação dos servidores.

Pede-se licença para transcrever, mais uma vez, uma das determinações contidas no v. acórdão:

“Fixo o prazo de 180 dias para a realização do certame público e outros 180 dias (findo o primeiro prazo) para a efetiva contratação, prazo este que reputo suficiente para que sejam também atendidos os demais princípios que regem a Administração Pública (como dotação orçamentária, por exemplo).”

Repise-se a argumentação exposta nos itens anteriores: ao Hospital das Clínicas é impossível providenciar autorização orçamentária e legislativa para viabilizar a contratação requerida.

Em assim sendo, para a hipótese dos argumentos dos itens anteriores não serem acolhidos por este Tribunal Superior, argumentos estes que pedem a improcedência dos pedidos iniciais, o recorrente requer, de forma subsidiária, que os dois prazos sucessivos de 180 dias sejam contados apenas a partir do momento em que essas providências sejam concretizadas pelo Governador do Estado e Assembleia Legislativa.

Este raciocínio também supõe que o v. acórdão regional violou diversos dispositivos constitucionais e legais, a saber: artigos 20, 61, § 1º, inciso II, alínea 'a', 165, *caput*, incisos I, II, III e § 5º e 169 da Constituição Federal e 15 a 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal, 104, inciso II, do Código Civil e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Ou seja: o prazo para o Hospital das Clínicas providenciar todas as medidas de ordem administrativa para a concretização da contratação, inclusive com a realização de concurso público, só será contado quando haja autorização legislativa no orçamento e criação dos cargos ou empregos públicos por lei.

Com isso não se estará impondo obrigação de impossível realização pelo recorrente e o Poder Judiciário não determinará que os Poderes Legislativo e Executivo legislem do modo como ele – Poder Judiciário – quer e deseja, em total subversão da ordem constitucional vigente.

Destarte, para a hipótese dos argumentos expostos nos itens anteriores não serem acolhidos, e ante as violações legais e constitucionais perpetradas pelo v. acórdão regional, requer o recebimento e provimento deste recurso de revista, nos termos da alínea 'c' do artigo 896 da CLT, para o fim de reformar a decisão recorrida e determinar que o prazo para o recorrente adotar as providências necessárias à contratação se inicie apenas após a autorização orçamentária e legislativa acima referidas.

4) Do aumento do prazo para a realização das providências tendentes à contratação requerida.

Caso não sejam acolhidos os pedidos dos itens anteriores, o recorrente requer a dilatação dos prazos para a realização das autorizações orçamentárias e legislativas e abertura e conclusão de concurso público, na forma da argumentação abaixo.

De fato, justifica-se o requerimento.

Como se sabe, o orçamento no direito brasileiro é uma lei em sentido formal. A lei orçamentária é proposta, discutida e votada no exercício imediatamente anterior àquele que irá vigorar.

Suponhamos que o processo de conhecimento transite em julgado no transcorrer do ano de 2009. Só será possível a inclusão do aumento de despesa acarretado com a futura contratação no orçamento de 2010. A partir daí é que o Governador poderá enviar o projeto de lei à Assembleia Legislativa para que esta o analise e aprove. E apenas essa aprovação é que se poderão adotar as medidas de ordem administrativa destinadas à realização do certame e contratação dos servidores.

Portanto, verifica-se que o prazo dado pelo v. acórdão é demasiadamente curto. Requer, assim, que se fixe prazo de um ano para que o Governador do Estado envie o projeto de lei para a criação dos cargos ou empregos e para que a Assembleia Legislativa o discuta e aprove. Requer, também, seja este prazo contado a partir do exercício seguinte àquele em que o processo de conhecimento transitou em julgado, pois só assim se poderá incluir na peça orçamentária a despesa necessária para arcar com os custos decorrentes da condenação. Por fim, requer prazo sucessivo de um ano para que o Hospital das Clínicas promova todas as medidas de ordem administrativa, inclusive a realização de concurso público, para a efetiva contratação dos servidores.

5) Determinação do regime jurídico em que se dará a contratação.

Para a hipótese de serem superadas as alegações acima, passa-se a rebater a determinação no v. acórdão de que a contratação deverá ser regulada, necessariamente, pela Consolidação das Leis do Trabalho.

A r. sentença e o v. acórdão levantaram a questão relativa ao regime jurídico em que se dará a contratação dos servidores. Para a magistrada sentenciante, embora julgando improcedentes o pedidos iniciais, o correto seria a adoção do regime estatutário para a contratação. Já para o v. acórdão, o Hospital das Clínicas deverá proceder a contratação pela Consolidação das Leis do Trabalho.

A decisão viola de maneira frontal do artigo 25 da Constituição Federal, que garante a autonomia dos Estados-membros em se organizar:

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.”

Como se sabe, o Estado de São Paulo nunca implantou o regime jurídico único para os seus servidores. Em consequência, convivem servidores estatutários e celetistas em toda a Administração Direta e Indireta. Aliás, tal circunstância é ressaltada no v. acórdão regional (fls. 597/598).

Portanto, é decisão do Estado-membro escolher em qual regime irá se dar a contratação (celetista ou estatutário). Determinação judicial que imponha um ou outro viola a autonomia federativa, consubstanciada no artigo 25 da Constituição Federal.

Desse modo, ante a violação direta e literal do artigo 25 da Constituição Federal, requer o conhecimento e provimento deste recurso de revista, nos termos do artigo 896, alínea ‘c’, da CLT, para o fim de excluir a determinação de que a contratação deverá ser, necessariamente, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

6) Exclusão da multa cominatória ou diminuição de seu valor.

O v. acórdão fixou multa diária cominatória de R\$ 1.000,00 para o caso de descumprimento da decisão judicial.

A decisão viola o artigo 100 da Constituição Federal, que trata da forma de execução de obrigações pecuniárias contra as pessoas jurídicas de direito público.

A multa cominatória, quando fixada contra ente público, não surte o efeito desejado pela legislação processual civil, notadamente pelo artigo 461 do Código de Processo Civil. Isso porque a execução da multa necessariamente deverá ser feita mediante precatório judicial, na forma do já citado artigo 100 da Constituição Federal, caindo na vala comum dos débitos fazendários decorrentes de decisões judiciais transitadas em julgado.

Na realidade, a medida adequada é a punição do servidor ou agente político responsável pelo descumprimento da ordem judicial, o que não foi previsto no v. acórdão ou mesmo requerido pelo *Parquet* na petição inicial (vide fl. 14).

Caso assim não se entenda, requer a diminuição do seu valor, dado que R\$ 1000,00 diários se mostra em descompasso com o valor da obrigação principal. Nos termos do artigo 412 do Código Civil, violado pelo acórdão recorrido, a cláusula penal não pode superar o valor da obrigação principal.

Ante o exposto, tendo em conta a violação dos artigos 100 da Constituição Federal e 412 do Código Civil, requer o conhecimento e provimento deste recurso de revista, nos termos da alínea 'c' do artigo 896 da CLT, para o fim de excluir a multa cominatória prevista no v. acórdão regional ou, subsidiariamente, diminuir o seu valor.

7) Pedido.

Por todo o exposto, tendo em conta as diversas violações constitucionais e legais, requer o conhecimento e provimento do presente recurso, com a reforma do v. acórdão regional, nos termos do artigo 896, alínea 'c' da Consolidação das Leis do Trabalho, da seguinte forma:

(i) conforme argumentação dos itens 1 e 2, requer a improcedência dos pedidos iniciais;

(ii) subsidiariamente, conforme argumentação no item 3, requer que se inicie o prazo para a concretização das medidas tendentes à contratação apenas após a realização das providências de alçada do Governador e Assembleia Legislativa;

(iii) subsidiariamente, requer que seja dilatado o prazo para a concretização das medidas tendentes à contratação, conforme argumentação no item 4;

(iv) subsidiariamente, requer seja excluída a imposição do regime celetista para a contratação, conforme item 5;

(v) subsidiariamente, requer seja excluída a multa cominatória ou o seu valor seja reduzido, nos termos argumentados no item 6.

Campinas, 6 de março de 2009.

GUILHERME MALAGUTI SPINA

Procurador do Estado

OAB/SP 184.698

PROCESSO Nº TST-RR-59300-92.2007.5.15.0004**A C Ó R D Ã O****5ª Turma****RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE.**

IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO RECURSO DE REVISTA. ARGUIÇÃO EM SEDE DE CONTRARRAZÕES. AUTARQUIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NORMA ESPECÍFICA. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 318 DA SBDI-1.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de inaplicabilidade da Orientação Jurisprudencial nº 318 em relação às autarquias do Estado de São Paulo, quando representadas em juízo pela Procuradoria Geral do Estado, ante a existência de previsão expressa na Constituição Estadual a disciplinar a representação judicial desses entes (artigo 99, I). **Precedentes.**

Não conhecido.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUTARQUIA ESTADUAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. VÍCIO DE INICIATIVA.

Por expressa disposição da Constituição Federal, compete à lei, em sentido estrito, a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, sendo imprescindível, dentre outros requisitos, a sua iniciativa pelo Chefe do Poder Executivo (artigo 61, § 1º, inciso II, alínea 'a'). Desse modo, a autarquia estadual encontra-se proibida de criar novos cargos, ainda que por força de comando judicial, já que não possui autonomia para dispor sobre despesas, salvo se expressamente autorizado por lei e respeitados os limites nela previstos, sob pena de praticar ato eivado de vício de iniciativa.

Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-59300-92.2007.5.15.0004, em que é Recorrente **HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DE RIBEIRÃO PRETO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO** e Recorrido **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo *Parquet*.

O reclamado interpõe recurso de revista, com fulcro no artigo 896, “a” e “c”, da CLT.

Despacho de admissibilidade à fl. 649.

Razões de contrariedade foram apresentadas.

Sem necessidade de remessa dos autos à Procuradoria Geral do Trabalho em razão do Ministério Público do Trabalho atuar como parte no feito.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

O recurso de revista é tempestivo, está assinado por Procurador do Estado e é isento de preparo.

**IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO RECURSO DE REVIS-
TA. AUTARQUIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NORMA ESPECÍFICA.
INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 318 DA
SBDI-1.**

O *Parquet*, em contrarrazões, sustenta tese de irregularidade de representação do reclamado, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 318 da SBDI-1, porquanto não se faz representar por Procurador Autárquico, mas por Procurador Estadual.

À análise.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de inaplicabilidade da Orientação Jurisprudencial nº 318 em relação às autarquias do Estado de São Paulo, quando representadas em juízo pela Procuradoria Geral do Estado, ante a existência de previsão expressa na Constituição Estadual a disciplinar a representação judicial desses entes (artigo 99, I).

Nesse sentido, os seguintes precedentes: E-ED-AIRR-203140-93-20-05-5-02-0069, SBDI-1, Min. Rosa Maria Weber, DEJT 06/05/2011; E-A-AIRR-48440-15-2006-5-02-0041, SBDI-1, Min. Maria de Assis Calsing, DEJT 01/04/2011; RR-66400-28-2008-5-15-0113, 2ª Turma, Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 11/02/2011; Ag-RR-230800-08-2005-5-15-0067, 5ª Turma, Min. Kátia Magalhães Arruda, DEJT 21/05/2010.

Não conheço.

[...]

O reclamado interpõe recurso de revista sustentando que a determinação no sentido de que adote os procedimentos necessários proceda à seleção e contratação dos profissionais necessários à implantação do SESMT, sob regime celetista, afronta princípios de direito Público, pois transfere ao reclamado responsabilidades e atribuições que são exclusivas do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo, *in casu*, o Governador do Estado de São Paulo e a Assembleia Legislativa. Aponta violação dos artigos 61, § 1º, inciso II, alínea 'a', 165, *caput*, incisos I a III, § 5º, e 169 da Constituição Federal; 267, inciso VI, do CPC; 104, II, do CCB e 15 a 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

À análise.

Do cotejo das razões recursais com os fundamentos adotados no acórdão recorrido se constata que o Regional, ao acolher a pretensão deduzida na petição inicial, decidiu de forma a violar o disposto no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea 'a', da Constituição de 1988, pois determina que o reclamado pratique ato eivado de manifesto vício de iniciativa.

Por força do princípio do paralelismo ou da simetria, os dispositivos da Constituição Federal alusivos ao processo legislativo são de observância obrigatória pelos demais entes da Federação.

Assim, a partir do momento em que a alínea 'a', inciso II, § 1º, do artigo 61 da Constituição de 1988, estabelece a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, vincula-se automaticamente - por simetria - o poder constituinte decorrente dos Estados-Membros e dos Municípios.

Fixadas essas premissas, não pode o reclamado praticar os atos determinados pelo Regional.

Conheço.

II - MÉRITO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUTARQUIA ESTADUAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. VÍCIO DE INICIATIVA.

Conhecido o recurso de revista por violação do artigo 61, § 1º, inciso II, alínea 'a', da Constituição de 1988, o seu provimento é medida que se impõe.

Assim, **dou provimento** ao recurso de revista para restabelecer a sentença que julgou improcedente a ação civil pública. Invertido o ônus da sucumbência. Prejudicados os demais temas recursais.

Custas, na forma estipulada na decisão de primeiro grau.

ISTO POSTO, ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por violação do artigo 61, § 1º, inciso II, alínea 'a', da Constituição de 1988, e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença que julgou improcedente a ação civil pública. Invertido o ônus da sucumbência. Prejudicados os demais temas recursais. Custas, na forma estipulada na decisão de primeiro grau.

Brasília, 31 de agosto de 2011.

EMMANOEL PEREIRA

Ministro Relator

A PUBLICIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS POR ORGANIZAÇÕES SOCIAIS EM ANO ELEITORAL

Flávia Della Coletta Depiné¹

1. Introdução; 2. O alcance do disposto no §1º do artigo 73 da Lei nº 9.504 de 1997; 3. A natureza jurídica das Organizações Sociais; 4. A infração do art. 73, inciso VI, b, da Lei nº 9.504/97: requisitos para configuração; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

No presente artigo pretende-se lançar olhar à vedação constante no artigo 73, inciso VI, b, da Lei nº 9.504 de 1997 – consubstanciada na proibição de autorização, nos três meses que antecedem o pleito, de publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta – com intuito de delimitar o âmbito de incidência da referida norma proibitiva no que concerne à publicidade dos serviços prestados por organizações sociais.

Propõe-se, sem pretender esgotar a matéria, examinar o alcance do conceito de agente público constante do §1º do artigo 73 da referida lei e a natureza jurídica das organizações sociais, o que se fará esquadrinhando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial na questão.

A partir das conclusões alcançadas intenta-se analisar os elementos constantes do tipo normativo, a fim de classificar cada um desses para enfim concluir se à luz da referida legislação há vedação eleitoral que impeça a divulgação, no período crítico, dos serviços prestados pelas organizações sociais.

1 Procuradora do Estado, mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e graduada pela Universidade Estadual de Londrina, Paraná.

2. O alcance do disposto no §1º do artigo 73 da Lei nº 9.504/97

O preceito cujo alcance pretende-se examinar está assim vazado:

§1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.

A norma está inserta no capítulo da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, denominada Lei Eleitoral, destinado a disciplinar as condutas vedadas aos agentes públicos que, nos termos da Lei, são *tendentes a afetar a igualdade de oportunidade entre os candidatos nos pleitos eleitorais*.

O bem jurídico que as normas proibitivas pretendem preservar é a legitimidade do processo eleitoral, considerado aquele hábil a assegurar o pleno exercício da soberania popular que se dá por intermédio da livre manifestação da vontade do povo nas urnas, pedra angular da democracia.

Há que se ressaltar que a legitimidade das eleições é princípio inscrito no artigo 14, §9º, da CF. [...] a observância do procedimento legal que regula as eleições é extremamente relevante para a legitimidade dos governantes. Ele deve ser observado com isenção, de sorte a proporcionar as mesmas oportunidades a todos os participantes do certame. Tal procedimento é objeto do Direito Eleitoral.²

Nesse sentido, a preservação da igualdade de oportunidades entre os candidatos tem por finalidade garantir a lisura do processo de escolha popular, impedindo que agentes públicos, por meio da utilização abusiva das prerrogativas de seus cargos, empregos ou funções, interfiram nesse processo a favor de candidato ou partido político.

As vedações constantes dos incisos e parágrafos do artigo 73 dizem respeito, em sua maioria, à utilização de recursos públicos – imóveis públicos, materiais ou serviços custeados pelo Estado, cessão de servidores, incremento de publicidade e concessão de aumento remuneratório a servidores –; por essa razão, o §1º do artigo 73 inegavelmente atribui conotação ampla ao signo linguístico *agente público*.

Percebe-se da natureza das vedações que o intuito do legislador foi o de impedir a utilização de recursos públicos em prol de candidatura ou partido político, garantindo-se legitimidade ao processo eleitoral e respeito aos princípios da impessoalidade, da legalidade, da moralidade e da probidade administrativa.

2 José Jairo Gomes. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56.

A utilização de verbas públicas para fins eleitorais não prescinde, em regra, da presença de um gestor público, razão porque a Lei atribui enfoque à figura dos agentes públicos, ordinariamente gestores de recursos públicos.

Para a legislação eleitoral, portanto, o conceito de agente público não se confunde com o de servidor ou empregado público, sendo inegavelmente mais amplo. Nesse sentido cita-se:

Tendo em vista que a preocupação precípua do legislador está em manter a lisura do processo eleitoral, foi adotada pelo artigo 73, especificamente em seu § 1º, uma abrangente definição de agente público, estando também inseridos neste conceito aqueles que exercem função transitória ou que até mesmo não recebem remuneração. O vínculo ou a investidura pode se dar em razão de eleição, designação, nomeação, contratação ou qualquer outra forma prevista em lei, estando assim abrangidos servidores efetivos ou comissionados de um modo geral e os agentes políticos de qualquer esfera.³

Parece claro que para efeitos da legislação eleitoral é considerado agente público aquele que, mesmo de forma transitória e sem remuneração, exerce alguma atividade pública que, inclusive, não precisa ser remunerada. Cita-se, nesse sentido, o entendimento de Pedro Roberto Decomain:⁴

De acordo com o § 1º do art. 73 da Lei nº 9.504/97, “reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional”.

Esse conceito de agente público é bem amplo e compreende toda e qualquer pessoa que realize uma tarefa inerente ao poder público ou dela participe, qualquer que seja o vínculo existente entre essa pessoa e a administração pública em sentido amplo, qualquer que seja a forma de remuneração a que essa pessoa tenha direito, e mesmo que seu trabalho não seja remunerado. Por agentes públicos devem ser entendidos, diz a regra, todos os servidores e empregados da administração pública direta, isto é, do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público ou do Tribunal de Contas, e também todos os servidores e empregados da administração pública indireta, isto é, das autarquias, das empresas públi-

3 Revista Jurídica 9 de julho, Temas de Direito eleitoral, Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. São Paulo, agosto de 2010, CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS-COMENTÁRIOS AOS ARTIGOS 73 A 78 DA LEI Nº 9.504/1997. Iris Kammer.

4 *Condutas vedadas aos agentes públicos*, Resenha Eleitoral – Nova Série, v. 7, n. 2 (jul/dez 2000). Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/index.html>>. Acesso em: 17/06/2014.

cas e das sociedades de economia mista quer sejam criadas pelo governo federal, quer pelos governos estaduais, quer pelos municípios. Também todos os detentores de mandatos eletivos são considerados agentes públicos, para os fins dessa lei.

Assim, exemplificando, são considerados agentes públicos o presidente da República, os governadores dos Estados ou do Distrito Federal os prefeitos municipais, o vice-presidente da República, os vice-governadores dos Estados e do Distrito Federal, os vice-prefeitos, os ministros de Estado, os secretários de Estado e do Distrito Federal, os secretários municipais, todos os funcionários públicos em sentido estrito, quer ocupem cargos de provimento efetivo, quer cargos de provimento em comissão, quer sejam do governo federal quer dos governos estaduais ou do Distrito Federal, quer dos governos municipais, e de quaisquer dos seus poderes, assim como dos Tribunais de Contas e dos Ministérios Públicos. Também são agentes públicos, para os fins dessa lei, todos os servidores das autarquias, qualquer que seja o seu regime jurídico, e todos os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista. São agentes públicos ainda, para os fins dessa lei, todos os servidores ou empregados das fundações instituídas ou mantidas pelo poder público, ainda que essas fundações tenham caráter de direito privado. Devem ainda ser considerados agentes públicos para os fins dessa lei, os integrantes de todos os conselhos de governo, quer federais, quer estaduais, do Distrito Federal, ou municipais, mesmo que não sejam servidores ou empregados públicos em sentido estrito. Isso compreende, por exemplo, os integrantes dos Conselhos de Educação, de Saúde, de Entorpecentes, dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Conselho Penitenciário, e dos Conselhos Tutelares dos municípios. Enfim, qualquer pessoa que, mesmo transitoriamente, isto é, temporariamente ou sem remuneração exerça uma atividade pública, é considerada agente público para os fins previstos nessa lei.

Esse conceito de agente público é semelhante àquele contido no art. 327 do Código Penal e, como se viu, a natureza do cargo, emprego ou função, e o modo de investidura do agente público, assim como a duração dessa investidura e a existência ou inexistência de remuneração, são irrelevantes para a caracterização do agente público, para os fins previstos no art. 73 da lei.

As Advocacias Públicas, nas “Cartilhas de Orientação aos Agentes Públicos” veiculadas às respectivas administrações, têm adotado conceito bastante amplo de agente público, como o abraçado pela Advocacia Geral da União, *verbis*:

De acordo com § 1º do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997:

“Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional.”

Verifica-se que a definição dada pela Lei é a mais ampla possível, de forma que estão compreendidos:

- os agentes políticos (Presidente da República, Governadores, Prefeitos e respectivos Vices, Ministros de Estado, Secretários, Senadores, Deputados federais e estaduais, Vereadores etc.);
- os servidores titulares de cargos públicos ou empregados, sujeitos ao regime estatutário ou celetista, em órgão ou entidade pública (autarquias e fundações), empresa pública ou sociedade de economia mista;
- as pessoas requisitadas para prestação de atividade pública (p. ex.: membro de Mesa receptora ou apuradora de votos, recrutados para o serviço militar obrigatório etc.);
- os gestores de negócios públicos;
- os estagiários;
- os que se vinculam contratualmente com o Poder Público (prestadores terceirizados de serviço, concessionários ou permissionários de serviços públicos e delegados de função ou ofício público).⁵

O mesmo conceito amplíssimo de agente público, que abarca inclusive os prestadores de serviços à Administração, é adotado, por exemplo, na Cartilha Eleitoral veiculada pelo Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, da qual se destaca:

De acordo com § 1º do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, agente público é *“quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional.”*

De acordo com o Direito Administrativo, agente público não é apenas o servidor ou empregado público, nos conceitos tradicionais, mas qualquer pessoa com alguma relação com a Administração Pública Direta ou Indireta. Isso abrange desde os cargos eletivos, cargos em comissão, servidores temporários e estagiários até o voluntariado atuante em causas sociais ou humanitárias, incluindo os terceirizados e concessionários de serviços públicos.

5 Condutas vedadas aos agentes públicos federais em eleições. Advocacia-Geral da União, Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Centro de Ética Pública da Presidência da República, Comissão de Ética Pública da Presidência da República, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www.cprm.gov.br/publique/media/cartilha-eleicoes-2014.pdf>>. Acesso em: 17/06/2013. No mesmo sentido: Procuradoria-Geral do Estado de Sergipe, Gabinete do Procurador Geral. Disponível em: <<http://www.pge.se.gov.br/wp-content/uploads/2014/03CARTILHA-ORIENTAÇÃO-G>>. Acesso em: 17.06.2014.

Em suma, estão compreendidos como agentes públicos para fins eleitorais:

- os agentes políticos (Presidente da República, Governadores, Prefeitos e respectivos Vices, Ministros de Estado, Secretários, Senadores, Deputados federais e estaduais, Vereadores etc.);
- os servidores titulares de cargos públicos ou empregados, sujeitos ao regime estatutário ou celetista, em órgão ou entidade pública (autarquias e fundações), empresa pública ou sociedade de economia mista;
- as pessoas requisitadas para prestação de atividade pública (p. ex.: membro de Mesa receptora ou apuradora de votos, recrutados para o serviço militar obrigatório etc.);
- os gestores de negócios públicos;
- os estagiários;
- os que se vinculam contratualmente com o Poder Público (prestadores terceirizados de serviço, concessionários ou permissionários de serviços públicos e delegados de função ou ofício público).⁶

Evidencia-se, portanto, que o conceito de agente público adotado estritamente para fins eleitorais é amplíssimo e, nesse sentido, não exclui os **responsáveis** pelas Organizações Sociais, na condição de *gestores de recursos públicos*.

A assertiva não significa assentir que **todos** os empregados de empresas terceirizadas da Administração Pública, de concessionárias e permissionárias de serviços públicos e de entidades do terceiro setor, como, por exemplo, as organizações sociais, são agentes públicos para fins eleitorais.

A despeito de signo linguístico *agente público* ter inegavelmente sido empregado de forma ampla no dispositivo em análise, parece não autorizar conclusão segundo a qual qualquer funcionário de empresa contratada pelo Poder Público, independentemente de sua atribuição e grau de responsabilidade, é reputado agente público para os fins da Lei Eleitoral, em especial, para efeito da incidência das vedações constantes dos incisos e parágrafos do artigo 73 da referida Lei.

Nesse sentido, cita-se entendimento de Adriano Soares da Costa:

O preceito dá uma conotação bem larga ao signo *agente público*, acompanhando todos os que possuem um vínculo de trabalho com a Administração Pública – Direta, Indireta e Fundacional -, independentemente de re-

6 Conduas vedadas aos agentes públicos. Tribunal Regional de Sergipe. Disponível em: <<http://tre-se.jus.br/publicacoes/cartilhas/cartilha-de-condutas-vedadas-aos-agentes>>. Acesso em: 17/06/2013.

muneração e forma de ingresso. Se alguém presta individual e diretamente serviços ao órgão público, será considerado agente público para os efeitos da Lei. Não assim se presta serviço em decorrência de contrato de terceirização, porque seu vínculo seria com a empresa contratada e não com a Administração. Por isso, se um vigia é contratado diretamente, através de um contrato temporário de prestação de serviços, será reputado agente público; se for, doutra banda, contratado através de uma empresa de vigilância, não o será. Não sendo assim interpretado tal preceito, haveremos de lhe dar um elastério demasiado, apanhando todos os funcionários de empresas que prestam serviços concedidos, ou permitidos, pela Administração. Logo, o pedreiro ou o engenheiro, que sejam funcionários de uma empreiteira construtora de obra pública, seriam reputados agentes públicos, causando um mistifório reprochável.⁷

Concorda-se com o entendimento adotado pelo supratranscrito autor, no sentido de que a definição legal de agente público para fins eleitorais não engloba *todos os funcionários de empresas que prestam serviços concedidos, ou permitidos, pela Administração*. Utilizando-se o exemplo do próprio autor, um engenheiro ou pedreiro contratado por uma empreiteira de obra pública não é reputado agente público para fins eleitorais, isso porque além de não manter vínculo de qualquer natureza com a Administração Pública Direita ou Indireta, mas com a empresa contratada pela Administração, não é *gestor de recursos públicos*.

Diferente, no entanto, é a situação dos administradores das empresas que prestam serviços concedidos ou permitidos ao Poder Público e entidades do terceiros setor. Estes mantêm vínculo com a Administração, nos termos do que, estabelece o §1º do artigo 73 da Lei 9.504/97, para fins eleitorais. Acresce-se, ainda, que, no caso dos responsáveis por Organizações Sociais, inegavelmente gerem recursos públicos.

Conclui-se, portanto, que os responsáveis por organizações sociais estão compreendidos na definição de agente público de que cuida o §1º do artigo 73 da Lei nº 9.504/97. Por retratar o entendimento abraçado, cita-se trecho do voto do relator, proferido no agravo interposto nos autos de representação eleitoral nº 427:

“Sem razão a alegação de ilegitimidade passiva formulada pelas entidades representadas. O §1º do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 dispõe:

‘§1º *Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional*’.

⁷ *Instituição de direito eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 591.

Para o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, “a expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda que o façam apenas ocasional ou episodicamente” (Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 175).

Seguindo ainda a concepção da ampla maioria da doutrina, as entidades representadas se enquadram no chamado “Serviço Social Autônomo”, ou seja, são entes que exercem atividades de cooperação com o Poder Público, do gênero paraestatal, estando ao lado do Estado e sob seu amparo. Para sua manutenção, arrecadam e se utilizam de contribuições parafiscais ou dotações orçamentárias, estando vinculados a um órgão estatal relacionado com suas atividades, com o fim de controle finalístico e prestação de contas dos recursos públicos recebidos para sua manutenção.

Diante disso, **enquadram-se os responsáveis pelas requeridas na qualificação de agentes públicos não só pela natureza das atividades que exercem, mas também por se utilizarem de recursos públicos para sua manutenção.**⁸ (destaque não constante do original)

Do exposto, conclui-se que o conceito de agente público empregado no §1º do art. 73 da Lei Eleitoral alcança os responsáveis por organizações sociais, que são agentes públicos para os efeitos da norma, considerando que referidas instituições recebem do Estado, a título de incentivo às suas atividades, recursos públicos.

3. A natureza jurídica das Organizações Sociais

É fato que as organizações sociais **não** integram a Administração Pública direta ou indireta do Estado (*sentido lato*). A doutrina as classifica como paraestatais:

“Celso Antônio Bandeira de Mello define as paraestatais como “sujeitos não estatais, isto é, de direito privado, que em paralelismo com o Estado, desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivos seus”. “Maria Sylvania aduz que, neste sentido, podem ser incluídas como entidades paralelas ao Estado as organizações sociais, as organizações de sociedade civil de interesse público, os serviços sociais autônomos e as fundações de apoio”.⁹

8 Acórdão 26243, AI nos autos de representação nº 427, TER-Paraná.

9 Rita Tourinho, *Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas*. In: Nova organização Administrativa Brasileira – Estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira (Coord. Paulo Modesto). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 328.

“A *Organização Social (OS)*, criada pela Lei nº 9.637/98, pode ser definida como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares para desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, que independe de concessão ou permissão de serviço público, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão.”

[...]

“Por outro lado, a entidade passa também a sofrer restrições como sujeição ao controle do Tribunal de Contas e do órgão público supervisor, integrante da Administração Pública. Não se trata do exercício de atividade delegada, mas sim de atividade privada com incentivo do Poder Público”.¹⁰

José Eduardo Sabo Paes, ao cuidar das Organizações Sociais e das relações jurídicas que referidos entes travam com a Administração Pública, explicita:

*Trata-se de uma verdadeira parceria entre o Estado e a sociedade. A organização social, entretanto, como antes explicitado, não é delegatária de serviço público (não atual sob concessão, permissão ou autorização de serviços públicos), ou seja, não estará exercendo atividades públicas em nome do Estado, sob regime de direito público, **mas atividades privadas, em seu próprio nome, com incentivo do Estado, manifestado na transferência de recursos públicos, permissão de uso de bens públicos etc.***¹¹

O supracitado autor conclui que “as organizações sociais objetivam ser um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade, mas não constituem uma nova pessoa jurídica; inserem-se no âmbito das pessoas jurídicas já existentes sob a forma de fundações, associações civis e sociedades civis, todas sem fins lucrativos. **Portanto elas estão fora da Administração Pública, pois são pessoas de direito privado.**”¹²

No voto proferido no Julgamento da ADI nº 1923-5, o Ministro Luiz Fux explicita que a decisão pelo contrato de gestão significa “o afastamento da via da criação de entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados”.

Não há dúvida que as Organizações Sociais não estão incluídas no rol das pessoas jurídicas que compõe a Administração Pública. Revestem-se da condição de paraestatais, não integrantes da administração pública indireta tampouco direta.

10 Op. cit., p. 328.

11 *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 628.

12 Op. cit., p. 628.

4. A infração do art. 73, inciso VI, b, da Lei nº 9.504/97: requisitos para configuração

A premissa adotada de que os responsáveis pelas organizações sociais, na condição de gestores de recursos públicos, integram, para fins eleitorais, o conceito de agentes públicos trazido pelo §1º do artigo 73 da Lei Eleitoral de forma nenhuma significa afirmar que a publicidade dos serviços e atividades empreendidas por Organizações Sociais¹³ constitui publicidade institucional, vedada pelo inciso VI, “b”, do artigo 73 da Lei federal nº 9.504, de 30/09/97.¹⁴

Nesse sentido, a norma pune, durante o período de vedação, a veiculação de **publicidade institucional dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta.**

13 Não se adentrará na discussão doutrinária quanto à natureza jurídica das atividades empreendidas pelas organizações sociais por escapar a finalidade das presentes notas. Menciona-se apenas que a questão é espinhosa e ainda não está pacificada, havendo os que as consideram como serviço público, independentemente de não serem prestadas diretamente pelo Estado (preponderando o perfil material das atividades), os que as entendem como atividade econômica em sentido estrito (prevalecendo o perfil subjetivo para definição do regime jurídico) e os que as definem como atividade econômica de interesse público (sujeitas a regulação mais intensa que as atividades econômicas em sentido estrito e menos intensa que os serviços públicos). Referida polêmica doutrinária encontra-se refletiva nos votos já proferidos pelos Ministros do STF no julgamento do mérito da ADI 1923-5 (ainda não concluído):

Primeiros votos. Voto Ministro Ayres Britto. O relator, Ministro Ayres Britto, com notável percuciência no exame da questão, apresenta na fase inicial de seu voto consideração a respeito da natureza dos serviços públicos, destacando a existência de serviços públicos de titularidade estatal exclusiva e os de titularidade mistamente pública e privadas, que são as atividades da saúde, educação e ensino, cultura, previdência social, meio ambiente, ciência e tecnologia, assistência social, que inclusive, podem ser titularizadas por toda a qualquer pessoa federada. Evidenciando que “se prestadas pelo Setor Público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público. Se prestadas pela iniciativa privada, obvio que são atividades privadas, porém **sob o timbre da relevância pública**” (negrito no original)

Voto Min. Luiz Fux:

As Organizações Sociais “não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do artigo 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de *fomento, de incentivo* a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão”.

“a finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da administração pública para as entidades privadas, após a celebração do contrato de gestão. Este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento consensual que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, em uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da consensualidade e pela participação dos administrados”. A decisão pelo contrato de gestão significa “o afastamento da via da criação de entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados”. (José Eduardo Sabo Paes, *ob. cit.*, p. 641-649).

14 Art. 73. São proibidos aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais:

VI – nos três meses que antecedem o pleito:

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade eleitoral dos atos, programas, obras e serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

Os conceitos de órgãos públicos e entidades da administração indireta compõem a tipologia da norma proibitiva. Assim, para que a conduta possa ser tida por vedada, nos termos da norma em análise, precisa atender à sua tipologia, que exige a veiculação, no período vedado, de publicidade institucional, que compreende a de utilidade pública,¹⁵ dos atos, programas, obras, serviços e campanhas **dos** órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta.

Nesse sentido, as ações de publicidade e propaganda **das** organizações sociais, **de seus programas e serviços**, qualquer que seja a sua natureza jurídica – serviço público, atividade econômica em sentido estrito, atividade econômica de interesse público – inequivocamente escapam à tipologia da supracitada norma. Cuidando-se de norma proibitiva, não comporta exegese ampliativa, em razão do princípio da tipicidade, corolário do princípio da estrita legalidade e do princípio da segurança jurídica.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral adota entendimento segundo o qual para incidência da vedação basta a prática da conduta proibida. Nessa ordem de ideias, não há necessidade de se perquirir a sua potencialidade¹⁶ para determinar ou interferir no resultado do pleito, razão pela qual a conduta deve corresponder exatamente à hipótese de incidência do ilícito eleitoral para ser tida como vedada. Nesse sentido é o entendimento de Adriano Soares da Costa:

Para essa interpretação [aqui o autor está a se referir à interpretação conferida pelo TSE a matéria], as normas seriam rígidas pouco importando se o ato teria potencialidade para afetar o resultado do pleito, incidindo com

15 A interpretação dada ao texto de lei pela jurisprudência eleitoral exclui do conceito de publicidade institucional a divulgação dos atos oficiais.

Nos termos da própria lei excetuam-se: (a) a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e (b) a publicidade oficial em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral. *Mesmo nesses dois casos – nas exceções- não poderá haver veiculação de mensagem tendente a beneficiar candidato à reeleição ou ligados ao governo, fugindo à finalidade legal*; a publicidade institucional e de interesse público encontra limites – positivos e negativos - no artigo 37, §1º, da CF. (Adriano Soares da Costa, ob. cit., p. 587). A publicidade institucional deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social e não deve conter símbolos e imagens que possam estabelecer conexão entre os agentes públicos e o objeto divulgado; é dizer, é proibida a promoção pessoal de agentes públicos por meio de publicidade institucional.

16 A potencialidade não importa para fins de incidência das normas sobre condutas vedadas aos agentes públicos. Não é elemento do tipo; é dizer, do suporte fático para configuração do fato ilícito. De forma oposta ocorre no ilícito abuso de poder econômico ou político, nestes é preciso analisar a potencialidade da conduta para constatar a incidência da norma.

A potencialidade da conduta interfere na eficácia das normas sobre condutas vedadas, porquanto os Tribunais a consideram na gradação e quantificação das sanções. Para fixação das sanções a jurisprudência eleitoral tem analisado o caso concreto à luz da ponderação quanto à gravidade e repercussão do ato para interferir no resultado do pleito. A sanção de cassação do registro de candidatura ou do diploma somente é aplicada nos casos de maior gravidade onde reste cabalmente demonstrada a lesividade da conduta para a normalidade das eleições.

a consumação da hipótese descrita. As chamadas condutas vedadas presumir-se-iam comprometendo a igualdade na competição, pela só comprovação na prática do ato. **Sendo assim, é de exigir-se a objetiva e prévia descrição do tipo, de modo que a conduta deva corresponder à bitola da descrição do ato ilícito.** (destaquei)

4. As normas introduzidas pelas hipóteses de incidência do art. 73 da Lei das Eleições estão estruturadas tipologicamente. São tipos fechados de legalidade estrita, que não admitem interpretação extensiva nem analogia, sendo aplicadas na forma do tudo ou nada (*all our nothing*), conforme expressão de Dworkin.¹⁷

Adota-se, portanto, o entendimento segundo o qual as hipóteses de conduta vedada são de legalidade estrita, isso também em razão do posicionamento que prevalece na doutrina e na jurisprudência eleitoral segundo o qual *basta que ocorram as condutas descritas e a norma incide fazendo nascer o fato ilícito eleitoral*.¹⁸

Em igual sentido: “[...] 7. *Com relação às condutas vedadas, é imprescindível que estejam provados todos os elementos descritos na hipótese de incidência do ilícito eleitoral para a imputação das severas sanções de cassação registro ou de diploma*”.¹⁹

De outro lado, a exigência de que restem provados todos os elementos descritos na hipótese de incidência do ilícito eleitoral para sua configuração e imputação atende à preocupação de outra ordem: a de não tornar a Justiça Eleitoral de tal forma intervencionista que impeça o desenvolvimento normal das funções atribuídas aos agentes públicos.

É preciso ter em mente que o exercício de função consubstancia-se no cumprimento de típico dever, que não pode ser obstado a não ser nas estritas hipóteses em que a lei assim o determine. Cita-se: “[...] 2. *A intervenção da Justiça Eleitoral há de se fazer com o devido cuidado no que concerne ao tema das condutas vedadas, a fim de não se impor, sem prudencial critério, severas restrições ao administrador público no exercício de suas funções*”.²⁰

A partir da premissa fixada, forçoso reconhecer que as ações de publicidade dos serviços e atividades das organizações sociais não sofrem os influxos da legislação eleitoral, no que se refere à limitação temporal para veiculação de realização de publicidade institucional, já que não se configura, na hipótese, publicidade

17 Op. cit., p. 580.

18 Adriano Soares Costas, op. cit., p. 581.

19 AG5.817/PA, rel. Min. Caputo Bastos, DJ – Diário da Justiça, Volume I, 16/05/2005, p. 172; RESPE 24.864/SP, rel. Min. Luis Carlos Madeira, DJ – Diário de Justiça, data 28/10/2005, p. 136).

20 ARESPE 24.989/RN, rel. Min. Caputo Bastos – DJ – Diário de Justiça, Volume I, 26.8.05, p. 174.

institucional de que cuida a lei eleitoral. Pelas mesmas razões, não estão limitadas pelo quanto disposto no inciso VII do artigo 73, que restringe as despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais e das respectivas entidades da administração indireta.

Cabe ressaltar, no entanto, que referidas entidades **não** podem ser utilizadas como forma de burlar as restrições eleitorais. Nessa ordem de ideias, qualquer publicidade, propaganda ou divulgação levada a efeito por organização social não deve fazer referência aos governos, tampouco às autoridades públicas que o compõem, mesmo que de forma subliminar. Essa prática distorcida torna patente o desvio de finalidade e pode configurar não somente a conduta vedada pelo artigo 73 da Lei Eleitoral como também abuso de poder econômico e político, ensejando, até mesmo, a cassação do registro do candidato beneficiado.

Nessa linha de raciocínio, menciona-se acórdão do Tribunal Superior Eleitoral tirado do REE nº 28.395-PE, que se refere, entre outras questões, à conduta vedada pelo inciso V do artigo 73 da Lei nº 9.504, de 30/0997 – contratação de pessoal em período vedado –, que teria sido praticada por prefeito, candidato a reeleição, utilizando-se de Organização Social Civil de Interesse Público – OSCIP. Cuida-se de típico exemplo de condenação decorrente do reconhecimento de simulação. Cita-se trecho extraído do acórdão:

O recorrente aduz, ainda, que a condenação por abuso de poder econômico resultou de mero juízo de presunção do TER/PE, pois não existiria prova da contratação de servidores públicos em período vedado, ou indicação do nome das pessoas contratadas, nem a forma de contratação. Ademais, os beneficiários não poderiam ser considerados servidores públicos, pois a supostas contratações teriam sido realizadas por meio de Organização Social Civil de Interesse Público – OSCIP.

Contudo, o TER/PE é claro ao verificar a ocorrência do abuso de poder econômico, tendo como fundamento prova pericial revelada pela auditoria do Tribunal de Contas do Estado. Veja-se o que o acórdão regional consignou às fls. 1228, 1229, 1236 e 1237”:

“[...]”

Falo agora do terceiro fato – quanto a ele estou a referir-me à alegação de que teria havido contratação e demissão de servidor no período vedado em lei, fato que se tornou possível em face da atuação de OSCIP, anoto que a Auditoria do Tribunal de Contas do Estado, por conduto de pronunciamento do Auditor-Geral Luiz Arcoverde Cavalcanti, (destaque no original)

[...] *chama a atenção*, na lista acima, o fato de que as despesas com diárias e

ajuda de custo aumentaram substancialmente no período que antecedeu às eleições municipais realizadas em outubro de 2004, os pagamentos feitos a pseudo-voluntários nos meses de setembro, outubro e novembro foram superiores a cem mil reais, caindo em dezembro, após as eleições para apenas R\$ 64.657,00 dando margem a suspeita de que a OSCIP foi utilizada durante o período eleitoral para captação de votos.

[...]

Com relação a essa utilização de organização social civil de interesse público para contratação de pessoal, a coisa ficou mais clara, porque, segundo a auditoria do Tribunal de Contas houve, durante o período da eleição, um incremento dessa verba – inclusive está sublinhado – e que, nos meses de setembro e novembro, o volume carregado para essas contratações subiu para cem mil reais e em dezembro caiu para o patamar de R\$ 64.657,00”.

Atente-se, ainda, para o quanto disposto no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90,²¹ que veicula vedação de caráter amplo e genérico (tipo aberto, na terminologia jurídica), dirigida aos agentes públicos, que, conforme entendimento abraçado, alcança os responsáveis pelas Organizações Sociais.

Nessa ordem de ideias, cita-se trecho extraído do Parecer PA nº 88/2010:²²

8 – O limite entre a atividade administrativa normal e o ilícito abuso de recursos públicos é tênue e não foi estabelecido pela legislação em termos claros. Há recomendação dos tribunais quanto à “máxima prudência em ano eleitoral” (TER/MS) e no sentido de que os agentes públicos e todos os candidatos devem precaver-se (TSE, RCED 698/TO), sendo que o artigo 73 não exige finalidade eleitoral e admite-se suficiente a potencialidade do dano para relativizar a licitude de atos, verificação que há de ser feita em cada caso concreto e, se comprovada, ensejará a responsabilização dos envolvidos mesmo nas hipóteses excepcionadas.

5. Conclusão

A partir do estudo da doutrina e da jurisprudência eleitoral alcança-se o entendimento segundo o qual os administradores de organizações sociais, na

21 Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir a abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou partido político, obedecido o seguinte rito:

22 De lavra da brilhante, saudosa e inestimável Procuradora Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi.

condição de gestores de recursos públicos, estão compreendidos pelo conceito de agente público empregado pelo §1º do artigo 73 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

As organizações sociais não integram a Administração Pública direta ou indireta do Estado, podendo ser classificadas como paraestatais; é dizer, como entidades que atuam ao lado do Estado, ou seja, *sujeitos não estatais, de direito privado, que, em paralelismo com o Estado, desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivos seus.*

Em razão da tipologia da norma do artigo 73, VI, b, da Lei Eleitoral, que interdita, nos três meses que antecedem o pleito, a autorização de *publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta*, não estão compreendidas na referida vedação a publicidade das atividades e serviços prestados por organizações sociais.

As normas do artigo 73, incisos e parágrafos, são tipos fechados de legalidade estrita, que não admitem interpretação extensiva nem recurso à analogia, não só em razão do princípio da estrita legalidade que disciplina o direito sancionador, mas também por serem os ilícitos compreendidos pela doutrina e jurisprudência como de mera conduta, que prescindem, para sua configuração, do elemento subjetivo do tipo, aqui considerado a potencialidade lesiva da conduta, ou seja, a capacidade de interferir no processo eleitoral, na livre escolha do eleitor.

Em outras palavras, as chamadas condutas vedadas presumem comprometida a igualdade na competição pela só comprovação da prática do ato. Exige-se, em consequência, a prévia descrição do tipo. A conduta deve corresponder ao tipo definido previamente.

Para que a norma (art. 73, VI, b) incida é imprescindível que estejam provados todos os elementos descritos na hipótese de incidência do ilícito eleitoral. Nessa ordem de ideias, escapa à tipologia da norma a publicidade levada a efeito por organização social, que não se constitui em órgão público tampouco em pessoa jurídica integrante da administração indireta do Estado.

Nada obstante, referidas instituições não podem ser utilizadas para burlar as vedações eleitorais. Assim, o seu uso, por qualquer forma dissimulada, poderá configurar a incidência do dispositivo normativo, em razão da configuração do vício de finalidade.

6. Referências bibliográficas

- Adriano Soares da Costa. *Instituições de direito eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- Advocacia Geral da União, Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Centro de Ética Pública da Presidência da República, Comissão de Ética Pública da Presidência da República, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www.cprm.gov.br/publique/media/cartilha-eleicoes-2014.pdf>>. Acesso em: 17/06/2013.
- Iris Kammer. Revista Jurídica 9 de julho, Temas de Direito eleitoral, Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. São Paulo, agosto de 2010, CONDUtas VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS – COMENTÁRIOS AOS ARTIGOS 73 A 78 DA LEI Nº 9.504/1997.
- José Eduardo Sabo Paes. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- José Jairo Gomes. *Direito Eleitoral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- Pedro Roberto Decomain. *Condutas vedadas aos agentes públicos*, Resenha Eleitoral – Nova Série, v. 7, n 2 (jul./dez. 2000). Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/index.html>>. Acesso em: 17/06/2014.
- Procuradoria-Geral do Estado de Sergipe, Gabinete do Procurador-Geral. Disponível em: <<http://www.pge.se.gov.br/wp-content/uploads/2014/03CARTILHA-ORIENTAÇÃO-G>>. Acesso em: 17/06/2014.
- Rita Tourinho, *Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas* In: Nova organização Administrativa Brasileira – Estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira (Coord. Paulo Modesto). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Parecer da Procuradoria Administrativa

PROCESSO: PGE no 18488-333231/2014 (CEETEPS no 105/2014)

PARECER: PA nº 125/2014

INTERESSADO: Administração Central – Centro Paula Souza (CEETEPS)

EMENTA: LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS

DE VIGILÂNCIA. Edital divulgado em janeiro de 2013, determinando que as propostas fossem orçadas em valores vigentes em janeiro de 2012. Data-base da categoria em janeiro, inexistindo, nos autos, porém, a comprovação do efetivo momento em que houve a publicidade da Convenção Coletiva de 2013. Em tese, como regra geral, nas licitações para contratação de serviços, as propostas deverão ser orçadas em valores vigentes à data do último dissídio, acordo ou convenção coletivos da categoria profissional predominante.

Artigo 3º do Decreto Estadual nº 48.326/2003. Precedente: PA nº 29/2007. Sessão de pregão eletrônico realizada em fevereiro de 2013. Edital elaborado a partir dos parâmetros extraídos do CADTERC, versão 2012, pois ainda não disponível a versão atualizada. O CADTERC é importante ferramenta na elaboração de parâmetros que auxiliam nas contratações públicas, porém não vincula a elaboração das propostas pelos particulares. Se o licitante apresentar proposta conforme a legislação e for desclassificado com base em elementos que considere incorretos, ou se outro licitante for declarado vencedor, oferecendo proposta não compatível com a legislação de regência, caberá a interposição dos recursos pertinentes.

Precedente: PA nº 83/2011. Jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que tem considerado procedentes representações relativas à adoção de orçamento estimativo defasado em mais de um ano (processos TCE-SP nº 1005.989.14-0; 1013.989.14-0; 60.989.13-4 e 76.989.13-6). No caso específico submetido a análise, houve impugnações ao edital questionando a regra relativa à elaboração das propostas considerando valores vigentes em janeiro de 2012. Indeferimento das impugnações, inexistindo notícia de questionamento em outras instâncias. Não há ainda, nos autos, alegação de prejuízo. Dúvida acerca da regularidade da aplicação do reajuste contratual pouco após a avença. Vinculação ao edital. **Artigo 41 da Lei nº 8666/93.** Possibilidade de retroação

do termo de reajuste a data anterior à assinatura do contrato. **Precedente: PA 17/2003.** Recomendação, no entanto, especialmente em face da jurisprudência do TCE, que a Administração empreenda esforços para que a atualização anual do CADTERC seja realizada com a máxima brevidade.

1. Os presentes autos são encaminhados a esta Procuradoria Administrativa por determinação do Senhor Subprocurador Geral do Estado, área da Consultoria Geral, tendo em vista divergência instalada entre a Chefia da Consultoria Jurídica do Centro Paula Souza (CEETEPS) e a Corregedoria Geral da Administração, relacionada à utilização de preço referencial desatualizado em licitação para contratação de serviços contínuos de vigilância, determinando, o edital, que as propostas tenham por base o mês de janeiro/2012, embora a divulgação de abertura do certame tenha ocorrido em 29/01/2013¹ e a sessão de pregão eletrônico realizada em 14/02/2013; o que resultou na retroação do termo de reajuste do contrato em mais de um ano, pouco tempo após sua assinatura.

2. No que guarda pertinência com a controvérsia submetida à análise desta Especializada, os autos foram instruídos com as seguintes cópias:

- (i) minuta de edital do pregão eletrônico² tendo por objeto a prestação de serviços de vigilância/segurança patrimonial em diversas unidades do CEETEPS;³
- (ii) Parecer nº 023/13, de 21/03/2013, exarado pela Procuradoria Jurídica do CEETEPS, que analisou as minutas de edital e contrato relativas ao certame, considerando-as em termos, quanto ao aspecto jurídico-formal;⁴
- (iii) aviso de abertura de licitação, publicado no Diário Oficial do Estado de 29/01/2013;⁵
- (iv) esclarecimentos ao edital, solicitados pela empresa ‘Works Corporation Serviços de Segurança Ltda. – EPP’, acompanhados das respectivas respostas;⁶

1 Fl. 31.

2 Processo CEETEPS nº 9224/12.

3 Fls. 06/25, observando-se que não foi anexada cópia dos anexos ao edital.

4 Fls. 26/30.

5 Fls. 31/32.

6 Fls. 33/35.

- (v) impugnações editalícias apresentadas por ‘Works Corporation Serviços de Segurança Ltda. – EPP’ e por ‘Atlântico Sul Segurança e Vigilância Ltda.’;⁷
- (vi) manifestação da subscritora do edital, sugerindo o não acolhimento das impugnações editalícias apresentadas por ‘Works Corporation Serviços de Segurança Ltda. – EPP’ e por ‘Atlântico Sul Segurança e Vigilância Ltda.’;⁸
- (vii) decisão proferida pela Diretora Superintendente do CEETEPS, que não acolheu as impugnações ao edital;⁹
- (viii) publicação da decisão que indeferiu as referidas impugnações (DOE 14/02/2013);¹⁰
- (ix) Contrato nº 033/2013, firmado em 22.03.2013, entre o CEETEPS e a empresa ‘Atento São Paulo Serviços de Segurança Patrimonial Ltda.’;¹¹
- (x) solicitação de cálculo de reajuste do Contrato nº 033/2013, tendo como mês base janeiro de 2012 a janeiro de 2013, formulada em 10.04.2013 pelo Diretor da Divisão de Contratos e Convênios do CEETEPS;¹²
- (xi) autorização do reajuste e respectivo termo de apostilamento;¹³
- (xii) manifestação da Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica do CEETEPS solicitando esclarecimentos do setor técnico competente a respeito da lavratura do termo de apostilamento, que reajustou os valores contratados, tendo em vista que estes derivaram do Pregão nº 61/2013 cujo aviso foi publicado em 19/01/2013, e aberto em 14/02/2013, não se concebendo, no entendimento da d. Chefia, a apresentação de proposta com preços do ano anterior à realização certame;¹⁴

7 Fls. 39/55.

8 Fls. 36/37.

9 Fl. 38.

10 Fl. 56.

11 Fls. 57/69.

12 Fl. 70.

13 Fls. 72/75.

14 Fls. 88/91.

- (xiii) troca de mensagens eletrônicas entre a Divisão de Contratos da CEE-TEPS e Corregedor do Departamento de Monitoramento de Contratos Terceirizados da Corregedoria Geral da Administração, o qual destacou o disposto no artigo 4º do Decreto nº 48.326/2003, manifestando-se no sentido de que o edital de licitação e a minuta de contrato é que devem definir qual a data-base de apresentação da proposta, bem como afirmando, a título exemplificativo, que se “a base estabelecida na licitação for janeiro/2012 e o contrato for assinado somente em janeiro/2013, a contratada já terá direito a reajuste a partir do próprio mês de janeiro de 2013”;¹⁵
- (xiv) esclarecimentos da Divisão de Contratos e Convênios do CEETEPS acerca do reajuste;¹⁶
- (xv) manifestação da Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica do CEETEPS, por meio da qual manifesta seu entendimento no sentido de que “um edital publicado em fevereiro/2013 deve ter como base para a apresentação do orçamento/proposta, pelas licitantes, os valores dos dissídios de janeiro/2013 da categoria profissional dos serviços que se pretende contratar”, indicando, em abono à sua opinião, o Parecer PA nº 29/2007, o disposto no artigo 3º do Decreto Estadual nº 48.326/2003, orientações do CADTERC e decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.¹⁷

É o relatório. Passamos a opinar.

3. Importa destacar, inicialmente, que o edital de licitação estabeleceu em relação às propostas de preços que:

“3.2. [...] Nos preços propostos deverão estar incluídos, além do lucro, todas as despesas e custos, como por exemplo: transportes, descarregamento, tributos de qualquer natureza e todas as despesas, diretas ou indiretas, relacionadas com a prestação de serviços objeto da presente licitação e deverá conter os seguintes elementos:

[...]

*3.2.2 Os valores a serem apresentados na proposta devem estar referidos ao mês de **JANEIRO/2012**, que será considerado como o mês de referência dos preços.”¹⁸*

¹⁵ Fls. 92/95.

¹⁶ Fls. 96/99.

¹⁷ Fls. 100/106.

¹⁸ Fls. 8/9.

4. Restou fixado, no instrumento convocatório, o reajuste anual de preços, por meio da aplicação da fórmula paramétrica estabelecida no Decreto Estadual nº 48.326/03 e disposições da Resolução CC nº 79, de 12/12/2003, alterada pela Resolução CC nº 24, de 16/06/2009. A regra editalícia determinou:

“10.7 O valor da prestação mensal devida pelo CONTRATANTE será reajustado anualmente, mediante a aplicação da fórmula paramétrica estabelecida no Decreto Estadual nº 48.326/03, de 12/12/03 e as disposições da Resolução CC nº 79, de 12/12/2003, alterada pela Resolução CC nº 24, de 16/06/2009 [...]”

10.8 A periodicidade anual, de que trata o subitem 10.7, será contada a partir de JANEIRO/2012, que é o mês de referência dos preços.”¹⁹

5. Mantendo a coerência às regras do edital, a cláusula 6ª do contrato estabeleceu a respeito do reajuste de preços:

“Para o reajustamento dos preços unitários contratados, deverá ser observada a legislação vigente e, em especial o estabelecido no Decreto Estadual nº 48.326/03, de 12/12/03 e as disposições da Resolução CC nº 79, de 12/12/2003, alterada pela Resolução CC nº 24, de 16/06/2009, conforme fórmula paramétrica abaixo especificada:

[...]

6.2 A periodicidade anual será contada a partir de JANEIRO/2012, que é o mês de referência dos preços.”²⁰

6. Concluído o procedimento licitatório, a avença foi firmada em 22.03.2013, e, em 10.04.2013, o Diretor da Divisão de Contratos e Convênios do CEETEPS solicitou à Divisão de Contabilidade²¹ que calculasse o reajuste do preço, considerando o índice de janeiro de 2013, procedendo-se ao respectivo apostilamento.

7. Ao tomar ciência das providências adotadas, a Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica do CEETEPS manifestou seu entendimento “segundo o qual um edital publicado em fevereiro/2013 deve ter como base para a apresentação do orçamento/proposta, pelas licitantes, os valores dos dissídios de janeiro/2013 da categoria profissional dos serviços que se pretende contratar, de amplo conhecimento quando da formulação das referidas propostas, já que as convenções coletivas foram publicadas em janeiro/2013”.²² Em abono a seu

19 Fl. 21.

20 Fl. 59.

21 Fl. 70.

22 Fl. 102.

posicionamento jurídico, destacou o disposto no Decreto nº 48.326/2003, na Resolução CC nº 79/2003, em precedente exarado por esta Procuradoria Administrativa²³ e na jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.²⁴

8. Observo, preliminarmente, que os autos não foram instruídos com cópia dos anexos ao edital, das propostas ofertadas pelos licitantes e nem ainda da convenção coletiva da categoria, razão pela qual proceder-se-á ao exame, em tese, da situação proposta, formulando observações específicas relativas ao caso nos limites dos elementos disponibilizados.

9. Com referência à data-base fixada no edital para elaboração das propostas, considero que a matéria foi bem analisada na manifestação da Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica do CEETEPS, DRA. MARISA FÁTIMA GAIESKI.²⁵ De fato, o artigo 3º do Decreto nº 48.326/2003 estabelece:

“Artigo 3º - As propostas nas licitações para contratação de serviços deverão ser orçadas em valores vigentes à data do último dissídio, acordo ou convenção coletivos da categorial profissional predominante na execução do objeto contratual ou, caso inexistentes, à data-base de reajuste salarial dessa categoria.

§1º - Na impossibilidade justificada de aferição da data-base ou da categoria predominante, as propostas deverão ser orçadas na data de sua apresentação.

§2º - Aplicam-se as disposições deste artigo às contratações com dispensa ou inexigibilidade de licitação.” (grifos nossos)

10. Dado que o certame objetivava a contratação de serviço no qual o componente mão de obra corresponde a parcela significativa dos custos, é relevante que as propostas considerem o último dissídio/acordo/convenção da categoria a fim de evitar o risco de eventual seleção de proposta inexecutável em detrimento de propostas formuladas por licitantes idôneos. Tal entendimento já foi expresso no Parecer PA nº 29/2007.²⁶

11. Registro, contudo, que não há comprovação nos autos quanto à data em que se deu efetiva publicidade à convenção coletiva da categoria pertinente. Os elementos disponíveis revelam que o edital foi elaborado entre meados de dezembro de 2012 a janeiro de 2013, ou seja, exatamente à época da data-base de reajuste da categoria. Vale observar que houve impugnações ao edital, cujo

23 Parecer PA nº 29/2007.

24 Processos nº 60.989.13-4 e nº 76.989.13-6.

25 Fls. 100/106.

26 Parecerista Dr. Mauro de Medeiros Keller.

conteúdo sugere que os licitantes teriam conhecimento do teor da Convenção Coletiva de Trabalho de 2013, a qual, segundo afirmado por estes, já estaria protocolada para registro no Ministério do Trabalho e Emprego, com efeitos a partir de 01/01/2013.²⁷ As impugnações restaram indeferidas, sob o fundamento de que ainda não havia sido disponibilizada a atualização dos Cadernos Técnicos de Serviços Terceirizados – CADTERC²⁸, inexistindo notícia de impugnações em outras instâncias.

12. O CADTERC constitui, de fato, importante ferramenta na padronização de parâmetros que orientam as autoridades administrativas nas contratações públicas relativas a serviços terceirizados. Considerando, no entanto, que a atualização dos Cadernos ocorre anualmente, o período compreendido entre a edição de uma versão e sua sucessora poderá abranger não apenas o dissídio/convenção coletiva da categoria, mas também alterações legislativas que interfiram na composição do preço, as quais serão reunidas e incorporadas simultaneamente, por ocasião da divulgação da versão atualizada.

13. Não obstante se reconheça a utilidade e relevância do CADTERC na organização de parâmetros que auxiliam a atuação das autoridades administrativas responsáveis pelas contratações públicas; observo que os Cadernos constituem subsídio dirigido à Administração, **o que não afasta a responsabilidade de cada licitante pela elaboração de sua proposta, que deverá considerar a legislação aplicável para cumprimento das obrigações previstas no edital.** Nesse sentido, caso o licitante considere haver obrigação legal, que possa resultar na alteração da composição dos preços, a qual ainda não foi incorporada ao CADTERC, deverá lançar mão dos recursos pertinentes no curso do certame.

14. A este respeito, destaco as considerações exaradas pela DRA. MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES, saudosa Procuradora do Estado Chefe desta Procuradoria Administrativa, por ocasião da aprovação do Parecer PA nº 083/2011.²⁹

“A Delegacia Seccional de Polícia de Ourinhos promoveu, em 27 de dezembro de 2010, licitação na modalidade pregão eletrônico, para viabilizar a contratação de serviços de portaria que foram considerados necessários naquele órgão (fls. 2/3).

27 Fls. 39/55.

28 Fls. 36/38, 41/42, 55.

29 Parecerista Dra. Marisa Fátima Gaiieski.

Para confecção do edital valeu-se a Administração de dados constantes do ‘CadTerc’, versão janeiro 2010. O objeto do certame foi definido pela Administração (fls. 100) da seguinte forma [...]

A peça de chamamento para a licitação também anotou que cabia à contratada, dentre outras atribuições (fls. 114; item V), ‘responsabilizar-se integralmente pelos serviços contratados, **nos termos da legislação vigente**; ‘disponibilizar empregados em quantidade necessária que irão prestar serviços [...]’ e ainda disponibilizar empregados em **quantidade necessária para garantir a operação nos postos, nos regimes contratados, obedecidas as disposições da legislação trabalhista vigente**’.

Sagrou-se vencedora no certame a empresa [...], tendo a assinatura do contrato ocorrido em 28.12.2010 (fls. 257).

Aos 10 de fevereiro de 2011 a contratada consulta ‘sobre o reajuste como iremos fazer’, posto que normatização do Ministério do Trabalho, de 12 de agosto de 2010, impede que os empregados em serviços de portaria permaneçam no posto por 12 horas, ‘com exceção feita à escala 12x36’, situação que, segundo a empresa, levaria à necessidade de contratação de mais um porteiro para cumprimento das obrigações contratuais por ela assumida, com indevido acréscimo do custo do contrato.

[...]

Nesta Especializada a matéria veio de ser analisada pelo Parecer PA nº 83/2011. A i. signatária do mencionado Parecer conclui que o contrato em foco não comporta aditamento; que a Administração contratou serviços para um posto de trabalho, e não de um trabalhador, que a obrigação da contratada é de dar cumprimento a todas as normas relativas aos serviços contratados, na forma da avença firmada. O cumprimento rigoroso da jornada de 12x36 é o que cabe no caso dos autos.

Aprovo a conclusão do Parecer PA nº 83/2011 na medida em que não cabe o aditamento do contrato firmado com a empresa [...]

O edital refere-se à contratação de um posto de trabalho. Cabia aos licitantes apontar se esse posto seria preenchido por um, dois ou três empregados. O CadTerc destina-se a orientar a Administração Pública e não os particulares. Se o licitante, apresentando proposta de acordo com a legislação, for desclassificado por preço excessivo com base em elementos que entende incorretos, ou se outro licitante, ofertando preço não compatível com a observância da legislação de regência, for declarado vencedor da licitação, cabe a interposição dos recursos pertinente. Esse é o procedimento que deveria ter sido adotado pelos licitantes durante o certame licitatório.

No caso, não havendo circunstância superveniente autorizadora da revisão dos preços contratados, cabe à empresa executar o contrato, atendendo o objeto e observando a legislação pertinente [...]” (grifos nossos)

15. Destaque-se, ainda, a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em casos análogos:

“Processos: 1005.989.14-0 e 1013.989.14-0

[...]

Representações contra o edital do Pregão Eletrônico nº 181/2014 (Processo nº 01-P-03742/2013), que objetiva a prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial com fornecimento de mão-de-obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos, conforme descrito no Anexo I.

[...]

Por meio do Pregão Eletrônico acima identificado, a Unicamp pretende contratar empresa para a prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial, com fornecimento de mão-de-obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos.

Discutem-se nas Representações em exame a utilização de orçamento defasado bem como as regras previstas para a distribuição, avaliação e medição dos serviços.

Início pelo aspecto que restou incontroverso, diante do exposto reconhecimento da procedência da Representação por parte da Unicamp, relativo à adoção, como orçamento estimado, dos valores constantes do CAD-TERC, relativos a janeiro de 2013, por estarem defasados em mais de um ano.

De fato, como registrado quando do exame preliminar da matéria, ocorrências da espécie contrariam a jurisprudência desta Corte, sobretudo considerando que a alínea ‘b.1’ do item 4 do instrumento, estabelece que as propostas devam ser elaboradas com base nesse referencial, de forma que a contratação já se iniciará com valor defasado.

Situações como esta têm sido objeto de atenção por este Tribunal, como se depreende das decisões proferidas no processo 58.989.13-8, de relatoria do eminente Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, julgado pelo Tribunal Pleno na Sessão de 03/04/13, e nos processos 60.989.13-4 e 76.989.13-6, de relatoria da eminente Conselheira Cristiana de Castro Moraes, julgados pelo Tribunal Pleno na Sessão de 27/02/13,

esta última confirmada em grau de recurso de Embargos de Declaração, apreciados na Sessão de 03/04/13.”³⁰ (grifos nossos)

“Processos: 60.989.13-4

76.989.13-6

[...]

Assunto: Representações formuladas contra Edital de Pregão Eletrônico EMAE Nº AIS/AID/5089/2012 do tipo Menor Preço por Lote, visando à contratação de empresa para a prestação de serviços de vigilância/segurança patrimonial [...]

[...]

Já no que tange à desatualização do orçamento estimado a que se refere o Edital para fins de classificação das propostas, observa-se estar ele baseado nos valores divulgados no Volume 1 do CADTERC, que, por sua vez, foi editado em janeiro de 2012, mais de um ano atrás.

Como sustentou a Representante Treze Listas Segurança e Vigilância Ltda., o tempo transcorrido ensejou a desatualização do CADTERC em relação à Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria, no caso, a Segurança Privada, vigente em 2013, cuja cópia obtive por meio de diligência que realizei na página oficial do SESVESP na Internet, aspecto relevante diante do peso dos custos de mão de obra nessa espécie de contratação.

[...]

Como bem observou o representante do Ministério Público de Contas, em face dessa diferença, a contratação já se iniciará com a concessão de reajuste, nos termos definidos na Cláusula 7ª da minuta do contrato que, por sua vez, não será suficiente para compensá-la.

[...]

Essa situação poderá conduzir à eventual aceitação de propostas inexecutableis, desestímulo à competição ou a desclassificação de propostas idôneas pelo simples fato de estarem adequadas à realidade do mercado, situações absolutamente indesejáveis e contrárias aos objetivos de toda e qualquer licitação.

Para solucionar o problema decorrente dessa desatualização do orçamento, tendo em vista que, até a presente data, o caderno com preços para 2013 não foi

30 Processos nº 1005.989.14-0 e nº 1013.989.14-0, Tribunal Pleno, Sessão de 16/04/2014, Relatora Conselheira Cristiana de Castro Moraes.

editado, comungo do entendimento externado pelo Senhor Secretário-Diretor Geral, no sentido de que os preços constantes do CADTERC relativos a 2012, hoje disponíveis, sejam adotados no caso em apreço apenas como um parâmetro de avaliação da razoabilidade das propostas e não como um teto máximo com efeitos desclassificatórios, de maneira que propostas superiores, desde que não exorbitantes e justificadas na realidade do mercado, não sejam excluídas da disputa.

[...]

Dessa maneira, na classificação das propostas apresentadas, poderá a EMAE avaliar sua adequação ao mercado à luz dos custos dos serviços hoje vigentes, tomando como base, em conjunto com o CADTERC, a Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria.”³¹

16. Em síntese, portanto, é de se concluir que as propostas devem “**ser orçadas em valores vigentes à data do último dissídio, acordo ou convenção coletivos da categorial profissional predominante na execução do objeto contratual ou, caso inexistentes, à data-base de reajuste salarial dessa categoria**”, consoante prevê o artigo 3º do Decreto nº 48.326/2003. No caso em análise, não há comprovação relativa ao momento da efetiva divulgação dos dados em questão, baseando-se, a Administração, para elaboração do edital, nos parâmetros referenciais do CADTERC na versão 2012, posto que ainda não disponibilizada a versão 2013.

17. Conquanto haja notícia de impugnações formuladas por licitantes, nas quais se questionou a data-base para apresentação das propostas, estas restaram indeferidas. De outro lado, não consta registro de questionamentos posteriores em outras esferas ou alegação de prejuízo, não se cogitando, portanto, de nulidade ou irregularidade no procedimento.

18. Os parâmetros padronizados no âmbito do CADTERC para a contratação de serviços objetivam orientar a Administração, não os particulares, que deverão formular suas propostas contemplando o atendimento da legislação vigente para cumprimento das obrigações previstas no edital. **Recomenda-se, contudo, que as autoridades administrativas atentem quanto à atualização das versões dos Cadernos, caso ainda não adaptadas ao último dissídio/convenção coletiva/acordo coletivo, a fim de evitar a desclassificação de propostas idôneas.**

19. Sugere-se, ainda, ante a relevância do CADTERC como ferramenta de apoio na realização das contratações públicas, e tendo em vista a jurisprudência

³¹ Processos nº 60.989.13-4 e nº 76.989.13-6, Tribunal Pleno, Sessão de 27/02/2013, Relatora Conselheira Cristiana de Castro Moraes.

do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo referida no item 15 do presente parecer, que a matéria em debate seja alçada ao conhecimento da CEDC – Coordenadoria de Entidades Descentralizadas e Contratações Eletrônicas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, com a recomendação de que se envidem esforços para que a atualização anual dos referenciais dos Cadernos se proceda com a máxima brevidade, a fim de evitar prejuízo ao desenvolvimento dos certames.

20. Por fim, cabe examinar a questão da aplicação do reajuste no contrato firmado pela CEETEPS.

21. Conforme já foi relatado, o edital que resultou na celebração da avença, a cujas normas e condições a Administração se vincula,³² utilizou como parâmetros os dados da versão 2012 do CADTERC, tendo em vista que ainda não fora divulgada a versão adaptada à convenção coletiva da categoria em 2013. Dessa forma, o item 3.2.2 do instrumento convocatório determinou que as propostas estivessem referidas a janeiro/2012. Com relação ao reajuste de preços, o item 10.8 do edital, em conformidade à legislação, fixou a periodicidade anual, contada a partir de janeiro/2012, o que também foi consignado na cláusula sexta do contrato.

22. A incidência de reajuste a partir da data de referência da proposta encontra respaldo no disposto no artigo 4º do Decreto Estadual nº 48.326/2003, que determina:

“Artigo 4º - A periodicidade do reajuste de preço dos contratos de que trata este decreto será contada a partir da data a que o orçamento se referir ou da data de apresentação da proposta, nos termos do artigo 3º deste decreto.”.

23. A viabilidade da retroação do reajuste dos preços, considerando data anterior à celebração da avença, foi examinada no Parecer PA nº 17/2003, exarado pela Procuradora do Estado DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS, no qual se assentou:

“Anotese que a possibilidade de retroação do termo de reajuste a data anterior à da assinatura do contrato é medida adotada para que os contratos sejam firmados com valores que reflitam efetivamente os custos dos serviços envolvidos.

É que nos contratos de prestação de serviços contínuos, em que a mão de obra empregada representa a maior parte dos custos, o dissídio coletivo anual, ao majorar os salários, tem imediata repercussão sobre seu equilíbrio econômico-financeiro.

Essa realidade faz com que, nos contratos firmados em meses diferentes daquele da data-base do reajuste da categoria, em que a majoração de custos da

32 Artigo 41, caput, da Lei federal nº 8.666/93.

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

contratada não é coincidente com a data do reajuste contratual, exista a preocupação desta de embutir no preço um valor aleatório, a título de estimativa da majoração dos custos. Essa situação é prejudicial ao contratante e ao contratado, gerando instabilidade na execução do contrato a partir da incerteza quanto ao seu justo preço.

A possibilidade legal de fixação do reajuste a partir da data-base dos preços propostos, tal como previsto no edital em exame, soluciona essa questão.”.

24. É de se esclarecer que, embora anterior à edição do Decreto Estadual nº 48.326/2003, o Parecer citado desenvolveu análise a partir do disposto no artigo 2º, inciso VIII, alínea ‘b’ do Decreto Estadual nº 27.133/87, alterado pelo Decreto Estadual nº 45.113/2000, cujo teor é similar ao do artigo 4º, transcrito no item 22 do presente.

25. Dessa forma, considerando as disposições editalícias e contratuais, é regular a aplicação do reajuste contratual relativo ao período compreendido entre janeiro/2012 a janeiro/2013.

26. Por todo o exposto, concluímos:

a) Nas licitações para contratação de serviços, as propostas devem “ser orçadas em valores vigentes à data do último dissídio, acordo ou convenção coletivos da categorial profissional predominante na execução do objeto contratual ou, caso inexistentes, à data-base de reajuste salarial dessa categoria”, consoante prevê o artigo 3º do Decreto nº 48.326/2003;

b) Os parâmetros padronizados no âmbito do CADTERC para a contratação de serviços objetivam orientar a Administração, mas não vinculam os particulares, que deverão formular suas propostas contemplando o atendimento da legislação vigente para cumprimento das obrigações previstas no edital;

c) Caso o licitante considere haver obrigação legal, que possa resultar na alteração da composição dos preços, a qual ainda não foi incorporada ao CADTERC, deverá lançar mão dos recursos pertinentes no curso do certame;

d) Recomenda-se que as autoridades administrativas atentem quanto a versões do CADTERC ainda não adaptadas ao último dissídio/convenção coletiva/acordo coletivo, a fim de evitar a desclassificação de propostas idôneas;

e) Ante a relevância do CADTERC como ferramenta de apoio na realização das contratações públicas, e tendo em vista a jurisprudência do TCE-SP referida no item 15 do presente parecer, sugere-se que a matéria em debate seja alçada ao conhecimento da CEDC – Coordenadoria de Entidades Descentralizadas e Contratações Eletrônicas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, com

a recomendação de que se envidem esforços para que a atualização anual dos referenciais dos Cadernos se proceda com a máxima brevidade;

f) Considerando que as regras editalícias do caso em exame, às quais a Administração se vincula, determinaram que as propostas fossem apresentadas com base nos preços vigentes em janeiro/2012, é regular a aplicação de reajuste contemplando data anterior à celebração da avença, conforme já assentado no Parecer PA nº 17/2003.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 17 de novembro de 2014.

LUCIANA R. L. SALDANHA GASPARINI

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 120.706

PROCESSO: PGE nº 18488-333231/2014 (CEETEPS nº 105/2014)
INTERESSADO: ADMINISTRAÇÃO CENTRAL – CENTRO PAULA SOUZA
(CEETEPS)
PARECER: PA nº 125/2014

De acordo com o Parecer PA nº 125/2014.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado – Consultoria.

São Paulo, 19 de novembro de 2014.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS

Procuradora do Estado Chefe

Procuradoria Administrativa

OAB/SP 78.260

PROCESSO: GDOC nº 18488-333231/2014 (CEETEPS nº 105/2014)
INTERESSADO: Administração Central – Centro Paula Souza (CEETEPS)
ASSUNTO: Licitação. Contratação de serviços contínuos de vigilância.

Perfilho as conclusões do Parecer PA nº 125/2014, acolhido pela i. Chefia da Procuradoria Administrativa.

Remetam-se os autos ao Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça jurídica opinativa em questão.

SubG. Cons., 12 de janeiro de 2015.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

PROCESSO: GDOC nº 18488-333231/2014 (CEETEPS nº 105/2014)
INTERESSADO: Administração Central – Centro Paula Souza (CEETEPS)
ASSUNTO: Licitação. Contratação de serviços contínuos de vigilância.

Aprovo, por seus próprios e jurídicos fundamentos, o Parecer PA nº 125/2014.

Restituam-se os autos ao Centro Paula Souza (CEETEPS), por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

São Paulo, 13 de janeiro de 2015.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

Consultoria

1) CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 15.413, DE 9 DE MAIO DE 2014, QUE DISPÕE SOBRE TRATAMENTO TÉRMICO POR CREMAÇÃO DE ANIMAIS MORTOS PROVENIENTES DE ESTABELECIMENTOS DE ENSINO E PESQUISA E DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE VETERINÁRIA SEDIADOS NO ESTADO DE SÃO PAULO. Lei de iniciativa parlamentar, resultante de rejeição parcial do veto total do Governador do Estado. Matéria sujeita à competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, nos termos do artigo 24, incisos VI e XII, da Constituição Federal. Tendo a União editado leis sobre normas gerais de proteção do meio ambiente e defesa da saúde, cabe aos Estados apenas suplementá-las. Tema da lei estadual supostamente disciplinado, de maneira diversa, pelas Leis Federais nº 6.938/81 e 9.782/99 e pelas Resoluções ANVISA 306/2004 e CONAMA 358/2005. **Necessidade de demonstração dos pontos em que a lei estadual em questão contraria as normas federais. Proposta de nova diligência.** Precedente: Parecer PA nº 85/2014. **(Parecer PA nº 119/2014 – Aprovado (diligência) pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 05/01/2015)**

2) CONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1.076/96 DO MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA HIDROMINERAL DE ÁGUAS DE SANTA BÁRBARA, ALTERADA PELA LEI Nº 1.623/2013. VEDAÇÃO PELO MUNICÍPIO DE ABERTURA OU PERFURAÇÃO DE POÇOS ARTESIANOS E SEMIARTESIANOS EM DETERMINADA DISTÂNCIA DE MINA NATURAL. Bens estaduais, nos termos do art. 26 da Constituição Federal, e farta legislação estadual tratando do tema, pelo que não haveria, em princípio, interesse local a justificar legislação municipal. **Proposta de diligência. Necessidade de o DAEE esclarecer pontos importantes sobre a questão. (Parecer PA nº 131/2014 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 06/01/2015)**

3) PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ABANDONO DE CARGO. EXONERAÇÃO ANTERIOR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. Faltas injustificadas, consecutivas e interpoladas, em número superior ao permitido pela legislação vigente. Processo administrativo disciplinar instaurado para apurar possível configuração de abandono de cargo. Revelia. Constatada prévia exoneração do indiciado, em estágio probatório, em razão do não atendimento dos pres-

supostos de aptidão, assiduidade e responsabilidade, previstos no artigo 6º, incisos III, V e VIII, da Lei Complementar nº 959/2004. Relatório final da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares que propõe aplicação da pena de demissão (art. 256, I e V, e § 1º da Lei estadual nº 10.261/68), a ser registrada nos assentos funcionais, ante a inexistência de vínculo. Dúvida formulada pela Consultoria Jurídica da Pasta acerca da viabilidade de instauração do procedimento disciplinar, diante do disposto nos artigos 309 e 310 da Lei nº 10.261/68. Inviabilidade de se atribuir interpretação extensiva aos dispositivos citados. Dispensa de instauração do processo disciplinar ou extinção do processo já iniciado viáveis apenas na hipótese de exoneração a pedido do servidor. Inaplicabilidade à exoneração em estágio probatório, por ato da Administração. Inocorrência de duplo apenamento. A exoneração em estágio probatório não é pena. **Precedentes:** PA-3 nº 9/1999, PA nº 464/2003, PA nº 465/2003. **Jurisprudência:** RMS 23.742-MT. Conclusão, no caso concreto, no sentido de endossar o relatório da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. (Parecer PA nº 134/2014 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 06/01/2015)

4) CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 9.166/95. Projeto de lei de iniciativa parlamentar, vetado pelo Governador do Estado. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Le-

gislativa, em razão de rejeição do veto. Suposta violação dos princípios da independência e harmonia dos poderes, previstos no art. 2º da CF. Divergência de opiniões no âmbito da Procuradoria Administrativa: Parecer PA-3 216/95, sustentando a constitucionalidade da norma, e Parecer PA-3 241/95, sua inconstitucionalidade. **Solicitação de nova análise da matéria.** Na opinião do subscritor deste Parecer, tal lei não padece de inconstitucionalidade, na medida em que se limitou a obrigar o Poder Executivo a, cinco dias úteis antes de entrar em vigor nova tarifa do serviço de transporte intermunicipal, enviar à Assembleia informações a respeito, divulgando-as amplamente à população. Obrigação que de modo algum desequilibra a relação entre os Poderes do Estado, na medida em que o parlamento é competente para fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, nos termos do art. 49, inciso X, da Constituição Federal. Na hipótese de não ser essa a posição da Chefia da Instituição, deve ser aprovada a minuta de ADI anexa ao Parecer PA-3 nº 241/95. (Parecer PA nº 130/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 07/01/2015)

5) LICITAÇÃO. EDITAL. INDICAÇÃO DE MARCAS. Admita-se, excepcionalmente, a indicação de marcas, desde que fundamentada em justificativa técnica. **Artigos 7º, § 5º; 15, § 7º, I e 25, I, todos da Lei nº 8.666/1993; artigo 3º, II, da Lei nº 10.520/02.** Viabilidade de indicação de marca como referência de especi-

ficações técnicas, admitidos produtos similares ou de qualidade superior (TCE – TC-155/989/13). Possibilidade da exigência de amostras, realização de testes e procedimentos de pré-qualificação de produtos em licitações, com objetivo de garantir qualidade adequada à realização das funções estatais. Embora não prevista nas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02, ou na Lei Estadual nº 6.544/89, a pré-qualificação de produtos tem sido admitida pelo TCE (TC-922/002/09, TC-923/002/09, TC-2343/004/07, TC-2398/004/07). Com exceção de certames regidos pela Lei nº 12.462/11 (RDC), é inviável, ante a ausência de disposição legal expressa, a indicação das marcas reprovadas no edital para restringir sua participação nos certames. **Artigo 37, XXI, da Constituição Federal. (Parecer PA nº 132/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 07/01/2015)**

6) DOMÍNIO PÚBLICO. ACES-SÃO VERTICAL. INDENIZAÇÃO. Construção de centro de saúde pelo Estado de São Paulo em terreno do Município de Pirassununga. 1. Direito do Estado à indenização. Inteligência do artigo 1.255 do Código Civil. Boa-fé. Vertente subjetiva. Análise das circunstâncias do caso concreto. Irrelevância, no caso, do conhecimento de que se tratava de terreno alheio. Existência de ajuste entre os entes públicos envolvidos. Autorização de lei para a doação do imóvel ao Estado. Legítima expectativa. Confiança. Presunção de legitimidade dos atos administrativos.

2. Pretensão do Estado à indenização. Prazo prescricional. Contagem a partir da negativa da doação do imóvel municipal ao Estado. **Precedente: Parecer PA nº 88/2013.** Ausência de elementos que, no caso concreto, permitam decisão segura sobre a prescrição. Possibilidade de renúncia à indenização independentemente da análise da higidez da respectiva pretensão. Ressalva de entendimento pessoal no sentido da necessidade de lei que autorize a prática do ato abdicativo pelo Governador. **(Parecer PA nº 118/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 12/01/2015)**

7) SERVIDOR PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE CARGO DE MÉDICO LEGISTA DA SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA COM OUTRO CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO PÚBLICO REMUNERADO, NOS TERMOS DOS PARECERES PAs 148/99, 52/2002, 53/2002 e 119/2008. Proposta de reexame da matéria, em face de reiteradas decisões judiciais sobre a questão. Necessidade de se aguardar a decisão da ADI 2.861 para analisar a questão, eis que ela pode influir na tese prevalente no Tribunal de Justiça de São Paulo, sintetizada pelo Acórdão da Apelação Cível 362.777-5/4-00 da 2ª Câmara de Direito Público, no sentido de que, com o advento da Lei Complementar Estadual nº 756/94, os médicos legistas não constituem mais categoria da classe policial civil, pelo que a eles não se aplica a vedação prevista na Lei Com-

plementar nº 207/79, sendo, pois, permitida a acumulação de cargos, desde que haja compatibilidade de horários. **Proposta de manifestação da Secretaria da Fazenda e da Superintendência da Polícia Técnico-Científica. (Parecer PA nº 123/2014 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 12/01/2015 para complementação da instrução dos autos pela Secretaria da Fazenda)**

8) ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. SUBMISSÃO DOS EMPREGADOS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA DO ESTADO DE SÃO PAULO À LEI FEDERAL Nº 8.429/1992. Os empregados de sociedades de economia mista estão submetidos à Lei Federal nº 8.429/92 e, assim, devem, nos termos de seu art. 13, entregar, anualmente, declaração de bens e valores que compõem seus patrimônios. Em cumprimento ao artigo 2º, § 2º, do Decreto Estadual nº 41.865/97, deve o CODEC tomar as providências para a alteração dos Estatutos Sociais das sociedades de economia mista do Estado de São Paulo, visando a neles incluir tal obrigação. Há, todavia, a possibilidade de a Corregedoria Geral da Administração requisitar diretamente de empregados de sociedade de economia mista a declaração de bens e valores que compõem seus patrimônios, seja em casos de correção (art. 15 do Decreto Estadual nº 57.500/2011), seja em procedimentos de apuração preliminar (art. 4º do Decreto Estadual nº 58.276/2012).

(Parecer PA nº 126/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 12/01/2015)

9) CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 15.297, DE 10 DE JANEIRO DE 2014, QUE DISPÕS “SOBRE NORMAS BÁSICAS ACERCA DAS OFICINAS MECÂNICAS E ESTABELECIMENTOS ASSEMBLHADOS QUE FUNCIONAM NO ESTADO”. 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 5º, inciso XIII, 8º, *caput* e inciso V, 22, incisos I e XVI, e 24, § 1º e 2º, da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. **(Parecer PA nº 127/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 12/01/2015)**

10) VALORES REFERENCIAIS. CADTERC. Prestação de Serviços de Vigilância/Segurança Patrimonial (Volume I). Regime de jornada 12 x 36. Remuneração em dobro dos feriados trabalhados. Súmula nº 444 do TST. Artigo 9º da Lei federal nº 605/49. Extensão das horas-extras noturnas. Exegese conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho à norma contida no artigo 73, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho que se traduz na Súmula nº 60, item II, e na OJ-388-SDI-1, ambas emanadas daquela Corte. Retorno do expediente à Coordenadoria de Compras Eletrônicas e de Entidades Descentralizadas para as deliberações de

sua alçada. Artigo 79, inciso V, alínea “b”, do Decreto nº 60.812, de 30 de setembro de 2014. **(Parecer PA nº 122/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 13/01/2015)**

11) PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Artigo 40, § 3º, da Constituição Federal. Lei federal nº 10.887/2004. Cálculo dos proventos pela média aritmética simples das maiores remunerações. Artigo 40, § 2º, da Constituição Federal. Artigo 1º, *caput* e § 5º, da Lei nº 10.887/2004. Exegese emprestada à norma no **Parecer PA nº 80/2014**. Aproximação entre a chamada “remuneração do servidor no cargo efetivo” e a base de cálculo da incidência dos descontos previdenciários. Artigo 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 1.012/2007. Incidência da contribuição previdenciária sobre o Prêmio de Desempenho Individual se dá por força de lei (artigo 8º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 1.158/2011). Inclusão da totalidade do montante auferido a título de Prêmio de Desempenho Individual, eis que não se aplica o disposto no artigo 9º da Lei Complementar nº 1.158/2011 aos proventos calculados pela média. Necessidade de se refazer o cálculo da média consideradas as competências a partir de setembro de 2003. Orientação fixada a partir do despacho aditivo da Chefia desta Especializada ao desaprovar o **Parecer PA nº 317/2006**. **(Parecer PA nº 128/2014 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 27/01/2015)**

12) CONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE PROÍBE A INSTALAÇÃO DE PRESÍDIOS NO TERRITÓRIO DO MUNICÍPIO. SISTEMA PENITENCIÁRIO. Possibilidade de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Exame da constitucionalidade da Lei nº 2.164/2009, do Município de Aguai cujo artigo 1º proibiu “a instalação de presídios, centros de ressocialização, casas de detenção, casas para reformatórios de menores e similares”. Inconstitucionalidade orgânica por colidência com normas gerais federais de direito penitenciário (Lei de Execuções Penais) ou de proteção à infância e à juventude (ECA) e, também, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito agrário. Inconstitucionalidade material consistente na inviabilização do dever do Estado para com a preservação da segurança pública. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 137/97 e PA nº 334/02, nº 285/06, nº 204/07, nº 93/08, nº 126/08, nº 28/09, nº 101/09, nº 116/09, nº 131/2011 e nº 41/2012. Viabilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça. Legitimação ativa do Governador do Estado, nos termos do artigo 90, inciso I, da Constituição Estadual. Minuta de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade, a ser proposta perante o Tribunal de Justiça. Pedido de medida cautelar. **(Parecer PA nº 11/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 19/02/2015)**

13) PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADOR DO ESTADO. Aposentadoria voluntária. Requisitos constitucionais. Tempo de efetivo exercício no serviço público. Conceito de serviço público. Vínculo profissional com o Estado ou suas autarquias. Conceito de efetivo exercício. Exercício real e concreto das atribuições inerentes ao cargo. Impossibilidade de cômputo, como tempo de efetivo exercício no serviço público, de período de afastamento do titular de cargo

efetivo para exercer função em entidade governamental dotada de personalidade de direito privado. Precedentes: **Pareceres PA nº 105/2013, PA nº 75/2014, PA nº 103/2014.** Pedido de revisão parcial do entendimento fixado no Parecer PA nº 103/2014. Acórdão TCU-2229/2009, Plenário. Precedentes citados que não abalam os fundamentos da peça opinativa questionada. **(Parecer PA nº 5/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 23/02/2015)**

Contencioso Geral

14) APELAÇÃO CÍVEL. COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS E PENSÕES. FEPASA. PRETENSÃO À INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. ANUËNIOS. PRESCRIÇÃO. Não ocorrência. Pretensão que, no mérito, porém, não merece guarida. Sentença de improcedência que há de ser mantida. Conceitualmente e segundo sua própria natureza intrínseca, anuênios são vantagens de caráter pessoal que se agregam permanentemente aos salários dos servidores. Dessa forma, são devidos apenas aos ainda em atividade, uma vez que o seu pagamento depende do efetivo trabalho prestado, pois, a exemplo dos triênios, quinquênios e sexta-parte, são concedidos em decorrência do tempo de efetivo exercício. Não subsiste, pois, a possibilidade de aquisição posterior à cessação da atividade, já que, passando o servidor para a inatividade, não há mais a justificativa legal para o seu pagamento. Aquisição da vantagem que demanda efetivo exercício. Acolhimento da pretensão dos autores que implicaria a instituição de um sistema híbrido retributivo, na medida em que seriam auferidas vantagens de dois sistemas. Recurso não provido. (Apelação nº 1037978-44.2014.8.26.0053 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: Ronaldo Andrade – 10/02/2015 – 7.626 – Unânime)

15) DESMONTE DE VEÍCULOS. Cadastramento da empresa

junto ao DETRAN. Requisitos. LF nº 12.977/14. LE nº 15.276/14. DE nº 60.150/14. Afastamento das exigências. Medida liminar. A desmontagem de veículos suscita compreensível preocupação na área da segurança pública (pois os desmontes clandestinos sustentam o furto e o roubo de veículos), tributária (ante a sonegação fiscal) e ambiental (pois o desmanche projeta no solo e no ar substâncias e materiais altamente poluentes); daí a edição de uma lei federal logo depois da edição da lei estadual cuidando do mesmo tema. A complexidade e a seriedade da questão, que envolve o pacto federativo aliado à presunção de legalidade e adequação do ato legislativo e administrativo, justificam a prévia oitiva dos réus. Inexistência, ademais, de qualquer ato administrativo tendente à aplicação de sanção ou mesmo à interdição do estabelecimento comercial do agravante; ausência dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, especialmente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação previsto no art. 273, I, do CPC. Agravo desprovido. (Agravo de Instrumento nº 2020235-32.2015.8.26.0000 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Torres de Carvalho – 23/02/2015 – 4.198 – Unânime)

16) EQUIPARAÇÃO SALARIAL. Pesquisador Científico e Docente Universitário. Inadmissibilidade. Existência de decisões favoráveis a alguns pesquisadores. Irrelevância. Atribuições diversas. Isonomia. Impossibilidade. Vedação Constitucional (Arts. 37, XIII, e 39, § 1º,

CF/88). Aumento de vencimentos pelo Poder Judiciário. Vedação. Súmula 339 STF. Recurso não provido. (Apelação nº 0024665-67.2013.8.26.0053 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Paulo Galizia – 23/02/2015 – 9.595 – Unânime)

17) RESPONSABILIDADE CIVIL. Policial militar. DL nº 260/1970. Acidente sofrido durante perseguição, depois de cumpridos os requisitos necessários à reforma voluntária. 1. Reforma. Prazo. O prazo de trinta dias para a apreciação do pedido de reforma conta da data do protocolo no Quartel General, não da data do protocolo na unidade policial militar onde o autor prestava serviços, em Birigui. Inexistência de prova ou indício de negligência na apreciação do pedido, com isso não se confundindo a publicação da reforma poucos dias após o trintídio. Do mesmo modo, inexistente prova ou indício de que a reforma tenha sido publicada dois dias depois do acidente para prejudicar o autor. 2. Reforma. Benefícios. A reforma foi feita a pedido, sem qualquer indicação de desistência anterior à concessão da inatividade pleiteada. Impossibilidade de “segurar” a publicação do benefício concedido sem pedido do autor. Inexistência de falha da administração a justificar a indenização pedida ou o pagamento de benefícios que o autor não demonstrou receber, tal como o abono de permanência. Improcedência. Recurso do autor desprovido, com as observações do voto. (Apelação nº 1001777-78.2014.8.26.0077 – Birigui – 10ª Câmara de Direito Público – Re-

lator: Torres de Carvalho – 23/02/2015 – 14.519 – Unânime)

18) SERVIÇO AUXILIAR VOLUNTÁRIO. Soldado Policial Militar Voluntário. LF nº 11.029/00. LE nº 11.064/02. Inconstitucionalidade. Vínculo empregatício. Pagamento dos direitos sociais. Juros e correção monetária. 1. Declaração de Inconstitucionalidade. O Órgão Especial do TJSP, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade das LF nº 10.029/00 e LE nº 11.064/02 no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 9221852-31.2009, 5-8-2009, Rel. Mathias Coltro. 2. Vínculo empregatício. O autor foi admitido por meio de contrato de prazo determinado para a prestação de serviço auxiliar voluntário e a ilegalidade na contratação não altera a sua condição de servidor temporário. No entanto, faz jus às férias acrescidas do terço constitucional e do décimo terceiro salário, por força do § 3º do art. 39 da CF, afastado o pagamento do adicional de insalubridade e o adicional de local de exercício, que não fazem parte do rol de direitos trabalhistas constitucionalmente assegurados a todos os servidores públicos, e a contagem do tempo de serviço, por incompatível com a inconstitucionalidade da contratação. 3. Correção monetária e juros de mora. O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a expressão “índice oficial de remuneração da caderneta de poupança” do § 12 do art. 100 da Constituição Federal introduzido pela EC nº 62/09 e, em consequência e por arrasto, a disposição semelhante da LF

nº 11.960/09; mas manteve hígidos os juros nela indicados (ADI nº 4.357-DF e 4.425-DF, Pleno, 6-3-2013). Procedência parcial. Recurso oficial e da Fazenda parcialmente providos. Determinação, de ofício, da aplicação da Tabela Prática do TJSP para cálculo da correção monetária. (Apelação nº 1000546-88.2014.8.26.0053 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Torres de Carvalho – 23/02/2015 – 14.573 – Unânime) (Parcialmente procedente)

19) SERVIDOR ESTADUAL.

Lins. CF, art. 25 e 37, X. LF nº 8.880/94, art. 22. Plano Real. URV. Conversão. Prescrição. 1. Prescrição. Prescreve em cinco anos a contar das datas em que realizadas o direito à modificação do critério de conversão adotado pelo Estado por ocasião da implantação do Plano Real. Posição rejeitada pelo STJ, no entanto, que vem afirmando repetidas vezes que a prescrição nessa hipótese é parcelar, prevista no art. 3º, e não a prescrição nuclear prevista no art. 1º do DF nº 20.910/32. Prescrição apenas das parcelas anteriores ao quinquênio que antecede a propositura da ação. 2. Plano Real. Conversão em URV. A jurisprudência, de que guardo reserva, pacificou-se no sentido de aplicar a conversão em URV prevista no art. 22 da LF nº 8.880/94 aos Estados e municípios. Diferenças contadas mês a mês, no entanto, com percentuais que não acumulam. 3. Plano Real. Conversão em real. O autor tem direito à conversão dos vencimentos ou proventos em URV no dia 1-3-1994, nos termos do art. 22 da LF nº 8.880/94, e às diferen-

ças decorrentes do pagamento menor nos meses seguintes até a conversão para reais em 1-7-1994. Inexistência de demonstração, no entanto, de que tenha recebido a menor naqueles meses, ou de que subsistam diferenças não prescritas, ante as diversas reorganizações administrativas e revisões salariais já concedidas. Aplicação do RE nº 561.836-RN, STF, Pleno, 26-9-2013, Rel. Luiz Fux, com repercussão geral. Procedência. Recurso oficial e da Fazenda providos para julgar a ação improcedente. (Apelação nº 1001733-03.2014.8.26.0322 – Lins – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Torres de Carvalho – 23/02/2015 – 14.575 – Unânime)

20) SERVIDORES ESTADUAIS.

Revisão anual geral. EC nº 19/98, Art. 37, X da CF Inadmissibilidade. Pretendida indexação que não tem amparo na Constituição. Revisão que só pode ser feita por lei específica de iniciativa do Governador, não podendo ser determinada pelo Judiciário que não legisla nem é o titular da “iniciativa privativa” mencionada no inciso (União X 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, RCL nº 9.863, 10-2-2010, Relator Min. Joaquim Barbosa). Impossibilidade de concessão da revisão a título de “indenização”. Improcedência. Recurso dos autores a que se negou seguimento. Agravo interno desprovido. (Agravo Regimental nº 1006259-90.2014.8.26.0361 – Mogi das Cruzes – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Torres de Carvalho – 23/02/2015 – 4.156 – Unânime)

Contencioso Tributário-Fiscal

21) AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. AIIM nº 4.022.505-7 de 26-4-2013. Aquisição de mercadorias. Notas fiscais declaradas inidôneas. Autuação fiscal. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Não se vê presente a prova inequívoca da verossimilhança dos fatos alegados se do relatório de apuração elaborado por agente fiscal de renda consta que no endereço em que estabelecida a empresa declarada inidônea atuava anteriormente sociedade empresária com mesmo propósito comercial que também teve sua inidoneidade constatada desde a abertura, em 26-1-2007; os sócios das empresas, aliás, seriam os mesmos e estariam apenas dando continuidade às atividades comerciais da primeira. Ausente prova inequívoca, a suspensão da exigibilidade depende do depósito integral e em dinheiro do crédito fiscal. Contexto que justifica a prévia oitiva da Fazenda. Agravo a que se nega seguimento. Aplicação do art. 557 do CPC. Agravo interno improvido. (Agravo Interno nº 2228436-63.2014.8.26.0000 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Torres de Carvalho – 23/02/2015 – 4.161 – Unânime)

22) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA ICMS. PROTESTO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. Insurgência contra decisão que indeferiu a antecipação da

tutela para sustar os efeitos de protesto de CDA. Ausência da verossimilhança da alegação, requisito indispensável para a concessão da tutela antecipada (CPC, art. 273). Exegese do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/97, com redação atribuída pela Lei nº 12.767/12, que amplia a competência dos cartórios extrajudiciais. Jurisprudência atual do STJ, que passou a admitir a possibilidade de protesto da CDA. Precedentes desta Corte. Decisão mantida. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento nº 2207021-24.2014.8.26.0000 – São Paulo – 12ª Câmara de Direito Público – Relator: Osvaldo de Oliveira – 23/02/2015 – 19.497 – Por maioria)

23) AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. Prescrição (art. 174 do CTN). Inocorrência. Tributo sujeito a lançamento de ofício, quando se constitui definitivamente o crédito tributário. Precedentes. Decisão mantida. Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nº 2002929-50.2015.8.26.0000 – São Paulo – 6ª Câmara de Direito Público – Relator: Leme de Campos – 23/02/2015 – 24.183 – Unânime)

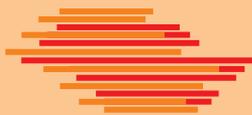
24) EMBARGOS À ARREMATACÃO. Pretensão à declaração de Insubsistência da arrematação sob a alegação de que o bem foi alienado por preço vil. Bem arrematado em valor correspondente a 50% da avaliação. Preço vil não caracterizado. Súmula 33 do TJSP. Honorários advocatícios. Redução. Recurso provido, em parte. (Apelação nº 0217757-34.2011.8.26.0100 – São

Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Paulo Galizia – 23/02/2015 – 9.573 – Unânime) (Parcialmente provido)

25) EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. Certidão da Dívida Ativa que preenche os requisitos legais. Art. 202 do CTN e art. 2º, par. 5º, da Lei nº 6.830/80. Não vislumbra-se qualquer mácula no título executivo. Desnecessidade de prova contábil para confirmação do crédito tributário. Inocorrência do cerceamento de defesa. Utilização da taxa SELIC para atualização do débito fiscal. Admissibilidade. Constitucionalidade da Lei Estadual nº 10.175/98, que prevê a incidência da referida taxa. Precedentes. Possibilidade da cumulação da multa moratória com os juros e correção mo-

netária. R. Sentença mantida. Recurso improvido. (Apelação nº 0077026-19.2006.8.26.0114 – Campinas – 9ª Câmara de Direito Público – Relator: Carlos Eduardo Pachi – 23/02/2015 – 20.074 – Unânime)

26) EMENTA. EXECUÇÃO FISCAL. Insurgência contra decisão que indeferiu o reconhecimento de sucessão entre empresas. Artigo 133 do CTN. Empresa que passou a explorar, no mesmo imóvel anteriormente ocupado pela antecessora, idêntica atividade comercial. Sucessão caracterizada. Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 2227358-34.2014.8.26.0000 – São Bernardo do Campo – 6ª Câmara de Direito Público – Relator: Reinaldo Miluzzi – 23/02/2015 – 19.785 – Unânime)



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

