

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

JULHO/AGOSTO 2014

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

Sílvia 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

Ouvidoria

Maria Rita Vaz de Arruda Corsini

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), José Luiz Borges de Queiroz, Adalberto Robert Alves, Fernando Franco, Eduardo José Fagundes, Alexander Silva Guimarães Pereira, Daniel Carmelo Pagliusi Rodrigues, Derly Barreto e Silva Filho, Dulce Ataliba Nogueira Leite, Egidio Carlos da Silva, João Cesar Barbieri Bedran de Castro, Margarete Gonçalves Pedroso, Mariana Rosada Pantano, Regina Marta Cereda Lima

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

Diretora

Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-diretora

Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial

Presidência

Mariângela Sarrubbo Fragata

Secretária Executiva

Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Cláudia Garcia Grion, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Renata Capasso.

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227 – 9º andar – CEP 01405-100 – São Paulo – SP – Brasil. Telefone: (11) 3286-6998/6997. Home Page: 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: 800 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.

Expediente

| | |
|-----------------|---|
| Editorial | 7 |
|-----------------|---|

Cursos e eventos

| | |
|---|---|
| Cursos do Centro de Estudos | 9 |
| Eventos do Centro de Estudos..... | 9 |
| Cursos e eventos em parceria com outras instituições..... | 9 |

Peças e julgados

| | |
|---|----|
| MANDADO DE SEGURANÇA. Juiz Presidente de Colégio Recursal que, embora tenha recebido o incidente de uniformização de interpretação da Lei nº 782/12, determinou a certificação do trânsito em julgado e remessa dos autos à origem, por entender que não se trata de recurso, negando seguimento a outros incidentes que entendeu possuírem o mesmo objetivo. A execução definitiva dos julgados sem haver prévia apreciação dos incidentes de uniformização pode causar prejuízos irreparáveis. Liminar concedida para suspender as decisões impugnadas, até pronunciamento da Turma Julgadora | 11 |
|---|----|

Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda

| | |
|--|----|
| COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM. NOVO PLANO DE CARGOS, SALÁRIOS E CARREIRA. Transformação de cargos com exigência de escolaridade superior com atribuições similares. Viabilidade. Criação de cargos com atribuições diversas. Impossibilidade. Violação do art. 37, II da CF/88 | 41 |
|--|----|

Parecer da Procuradoria Administrativa

| | |
|---|--|
| CONTRATO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. Contrato administrativo de longo prazo. Mutabilidade. Característica inerente ao ajuste. Alteração unilateral pelo poder concedente. Prescindível instrumentalização. Termo Aditivo celebrado para fins de recompor o equilíbrio econômico-financeiro inicial. Artigo 9º, § 4º, da Lei federal nº 8.987/1995. Possibilidade de utilização de recursos do Tesouro como meio de reequilibrar o contrato, indenização para esse fim, não como forma de pagamento de despesa realizada sem lastro | |
|---|--|

| | |
|---|----|
| contratual. Situação que não se enquadra às disposições constantes do Decreto estadual nº 40.177/1995..... | 53 |
|---|----|

Ementário

| | |
|------------------------------------|----|
| Consultoria | 69 |
| Contencioso Geral | 82 |
| Contencioso Tributário-Fiscal..... | 84 |

Foi com grande alegria que recebi o convite formulado pelo Centro de Estudos para escrever o editorial desta edição de julho/agosto de 2014 do Boletim, valioso meio de divulgação dos trabalhos de destaque desenvolvidos pela carreira e, por isso, importante instrumento replicador de conhecimento e de reflexões.

Não se pode negar que o exemplo de excelência das manifestações publicadas incute nos Procuradores do Estado o desejo de cada vez mais melhorar a própria atuação, o que invariavelmente leva cada membro da Instituição a sopesar os obstáculos que no dia a dia se põem ao alcance desse desiderato. Em mim, particularmente, a profundidade e a qualidade dos trabalhos aqui reproduzidos impingiram a reflexão quanto ao verdadeiro papel do Procurador do Estado.

Guardião na esfera pública da constitucionalidade, da ética e dos princípios que regem a Administração Pública, o advogado público tem um papel de suma importância na concretização do Estado Democrático de Direito. É justamente nesse contexto que se insere a atividade consultiva do advogado público, pela qual exerce a mais aconselhável e eficaz forma de controle, o preventivo, evitando a edição de atos contrários ao Direito e, especialmente, orientando o Administrador acerca da forma como conseguirá, lícita e legitimamente, alcançar seu escopo. Também na atividade contenciosa, ao exercer o contraditório e apresentar argumentos jurídicos contrapostos a pedido formulado judicialmente contra o ente público e, especialmente, propor a alteração da política pública ao identificar vícios praticados pelo próprio Estado, o advogado público solidifica a ordem jurídica.

Nota-se, então, que ao Procurador do Estado, advogado (público) que é, cabe o exercício de atividade essencialmente intelectual e jurídica.

Diante disso, é com apreensão que observo o desempenho de consideráveis atribuições meramente burocráticas pelos Procuradores do Estado de São Paulo, advindas, por certo, da crescente demanda decorrente da criação dos juizados especiais da Fazenda Pública e dos processos judiciais eletrônicos. A expedição de ofícios, a classificação de pendências no sistema eletrônico concebido para o acompanhamento de demandas judiciais (PGENet), a realização de protocolo eletrônico de peças processuais, com a anexação de documentos, o recebimento de mandados judiciais, entre outras, constituem tarefas que consomem substancial parcela do tempo diário dos integrantes da carreira, afastando-os paulatinamente do papel fundamentalmente advocatício que exercem.

O momento, a meu ver, é de adoção de medidas que resgatem o prestígio da função eminentemente intelectual e advocatícia do Procurador do Estado, conferindo-se aos demais servidores o desempenho das outras atribuições que a envolvem.

Portanto, é com satisfação que recebo a notícia de contratação de profissionais de apoio especializado em tecnologia da informação pelo gabinete do Procurador Geral do Estado de São Paulo, medida que contribuirá para o resgate da atividade intelectual dos Procuradores do Estado e certamente conduzirá a um incremento do já alto nível de atuação, permitindo assim que brilhantes manifestações continuem a recheiar as próximas edições deste Boletim.

GUSTAVO FERNANDO TURINI BERDUGO

**Procurador do Estado
Chefe da Procuradoria Regional de Bauru – PR7**

Cursos e Eventos

Cursos e eventos do Centro de Estudos

15.07 a 16.09 – Curso: “Serviços de Atividades Gerais”.

17.07 a 14.08 – Treinamento: “Finanças”.

23.07 – Palestra: “Novas Contratações Administrativas”.

23.07 a 01.10 – Curso: “Capacitação na Área de Pessoal”.

01.08 – Palestra: “Equilíbrio Econômico-Financeiro”.

Eventos do Centro de Estudos

28 e 29.08 – “50º Encontro de Atualização Jurídica dos Procuradores do Estado de São Paulo”.

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

07 e 08.08 – Curso: “Capacitação de Análise de Pontos de Função” – Espaço T&D Paulista.

08.08 – Curso: “*E-social*” – parceria com IOB Folhamatic.

13 e 14.08 – Treinamento: “PHL82” – parceria com Microleste Tecnologia em Informática Ltda.

20 a 22.08 – “18º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública” – parceria com Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

28.08 – Curso: “Gestão de Riscos de Contratos de Terceirização” – em parceria com Moraes & Mattioli Cursos Ltda.

DESPACHO

Processo nº 0219334-22.2012.8.26.0000

MANDADO DE SEGURANÇA

Comarca de FERNANDÓPOLIS.

IMPETRANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO: MM JUIZ DE DIREITO PRESIDENTE DO COLÉGIO

RECURSAL DE FERNANDÓPOLIS

INTERESSADO: ELIZABETE MAYUMI FUJIOKA MANDELLI

VISTOS.

Mandado de segurança impetrado contra ato do Juiz de Direito Presidente do Colégio Recursal de Fenandópolis, que recebeu o incidente de uniformização de interpretação de lei nº 782/12, mas determinou certificação do trânsito em julgado e remessa dos autos principais à origem, por entender que não se trata de recurso, qualquer que seja o posicionamento adotado no incidente a solução da lide não será afetada; e negou seguimento aos incidentes nºs 783/12, 786/12, 781/12, 784/12, 785/12, 787/12, 788/12, 789/12 e 1.078/12, porque já há um incidente com o mesmo objetivo (782/12).

Sustenta que o Presidente do Colégio Recursal não tem competência para negar seguimento ao pedido de uniformização; o incidente tem natureza de recurso, pode ter efeito modificativo no caso concreto e vinculante aos casos semelhantes.

Pleiteia concessão de medida liminar para suspender as decisões proferidas nos processos citados, até o julgamento do *mandamus*.

Pela relevância da fundamentação e o receio de dano de difícil reparação, pois a execução definitiva dos julgados sem o julgamento dos incidentes de uniformização poderá causar prejuízos irreparáveis, **concedo liminar** para suspender as decisões impugnadas até o pronunciamento da Turma Julgadora.

Notifique-se a autoridade apontada como coatora do conteúdo da petição inicial, requisitando suas informações no prazo legal.

Após, vista à PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA.

INTIME-SE.

São Paulo, 10 de outubro de 2012.

Desembargador RIBEIRO DE PAULA

RELATOR

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ(A) PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

URGENTE!!!

A **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, pelo Procurador do Estado que esta subscreve, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa. impetrar **MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR**, com fulcro nos arts. 5º, LXIX, 108, I, c (paralelismo constitucional), ambos da Constituição Federal, art. 74, III, da Constituição Estadual, art. 101, § 3º, d, da LC nº 35/79, *art. 2º, § 1º, I, da Lei nº 12.153/2009* e na Lei nº 12.016/2009, contra atos ilegais e abusivos praticados pelo **MM. Juiz de Direito Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis (18ª Circunscrição Judiciária)**, nos autos abaixo especificados, *o qual, usurpando a competência do Presidente/Turma de Uniformização, estabeleceu de moto próprio que o pedido de uniformização previsto na Lei nº 12.153/2009 não se trata de recurso, mas, sim, de mero incidente com o objetivo de harmonizar a jurisprudência e, nesse entendimento, ora recebeu parcialmente o pedido de uniformização, ora negou seguimento aos pedidos de uniformização, ora determinou a certificação do trânsito em julgado nos autos principais, com o cumprimento da r. decisão “definitiva”, conforme passamos a expor a seguir:*

I- HISTÓRICO

Nos casos vertentes, foram propostas ações em face do Estado de São Paulo, perante a Vara do Juizado Especial da Comarca de Fernandópolis, sob o rito da Lei Federal nº 12.153/2009 (Juizados Especiais da Fazenda Pública), *visando ao recálculo de adicionais por tempo de serviço (quinqüênio/sexta-parte) e pagamento das parcelas atrasadas*. Tais ações foram julgadas procedentes para obrigar o Estado de São Paulo a recalcular os benefícios remuneratórios dos postulantes, servidores públicos, bem como a pagar as parcelas atrasadas.

Porquanto as r. sentenças proferidas nos processos abaixo discriminados, no entendimento do Estado de São Paulo, afrontaram dispositivos constitucionais, a legislação federal (Código Civil e Código de Processo Civil – *termo inicial dos juros de mora*) e firmes jurisprudências (base de cálculo dos benefícios temporais – exclusão de verbas transitórias e eventuais – *auxílios saúde, alimentação, transporte, ajudas de custos etc.*), foram interpostos recursos perante as Turmas do Colégio Recursal da Comarca de Fernandópolis (18ª Circunscrição Judiciária).

Não obstante, em todos os casos aqui citados, as Turmas Recursais do Colégio Recursal de Fernandópolis, no que importa a este mandamus, decidiram de forma diversa de outras Turmas Recursais, o que motivou a interposição de pedidos de uniformização (recurso), com fulcro na Lei nº 12.153/2009 e na Resolução nº 553/2011 deste E. Tribunal de Justiça.

Seguem os respectivos números dos processos e recursos para a perfeita identificação e análise por este zeloso E. Tribunal de Justiça:

1. Processo nº 189.01.2011.004965-4 – Recurso nº 96/2012 – Uniformização nº 783/2012;
2. Processo nº 189.01.2011.004967-0 – Recurso nº 148/2012 – Uniformização nº 786/2012;
3. Processo nº 189.01.2011.005437-1 – Recurso nº 95/2012 – Uniformização nº 781/2012;
4. Processo nº 189.01.2011.004663-5 – Recurso nº 92/2012 – Uniformização nº 782/2012;
5. Processo nº 189.01.2011.003941-0 – Recurso nº 142/2012 – Uniformização nº 784/2012;
6. Processo nº 189.01.2011.003939-9 – Recurso nº 124/2012 – Uniformização nº 785/2012;
7. Processo nº 189.01.2011.008438-0 – Recurso nº 350/2012 – Uniformização nº 787/2012;
8. Processo nº 189.01.2011.003937-3 – Recurso nº 135/2012 – Uniformização nº 788/2012 ;
9. Processo nº 189.01.2011.004963-9 – Recurso nº 97/2012 – Uniformização nº 789/2012; e
10. Processo nº 189.01.2011.008441-5 – Recurso nº 605/2012 – Uniformização nº 1078/2012.

Pois bem, vejamos detidamente. Nos autos dos processos principais nº 189.01.2011.004965-4 (Recurso nº 96/2012) e Processo nº 189.01.2011.004967-0 (Recurso nº 148/2012), de forma idêntica, o MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis proferiu a seguinte decisão:

“Vistos.

Fls. 88/110: **À mingua de qualquer decisão superior que determine o sobrestamento do presente feito, deverá a serventia certificar o trânsito em julgado e devolver os autos à origem para regular andamento.**” (grifo nosso)

Imaginando ter havido algum equívoco do MM. Juiz de Direito Presidente do Colégio Recursal da 18ª C.J. Fernandópolis, a FESP peticionou urgentemente para informar a interposição de pedido de uniformização nos respectivos autos e esclarecer que, por se tratar de recurso, não haveria ainda o trânsito em julgado nos casos concretos. Juntou-se na oportunidade várias decisões do MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Votuporanga, como paradigma (determinação do aguardo da decisão da Turma de Uniformização). Requereu-se, assim, a certificação da interposição do pedido de uniformização nos autos principais, bem como o aguardo do julgamento pela Turma de Uniformização (trânsito em julgado).

Todavia, sobreveio a seguinte decisão do MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis nos processos nº 189.01.2011.004965-4 (Recurso nº 96/2012) e nº 189.01.2011.004967-0 (Recurso nº 148/2012):

“Fls. 112/114: **Indefiro.**

A decisão do incidente de uniformização de jurisprudência não altera o desfecho da lide, ainda que acolhida a tese mais favorável à Fazenda, a título de orientação jurisprudencial.” (grifo nosso)

Tais decisões foram disponibilizadas no dia 12/09/2012.

Nesta mesma data (12/09/2012) sobrevieram também as intimações nos pedidos de uniformização nºs. **783/2012, 786/2012, 781/2012, 784/2012, 785/2012, 787/2012, 788/2012, 789/2012 e 1078/2012** com a seguinte decisão idêntica do MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis:

“Vistos.

Atento à certidão supra, considerando que já há incidente de uniformização de jurisprudência interposto neste Colégio Recursal com o objetivo de harmonizar a interpretação jurisprudencial relativamente às questões de ordem material tratadas nestes autos, não se justifica a repetição, de maneira que nego seguimento a este incidente.

Ao arquivo.

Int.” (grifo nosso)

Tal decisão proferida em série nos pedidos de uniformização supracitados teve por norte o decidido no **pedido de uniformização nº 782/2012**, no qual o MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis proferiu a seguinte decisão de recebimento parcial:

“Vistos.

Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência que tem por objetivo harmonizar a interpretação jurisprudencial em relação aos seguintes temas:

- a) exclusão dos auxílios transporte, alimentação e saúde da base de cálculo da sexta-parte e do quinquênio, porquanto de caráter eventual e transitório.
- b) juros de mora a partir da citação e não do vencimento de cada parcela.

Inicialmente, destaco que o incidente não tem natureza jurídica de recurso, na medida em que tem por objetivo apenas e tão somente a edição de súmula sobre questão de direito material pela Turma de Uniformização, a fim de servir como orientação jurisprudencial.

Assim, **qualquer que seja o posicionamento adotado pela Turma de Uniformização, a solução da lide não será afetada, razão pela qual nada justifica que se aguarde a decisão do incidente para o início do cumprimento de sentença.**

Destaco que entendimento diverso não encontra respaldo legal, sendo certo que contraria frontalmente os princípios informadores desta Justiça Especializada, notadamente os princípios da celeridade, simplicidade e informalidade previstos no art. 2º da Lei nº 9.099/95, aplicáveis ao Juizado Especial da Fazenda Pública por força do disposto no art. 27 da Lei nº 12.153/09.

Tecida essa ponderação, observo desde logo que descabe o incidente de uniformização para discussão de questão de cunho eminentemente processual, conforme expressa redação do art. 18, ‘caput’, ‘in fine’, da Lei nº 12.153/2009.

A divergência jurisprudencial em relação aos temas de direito material, objeto do incidente, está devidamente demonstrada, estando preenchidos os requisitos do art. 18, ‘caput’, da Lei nº 12.153/2009.

Posto isto, **recebo o incidente de uniformização de jurisprudência apenas no que se refere aos seguintes temas:**

- a) exclusão dos auxílios transporte, alimentação e saúde da base de cálculo da sexta-parte e do quinquênio, porquanto de caráter eventual e transitório.

b) juros de mora a partir da citação e não do vencimento de cada parcela.

Após, remetam-se os autos à Turma de Uniformização, assim que criada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Oportunamente, **certifique-se o trânsito em julgado nos autos principais, remetendo-os à origem.**

Int.” (grifo nosso)

Esta decisão também foi disponibilizada no dia 12/09/2012.

É o breve relato.

Demonstraremos, a seguir, as razões pelas quais este E. Tribunal de Justiça deve liminarmente suspender e ao final cassar as decisões proferidas pelo MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis.

2 - DO CABIMENTO DO “MANDAMUS” PERANTE ESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Este E. Tribunal de Justiça é o órgão competente para processar e julgar mandado de segurança em face de Juiz Presidente de Colégio Recursal, *cujas ações tramitam sob o rito da Lei Federal nº 12.153/2009 (Juizados Especiais da Fazenda Pública)*. Vejamos o ordenamento jurídico pátrio:

Constituição Federal de 1988 (paralelismo constitucional)

Art. 108, I, “c”, CF/88 – Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I- processar e julgar, originariamente:

(...)

c) os mandados de segurança contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;

Constituição do Estado de São Paulo

Artigo 74 - Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, **processar e julgar originariamente:**

(...)

III - os **mandados de segurança** e os “habeas data” contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembleia, **do próprio Tribunal ou de algum de seus membros**, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador Geral de Justiça, do

Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital;

Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN)

Art. 101 - Os **Tribunais** compor-se-ão de Câmaras ou Turmas, especializadas ou agrupadas em Seções especializadas. A composição e competência das Câmaras ou Turmas serão fixadas na lei e no Regimento Interno.

(...)

§ 3º - A cada uma das Seções **cabará processar e julgar**:

(...)

d) **os mandados de segurança contra ato de Juiz de Direito**;

Este E. Tribunal de Justiça já decidiu que o *habeas corpus* contra ato ou decisão de Colégio Recursal é da sua competência.

HABEAS CORPUS Nº 0103543-05.2012.8.26.0000

15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo

COMARCA: Mococa

PACIENTE: Djair Batista da Silva

IMPETRANTE: Orestes Mazieiro

Julgamento: 16/08/2012

Habeas Corpus - Alegação de constrangimento ilegal decorrente de Acórdão proferido por Turma Recursal de Juizado Especial Criminal, que manteve a condenação do paciente pela prática do crime de advocacia administrativa qualificada (321, parágrafo único, c.c. artigo 327, § 2º, ambos do CP) - Pedido de trancamento da ação penal, por atipicidade da conduta, desconsideração de fatos não descritos na denúncia e nulidade ou readequação da pena aplicada - **Possibilidade de se conhecer de habeas corpus impetrado contra ato ou decisão do Colégio Recursal**, na esteira da jurisprudência das Cortes superiores, ainda que a condenação já tenha sido alcançada pelo trânsito em julgado - Precedentes - (...)

Trecho do acórdão:

“Em princípio, é admissível a impetração de habeas corpus, perante esta Corte, em face de atos ou decisões proferidas pelo Colégio Recursal.

(...)

O Plenário daquela Augusta Corte, por maioria de votos, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Cármen Lúcia e Celso de Mello, entendeu que, “**estando os integrantes das turmas recursais dos juizados especiais**

submetidos, nos crimes comuns e de responsabilidade, à jurisdição do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os habeas corpus impetrados contra ato que tenham praticado.”

(...)

Destarte, seguindo a nova orientação do Excelso Pretório e do Superior Tribunal de Justiça, precisamente no ponto atinente à competência, tem-se que é admissível a impetração perante esta E. Corte de habeas corpus visando a ilidir eventual constrangimento ilegal decorrente de ato ou decisão proferida pelo Colégio Recursal.” (grifo nosso)

O mesmo raciocínio aplica-se, *mutatis mutandis*, também ao mandado de segurança contra ato ilegal ou abusivo do Juiz Presidente do Colégio Recursal.

De fato, este E. Tribunal de Justiça já processou e julgou mandado de segurança em face de Juiz Relator de Colégio Recursal:

Mandado de Segurança nº 9031069-53.2007.8.26.0000 (994.07.067416-0)

Impetrante: Centro Universitário Lusíada

Impetrado: Juiz Relator do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Santos

Comarca: São Paulo

Juiz: Cláudio Teixeira Villar

Mandado de segurança - **Pretendida anulação de decisão proferida pelo Colégio Recursal por meio deste mandado de segurança ou o reconhecimento da incompetência do Juizado Especial Cível para apreciar a questão aqui debatida** – Notícia de sentença de procedência, com trânsito em julgado - Perda do objeto - Segurança denegada.

Ademais, e para arrematar, **a Lei nº 12.153/2009 que instituiu o Juizado Especial da Fazenda Pública é clara ao EXCLUIR da sua competência o processamento e julgamento de ação de mandado de segurança.**

Lei nº 12.153/2009 – Juizados Especiais da Fazenda Pública

Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

§ 1º **Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:**

I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos; (grifo nosso)

Logo, respeitado o ordenamento jurídico pátrio, **o presente mandamus deve ser processado e julgado por este E. Tribunal de Justiça.**

Visto isso, impõe-se destacar que não é aplicável a Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal segundo a qual “*Não cabe mandado de segurança de decisão judicial passível de recurso ou correição*”, uma vez que através do presente remédio constitucional se busca afastar decisões ilegais e arbitrárias do MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis, o qual, usurpando a competência do Presidente/Turma de Uniformização, estabeleceu que o pedido de uniformização previsto na Lei nº 12.153/2009 não se trata de recurso, mas, sim, de mero incidente com o objetivo de harmonizar a jurisprudência e, nesse entendimento, ora recebeu parcialmente o pedido de uniformização, ora negou seguimento aos pedidos de uniformização, ora determinou a certificação do trânsito em julgado nos autos principais, com o cumprimento da r. decisão “definitiva”.

E mais, não há previsão de recurso no Sistema dos Juizados Especiais nas situações aqui expostas, muito menos há previsão de efeito suspensivo. O presente *mandamus*, portanto, é o “soldado de reserva” para proteger o direito líquido e certo contra os atos ilegais e abusivos.

Precioso citar aqui o ensinamento do consagrado doutrinador Cassio Scarpinella Bueno:

“Inversamente, toda vez que o sistema recursal não tiver aptidão para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente, toda vez que não se aceitar uma interpretação ampla suficiente das regras processuais para evitar dada situação de ameaça ou de lesão ao recorrente, o mandado de segurança contra ato judicial tem pleno cabimento. Cabe, a bem da verdade, para salvaguardar o direito do recorrente e como forma de colmatar eventual lacuna decorrente da ineficiência do sistema recursal” (A Nova Lei do Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21-22).

Destarte, na ausência de previsão legal de qualquer outra medida judicial e diante da sistemática recursal trazida pela Lei nº 12.153/09, não resta outra alternativa para reparar a ilegalidade e abusividade das decisões questionadas, a não ser a impetração do presente “*writ*” perante este E. Tribunal de Justiça, conforme restará demonstrado a seguir:

3 - DA COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO, JULGAMENTO E AFINS DO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO: PRESIDENTE/TURMA DE UNIFORMIZAÇÃO

A Resolução nº 553/2011 deste E. Tribunal de Justiça em cumprimento ao art. 20 da Lei nº 12.153/2009 prevê o seguinte:

Art. 6º Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material ou processual.

§ 1º **O pedido será dirigido ao Presidente da Turma de Uniformização no prazo de dez dias**, contados da publicação da decisão que gerou a divergência, por petição escrita e assinada por advogado, com a comprovação do recolhimento do preparo, quando cabível.

§ 2º A petição indicará o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo, e exporá as razões, com explicitação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, acompanhadas de prova da divergência, que se fará:

I - Pela certidão, cópia do julgado ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente;

II - Pela reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte.

§ 3º **Protocolado o pedido na Secretaria do Colégio Recursal em que ocorreu a divergência, será intimada a parte contrária e, quando for o caso, também o Ministério Público, no prazo sucessivo de dez dias, encaminhando-se os autos, em seguida, ao Presidente da Turma de Uniformização.**

§ 4º O pedido será distribuído à relatoria de um dos integrantes da **Turma de Uniformização**, exceto ao Presidente.

§ 5º Será rejeitado o pedido quando se tratar de matéria já decidida pela turma ou quando não for cumprida alguma das exigências dos §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 6º Rejeitado preliminarmente o recurso, caberá pedido de reapreciação nos mesmos autos, no prazo de dez dias, à Turma de Uniformização, que, se o admitir pela sua admissão, julgará desde logo o mérito.

Art. 7º O pedido deverá ser julgado pela Turma de Uniformização no prazo de trinta dias.

Art. 8º A Turma de Uniformização se reunirá ao menos uma vez a cada dois meses, salvo se não houver pedidos de uniformização em condições de julgamento, em sessões que serão designadas pelo seu Presidente e poderão ser feitas por meio eletrônico.

Art. 9º A decisão da Turma de Uniformização será tomada pelo voto da maioria dos seus membros.

§ 1º Em matéria criminal, em caso de empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.

§ 2º Em matéria civil, em caso de empate não haverá uniformização.

§ 3º A decisão será publicada e comunicada a todos os magistrados submetidos à sua jurisdição, se possível por meio eletrônico.

Art. 10. Quando houver multiplicidade de pedidos de uniformização de interpretação de lei com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao Presidente da Turma de Uniformização selecionar, para julgamento, um ou mais feitos representativos da controvérsia, sobrestando os demais até o respectivo pronunciamento.

§ 1º Julgado o mérito do pedido de uniformização, os demais pedidos sobrestados serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou de prejudicialidade, se tais pedidos veicularem tese não acolhida pela Turma de Uniformização.

§ 2º Mantida a decisão pela Turma Recursal, poderá a Turma de Uniformização, mediante provocação do interessado, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

No mesmo sentido, o Provimento nº 07/2010 do CNJ:

DA UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI

(...)

Art. 12. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais da mesma unidade da federação sobre questões de direito material.

(...) § 5º Protocolado o pedido junto à Secretaria da Turma Recursal cujo julgado gerou a divergência, a secretaria intimará a parte contrária e, quando for o caso, o Ministério Público, para manifestação no prazo sucessivo de dez dias; após, encaminhará os autos ao Presidente da Turma de Uniformização.

§ 6º O Presidente da Turma de Uniformização decidirá em 10 (dez) dias, admitindo ou não o pedido.

(...)

Art. 13. Estando em termos a petição e os documentos, o **Presidente admitirá o processamento do pedido e encaminhará os autos para distribuição e julgamento pela Turma de Uniformização, no prazo de 30 (trinta) dias.** Parágrafo único: Poderá o Presidente da Turma de Uniformização conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, ad referendum do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos e recursos nos quais a matéria objeto da divergência esteja presente, até o pronunciamento da Turma de Uniformização sobre a matéria. (...)

Art. 16. Quando houver multiplicidade de pedidos de uniformização de interpretação de lei com fundamento em idêntica questão de direito material, **cabará ao Presidente da Turma de Uniformização selecionar um ou mais representativos da controvérsia, para remessa a julgamento, sobrestando os demais até o pronunciamento desta.**

Art. 17. Julgado o mérito do pedido de uniformização, os demais pedidos sobrestados serão apreciados pelos juízes singulares ou Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou os declararão prejudicados, se veicularem tese não acolhida pela Turma de Uniformização.

Parágrafo único. **Mantida a decisão pelo juiz singular ou pela Turma Recursal, poderá a Turma de Uniformização cassar ou reformar, liminarmente, a sentença ou o acórdão contrário à orientação firmada.**

Como se nota, **NÃO detém o MM. Presidente do Colégio Recursal a competência de negar seguimento ao pedido de uniformização, mas, sim, o Presidente/Turma de Uniformização.** Com muito mais razão quanto à decisão sobre a natureza jurídica do pedido de uniformização. Nos casos concretos, deveria o MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal, isto sim, ter determinado a intimação da parte contrária para manifestar no prazo de 10 dias (se o caso, também do Ministério Público) e, após, remeter os autos ao Presidente da Turma de Uniformização (art. 6º, § 3º, da Resolução nº 553/2011).

Ademais, **não há previsão legal de negar seguimento a pedido de uniformização simplesmente por existir outro semelhante** (multiplicidade). Ora, por se tratar de recurso, o pedido de uniformização idêntico a outro pode ser sobrestado pelo Presidente da Turma de Uniformização, mas não negar o seu seguimento, como o fez o MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis.

Lei nº 12.153/2009

Art. 19, § 1º *Eventuais pedidos de uniformização fundados em questões idênticas e recebidos subsequentemente em quaisquer das Turmas Recursais ficarão retidos nos autos, aguardando pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.*

Resolução nº 553/2011

Art. 10. Quando houver **multiplicidade de pedidos de uniformização** de interpretação de lei com fundamento em idêntica questão de direito, **caberá ao Presidente da Turma de Uniformização selecionar, para julgamento, um ou mais feitos representativos da controvérsia, sobrestando os demais até o respectivo pronunciamento.**

§ 1º Julgado o mérito do pedido de uniformização, os demais pedidos sobrestados serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou de prejudicialidade, se tais pedidos veicularem tese não acolhida pela Turma de Uniformização.

§ 2º Mantida a decisão pela Turma Recursal, poderá a Turma de Uniformização, mediante provocação do interessado, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

CNJ, Provimento nº 07/2010

Art. 16. Quando houver **multiplicidade de pedidos de uniformização** de interpretação de lei com fundamento em idêntica questão de direito material, **caberá ao Presidente da Turma de Uniformização selecionar um ou mais representativos da controvérsia, para remessa a julgamento, sobrestando os demais até o pronunciamento desta.**

E mais, também **não detém o MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal a competência para selecionar a seu bel-prazer este ou aquele pedido de uniformização, a fim de representar os demais.** Esta competência é do **Presidente da Turma de Uniformização.**

Portanto, as decisões proferidas pelo MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis ofenderam de forma flagrante e direta a legislação de regência, bem como houve **usurpação da competência do Presidente/Turma de Uniformização. As nulidades das decisões proferidas pelo MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis são patentes, pois.**

Necessária, assim, **a cassação das decisões proferidas nos casos concretos e a determinação do processamento dos pedidos de uniformização interpostos pela FESP, bem como o aguardo do julgamento de tais recursos pelo Presidente/Turma de Uniformização (trânsito em julgado).**

4 – DA NATUREZA JURÍDICA DO INCIDENTE/PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO

Ato contínuo, mister elucidar sobre a natureza jurídica do pedido de uniformização previsto na Lei nº 12.153/2009. Isso porque as decisões proferidas pelo MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis, além do quanto exposto no item anterior (incompetência), basearam-se no entendimento de que o pedido de uniformização não é recurso, mas mero incidente “que tem por objetivo apenas e tão somente a edição de súmula sobre questão de direito material pela Turma de Uniformização, a fim de servir como orientação jurisprudencial”.

Tais decisões ora combatidas infringem a Lei nº 12.153/2009, porquanto tal diploma legal contempla o pedido de uniformização com a natureza jurídica de recurso.

Pois bem. Conforme comprovantes em anexo, **a FESP interpôs pedido de uniformização de jurisprudência** em todos os processos especificados neste *mandamus*, sendo que tal instrumento tem indiscutivelmente a **NATUREZA DE RECURSO**, conforme informa a doutrina especializada. Vejamos:

Leciona Ricardo Cunha Chimenti:

“18.4. UNIFORMIZAÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI Nº 12.153/2009 – PEDIDO COM NATUREZA DE RECURSO, E NÃO DE INCIDENTE

Os pedidos de uniformização de interpretação previstos na Lei n. 12.153/2009 **TÊM A NATUREZA DE RECURSO DE DIVERGÊNCIA**, e não de incidente, pois a exemplo do que se verifica no art. 531 do CPC, é necessário pedido da parte interessada, e **O RESULTADO FINAL PODE SER A MODIFICAÇÃO DE UM JULGAMENTO PREVIAMENTE PROFERIDO POR ÓRGÃO COLEGIADO**, respeitada a coisa julgada. Assim, mesmo não sendo classificável como recurso da via ordinária (pois não permite revisão da prova colhida ou análise da justiça do julgado), **O PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO TEM NATUREZA DE RECURSO**” (Juizados Especiais da Fazenda Pública: Lei nº 12.153/2009 comentada artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 135). (grifamos)

Aduz Joel Dias Figueira Júnior:

“Em sua verdadeira essência, o ‘pedido de uniformização de jurisprudência’ **REVESTE-SE DE NATUREZA RECURSAL**, na exata medida em que o acolhimento do pedido pela Turma de Uniformização ou pelo Superior Tribunal de Justiça **CONFERE-LHE EFEITOS MODIFICATIVOS**, a exemplo do que se dá com os embargos infringentes ou de divergência, restringindo-se, no caso dos Juizados da Fazenda Pública, às questões de

interpretação dissonante em sede de direito material (art. 18, caput, da Lei 12.153/2009)

(...)

Na verdade, o julgado da Turma de Uniformização TEM EFEITO INFRINGENTE E VINCULANTE (Juizados Especiais da Fazenda Pública. Comentários à Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009. São Paulo: RT, 2011. p. 271). (grifamos)

Ensina J. E. Carreira Alvim e Luciana Contijo Carreira Alvim:

“O pedido de uniformização de jurisprudência **CONSTITUI, ASSIM, VERDADEIRO RECURSO...**

Tanto assim, que, na Questão de Ordem 1, da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, ficou assentado: ‘2. Diante da divergência entre decisões de Turmas Recursais de regiões diferentes, o pedido de uniformização **TEM NATUREZA JURÍDICA DE RECURSO, cujo julgado, portanto, MODIFICANDO OU REFORMANDO, SUBSTITUI A DECISÃO ENSEJADORA DO PEDIDO PROVIDO**” (Comentários à Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis. Curitiba: Juruá, 2010. p. 204-205). (grifamos)

Aduz Alexandre Freitas Câmara:

“A Lei nº 10.259/2001 criou um **RECURSO** que não encontra similar no microsistema dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais. Trata-se do PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO da interpretação da lei federal. Este é um RECURSO que exerce função análoga à do recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial (previsto no art. 105, III, c, da Constituição da República). O mesmo RECURSO aparece, também, no sistema dos JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA, por força do disposto na Lei nº 12.153/2009...

(...)

Já o pedido de uniformização da interpretação da lei estar-se-á **PEDINDO O REEXAME DE CERTA DECISÃO JUDICIAL**, cabendo ao órgão julgador não só fixar a tese jurídica correta, mas **aplicá-la AO CASO CONCRETO. ESTE É, POIS, RECURSO, SEM QUALQUER DÚVIDA**” (Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 242-243.). (grifamos)

No mesmo sentido, Oscar Valente Cardoso:

“Apesar de a Lei nº 12.153/2009 utilizar a expressão ‘pedido’, tais impugnações **têm NATUREZA JURÍDICA DE RECURSO**, considerando ter suas principais características: (a) são instrumentos processuais voluntários, ou seja, podem – ou não – ser manejados pelas partes, de acordo com o seu in-

teresse; (b) por formar um incidente no procedimento, não constituem um processo novo; (c) contêm uma pretensão da parte em **MODIFICAR OU INVALIDAR** a decisão questionada; e (d) são cabíveis quando existir lesividade na decisão, pois sem prejuízo não há interesse da parte em recorrer.

A principal finalidade desses **RECURSOS**, como a própria denominação indica, é padronizar a interpretação e a aplicação da legislação nos Juizados Especiais da Fazenda Pública...” (Juizados Especiais da Fazenda Pública (comentários à Lei nº 12.153/2009). São Paulo: Dialética, 2010. p. 298-299). (grifamos)

Com razão a doutrina especializada sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Quanto ao pedido de uniformização, dispõe a Lei nº 12.153/2009:

Art. 18. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material.

§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas do mesmo Estado será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência de desembargador indicado pelo Tribunal de Justiça.

(...)

§ 3º Quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será por este julgado.

Art. 19. Quando a orientação acolhida pelas Turmas de Uniformização de que trata o § 1º do art. 18 contrariar súmula do Superior Tribunal de Justiça, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 1º *Eventuais pedidos de uniformização fundados em questões idênticas e recebidos subsequentemente em quaisquer das Turmas Recursais ficarão retidos nos autos, aguardando pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.*

§ 2º Nos casos do caput deste artigo e do § 3º do art. 18, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Presidente da Turma de Uniformização e, nos casos previstos em lei, ouvirá o Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 5º Decorridos os prazos referidos nos §§ 3º e 4º, o relator incluirá o pedido em pauta na sessão, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança.

§ 6º **Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 1º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou os declararão prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.**

Art. 20. Os **Tribunais de Justiça**, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, **expedirão normas regulamentando os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização** e do recurso extraordinário.

Cumprindo o mandamento legal, a própria Resolução 553/2011 deste E. Tribunal de Justiça prevê o **efeito modificativo no caso concreto** e também o efeito vinculante quanto aos casos semelhantes.

Art. 10. Quando houver multiplicidade de pedidos de uniformização de interpretação de lei com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao Presidente da Turma de Uniformização selecionar, para julgamento, um ou mais feitos representativos da controvérsia, sobrestando os demais até o respectivo pronunciamento.

§ 1º **Julgado o mérito do pedido de uniformização, os demais pedidos sobrestados serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação** ou de prejudicialidade, se tais pedidos veicularem tese não acolhida pela Turma de Uniformização.

§ 2º Mantida a decisão pela Turma Recursal, poderá a Turma de Uniformização, mediante provocação do interessado, **cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.** (grifamos)

Daí porque vaticina Joel Dias Figueira Júnior:

“Na verdade, o julgado da Turma de Uniformização tem **EFEITO MODIFICATIVO E VINCULANTE**. Tanto assim é que o Provimento nº 7/2010 da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, dispõe no art. 17, parágrafo único, in verbis: ‘Mantida a decisão pelo juiz singular ou pela Turma Recursal, poderá a Turma de Uniformização cassar ou reformar, liminarmente, a sentença ou o acórdão contrário à orientação firmada.’” (Op. cit., p. 272). (grifamos)

Vale mencionar aqui o **Provimento nº 7, de 7 de maio de 2010 do Conselho Nacional de Justiça.**

DA UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI

(...)

Art. 12. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais da mesma unidade da federação sobre questões de direito material.

(...) § 2º O pedido de uniformização atenderá o disposto nos artigos 18 e 19 da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009.

§ 3º O recurso será dirigido ao Presidente da Turma de Uniformização e interposto no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação da decisão que gerou a divergência, por petição escrita e assinada por advogado ou procurador judicial.

§ 4º Da petição constarão as razões, acompanhadas de prova da divergência. A prova se fará mediante certidão, cópia do julgado ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

§ 5º Protocolado o pedido junto à Secretaria da Turma Recursal cujo julgado gerou a divergência, a secretaria intimará a parte contrária e, quando for o caso, o Ministério Público, para manifestação no prazo sucessivo de dez dias; após, encaminhará os autos ao Presidente da Turma de Uniformização.

§ 6º O Presidente da Turma de Uniformização decidirá em 10 (dez) dias, admitindo ou não o pedido.

§ 7º O pedido de uniformização que versar sobre matéria já decidida pela Turma de Uniformização, que não explicitar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, ou que estiver desacompanhado da prova da divergência, será liminarmente rejeitado.

§ 8º Inadmitido o recurso, cabe pedido de reapreciação nos mesmos autos, no prazo de dez dias, à Turma de Uniformização, que desde logo julgará o próprio pedido de uniformização, se entender pela sua admissão.

Art. 13. Estando em termos a petição e os documentos, **o Presidente admitirá o processamento do pedido e encaminhará os autos para distribuição e julgamento pela Turma de Uniformização, no prazo de 30 (trinta) dias.**

Parágrafo único: Poderá o Presidente da Turma de Uniformização conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, ad referendum do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos e recursos nos quais a matéria objeto da divergência esteja presente, até o pronunciamento da Turma de Uniformização sobre a matéria. (...)

Art. 16. Quando houver multiplicidade de pedidos de uniformização de interpretação de lei com fundamento em idêntica questão de direito material, **caberá ao Presidente da Turma de Uniformização selecionar um ou mais representativos da controvérsia, para remessa a julgamento, sobrestando os demais até o pronunciamento desta.**

Art. 17. Julgado o mérito do pedido de uniformização, os demais pedidos sobrestados serão apreciados pelos juízes singulares ou Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou os declararão prejudicados, se veicularem tese não acolhida pela Turma de Uniformização.

Parágrafo único. **Mantida a decisão pelo juiz singular ou pela Turma Recursal, poderá a Turma de Uniformização cassar ou reformar, liminarmente, a sentença ou o acórdão contrário à orientação firmada.**

Inclusive, como paradigma, há anexas cópias de decisões proferidas pelo **Juiz Presidente do Colégio Recursal de Votuporanga**, as quais estão em consonância com a legislação de regência:

“CONSIDERANDO QUE FOI INTERPOSTO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE LEI DA DECISÃO PROFERIDA NESTES AUTOS, DETERMINO QUE SE AGUARDE, NA SECRETARIA, O DESFECHO FINAL, DEVENDO A PARTE INTERESSADA COMUNICAR NOS AUTOS” (Recurso Inominado nº 88/2012).

No mesmo sentido: Recurso Inominado nº 94/2012.

Logo, **uma vez interposto o pedido de uniformização (RECURSO)** nos autos, e até que sobrevenha decisão da Turma de Uniformização, **não é possível certificar o trânsito em julgado, muito menos baixar os autos à origem para o início da execução** (provisória).

Como se nota, **as decisões proferidas pelo MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal dão ensejo à execução provisória em face da FESP**, o que também é ilegal (2ª-B da Lei 9.494/97).

Imperioso, pois, **cassar as decisões combatidas neste mandamus e determinar o processamento dos pedidos de uniformização interpostos pela FESP, bem como o aguardo do julgamento de tais recursos pela Turma de Uniformização (trânsito em julgado).**

É o que se requer legitimamente.

5 - DA IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Não há dúvida de que as decisões proferidas pelo MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal têm o condão de propiciar a execução provisória em face da FESP.

Vale rememorar as decisões, aqui combatidas, em sede de processos, nos quais se buscam o recálculo de quinquênio/sexta-parte, bem como o pagamento das parcelas atrasadas:

Processos nº 189.01.2011.004965-4 e 189.01.2011.004967-0:

“À mingua de qualquer decisão superior que determine o sobrestamento do presente feito, deverá a serventia **certificar o trânsito em julgado e devolver os autos à origem para regular andamento.**

“A decisão do incidente de uniformização de jurisprudência não altera o desfecho da lide, ainda que acolhida a tese mais favorável à fazenda, a título de orientação jurisprudencial.” (grifo nosso)

Pedidos de uniformização nºs. 783/2012, 786/2012, 781/2012, 784/2012, 785/2012, 787/2012, 788/2012, 789/2012 e 1078/2012:

“Atento à certidão supra, considerando que já há incidente de uniformização de jurisprudência interposto neste Colégio Recursal com o objetivo de harmonizar a interpretação jurisprudencial relativamente às questões de ordem material tratadas nestes autos, não se justifica a repetição, de maneira que **nego seguimento a este incidente.**

Ao arquivo.

Int.” (grifo nosso)

Pedido de uniformização nº 782/2012:

“Inicialmente, destaco que o incidente não tem natureza jurídica de recurso, na medida em que tem por objetivo apenas e tão somente a edição de súmula sobre questão de direito material pela Turma de Uniformização, a fim de servir como orientação jurisprudencial.

Assim, **qualquer que seja o posicionamento adotado pela Turma de Uniformização, a solução da lide não será afetada**, razão pela qual nada justifica que se aguarde a decisão do incidente para o início do cumprimento de sentença.

(...)

Posto isto, **recebo o incidente de uniformização de jurisprudência apenas no que se refere aos seguintes temas:**

(...)

Após, remetam-se os autos à Turma de Uniformização, assim que criada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Oportunamente, **certifique-se o trânsito em julgado nos autos principais, remetendo-os à origem.**

Int. “ (grifo nosso)

Pois bem. Como sabido, **há previsão constitucional e legal expressa impedindo a execução provisória contra o poder público em casos como o versado nas ações referidas.**

Nesse sentido, a legislação pátria:

Lei nº 9.494/97

Art. 1º **Aplica-se à tutela antecipada** prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil **o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.**

(...)

Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a **liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, **somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.**

Lei nº 8437/92

Art. 1º **Não será cabível medida liminar** contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, **toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.**

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

Lei nº 12.016/2009

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

(...)

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

A própria Constituição Federal determina que o pagamento de débito de natureza alimentícia só será efetuado “em virtude de sentença transitada em julgado” (art. 100, § 1º-A, CF/88).

Pela simples leitura de tais dispositivos, não há dúvida de que a execução provisória viola o ordenamento jurídico pátrio. Ora, no Estado Democrático de Direito todos estão submissos à lei, inclusive o Poder Judiciário.

Sobre o tema desenvolvido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica acerca da impossibilidade da execução provisória contra o ente público, conforme se extrai do AgRg 1151016/RS, julgado em 29/09/2009, de lavra da Min. Laurita Vaz, no seguinte trecho da decisão:

1. (...)

2. A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido da impossibilidade da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, nos moldes da vedação contida no art. 1.º e art. 2.º-B da Lei n.º 9.494/97.

Confira-se o posicionamento da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça no sentido de que não se pode executar provisoriamente sentença contra o poder público nas hipóteses previstas no artigo acima transcrito, conforme restou decidido no agravo de instrumento n.º 990.10.446293-2, julgado aos 15/12/2010, de relatoria do Des. Osvaldo de Oliveira, que trata de caso idêntico (recálculo de adicionais temporais) conforme segue:

“A questão que se apresenta nos autos, em consequência, é a possibilidade de execução provisória da sentença em face da Fazenda Pública, tendo em vista o disposto nas Leis Federais nºs. 4.384/64 e 9.494/97. O artigo 1º da Lei nº 9.494/1997 veda a concessão de liminar em desfavor da Fazenda Pública, remetendo-nos ao que dispõem as Leis Federais nºs. 8.437/1992 e 4.348/1964, in verbis:

“Artigo 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no artigo 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos artigos 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”.

E o artigo 2º-B, acrescentado ao mesmo diploma legal citado pela Medida Provisória nº. 2.180-35/2001, contém a mesma vedação:

“Artigo 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após o seu trânsito em julgado”.

A Lei Federal nº 4.348/1964, por sua vez, impede a concessão de liminar em desfavor da Fazenda Pública em mandado de segurança impetrado por servidor público, assim dispondo em seu texto:

“Artigo 5º. Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”.

“Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença”.

(...)

“Artigo 7º O recurso voluntário ou ‘ex officio’, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”.

Aliás, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 04 (julgada em 17/10/08, DJ 15.10.2008), não vislumbrou qualquer vício de inconstitucionalidade no artigo 1º da citada Lei Federal nº. 9.494/97, entendendo ser cabível a vedação da antecipação da tutela nas causas que versem sobre reclassificação, equiparação de servidores públicos, concessão de aumento ou extensão de vantagens. Cumpre acrescentar, ainda, que estão ressalvadas da proibição inserida na Lei nº. 9.494/97 as questões de cunho previdenciário e

de garantia de direitos fundamentais (Rcl 1257/RS, Rei. Ministro Sidney Sanches, DJ 07.02.2003).

A hipótese dos autos, entretanto, não se insere nas exceções mencionadas, visto tratar-se de demanda visando à implementação dos adicionais temporais sobre todas as parcelas que integram a remuneração mensal, o que implica, sem dúvida, o aumento de vencimentos, afigurando-se incabível a antecipação concedida.

Com efeito, a sentença parcialmente concessiva da segurança determinou o recálculo dos adicionais temporais (quinquênios e sexta-parte dos servidores) de forma mais vantajosa para os agravados, o que implica a adição de vencimentos, hipótese prevista nos artigos 5º, parágrafo único, e 7º, ambos da Lei nº. 4.384/64, e artigo 2º-B da Lei nº. 9.494/97.

Por fim, consigne-se que, a despeito da revogação da Lei nº. 4.348/64 pela Lei nº. 12.016/09, a vedação persistiu:

“Artigo 7º (...)”

“§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

Nesse contexto, inviável a pretensão da parte recorrida de executar provisoriamente a decisão. Sobre a questão, o C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da impossibilidade de execução provisória de sentença que concede reajuste a servidor público:

“(...) Há, nesta Corte, entendimento acerca da impossibilidade de ser concedida, contra a Fazenda Pública, a antecipação dos efeitos da tutela que tenha por objeto majoração de vencimentos ou extensão de vantagem a servidores públicos”.

“É esse, justamente, o caso dos autos, porquanto a incorporação da pretendida gratificação aos vencimentos do recorrido, com a incidência de todas as vantagens pessoais e funcionais, implica a inclusão em folha de pagamento de uma despesa que, até então, não existia. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

‘Administrativo. Funcionário público. Tutela antecipada. Fazenda pública. É vedada a concessão de tutela antecipada para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias de servidores públicos. Pronunciamento do colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento em plenário da medida liminar na ADC nº 4, pela impossibilidade da antecipação de tutela, nesses casos, em face da Fazenda Pública’.

Recurso conhecido e provido. (REsp-358.855, Ministro Felix Fischer, DJ de 11.3.02);

Processual Civil e Administrativo. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Impossibilidade. Artigo 1º da Lei nº. 9.494/97. Agravo desprovido. I - Nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, é vedada a concessão da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública que tenha por objeto a concessão de aumento ou vantagem a servidores públicos. Neste sentido, a manifestação do Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida liminar na ADC nº 4.

II - Agravo interno desprovido (AgRg no REsp-753.641, Ministro Gilson Dipp, DJ de 10.10.05). (REsp nº 978.01 O/ES, Rel. Ministro Nilson Naves, DJ 20.07.2007).

No mesmo sentido, é a jurisprudência desta E. Corte de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança concedido para assegurar recálculo da sexta-parte, a partir da citação – Efeitos da apelação interposta – Solução que implica liberação de recursos – Exceção à regra geral – Previsão legal para tanto – Devolutivo e suspensivo os efeitos na hipótese – Recurso provido. (AC 860.014-5/4-00, Relator: Evaristo dos Santos, julgado em 26/01/09);

SERVIDOR ESTADUAL – Sexta-parte – Base de Cálculo – Tutela antecipada – Não é cabível a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, para extensão de vantagens pecuniárias ou para a concessão de aumento a servidores, diante da vedação da Lei nº. 9.494/97 – Decisão em confronto com a jurisprudência dominante de tribunal superior – Artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil – Dado provimento ao recurso.

(Al 804.465-5/1-00, Relatora: Teresa Ramos Marques, julgado em 22/07/08);

(...)

Finalizando, o recurso deve ser provido na íntegra para o fim de **receber a apelação da agravante no duplo efeito de direito e, conseqüentemente, vedar a execução da sentença até que ocorra o seu trânsito em julgado.**

Posto isso, **dá-se provimento ao recurso.**” (grifo nosso)

E não foi outro o entendimento do Des. Ivan Sartori, em recente julgado (19.01.2011) proferido no Agravo de Instrumento nº 0498901-89.2010.8.26.0000:

‘No caso, o r. juízo deixou de conceder a liminar pleiteada, dada vedação legal a respeito. E, de fato, em se cuidando de pleito almejando aumento

de vencimentos, a medida era mesmo de ser indeferida, consoante o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/09 (Lei do mandado segurança), “verbis”:

“Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.” (g.n.)

Nesta linha de raciocínio, respeitado o ordenamento jurídico pátrio e a própria Constituição Federal, **imperiosa a cassação das decisões proferidas nos casos concretos e a determinação do processamento dos pedidos de uniformização interpostos pela FESP, bem como o aguardo do julgamento de tais recursos pela Turma de Uniformização (trânsito em julgado).**

6 – DO PEDIDO DE LIMINAR

As decisões ora combatidas, caso não sejam suspensas/cassadas, causarão efetivo prejuízo ao erário, de impossível ou de difícil reparação, haja vista que as decisões do MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis **propiciam o início imediato das execuções (certificação do trânsito em julgado)**, nos casos em que não foram interpostos também os recursos extraordinários:

11. Processo nº 189.01.2011.004965-4 – Recurso nº 96/2012 – Uniformização nº 783/2012;
12. Processo nº 189.01.2011.004967-0 – Recurso nº 148/2012 – Uniformização nº 786/2012;
13. Processo nº 189.01.2011.008438-0 – Recurso nº 350/2012 – Uniformização nº 787/2012;
14. Processo nº 189.01.2011.003937-3 – Recurso nº 135/2012 – Uniformização nº 788/2012;
15. Processo nº 189.01.2011.004963-9 – Recurso nº 97/2012 – Uniformização nº 789/2012; e
16. Processo nº 189.01.2011.008441-5 – Recurso nº 605/2012 – Uniformização nº 1078/2012.

Como sabido, nos Juizados Especiais não há a possibilidade de propositura de ação rescisória, o que se mostra urgente a decisão deste E. Tribunal de Justiça.

Nos processos supracitados e nos aqui especificados (Processo nº 189.01.2011.005437-1 – Recurso nº 95/2012 – Uniformização nº 781/2012;

Processo nº 189.01.2011.003941-0 – Recurso nº 142/2012 – Uniformização nº 784/2012; Processo nº 189.01.2011.003939-9 – Recurso nº 124/2012 – Uniformização nº 785/2012), **as decisões proferidas pelo MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis impedem que o Presidente e a Turma de Uniformização conheçam dos pedidos de uniformização (recursos) interpostos pela FESP, na medida em que foram determinados os arquivamentos. A iminência da certificação do trânsito em julgado também é patente.**

De tal sorte, demonstrado o *periculum in mora*, cumpre destacar a verossimilhança das alegações do Estado, as quais encontram respaldo **na Lei nº 12.153/2009, na Resolução nº 553/2011, no Provimento nº 07/2010 do CNJ e no artigo 2º-B da Lei 9.494/97 (não cabe execução provisória de sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos).**

Claro está o *receio de lesão grave e de difícil reparação ao Estado*.

Destarte, com arrimo no art. 7º, III, §§ 2º e 5º, da Lei nº 12.016/2009, na Lei nº 12.153/2009 (pedido de uniformização – recurso), arts. 1º e 2º-B da Lei Federal nº 9.494/97 c.c. art. 1º da Lei nº 8.437/92 e art. 100, § 1º-A, da CF/88, requer-se o ***deferimento de liminar para suspender as decisões proferidas pelo MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis (18ª Circunscrição Judiciária) nos processos supracitados.***

7- DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer-se a ***concessão urgente de medida liminar para suspender as decisões proferidas pelo MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis (18ª Circunscrição Judiciária) nos processos supracitados, até que sobrevenha a decisão definitiva deste mandamus***, com a consequente comunicação imediata.

Requer-se, também, que, depois de colhidas as informações da autoridade impetrada, ***seja concedida a ordem de segurança para cassar todas as decisões proferidas nos casos concretos especificados e determinar o processamento dos pedidos de uniformização interpostos pela FESP, bem como o aguardo do julgamento de tais recursos pelo Presidente/Turma de Uniformização (trânsito em julgado).***

Atribui-se à presente o valor de R\$1.000,00.

Termos em que, respeitosamente,

Pede Deferimento.

São José do Rio Preto, 17 de setembro de 2012.

MANOEL JOSÉ DE PAULA FILHO

Procurador do Estado

OAB/SP Nº 187.835

ANEXOS:

17. Lei nº 12.153/2009 e Resolução nº 553/2011;
18. Precedentes: decisões proferidas pelo MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Votuporanga;
19. Decisões proferidas pelo MM. Juiz Presidente do Colégio Recursal de Fernandópolis (18ª Circunscrição Judiciária):
 - 3.1 Processo nº 189.01.2011.004965-4 – Recurso nº 96/2012;
 - 3.2 Pedido de Uniformização nº 783/2012;
 - 3.3 Processo nº 189.01.2011.004967-0 – Recurso nº 148/2012;
 - 3.4 Pedido de Uniformização nº 786/2012;
 - 3.5 Pedido de Uniformização nº 781/2012;
 - 3.6 Pedido de Uniformização nº 782/2012;
 - 3.7 Pedido de Uniformização nº 784/2012;
 - 3.8 Pedido de Uniformização nº 785/2012;
 - 3.9 Pedido de Uniformização nº 787/2012;
 - 3.10 Pedido de Uniformização nº 788/2012 ;
 - 3.11 Pedido de Uniformização nº 789/2012; e
 - 3.12 Pedido de Uniformização nº 1078/2012.

Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda

INTERESSADO: COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM

ASSUNTO: ADM DIRETA – EMPRESAS DESCENTRALIZADAS

EMENTA: COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM. NOVO PLANO DE CARGOS, SALÁRIOS E CARREIRA. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS COM EXIGÊNCIA DE ESCOLARIDADE SUPERIOR COM ATRIBUIÇÕES SIMILARES. VIABILIDADE. CRIAÇÃO DE CARGOS COM ATRIBUIÇÕES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 37, II DA CF/88.

Senhor Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica:

1. Vieram os presentes autos, encaminhados pelo Gabinete do Procurador Geral, através da Coordenadoria das Empresas e Fundações, com vistas a obter parecer desta Consultoria Jurídica acerca de dúvidas suscitadas pelo CDEC.

2. Tratou-se, na espécie, de consulta enviada, num primeiro momento, à Consultoria Jurídica da Fazenda, tendo sido encaminhada à Coordenadoria de Empresas e Fundações, tendo retornado a referida consulta por despacho da Ilma. Sra. Coordenadora das Empresas e Fundações, Dra. Cristina M. Wagner Mastrobuono.

3. No caso em análise, a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM submeteu ao Conselho de Defesas de Capitais do Estado de São Paulo – CDEC proposta de alteração de plano de cargos e salários, tendo, na oportunidade, o CDEC formulado dúvidas acerca da implantação do referido plano, conforme fls. 1.105/1.107^{vº}.

4. Trata-se de análise de Plano de Cargos, Carreiras e Salários (PCCS) da CPTM a ser implantado em vista da fusão, na figura atual da CPTM, das extintas CBTU – Companhia Brasileira de Trens Urbanos e da FESPASA – Ferrovia Paulista S.A. Tendo em vista as distorções trazidas pela referida fusão nos quadros de pessoal, a CPTM apresenta PCCS com vistas a uniformizar o tratamento dado aos empregados diversos, para enquadrá-los em novos quadros cujo requisito de escolaridade é o nível médio completo.

5. Há, ainda, a previsão de enquadramento do antigo Analista de Patrimônio no cargo de Arquiteto.

6. Os questionamentos, apresentados pelo CDEC, concentram-se na possibilidade, do ponto de vista jurídico, da transformação de cargos que exigiam, anteriormente, apenas o nível fundamental incompleto para cargos de nível médio completo, bem como acerca da viabilidade da transformação de cargo de Analista de Patrimônio em cargo de Arquiteto.

7. A título exemplificativo, foi feito quadro comparativo das atribuições anteriores de “Eletricista de Manutenção I”, cuja exigência era tão somente ensino fundamental, que se pretende migrar para “Oficial de Manutenção Elétrica”, cuja escolaridade mínima é o ensino médio completo, bem como curso de Eletricidade ou Eletrônica do SENAI ou instituição similar.

8. Foram apresentados, assim, os seguintes questionamentos: (i) Os empregados que foram admitidos (CBTU/FEPASA) e que hoje figuram nos quadros da CPTM, com nível fundamental incompleto/completo, podem ser transferidos, no novo Plano, para cargos de nível médio? E quanto aos empregados admitidos antes de 1988, a mesma regra poderá ser aplicada? (ii) Caso seja legal a pretensão quanto ao questionamento nº 1, poderá ser feita a transposição de apenas parte dos empregados, ou seja, somente aqueles que possuem os pré-requisitos e os que não possuem permanecerem no cargo em extinção na vacância? (iii) Os empregados admitidos como Analista de Patrimônio podem ser transferidos para o cargo de Arquiteto?

É o breve relatório. Passo a opinar.

9. A grande questão envolvida na pretensão trazida pela CPTM diz com as exigências constitucionais acerca da regra do Concurso Público para provimento de emprego público e eventual configuração das figuras da ascensão ou da transposição, ambas de provimentos derivados, figuras estas vedadas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 37, II.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as

nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

10. Com efeito, a análise da migração de diversos cargos e a transformação do cargo de analista de Patrimônio em Arquiteto implica a verificação no caso específico se tais alterações na estrutura da referida empresa pública configurariam a transposição ou transferência e o acesso ou ascensão.

11. Tanto o acesso como a transposição configuram formas de provimentos não mais admitidos pela Constituição. O acesso é provimento de cargo sem realização de concurso público, que configura a passagem de determinado servidor para cargo superior ao seu.

12. Já a transferência é o provimento de cargo consubstanciado na passagem de determinado servidor para cargo diferente do seu.

13. Não só tal vedação se dá no nível constitucional, como o próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de sumular o assunto. Confira-se.

Súmula 685. É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

14. Como cedoço, às entidades da administração indireta, ainda que dotadas de personalidade jurídica de direito privado, como é o caso, aplicam-se as regras da obrigatoriedade da acessibilidade por intermédio de concurso público, nos termos do já citado art. 37, II da CF/88.

15. Assim, as regras relativas à realização de concursos públicos para acesso aos empregos públicos se aplicam à CPTM.

16. Ante as considerações efetuadas, temos o seguinte quadro: (i) a CPTM é empresa pública e, portanto, se submete às exigências do art. 37, II da CF/88; (ii) a CF/88 veda o acesso a empregos públicos sem a realização de concursos públicos, com o que corrobora integralmente a Súmula 685 do STF; (iii) a CPTM apresenta novo Plano de Cargos e Salários, na intenção de migrar diversos cargos antigos para novos cargos. Portanto, a questão que se coloca, a meu ver, é se as referidas migrações/transformações submetidas a exame dessa consultoria obedecem ou ferem as regras de acessibilidade a empregos públicos, por intermédio de concurso público.

17. Com relação aos questionamentos contidos no item 1 de fls. 1107 e 1107 v^o, ou seja: se os empregados que foram admitidos (CBTU/FEPASA) e que

hoje figuram nos quadros da CPTM, com nível fundamental incompleto/completo podem ser transferidos no novo Plano, para cargos de nível médio, temos que a resposta a ser dada é positiva, caso as atribuições do novo cargo sejam, em sua essência, similares às anteriores.

18. De fato, no caso concreto há uma necessidade de a administração racionalizar a sua estrutura, na medida em que houve uma fusão entre duas empresas extintas. É imperativo, portanto, que a CPTM encontre uma forma de reestruturar a sua organização, com vistas a tornar possível a conjunção dos empregados das duas outras empresas extintas.

19. Logo, caso essa reestruturação, que visa a uma racionalização da administração e acarreta, conseqüentemente, alteração no nível de cargos ocupados por empregados públicos, apenas configure reorganização da estrutura de cargos da empresa pública, não se colhem óbices jurídicos, porquanto não há maltrato das regras constitucionais do concurso público.

20. Isso porque a intenção apenas de reestruturar e reorganizar a carreira, com o estabelecimento de qualificação necessária a sua ocupação, desde que mantidas, em sua essência, as atribuições desenvolvidas pelos empregados públicos antes e depois da reestruturação, dentro de seus respectivos cargos, não fere a regra do concurso público.

21. Destarte, temos que, caso as atribuições a serem exercidas pelo novo cargo sejam, em essência, as mesmas, o que deverá ser objeto de análise pela própria CPTM, apenas havendo a exigência de grau de escolaridade superior, não há na verdade criação de novo cargo, mas apenas reorganização daquele antes existente. De modo que, no meu entender, não há qualquer violação dos dispositivos constitucionais mencionados e tampouco da Súmula 685.

22. Importante mencionar que, no intuito de responder aos questionamentos, ampla pesquisa foi elaborada, tendo por base as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Diversas decisões foram encontradas, algumas das quais foram colacionadas neste Parecer. É preciso que se esclareça, antes da análise das referidas decisões que, muito embora tais decisões refiram-se a cargos públicos ocupados por estatutários e não de emprego público, entendo que a mesma razão jurídica deve ser aplicada, eis que o que está em pauta é a violação ou não da regra do concurso público, a qual, nos termos da CF/88, art. 37, II, se aplica tanto a cargos como a empregos públicos. Daí porque se justifica que o Parecer ora proferido tenha tomado como base, dentre outros, essas decisões. Vejamos.

ADI 1591 / RS – RIO GRANDE DO SUL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI

Julgamento: 19/08/1998

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 30-06-2000 PP-00038 EMENT VOL-01997-01 PP-00133

Parte(s)

REQTE. : PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT

ADVDO. : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTROS

REQDO. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REQDO. : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVDO. : REGIS ARNAOLDO FERRETTI E OUTROS

Ementa

Unificação, pela Lei Complementar nº 10.933-97, do Rio Grande do Sul, em nova carreira de Agente Fiscal do Tesouro, das duas, preexistentes, de Auditor de Finanças Públicas e de Fiscal de Tributos Estaduais. Assertiva de preterição da exigência de concurso público rejeitada em face da afinidade de atribuições das categorias em questão, consolidada por legislação anterior à Constituição de 1988. Ação direta julgada, por maioria, improcedente. (Grifei.)

ADI 1561 MC / SC – SANTA CATARINA

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES

Julgamento: 29/10/1997

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 28-11-1997 PP-62216 EMENT VOL-01893-01 PP-00184

Parte(s)

REQTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADV. : PGE-SC JOÃO CARLOS VON HOHENDORFF

REQDO.: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

REQDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Ementa

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ESCRIVÃES DE EXATORIA E FISCAIS DE MERCADORIAS EM TRÂNSITO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ARTIGOS 1º E 2º DA LEI Nº 8.246/91 E ART. 2º DA LEI Nº 8.248/91, AMBAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. MEDIDA CAUTELAR.

1. A um primeiro exame, as normas impugnadas, das Leis nºs 8.246 e 8.248, de 18.04.1991, do Estado de Santa Catarina, não parecem incidir no mesmo vício de inconstitucionalidade que justificou a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 81, de 10.03.93, daquele Estado, declarada na ADI nº 1.030. É que a LC nº 81/93 procedeu à “transformação, com seus ocupantes, de cargos de nível médio em cargos de nível superior”, incidindo numa “espécie de aproveitamento, ofensivo ao disposto no art. 37 da Constituição Federal”, conforme ficou ressaltado no acórdão daquele precedente. 2. Já nas normas, aqui impugnadas, das Leis nºs 8.246 e 8.248, de 18.04.1991, não se aludiu à transformação de cargos, nem se cogitou expressamente de aproveitamento em cargos mais elevados, de níveis diferentes. O que se fez foi estabelecer exigência nova de escolaridade, para o exercício das mesmas funções, e se permitiu que os Fiscais de Mercadorias em Trânsito e os Escrivães de Exatoria também as exercessem, naturalmente com a nova remuneração, justificada em face do acréscimo de responsabilidades e do interesse da Administração Pública na melhoria da arrecadação. E também para se estabelecer paridade de tratamento para os exercentes de funções idênticas. Mas não se chegou a enquadrá-los em cargos novos, de uma carreira diversa. Se isso pode, ou não, ser interpretado como burla à norma constitucional do concurso público, é questão que não se mostra suficientemente clara, a esta altura, de um exame sumário e superficial. 3. De resto, ainda que se pudesse vislumbrar em ambas as Leis, aqui impugnadas, os mesmos vícios da L.C. nº 81/93, não é de se desprezar a circunstância de que datam elas de 18.04.1991. Portanto, entraram em vigor há mais de seis anos. Sendo assim, a denegação da cautelar não afetará as finanças do Estado mais do que vinham sendo afetadas nestes últimos seis anos. Por outro lado, com sua

concessão, haveria o risco, nunca desprezível, de se atingirem, consideravelmente, os vencimentos de 271 servidores, que os vinham percebendo, ao menos desde 1991. Circunstância que evidencia, também, não estar a Administração, durante todo esse tempo, tão convicta da inconstitucionalidade que agora sustenta. 4. Na verdade, somente um julgamento mais aprofundado, ou seja, do mérito da ação, poderá eventualmente vir a produzir os resultados pretendidos com sua propositura. 5. Medida cautelar indeferida. Decisão unânime. (Grifei.)

23. E, por fim, mais recentemente, similar solução foi dada pelo Egrégio Supremo Tribunal acerca dos cargos de Assistentes Jurídicos da União. Vejamos excerto do julgado, da Relatoria da Ministra Ellen Gracie¹.

ADI 2713 / DF – DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Julgamento: 18/12/2002

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 07-03-2003 PP-00033 EMENT VOL-02101-01 PP-00153

Parte(s)

REQTE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA UNIÃO - ANAUNI

ADVDOS.: MARCOS VINÍCIUS WITCZAK E OUTROS

REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Ementa

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11 E PARÁGRAFOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 43, DE 25.06.2002, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.549, DE 13.11.2002. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO EM CARGOS DE ADVOGADO DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131, CAPUT; 62, § 1º, III; 37, II E 131, § 2º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Preliminar de ilegitimidade ativa “ad causam” afastada por tratar-se a Associação requerente de uma entidade representativa de uma categoria cujas

¹ No mesmo sentido ADI 1.342/SP

*atribuições receberam um tratamento constitucional específico, elevadas à qualidade de essenciais à Justiça. Precedentes: ADI nº 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI nº 809, Rel. Min. Marco Aurélio. Presente, de igual modo, o requisito da pertinência temática, porquanto claramente perceptível a direta repercussão da norma impugnada no campo de interesse dos associados representados pela autora, dada a previsão de ampliação do Quadro a que pertencem e dos efeitos daí decorrentes. Não encontra guarida, na doutrina e na jurisprudência, a pretensão da requerente de violação ao art. 131, caput da Carta Magna, uma vez que os preceitos impugnados não afrontam a reserva de lei complementar exigida no disciplinamento da organização e do funcionamento da Advocacia Geral da União. Precedente: ADI nº 449, Rel. Min. Carlos Velloso. **Rejeição, ademais, da alegação de violação ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II e 131, § 2º). É que a análise do regime normativo das carreiras da AGU em exame apontam para uma racionalização, no âmbito da AGU, do desempenho de seu papel constitucional por meio de uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso. Precedente: ADI nº 1.591, Rel. Min. Octavio Gallotti. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.** (Grifei.)*

24. Portanto, respondendo à primeira assertiva e, de forma reflexa, à segunda, entendo não haver óbice do ponto de vista jurídico à implementação de novo Plano de Cargos, Carreiras e Salários, com a migração de cargos de nível fundamental incompleto/completo para nível médio, desde que as atribuições exercidas de acordo com essa transformação se afigurem em seu núcleo essencial as mesmas. Há, portanto, que se fazer a correlata análise para cada cargo criado, para que não se violem as disposições constitucionais.

25. Ante a resposta dada à primeira questão, entendo que não deve haver diferenciação de tratamento entre aqueles empregados que possuem o nível de escolaridade adequado e aqueles que não o possuem. Isso porque, se já exercem as atribuições ali descritas, de forma adequada, não há razão para exigir que tais empregados possuam o grau de escolaridade agora estabelecido. Trata-se de requisito a ser exigido pela CPTM para os novos concursos públicos. Elucidativas, nesse sentido, as palavras do Ministro Aldir Passarinho citado no julgado da ADI 1.561/SC, cuja ementa se encontra transcrita acima.

“É bastante comum que a Administração, verificando que, ante as responsabilidades do cargo, deve ter o servidor um nível maior de escolaridade, passe, por isso, a exigir que o candidato ao lugar seja possuidor de certificado ou diploma correspondente a esse nível. E, de outra parte, reconhecendo que os servidores que já ocupem os cargos possuem larga experiência e não devem ser prejudicados, os mantenham nos cargos independentemente de não serem detentores de tais diplomas ou certificados, o que passa a ser exigido somente para os novos.”

26. Veja-se, ainda, que, caso se permita que haja dois cargos, cujas atribuições sejam muito similares, diversos problemas serão criados no âmbito da justiça trabalhista, tais como ações de equiparação salarial, como bem ressaltado nas informações de fls. 1105/1108.

27. O terceiro questionamento, que se refere à possibilidade de enquadramento dos empregados admitidos como Analistas de Patrimônio nos cargos de Arquitetos, entendendo ser inviável.

28. Notadamente, a questão que aqui se coloca pode ser analisada sob o mesmo viés da questão anterior. Em outras palavras, há que se verificar se há compatibilidade de atribuições entre os cargos, de modo a que não haja criação de novo cargo, a ser ocupado por empregados que prestaram concurso para cargo diverso. Nesse caso haveria violação à regra do concurso público estampada na CF/88.

29. No que tange à transferência de empregados que ocupavam o cargo de Analista de Patrimônio para Arquiteto, parece não haver qualquer correlação entre as atribuições do cargo anterior e aquele que se pretende criar.

30. É que, nos termos do quanto informado pelo CDEC, a formação antes exigida para ocupar o cargo de analista de patrimônio se referia às áreas de Administração de Empresas, Economia, Matemática, Ciências Contábeis e outros. Tais formações em nada se assimilam a atribuições inerentes ao cargo de Arquiteto, profissão essa inclusive regulamentada por órgão específico. No presente caso, há, efetivamente, a criação de um novo cargo, a ser provido por meio de concurso público.

31. Nesse sentido, ADI 248/RJ, conforme ementa que segue.

ADI 248 / RJ – RIO DE JANEIRO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 18/11/1993

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 08-04-1994 PP-07222 EMENT VOL-01739-01 PP-00008

Parte(s)

REQTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVS.: JOSE EDUARDO SANTOS NEVES E OUTROS

REQDA.: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ementa

ADIN – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (ADCT, ARTS. 69 E 74) – PROVIMENTO DERIVADO DE CARGOS PÚBLICOS (TRANSFE-

RÊNCIA E TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS) – OFENSA AO POSTULADO DO CONCURSO PÚBLICO – USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADO AO CHEFE DO EXECUTIVO – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. – Os Estados-membros encontram-se vinculados, em face de explícita previsão constitucional (art. 37, caput), aos princípios que regem a Administração Pública, dentre os quais ressalta, como vetor condicionante da atividade estatal, a exigência de observância do postulado do concurso público (art. 37, II). A partir da Constituição de 1988, a imprescindibilidade do certame público não mais se limita a hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se as pessoas estatais como regra geral de observância compulsória. – **A transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas traduzem, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, formas inconstitucionais de provimento no Serviço Público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido. Insuficiência, para esse efeito, da mera prova de títulos e da realização de concurso interno. Ofensa ao princípio da isonomia.** – A iniciativa reservada das leis que versem o regime jurídico dos servidores públicos revela-se, enquanto prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo, projeção específica do princípio da separação de poderes. Incide em inconstitucionalidade formal a norma inscrita em Constituição do Estado que, subtraindo a disciplina da matéria ao domínio normativo da lei, dispõe sobre provimento de cargos que integram a estrutura jurídico-administrativa do Poder Executivo local. – A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. Doutrina e jurisprudência. (Grifei.)

32. Ante todo o aqui exposto, é importante que a administração atente para a não transferência de cargos anteriores para novos cargos cujas atribuições sejam essencialmente diversas das anteriores, casos em que haveria violação à regra do concurso público e, portanto, da isonomia.

É o parecer que ora submeto à consideração de V. Sa.

CJ/SF, 20 de maio de 2013.

Beatriz Meneghel Chagas Camargo

Procuradora do Estado

OAB/SP 257.307

1. Aprovo o Parecer CJ/SF nº 0546/2013.^{2*}
2. Encaminhe-se ao CDEC, para as providências decorrentes.

CJ/SF, 20 de maio de 2013.

MARIO ENGLER PINTO JUNIOR

Procurador do Estado

Chefe da CJ/SF

2 * Este expediente recebeu os seguintes enquadramentos, conforme as escalas de classificação divulgadas no site da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda: **Primeira Categoria**, pela qualidade da instrução, clareza na formulação da dúvida jurídica e antecedência do encaminhamento; e **Alta Complexidade**, pela extensão do trabalho realizado e o tempo despendido com o exame do assunto, incluindo a emissão de parecer ou manifestação.

Parecer da Procuradoria Administrativa

PROCESSO: GDOC Nº 18488-568390/2014 (Volumes I, II, III, IV, V e VI)

PARECER: PA Nº 84/2014

INTERESSADO: CONCESSIONÁRIA METRA – SISTEMA METROPOLITANO DE TRANSPORTES LTDA.

EMENTA: CONTRATO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. Contrato Administrativo de longo prazo. Mutabilidade. Característica inerente ao ajuste. Alteração unilateral pelo poder concedente. Prescindível instrumentalização. Termo Aditivo celebrado para fins de recompor o equilíbrio econômico-financeiro inicial. Artigo 9º, § 4º, da Lei federal nº 8.987/1995. Possibilidade de utilização de recursos do Tesouro como meio de reequilibrar o contrato, indenização para esse fim, não como forma de pagamento de despesa realizada sem lastro contratual. Situação que não se enquadra às disposições constantes do Decreto estadual nº 40.177/1995.

1. O Termo de Contrato EMTU/SP nº 20/1997¹, resultado da licitação na modalidade Concorrência nº 004/2006, tem por objeto a concessão dos “*serviços correspondentes às funções operacionais consistentes no atendimento da demanda de passageiros no Corredor São Mateus/Jabaquara (...), bem como a operação da linha precursora Diadema/Brooklin e a manutenção e conservação de seu viário quando implantado*”, incluindo, ainda, os “*serviços correspondentes às funções de manutenção e conservação do viário e da infraestrutura*” que compõem o mencionado Corredor², objeto esse a ser executado pela licitante vencedora, ora concessionária, “METRA – Sistema Metropolitano de Transportes Ltda.”.

2. Consta que, no âmbito dessa concessão, por ato do Presidente da EMTU, foi constituído Grupo de Trabalho para apresentação de proposta de reavaliação

1 Cópia juntada às fls. 918/955, que tem como CONCEDENTE o Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos, representado, por delegação de competência (Resolução STM nº 452/1996), pelo então Diretor-Presidente da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S.A. – EMTU-SP, figurando esta como interveniente.

2 Cláusula I – DO OBJETO, item I.2. (fls. 919/920).

do contrato celebrado³, resultando, depois de prévias manifestações⁴ e deliberações de órgãos e autoridades⁵, na assinatura do Termo de Aditamento nº 09, datado de 09 de agosto de 2013 (cópia juntada às fls. 957/961).

3. Do mencionado termo aditivo destacam-se as cláusulas atinentes à alteração das obrigações da concessionária e à alteração da sua remuneração, *in verbis*:

“CLÁUSULA PRIMEIRA – DA ALTERAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

1.1. Caberá à CONCESSIONÁRIA:

1.1.1. Executar os serviços correspondentes às funções de substituição, conservação, manutenção preventiva e corretiva da rede aérea de energia elétrica e dos seus equipamentos do Corredor Metropolitano São Mateus-Jabaquara e de sua extensão Diadema-Morumbi, abrangendo a fiação aérea, estações transformadoras e retificadoras, chaves seccionadoras, tirantes, e chaves, iniciados em 18/12/2011 até o término do contrato;

1.1.2. Implantar o Centro de Controle de Energia – CCE, no prazo de 360 dias contado da assinatura deste Termo, condicionado ao disposto na Cláusula Segunda – Da alteração da Remuneração da Concessionária;

1.1.3. Executar os serviços relativos à comercialização, distribuição e controle, referentes ao Vale-Transporte, iniciados em janeiro de 2012;

1.1.4. Desenvolver e implantar um sistema de controle de oferta no prazo e condições definidas no Anexo A – SISTEMA AUTOMATIZADO DE CONTROLE DE OFERTA;

(..) CLÁUSULA SEGUNDA – DA ALTERAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA

2.1. Em decorrência das novas atividades assumidas pela CONCESSIONÁRIA, relacionadas nos subitens 1.1.1, 1.1.2 e 1.1.3 da Cláusula Primeira do presente Termo de Aditamento, e com a finalidade de remunerar as novas atividades, fica extinta a figura da Transferência Livre nos Terminais Metropolitanos de Diadema, Piraporinha e São Mateus entre os Sistemas Municipais e o Sistema do Corredor Metropolitano de Trólebus operado pela CONCESSIONÁRIA, sujeita à Resolução da Secretaria

3 Observo que não logrei identificar nos autos cópia do relatório final e das conclusões do Grupo de Trabalho instituído pelo Ato nº 28/2011 do Presidente da EMTU.

4 Destaca-se o Parecer CJ/STM nº 115/2012, cópia às fls. 977/1.004, e Parecer CJ/STM nº 286/2012, cópias às fls. 1.008/1.017.

5 V. cópias juntadas às fls. 968/970.

de Estado dos Transportes Metropolitanos – STM, na qualidade de Poder Concedente.” (sublinhei).

4. Passados menos de 3 (três) meses da assinatura do ajuste, através da Carta nº 62/DR/2013⁶, a concessionária busca receber valor apurado em razão dos gastos efetuados em serviços de substituição do fio trolley, de manutenção da rede aérea desde 18.12.2011 e de modernização do sistema de bilhetagem eletrônica⁷, vez que, segundo alega, o poder concedente não teria cumprido com a obrigação de extinguir a transferência livre, conforme previsto no Termo de Aditamento nº 9, o que justificaria o pleito.

5. A análise técnica do pedido, feita pelo setor competente da EMTU, está juntada, por cópia, às fls. 1.023/1.040, e tem por finalidade *“avaliar a situação do ponto de vista do contrato e propor cenário alternativo para o ressarcimento pelos custos já incorridos pela Concessionária”*⁸.

5.1. A respeito do Termo de Aditamento nº 9, destacou-se ali que este *“teve como essência duas condicionantes principais: a) a assunção de novas obrigações pela Concessionária e como contrapartida b) a extinção das transferências livres e instituição de tarifa de integração.”* (v. item 3, fl. 1.028).

5.2. Apesar dessas disposições, a peça técnica apontou que o ambiente político e os protestos que ocorreram no Brasil em junho de 2013 tiveram reflexo sobre a concessão em pauta e principalmente sobre o Termo de Aditamento nº 9, resultando na decisão governamental de não estabelecer a tarifa de integração entre os sistemas municipais e troncal nos terminais metropolitanos, **embora prevista no referido termo de aditamento**⁹, devendo, então, o poder concedente buscar solução para recompor financeiramente o contrato de concessão, de forma a preservar a equação econômico-financeira pactuada.

5.3. As cláusulas contratuais que regulam essa matéria, em especial as que preveem as formas como se dará a recomposição¹⁰, foram assim avaliadas:

6 Datada de 24 de outubro de 2013, cópia às fls. 1.019/1.021.

7 Consoante Cláusula Primeira, item 1.4., do TA 9, as normas e procedimentos de execução dos serviços estão contidos nos Anexos que integram aquele instrumento, mas não foram juntados nestes autos, entre eles, o Anexo F – Projeto METROPASS, Anexo G – Procedimentos de Manutenção Preventiva e Corretiva da Rede Aérea e Anexo I – Plano de Substituição do fio trolley.

8 Fl. 1.023, último parágrafo.

9 V. fl. 1.037, primeiro parágrafo.

10 Contrato de Concessão no 20/EMTU-SP – “CLÁUSULA XII – DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO (...) 12.4. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela ocorrência de um dos fatos constantes do subitem 12.2, será implementada pelo Poder Concedente, através de uma das seguintes modalidades: 12.4.1. – revisão de tarifas; 12.4.2. – alteração percentual da parcela C citada no item 5.1.3 do edital; 12.4.3. – combinação das modalidades anteriores.” (fl. 942).

“(…) O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser restabelecido por mútuo acordo entre as partes, ou por ato unilateral da administração, lembrando que o contrato estabelece que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando não consensual, efetive-se através das seguintes formas: a) revisão do valor da tarifa; b) alteração do percentual da Parcela C; e c) combinação das modalidades anteriores.

Na situação apresentada, pelo não cumprimento das condições pactuadas no Termo de Aditamento nº 009, o desequilíbrio novamente foi causado por ato unilateral do Poder Concedente, que consistiu na manutenção da atual política tarifária sem implementar a Tarifa de Integração, ou seja, manteve o valor das tarifas, permanecendo descartada a possibilidade de ‘aumento’ através da instituição da Tarifa de Integração, e consequentemente mantendo a livre transferência.

A outra opção, de alteração do percentual da Parcela C, foi totalmente absorvida pelo incentivo previsto na Cláusula IV (...) não deixaram sobras para compensar as novas obrigações.” (gs.ns.)¹¹.

5.4. Concluiu-se, então, que:

“(…) o Poder Concedente deve buscar outras formas de recompor a equação econômico-financeira da concessão, em decorrência da não implementação da tarifa de integração nos terminais metropolitanos de Piraporinha, Diadema e São Mateus entre os sistemas alimentadores e o sistema troncal do corredor.

(...) torna-se legítima a utilização de mecanismos para regular a situação, o que poderá se dar por meio de indenização, mediante desembolso por parte do Poder Concedente.

(...) entende-se que a concessionária faz jus ao montante de (...) até 31 de outubro de 2013, e não ao montante solicitado (...).

Entende-se ser a única alternativa a expedição de novo termo de aditamento para incluir no subitem 12.4., a forma de reequilíbrio por meio de indenização. Para tanto, segue Minuta do Termo de Aditamento.” (grifos nossos).

6. A Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, no Parecer CJ/STM nº 5/2013¹², a despeito de concordar com a possibilidade de pagamento de indenização à concessionária, entendeu que houve **prestação de**

11 V. fl. 1.038.

12 Cópia juntada às fls. 854/870 e replicada às fls. 2.068/2.084.

serviços sem cobertura contratual, impondo o atendimento dos requisitos previstos no Decreto estadual nº 40.177/1995¹³ para eventual ressarcimento¹⁴.

6.1. Por fim, o parecer opinou pela possibilidade de celebração de novo Termo de Aditamento para incluir a indenização e a alteração do prazo da concessão como meios para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sugerida, ainda, a previsão de concessão de subsídio tarifário como outra hipótese para esse mesmo propósito.

6.2. A chefia do órgão jurídico-consultivo corroborou parcialmente com o posicionamento exarado¹⁵, concordando que os serviços prestados pela concessionária, sem cobertura contratual (antes da celebração do TA nº 9, entre 18.12.2011 e 08.08.2013), e aqueles serviços prestados posteriormente a este instrumento, mas sem cobertura financeira, devam ser indenizados nos termos do Decreto estadual nº 40.177/1995¹⁶, como apontado no parecer.

6.2.1. Não obstante, aquela chefia afastou-se da solução lançada em relação às alternativas ou formas de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato até o final de seu prazo de vigência, discordando da proposta de pagamento por “indenização” através de alteração de cláusula contratual, pois entendeu que esta não pode ser forma de pagamento de serviço regular, previsto contratualmente e que será prestado periodicamente até o termo final pactuado. Invocando o Parecer GPG nº 15/2002¹⁷ e manifestação da então Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, datada de 06 de janeiro de 2005¹⁸, a Procuradora do Estado Chefe da Consultoria propôs a adoção de duas providências: *“a instrução de procedimento próprio para o pagamento por indenização, de acordo com o Decreto nº 409.177/1995, e a verificação da viabilidade da*

13 Comprovação da efetiva realização dos serviços, indicação do seu valor mediante pesquisa de mercado, comprovação de disponibilidade financeira e demonstração da boa-fé da empresa.

14 Item 2.2. do parecer – “(...) Considerando os motivos que ensejaram a manutenção da Transferência Livre e as disposições do ordenamento jurídico positivo que preveem seja restabelecida a equação econômico-financeira do contrato, entendemos que o pagamento de indenização à Concessionária para ressarcimento dos custos incorridos e de outros valores previstos como parte da sua remuneração se justifica para o período no qual os serviços foram prestados, sem cobertura contratual, entre janeiro de 2012 e 8 de agosto de 2013 – e, depois de firmado o Termo de Aditamento no 9, por descumprimento da obrigação contratual pelo Poder Concedente de fixar o valor da tarifa pública, para remunerar a Concessionária, com a extinção da Transferência Livre” (grifos nossos).

15 Cópia às fls. 871/873.

16 Fl. 871, item 2.

17 Parecerista Procuradora do Estado, então, Assessora Dra. CLÁUDIA POLTO DA CUNHA, cópia às fls. 2.087/2.096, aprovado superiormente consoante cópia juntada à fl. 2.097.

18 Cópia às fls. 2.098/2.101, aprovada pelo Senhor Procurador Geral do Estado.

utilização de receitas do Tesouro (...), com a oitiva das Secretarias da Fazenda e Planejamento e Desenvolvimento Regional.”.

7. Em razão desse posicionamento, o presente expediente foi formado, processando-se aqui o ressarcimento na forma prevista pelo Decreto estadual nº 40.177/1995, consoante se infere do Despacho CG nº 404/2013 (fls. 874/875), do Despacho GS/STM nº 56/2014 (fls. 876/877) e do relatório final da Comissão de Sindicância (fls. 879/913), aprovado pelo Diretor-Presidente da EMTU (fl. 914).

8. Depois de complementada a instrução¹⁹, o Parecer CJ/STM nº 83/2014, fls. 2.118/2.127, concluiu ser “*viável juridicamente o pagamento pleiteado*”²⁰, ressaltando “*que eventual atualização monetária do valor devido deverá ser efetuada em conformidade com o fixado no Parecer PA nº 297/2007*”²¹²² e que, frente ao valor, os autos deveriam ser previamente encaminhados ao Procurador Geral do Estado para manifestação, em atendimento ao disposto na alínea “b”, inciso V, do artigo 1º, do Decreto estadual nº 40.177/1995, com a redação dada pelo Decreto estadual nº 53.334/2008²³.

9. Recebido na Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral para esse fim, o Senhor Subprocurador entendeu necessária a oitiva desta Especializada para “*exame do processado e manifestação quanto à viabilidade jurídica das soluções propostas para o deslinde da questão concreta à luz do regime jurídico dos contratos de concessão*” (fls. 2.142/2.144).

É o relatório. Opino.

10. Instruídos com cópias do procedimento que traz a execução do Contrato EMTU/SP nº 20/1997, os presentes autos foram formados com o intuito de processar a pretensão inicial da concessionária²⁴ consoante orientação da Consultoria Jurídica da Secretaria de Transportes Metropolitanos, ou seja, *como pedido de indenização por serviços prestados sem cobertura contratual*, adotadas aqui as

19 Providenciada em razão da Manifestação CJ/STM nº 20/2014 (fls. 2.104/2.105).

20 Item 18 do parecer.

21 Cópia juntada às fls. 2.128/2.141.

22 Item 19 do parecer.

23 Decreto estadual nº 40.177/1995 – “Artigo 1º - Os pagamentos, a título indenizatório, de despesas sem cobertura contratual ou decorrentes de contrato posteriormente declarado inválido, em atenção ao princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa, no âmbito da Administração Centralizada e Autárquica, deverão atender aos seguintes pressupostos: (...) V – (...) b) os processos indenizatórios que envolvam valores acima de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), antes da decisão das autoridades de que trata este inciso, deverão ser encaminhados ao Procurador Geral do Estado para manifestação.”.

24 Carta nº 62/DR/2013, fls. 1.019/1.021.

medidas necessárias ao atendimento dos pressupostos estabelecidos no Decreto estadual nº 40.177/1995.

11. A quase derradeira providência de envio dos autos para manifestação do Senhor Procurador Geral do Estado, nos termos do disposto no artigo 1º, inciso V, letra “b”, do mencionado edito, trouxe a situação ao conhecimento da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral que, por tratar-se aqui de **contrato de concessão**, entendeu necessária a oitiva desta Especializada para, segundo me parece, analisar se são aplicáveis, para a espécie, as disposições do Decreto estadual nº 40.177/1995.

12. Anoto que os elementos aqui constantes não propiciam avançar **conclusivamente** além dessa premissa, pois desconhecida a integralidade do projeto concessório e dos estudos que levaram à celebração do Termo de Aditamento nº 9²⁵, além de não existir informação quanto ao atual cumprimento das obrigações ali impostas ou à eventual reavaliação de suas disposições, razão por que a análise das soluções do caso concreto será feita de forma genérica.

13. Passo a tecer, então, algumas considerações a respeito do contrato de concessão de serviço público e de algumas das diferenças existentes entre este o contrato administrativo *comum*.

14. Ainda que não caiba à lei trazer “definições”²⁶, há que se reconhecer, não só em razão de previsão contratual²⁷, mas por suas características, a subsunção do Contrato EMTU/SP nº 20/1997 ao regime da denominada “*concessão comum de serviço público*”, identificada no inciso II do artigo 2º da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995²⁸ e no § 3º do artigo 2º da Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004²⁹:

25 Refiro-me ao estudo realizado pelo Grupo de Trabalho instituído por ato do Presidente da EMTU e que por diversas vezes foi mencionado nas manifestações constantes dos autos.

26 “(...) A tarefa das leis é a de positivar princípios e regras. À doutrina e à jurisprudência reservam-se a análise do Direito posto, a concentração lógica dos preceitos e a construção jurídica – processo, esse, que exige constante renovação. Logo, as definições legislativas não enclausuram o aplicador do Direito. Além disso, e se é bem verdade que tais definições têm utilidade prática, não se pode olvidar que, ao extremo, elas configuram ‘proposições jurídicas não normativas’. (...) Claro que esta ressalva não significa advogar a letra morta da lei. Ao contrário, a Lei 8.987/1995 tem conteúdo normativo específico, relativo a determinados contratos que desempenham importante função pública. (...) O ponto de partida está em que as definições se prestam a ordenar algumas ideias básicas e sua interpretação exige muito mais que a mera apreciação literal.” (MOREIRA, Egon Bockmann. “Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)”, Malheiros Editores, 09.2010, p. 72).

27 V. preâmbulo do Contrato EMTU/SP nº 20.

28 Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

29 Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Lei federal nº 8.987/1995

“Artigo 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...) II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;”.

Lei federal nº 11.079/2004

“Artigo 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

(...) § 3º – Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

14.1. O contrato de concessão de serviço público é, portanto, “contrato administrativo especial”, distinto dos demais contratos administrativos, sendo que seu “regime especial resulta da aplicação sistemática de dispositivos legais (CF, art. 175, Lei 8.987/1995; Lei 9.074/1995³⁰; e Lei 11.079/2004 – além das leis setoriais específicas) (...) É contrato administrativo com caráter especial porque assim o diz o inciso I do art. 175 da CF³¹ – diferenciando-o dos contratos ordinários da Administração.”³².

15. No regime jurídico da *concessão comum de serviço público*, estabelecido pela Lei federal nº 8.987/1995, **o poder concedente não paga contraprestação em pecúnia à concessionária pelos serviços prestados**³³, mesmo nos casos em que no projeto concessionário esteja inclusa a conservação, reforma ou melhoria da infraestrutura necessária à prestação dos serviços públicos concedidos.

30 Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, e dá outras providências.

31 **Constituição Federal** – “Artigo 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo Único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;” (grifos nossos).

32 MOREIRA, Egon Bockmann, ob. cit., p. 95.

33 A remuneração não decorre do orçamento público.

15.1. Os custos desses serviços serão **pagos pela tarifa e por outras fontes de receitas previstas contratualmente**³⁴, com projeção a longo prazo³⁵.

16. Diferente, ainda, dos contratos administrativos *comuns*, em que o objeto e seu preço são minuciosamente e rigidamente definidos com restritas possibilidades de alteração, nos contratos de concessão de serviço público a mutabilidade das obrigações e cláusulas contratuais é característica a eles inerente, em especial por conta do seu longo prazo de vigência, sujeitando a relação aos mais diversos eventos e impondo a adequação da execução do objeto para melhor prestação do serviço oferecido.

17. Aliado a isso, na concessão de serviço público, o princípio da continuidade se sobressai, o que também garante à Administração o poder de alterar unilateralmente as cláusulas contratuais regulamentares ou de serviço para atender a razões de interesse público, sem que a concessionária possa se opor³⁶.

18. A alteração unilateral do contrato pela Administração enquadra-se na chamada *álea extraordinária*³⁷ *administrativa*, não suportada pelo risco do negócio assumido pelo concessionário e que, conseqüentemente, ao onerá-lo de forma substancial, enseja a necessidade de revisão do contrato de modo a proteger o que no ajuste é intangível: o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual (artigo 9º, § 4º, da Lei federal nº 8.987/1995).

18.1. Trata-se de manter o que o Professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO chama de *“igualdade matemática substancial já estabelecida”*³⁸ que, no contrato de concessão de serviço público, não corresponde ao resultado do

34 **Lei federal nº 8.987/1995** – **Artigo 11** – *No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no artigo 17 desta Lei.*

Parágrafo único – *As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”*

35 *“(…) Os aportes de recursos privados não são objeto de resgate imediato (o lucro não é realizado em curto prazo), mas arcados pela receita tarifária paga ao longo de 10, 20 ou 35 anos.”* (MOREIRA, Egon Bockmann. *“Equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos de longo prazo”*. Texto-base para a aula “Administração Pública e economia”, proferida no Curso de Formação Inicial para Magistrados (2013-2014), promovido pela Emagis – Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região).

36 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *“Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas”*. Editora Atlas, 7. ed., 2009, p. 79-80.

37 *“(…) corresponde a um risco imprevisível, inevitável e não imputável ao contratado. Abrange a chamada álea econômica (que dá margem à teoria da imprevisão) e as chamadas áleas administrativas (que abrangem o poder de alteração unilateral do contrato, a teoria do príncipe e a teoria do fato da administração).”* (destaques no original. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, ob cit., p. 99).

38 *“Curso de Direito Administrativo”*, Malheiros Editores, 17. ed., 2004, p. 684.

simples binômio encargos/remuneração, próprio dos contratos regidos pela Lei federal nº 8.666/1993³⁹, mas àquele obtido mediante a aplicação de equação previamente fixada.

19. Observe-se, porém, que as alterações não podem ser de tal monta a ponto de descaracterizar o objeto ou a ele se aderir atividade que com o mesmo não tenha qualquer correspondência, “**porque isto implicaria burla aos princípios da licitação.**”⁴⁰.

20. A partir destas ponderações, temos que, no caso concreto, em razão de ambiente gerado por diferentes eventos, o poder concedente, ao avaliar a situação, concluiu pela necessidade de aumento dos encargos da concessionária para garantir a continuidade dos serviços⁴¹.

20.1. Cópias de documentos indicam essa decisão e sua comunicação à concessionária: **i)** Ofício CT/DP/57/2011, de 7 de julho de 2011, dirigido à diretoria da concessionária e assinado pelo Diretor-Presidente da EMTU, cópia à fl. 966⁴²; **ii)** Ofício CT/GAB/95/2011, de 23 de novembro de 2011, dirigido à concessionária

39 (...) nos contratos de concessão de serviços públicos, em face de sua longa duração e do fato de visarem ao exercício de uma atividade-fim do Estado, há uma ainda maior preocupação do legislador e dos tribunais em manter o seu equilíbrio econômico-financeiro. [nota de rodapé 9] Temos, então, se comparado com o regime geral da Lei nº 8.666/1993, ‘um mesmo dever de equilíbrio, só que com bases mais complexas. Sim, pois, **enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos/remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como o montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para a fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio), etc (...)**’ (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Revista de Informação Legislativa, v. 159, p. 194-195, 2003).” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs”. RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 263, maio/ago.2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx/pdiCntd=96955>>. Acesso em: 21 jul.2014).

40 PIETRO, Maria Sylvania Zanella di, ob. cit. p. 80.

41 Estudo realizado pelo Grupo de Trabalho instituído pelo Ato nº 28/2011 do Presidente da EMTU que, como já assinalado, não teve seu relatório final e conclusões juntados neste procedimento (v. nota de rodapé 3 supra).

42 “Em resposta à sua Carta nº 23/DR/2011, datada de 27 de junho de 2011⁴², na qual Vossa Senhoria faz uma série de ponderações a respeito do **sistema de arrecadação de tarifas**, hoje utilizado no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, apontando como solução de continuidade a **substituição do mesmo**, temos a informar o que segue. Preliminarmente, devemos observar que o assunto em pauta faz parte da reavaliação do Contrato nº 20/97, que está sendo elaborada pelo Grupo de Trabalho instituído pelo Ato do Presidente nº 28/1011. A substituição do sistema de arrecadação como meio de pagamento **poderá ser iniciada imediatamente**, ressaltando-se, apenas, que a autorização para a operação comercial implica a formalização de Termo de Aditamento ao citado Contrato nº 20/97. Por derradeiro, a dispensa ou modificação das integrações tarifárias dos Terminais São Mateus, Piraporinha e Diadema devem ser precedidas de projeto detalhado para avaliação, bem como da apresentação de planilhas que contemplem o número de passageiros que efetuam a transferência livre entre os sistemas municipais e intermunicipal nos Terminais, custos de mecanismos de controle e arrecadação, e, ainda, da demanda de intercorrências geradoras de manutenção corretiva e preventiva da rede aérea.” (grifos e destaques nossos).

ria e assinado pelo Chefe de Gabinete da EMTU, cópia à fl. 970⁴³; **iii**) Despacho GS nº 137/2011, de 5 de dezembro de 2011, da lavra do Senhor Secretário dos Transportes Metropolitanos, cópia à fl. 972⁴⁴.

21. Ora, como já dito, inerente ao contrato de concessão é a possibilidade de sua alteração **unilateral** por ato do poder concedente. Sendo assim, prescindível era, pelo menos inicialmente, a instrumentalização da modificação mediante a assinatura de termo, razão por que parte dos serviços acrescidos foram assumidos pela concessionária previamente à conclusão do estudo de seu impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato e da forma de sua recomposição⁴⁵, a fim de garantir a continuidade dos serviços.

22. Na medida em que as alterações determinadas pelo poder concedente têm ampla relação com a execução do objeto, estando, portanto, dentro do escopo original do ajuste⁴⁶, não há como considerar que os serviços executados antes da assinatura do Termo Aditivo nº 9 não tivessem, naquela oportunidade, *lastro contratual*⁴⁷.

23. A instrução destes autos indica que o propósito do Termo Aditivo nº 9 foi recompor o equilíbrio econômico-financeiro, afetado em razão dos encargos uni-

43 “(...) informamos que, em 23 de novembro de 2011, foi aprovado, em Reunião de Diretoria da EMTU/SP, o Relatório Final e conclusões do Grupo de Trabalho constituído pelo Ato do Presidente nº 28/2011, com o objetivo de reavaliar o Contrato nº 020/97, **sendo autorizado**, na oportunidade, o prosseguimento das tratativas com vistas à formalização de Termo de Aditamento ao referido Contrato, nos moldes propostos pelo Grupo de Trabalho. Pelo exposto, e em conformidade com as sugestões do Grupo de Trabalho aprovadas pela Superior Administração, **a partir de 18 de dezembro de 2011, os serviços de manutenção do sistema elétrico de alimentação de trólebus passarão a ser de responsabilidade dessa Concessionária.**” (grifos nossos).

44 “Nos termos do Despacho CG nº 1543/2011 e da Resolução de Diretoria da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos S/A – EMTU, consubstanciada na Ata da Milésima Ducentésima Décima Segunda Reunião Ordinária, realizada em 23 de novembro de 2011, **estou ciente** das deliberações indicadas, relativamente ao prosseguimento das tratativas com vistas à formalização de termo de aditamento do contrato de concessão sob referência ao citado contrato, nos moldes propostos pelo Grupo de Trabalho referenciado no despacho citado, **e de acordo com a transferência da responsabilidade pelos serviços de manutenção do sistema elétrico de alimentação de trólebus para a Concessionária METRA, a partir de 18 de dezembro de 2011, no Corredor Metropolitano de Trólebus São Mateus/Jabaquara, dadas as circunstâncias especiais.**” (grifos e destaques nossos).

45 “(...) **A intangibilidade da equação econômico-financeira pode traduzir-se em pagamentos realizados pelo poder concedente em prol do concessionário depois do reconhecimento da concretização do desequilíbrio.**” (JUSTEN FILHO, Marçal. “Teoria Geral das Concessões de Serviço Público”. Dialética, 2003, p. 92).

46 Caso contrário, como se viu, haveria burla aos princípios da licitação.

47 Observe-se que o *lastro contratual* na concessão não se resume em atestar a expressa inclusão dos serviços e atividades no objeto originalmente descrito no instrumento, pois, como se disse, mutáveis são as cláusulas regulamentares, “**aquelas cuja substância diga respeito ao objeto do contrato e à forma de sua execução**”, o que significa dizer que “**são passíveis de modificação as cláusulas que disciplinem as prestações atribuídas ao concessionário: o objeto do contrato, entendido como a execução da atividade substancial definida pelo ato de outorga (...)** O objeto pode ser diminuído, modificado ou incrementado, desde que preservada a essência da contratação (...)” (MOREIRA, Egon Bockmann, ob. cit., p. 381).

lateralmente impostos, considerados também os serviços já realizados⁴⁸. É nesse sentido que dispõe a cláusula segunda desse instrumento, na qual se destaca a **finalidade** da extinção da transferência livre de determinados terminais metropolitanos, qual seja, **remunerar as novas atividades**⁴⁹.

24. A situação, portanto, não possibilita a aplicação do Decreto estadual nº 40.177/1995, tanto em razão de os serviços executados antes do Termo de Aditamento nº 9 **já possuírem lastro no contrato de concessão celebrado, dada a natureza do ajuste**, como pelo fato destes serviços, como aqueles executados após a assinatura do instrumento, terem nas disposições do Termo do Aditamento nº 9 a **previsão da forma de compensação financeira da concessionária**, visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

25. Por sua vez, a não extinção da transferência livre por parte do poder concedente, mediante a fixação de tarifa nos correspondentes terminais, não tem como consequência a falta de lastro financeiro⁵⁰, mas, como bem apontado pela área técnica da EMTU⁵¹, **dá ensejo a novo desequilíbrio**.

26. Assim, neste momento, a **ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato** tem causa diversa daquela que propiciou a celebração do Termo de Aditamento nº 9, ou seja, **parte do fato da não fixação da tarifa e consequente não arrecadação desta pela concessionária nos terminais em que seria extinta a transferência livre**.

26.1. Em função disso, **caso mantidas as disposições do Termo de Aditamento nº 9 e implementada a tarifa** (a respeito do que não se tem notícia nos autos), a apuração do desequilíbrio deve considerar não o custo dos serviços executados e encargos assumidos⁵², mas o valor das tarifas não percebidas⁵³ juntamente com outras variáveis que possam, consoante a equação estabelecida, influir na manutenção das condições inicialmente ajustadas, levando-se em conta

48 Há na cláusula primeira do TA 9 expressa indicação da data de início dos serviços assumidos antes da assinatura do termo.

49 V. transcrição feita no item 3 deste parecer.

50 No contrato de concessão de serviço público, a principal receita da concessionária tende a ser a tarifa paga pelos usuários ao longo do prazo de vigência do ajuste; significa dizer que, diferente dos contratos administrativos de desembolso, não há a necessidade de prévia disponibilidade financeira para a execução das atividades do projeto concessionário.

51 Informação Técnica IT/DMQ/038/2013, cópia às fls. 1.023/1.040.

52 Estes foram considerados para o equacionamento do desequilíbrio verificado anteriormente à assinatura do Termo de Aditamento nº 9.

53 Veja-se o que traz a subcláusula 12.3 da cláusula XII do Contrato EMTU/SP 20/97: "**12.3. Sempre que ocorrer o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, esta será implementada tomando como base os efeitos dos fatos que lhes deram causa, nos itens respectivos das projeções financeiras apresentadas no Anexo XXVI proposta de preços e quadros 01 a 41.**" (gs.ns., fl. 942).

também as novas condições fixadas no Termo de Aditamento nº 9, em especial no que se refere ao novo fluxo de caixa⁵⁴.

26.2. O termo inicial desse cálculo tem previsão expressa na subcláusula 12.7 da cláusula XII do Termo de Contrato EMTU/SP nº 20/97, que dispõe que **“solicitações de recomposição nunca terão efeito retroativo superior a 30 (trinta) dias da data da apresentação do pleito ou da comunicação”** (fl. 943).

27. Perdurando a **impossibilidade de implementação da tarifa nos terminais de transferência livre**, somente a reavaliação das disposições do Termo de Aditamento nº 9 e celebração de novo aditivo com outras bases trará solução à questão⁵⁵, lembrando que tal não significa simplesmente inserir a possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato através de indenização⁵⁶, o que é de todo dispensável⁵⁷, mas escolher **“medidas eficazes para restaurar a integridade dos fluxos econômico-financeiros do projeto de investimento”**⁵⁸, bem como adotar **“todas as providências referentes à atenuação da possibilidade de repetição do evento”**⁵⁹.

28. De qualquer sorte, seja para a recomposição do equilíbrio do contrato em razão do descumprimento do Termo de Aditamento nº 9, seja para fins de reavaliação da situação e negociação de novas bases para fins de reequilíbrio, nada impede que se utilizem recursos do Tesouro, não com fulcro no Decreto estadual nº 40.177/1995, mas como forma de reequilibrar o contrato.

28.1. Servem a este, **no que couberem**, os fundamentos constantes da orientação traçada pelo Parecer GPG nº 15/2002⁶⁰ e na manifestação da Subprocuradoria

54 **“CLÁUSULA SEXTA – DO NOVO FLUXO DE CAIXA – 6.1.** A CONCESSIONÁRIA, tendo em vista as novas obrigações previstas nas subcláusulas 1.1.1., 1.1.2, 1.1.3 e 1.1.4 do presente aditivo, deverá, no prazo de 90 (noventa) dias contados da assinatura deste Termo, apresentar novo ‘Fluxo de Caixa’, de acordo com o Quadro 41 do Anexo XXVI, do Contrato de Concessão, mantendo o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste. **6.2.** As variações dos custos operacionais e de melhorias estimadas no novo Fluxo de Caixa são consideradas risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA. **6.3.** Eventuais oscilações por aumento, redução ou migração da atual demanda de transferência livre nos Terminais Metropolitanos de Diadema, Piraporinha e São Mateus não serão objetos de revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo considerados risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA.”

55 Excluída a forma de recomposição ali prevista, substituindo-a por outra que abarque os serviços já executados e os encargos futuros que, caso necessário, devem ser reduzidos. A recomposição do equilíbrio em novas bases pode, eventualmente, utilizar-se dos valores dos custos dos serviços executados para fins de indenização pelo poder concedente, caso se conclua ser este o meio adequado para tanto.

56 Não na forma do Decreto estadual nº 40.177/1995, mas como mecanismo de reequilíbrio. Essa possibilidade parece ter sido aventada pela área técnica da EMTU na sua manifestação de fls. 1.023/1.040.

57 Consoante Parecer GPG nº 15/2002, o contrato de concessão de serviço público não traz rol taxativo de medidas para recomposição do reequilíbrio, logo, dispensável termo aditivo genérico a esse respeito.

58 MOREIRA, Egon Bockmann, ob. cit., p. 406.

59 MOREIRA, Egon Bockmann, ob. cit., p. 408.

60 Cópias às fls. 2.087/2.097.

Geral do Estado da Área da Consultoria, datada de 06 de janeiro de 2004 e aprovada pelo Senhor Procurador Geral do Estado⁶¹.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 07 de agosto de 2014.

CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES

Procuradora do Estado

PROCESSO: GDOC nº 18488-568390/2014 – vols. I a VI

INTERESSADO: CONCESSIONÁRIA METRA – SISTEMA METROPOLITANO DE TRANSPORTES LTDA.

PARECER: **PA nº 84/2014**

De acordo com o Parecer PA nº **84/2014**, com as observações que se seguem.

Tendo em vista as colocações do item 24 do parecer em exame, pondero que os serviços acrescidos pelo Termo Aditivo nº 9 mostram-se pertinentes ao objeto da concessão. Nesse sentido, pode-se dizer que estão lastreados no contrato firmado, embora constituam novos encargos, não originalmente previstos no objeto concedido. E é justamente essa ausência de previsão que caracterizaria o desequilíbrio econômico-financeiro da avença a justificar a sua recomposição.

Como bem apontado no parecer, o próprio termo aditivo já continha a forma de reequilíbrio: supressão das chamadas “transferências livres”. Se circunstâncias outras fizeram a Administração rever a conveniência dessa supressão, a situação pode ser alterada mediante a fixação de outra forma de recomposição.

O Decreto estadual nº 40.177/1995 não é adequado para instrumentalizar reequilíbrios contratuais em quaisquer contratos, na medida em que isso exige a realização de estudos mais complexos. A aplicação do referido decreto está circunscrita aos contratos de prestação de serviços, realização de obra e fornecimento de bens (art. 1º, I), além da locação de bens imóveis (art. 2º), que tenham sido declarados inválidos ou em que despesas tenham sido realizadas sem cobertura contratual. Em todos esses ajustes, a remuneração do contratado se dá mediante contraprestação pecuniária do contratante. Os contratos de concessão têm uma dinâmica própria não compatível com as disposições do regulamento citado. O

61 Cópia às fls. 2.098/2.112.

Estado não contratou “serviços adicionais” ao concessionário, a serem remunerados de uma só vez ou em prestações mensais contínuas, mas, sim, repassou encargos adicionais à concessão, devendo a equação contratual ser reestudada em seu contexto global e pelos instrumentos próprios, como bem assentado na peça opinativa em exame.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado – Consultoria, com proposta de aprovação do parecer.

São Paulo, 11 de agosto de 2014.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
Procuradora do Estado Chefe
Procuradoria Administrativa
OAB/SP 78.260

Processo: PGE nº 18488-568390/2014 (STM nº 326/2014 – 6 volumes)

Interessado: Concessionária METRA – Sistema Metropolitano de Transportes LTDA. / Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos EMTU/SP

Assunto: Pagamento de despesas a título indenizatório de serviços prestados sem cobertura contratual e sem cobertura financeira – Decreto nº 40.177/1995 com suas alterações – Contrato EMTU/SP nº 20/1997, processo STM nº 748/1996.

Sem deslustrar o entendimento do órgão consultivo da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, não é aplicável, no caso em exame, o Decreto nº 40.177/1995.

A meu ver, a questão jurídica vertida nos autos deve ser solucionada nos termos das conclusões do Parecer PA nº 84/2014, que mereceu a aquiescência da i. Chefia da Procuradoria Administrativa (fls. 2.163/2.164).

Remeta-se o presente ao Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa em comento.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

Processo: PGE nº 18488-568390/2014 (STM nº 326/2014 – 6 volumes)

Interessado: Concessionária METRA – Sistema Metropolitano de Transportes LTDA / Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos EMTU/SP

Assunto: Pagamento de despesas a título indenizatório de serviços prestados sem cobertura contratual e sem cobertura financeira – Decreto nº 40.177/1995 com suas alterações – Contrato EMTU/SP nº 20/1997, processo STM nº 748/1996.

Aprovo, por seus próprios e jurídicos fundamentos, o Parecer PA nº 84/2014.

Restituam-se os autos à Secretaria dos Transportes Metropolitanos, por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

GPG, 14 de agosto de 2014.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

PROCURADOR GERAL DO ESTADO

90) CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 15.296, DE 10 DE JANEIRO DE 2014, QUE TORNA OBRIGATÓRIA A EXIBIÇÃO DE FILME PUBLICITÁRIO ESCLARECENDO AS CONSEQUÊNCIAS DO USO DE DROGAS ANTES DAS SESSÕES, EM TODOS OS CINEMAS DO ESTADO. Lei de iniciativa parlamentar, resultante de rejeição do veto do Governador do Estado. Matéria sujeita à competência privativa da União, nos termos dos artigos 22, inciso XXIX, e 220, parágrafo 3º, da Constituição Federal e disciplinada pela Medida Provisória nº 2228-1/2001. Violação dos artigos 22, inciso XXIX, 220, parágrafo 3º, 61 parágrafo 1º, inciso II, “e” e 84, inciso VI, “a”, da Constituição Federal. Proposta de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face dessa lei, perante o STF, devidamente aprovada pelo Procurador Geral do Estado. Minuta de petição inicial de ADI. Precedente: Parecer PA nº 51/2014. **(Parecer PA nº 68/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 08/07/2014)**

91) PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ACUMULAÇÃO DE CARGOS E FUNÇÕES. Processo administrativo disciplinar instaurado contra servidor que estaria acumulando cargo público na Administração direta estadual com emprego

público na esfera municipal, fora das exceções previstas na Constituição. Proposta formulada no Relatório Final, de ser julgada procedente a imputação. Ausência de óbices jurídicos ao acolhimento da proposta. Situação fática completamente discrepante daquela que embasou o Parecer PA nº 162/2004. **(Parecer PA nº 58/2014 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 10/07/2014)**

92) PENSÃO MENSAL. COMPLEMENTAÇÃO. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. Interessada que percebia complementação de pensão na condição de filha solteira cumulativamente ao recebimento do mesmo benefício na qualidade de companheira de ex-empregado da FEPASA. Benefício cessado pelo órgão técnico fazendário com amparo nos artigos 149, inciso III, e 155 da LCE 180/78. Considerações tecidas pela Assessoria Jurídica do Governo preliminarmente ao exame da viabilidade de dispensa de reposição dos valores indevidamente recebidos. Artigo 19 da Lei estadual nº 4.832, de 4 de setembro de 1958, que já contém teor idêntico à redação original do artigo 155 da LCE 180/78. Decurso do prazo que dispõe a Administração para invalidar o ato de concessão. Instituto da união estável equiparável ao casamento para fins de extinção da con-

dição de beneficiário. Entendimento consignado no **Parecer PA 104/2009** que não oferece um marco para a sua incidência. Necessidade de instauração do regular procedimento administrativo que reconheça a existência da convivência *more uxorio*, antes do qual não haverá que se falar em restituição das quantias recebidas. (**Parecer PA nº 60/2014 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 10/07/2014**)

93) **CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 15.303, DE 12 DE JANEIRO DE 2014, QUE INSTITUIU O “PROGRAMA ESTADUAL DE INCENTIVO AO USO DE MATÉRIAS-PRIMAS E INSUMOS DERIVADOS DE MATERIAIS RECYCLADOS PROVENIENTES DA INDÚSTRIA PETROQUÍMICA”.** Projeto de lei de iniciativa parlamentar, vetado pelo Governador do Estado. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição parcial do veto oposto pelo Governador. Violação dos artigos 2º, 61 parágrafo 1º, inciso II, “e” c.c artigo 84, inciso VI, “a” e 165, inciso III, da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o STF. Minuta de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência é remansosa no sentido da invalidade de lei estadual de iniciativa parlamentar que cria programa para órgãos do Estado. Pedido de medida cautelar, suspensiva da exe-

cução do ato normativo impugnado, na medida em que o Poder Executivo do Estado de São Paulo pode vir a ser compelido a dar andamento ao programa instituído pela mencionada lei e/ou vir a sofrer eventuais consequências pela sua postergação. Precedente: Parecer PA nº 54/2014. (**Parecer PA nº 66/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 10/07/2014**)

94) **SPPREV. HOMOLOGAÇÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TRIPLA ACUMULAÇÃO. PROFESSORA ESTADUAL APOSENTADA QUE CUMULOU DUAS FUNÇÕES-ATIVIDADES DE PROFESSORA DURANTE ALGUNS MESES, APÓS A APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO.** Possibilidade de contagem apenas do período de cumulação dos proventos de aposentadoria com a remuneração da primeira função-atividade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apenas admitia a possibilidade excepcional de tripla acumulação, em casos de proventos de aposentadoria e remuneração de dois cargos efetivos, se eles fossem cumuláveis na atividade, com compatibilidade de horários, e o retorno ao serviço público tenha se dado antes da publicação da Emenda Constitucional nº 20/1998, vedada, todavia, a percepção de mais de duas aposentadorias. (**Parecer PA nº 70/2013 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 14/07/2014**)

95) **APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. AFASTAMENTO.**

Parecer da Consultoria Jurídica da SPPREV, no sentido de que, no período compreendido entre 01/11/1984 e 22/10/1997, no qual o servidor interessado, titular de cargo efetivo, foi afastado, com prejuízo dos vencimentos, para laborar em empresa integrante da Administração Estadual descentralizada, “**i**) o regime de previdência Paulista tinha um caráter híbrido, existindo previsão de contribuição apenas para o benefício de pensão por morte; **ii**) o vínculo com o RPPS era obrigatório, mesmo aos afastados (LCE nº 180/78, art. 137, § 10); **iii**) a contagem de tempo para fins de aposentadoria não se correlacionava com o tempo de contribuição; **iv**) tempo de serviço para fins de aposentadoria era o que, por lei, tinha esses efeitos; **v**) o RGPS tinha caráter residual em relação aos servidores do Estado, que permaneciam obrigatoriamente vinculados ao RPPS para fins de pensão; **vi**) os afastados junto às entidades previstas no artigo 81, da Lei Estadual nº 10.261/1968, estavam, para fins de aposentadoria, vinculados ao RPPS”. Endosso de tal entendimento, do qual decorre que o deferimento da aposentadoria do servidor pelo RPPS não poderia ser condicionado à sua vinculação ao RGPS durante o período de afastamento. Matéria não abordada no Parecer PA nº 21/2010, cuja abrangência se limitou à matéria atinente à comprovação de fatos relativos ao histórico funcional do servidor que pretendia aposentar-se. **(Parecer PA nº 110/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 14/07/2014)**

96) CONSTITUCIONALIDADE. REJEIÇÃO PARCIAL DE VETOS GOVERNAMENTAIS. PROMULGAÇÃO PELO PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DAS PARTES VETADAS DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.199/2013. NORMAS SOBRE “PRO LABORE” DE AGENTES FISCAIS DE RENDAS AFASTADOS E CÔMPUTO DE PERÍODO DE LICENÇA À FUNCIONÁRIA GESTANTE PARA FINS DE ESTÁGIO PROBATÓRIO. Projeto de lei complementar de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, modificado pela Assembleia Legislativa. Não há inconstitucionalidade do artigo 1º, inciso VII, alínea «g» da Lei Complementar nº 1.199/2013, eis que não violados os artigos 38 e 63 da Constituição Federal, nem o artigo 125 da Constituição Estadual. Há inconstitucionalidade do artigo 8º da Lei Complementar nº 1.199/2013, eis que violado o artigo 41 da Constituição Federal. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 70/93 e PA nº 157/2010. **(Parecer PA nº 56/2014 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 14/07/2014)**

97) CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 8º DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.199/2013. NORMA SOBRE CÔMPUTO DE PERÍODO DE LICENÇA À FUNCIONÁRIA GESTANTE PARA FINS DE ESTÁGIO PROBATÓRIO. Projeto de lei complementar de iniciativa privativa do Chefe do

Poder Executivo, modificado pela Assembleia Legislativa. Veto do Governador rejeitado. Há inconstitucionalidade do artigo 8º da Lei Complementar nº 1.199/2013, eis que violado o artigo 41 da Constituição Federal. Precedente: Parecer PA nº 56/2014. **(Parecer PA nº 62/2014 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 14/07/2014)**

98) PREVIDENCIÁRIO. MILITAR. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. Tempo prestado em atividade vinculada ao Regime Geral da Previdência Social. Recolhimento de contribuições comprovado por certidão expedida pelo INSS. Direito ao cômputo, nas condições estabelecidas em lei. Artigo 5º da Lei Complementar Estadual nº 269, de 3 de dezembro de 1981. Agregação com fundamento em licença para tratar de interesse particular. Irrelevância. Irregularidade tratada na esfera disciplinar. **(Parecer PA nº 63/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 14/07/2014)**

99) PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. Domingos, feriados e dias sem expediente intercalados entre faltas sucessivas do servidor. Desconto da remuneração por expressa determinação legal. Contagem desses dias como tempo de serviço e, conseqüentemente, como tempo de contribuição na hipótese do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20/1998. Precedente: **Parecer PA nº 12/2013.** Caso em que, todavia, o

servidor ausentou-se do serviço, injustificadamente, por mais de seiscentos dias consecutivos. Impossibilidade daquele cômputo desde a primeira falta injustificada. Prazo da infração disciplinar de abandono de cargo. Critério objetivo para a interrupção da contagem de tempo de serviço público. Razoabilidade. Solução adequada ao caso concreto. **(Parecer PA nº 55/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 17/07/2014)**

100) APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO EM DUAS SITUAÇÕES DISTINTAS, AMBAS PREVISTAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. Aplicação do despacho de desaprovação do Parecer PA nº 130/2007. Nos casos onde estejam configuradas hipóteses de aposentadoria por invalidez (integral ou proporcional) ou compulsória, caberá à Administração verificar, permanentemente, em cada caso, se existem outras regras mais benéficas aos servidores, aplicando sempre a regra mais benéfica, independentemente de requerimento. **(Parecer PA nº 104/2013 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 18/07/2014)**

101) SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL CIVIL. APOSENTADORIA ESPECIAL. Aplicação da Lei Complementar nº 144, de 15 de maio de 2014. Dúvida sobre a concessão de aposentadoria compulsória aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade àqueles que, na data da vigência da lei, já tinham com-

pletado as condições para a aposentadoria voluntária. Aposentadoria compulsória que gera efeitos imediatos a partir do implemento da idade máxima de permanência no serviço público ou da data de vigência da lei, no caso dos servidores que já tinham alcançado a idade expulsória quando da edição da LC 144/2014. Precedentes: Parecer PA nº 53/2014 e 104/2013. **(Parecer PA nº 57/2014 – Reprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 18/07/2014)**

102) SERVIDORA ESTADUAL APOSENTADA, EMPOSSADA NO CARGO DE DIRETORA DE ESCOLA NA PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, QUE, POSTERIORMENTE, TEVE CASSADA SUA APOSENTADORIA E, EM RAZÃO DISSO, ANULADA A POSSE E O EXERCÍCIO NESSE CARGO. HOMOLOGAÇÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PELO EXERCÍCIO NO CARGO DE DIRETORA DE ESCOLA. IMPOSSIBILIDADE. Investidura sujeita à condição resolutiva e, com a anulação da posse, não há possibilidade de contagem de tempo de contribuição, conforme entendimento sufragado pelos Pareceres PA nº 79/99 e 273/2007. **DECISÃO JUDICIAL.** Proposta de Diligência para se averiguar o exato alcance da decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. **(Parecer PA nº 63/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 21/07/2014)**

103) SPPREV. CONTAGEM DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DE

ATIVIDADE RURAL. MATÉRIA SUJEITA A NORMAS FEDERAIS QUE DETERMINAM INDENIZAÇÃO AO INSS DE TEMPO ANTERIOR A NOVEMBRO DE 1991 (Lei federal nº 8.213/91 e Decretos federais nº 3.048/99 e 3.112/99). CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EXPEDIDA PELO INSS COM TAL RESSALVA. Não há possibilidade de se averbar, como tempo de serviço de policial militar, período de atividade rural, atestado pelo INSS, quando a respectiva certidão contém ressalva no sentido de que somente seria passível de compensação previdenciária se viesse a ocorrer indenização por parte do requerente (Precedente: PA nº 48/2007). Caso a certidão seja emitida pelo INSS, sem tal ressalva, o tempo de contribuição da atividade rural não é passível de conversão de tempo comum para especial, na medida em que não se aplicam aos militares as normas do artigo 40, parágrafos 4º e 12º da CF (Precedentes: PA 142/2006, 144/2006 e 94/2009). Caso a Administração tenha computado, para qualquer servidor ou militar, tempo de contribuição de atividade rural decorrente de certidão expedida pelo INSS, com tal ressalva, deve proceder à revisão da contagem de tempo e à anulação dos atos de inativação praticados com base naquela certidão, mediante prévio processo administrativo. Necessidade, no caso específico destes autos, de invalidação dos atos de reforma e promoção do militar, não obstante o ajuizamento de mandado de segurança, pois o controle externo do ato administrati-

vo não exclui o controle interno pela Administração (Precedente: PA-3 nº 237/95). **(Parecer PA nº 19/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 21/07/2014)**

104) SERVIDOR PÚBLICO. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO (CTC) RELATIVA A VÍNCULOS ANTERIORES MANTIDOS COM O ESTADO DE SÃO PAULO, EM SITUAÇÕES DE ACUMULAÇÕES LÍCITAS DE CARGOS OU FUNÇÕES. Pelas normas em vigor, não será contado por um Regime de Previdência o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro. Não pode ser homologada CTC que, em casos de acumulações lícitas de cargos ou funções, contenha tempo de serviço/contribuição que tenha sido utilizado para a obtenção de vantagem não remuneratória do servidor. Nos termos do artigo 15, parágrafo único, da Portaria MPS nº 154/2008 e do artigo 380 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010, pode ser homologada CTC que, em casos de acumulações lícitas de cargos ou funções, contenha tempo de serviço/contribuição que não será utilizado para a obtenção de aposentadoria no RPPS, ainda que esse tempo tenha sido utilizado para obtenção de adicionais quinquenais, sexta-parte ou abono permanência. Precedentes: Pareceres PA nº 124/2011 e 64/2013. **(Parecer PA nº 27/2014 – Reprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 21/07/2014)**

105) SERVIDORA ESTADUAL APOSENTADA, EMPOSSADA NO CARGO DE DIRETORA DE ESCOLA NA PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, QUE, POSTERIORMENTE, TEVE CASSADA SUA APOSENTADORIA E, EM RAZÃO DISSO, ANULADA A POSSE E O EXERCÍCIO NESSE CARGO. HOMOLOGAÇÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PELO EXERCÍCIO NO CARGO DE DIRETORA DE ESCOLA. IMPOSSIBILIDADE. Investidura sujeita à condição resolutiva e, com a anulação da posse, não há possibilidade de contagem de tempo de contribuição, conforme entendimento sufragado pelos Pareceres PA nº 79/99 e 273/2007. Proposta de manutenção do entendimento fixado pelo Parecer PA nº 63/2013, ainda não aprovado, que reiterou entendimento já vigente na PGE. **NO CASO ESPECÍFICO, EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO,** deve ser homologada certidão de tempo de contribuição em nome de ex-servidora. **(Parecer PA nº 35/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 21/07/2014)**

106) SERVIDOR PÚBLICO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTAGEM DE TEMPO. Contagem recíproca. Certidão de tempo de contribuição para fins previdenciários. Expedição e homologação pela entidade gestora do regime próprio de previdência estadual. Possibilidade restrita a ex-servidor ou, em se tratando de acumulação lícita de cargos efetivos, restrita ao tempo de

contribuição no cargo do qual o atual servidor se exonerou ou foi demitido. Impossibilidade, mesmo quanto a este cargo, de certificar-se tempo de contribuição que não tenha transcorrido em situação de acumulação de cargos. Direito à contagem recíproca de determinado tempo de contribuição que só surge quando impossível o aproveitamento desse tempo no regime próprio. Inteligência do artigo 12, *caput* e parágrafo 2º, da Portaria MPS nº 154/2008. Inaplicabilidade, no caso, dos artigos 9º e 15, parágrafo único, do mesmo diploma normativo. Precedentes: Parecer PA nº 124/2011; Parecer PA nº 64/2013. **(Parecer PA nº 36/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 21/07/2014)**

107) PREVIDENCIÁRIO. MILITAR. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. Reforma a pedido. Requisito temporal. Trinta anos de efetivo serviço. Artigos 28 e 51, I, do Decreto-lei Estadual nº 260, de 29 de maio de 270. Licença para tratar de interesse particular. Impossibilidade de cômputo para qualquer efeito. Artigo 56, IV, do mesmo diploma. Contribuição ao regime geral de previdência social. Segurado facultativo. Irrelevância. Falta de amparo legal. Artigo 11, parágrafo 2º, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Faculdade de manter a vinculação ao regime próprio de previdência dos militares mediante o recolhimento mensal da respectiva contribuição. Artigo 10, parágrafo 1º, da Lei Complementar nº 1.013, de 6

de julho de 2007. Prejuízo ao sistema previdenciário. Invalidação do ato administrativo de averbação do tempo de contribuição em questão. Possibilidade de manutenção do ato de reforma a pedido, se ainda assim o militar satisfizer os requisitos temporais para tanto. **(Parecer PA nº 59/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 21/07/2014)**

108) SERVIDOR CELETISTA. ACORDO COLETIVO. CLÁUSULAS DE NATUREZA SOCIAL. Possibilidade de Dissídio Coletivo em face de pessoa jurídica de direito público para a apreciação de cláusulas de natureza social. Orientação Jurisprudencial nº 5, da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho. Acordo Coletivo não é litígio. Pressupõe interesse/vontade do empregador. Possibilidade de normatização unilateral caso não haja restrições impostas pela ordem justralhista. Jornada de trabalho. Artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal. Compensação de horários e redução de jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Súmulas nº 85 e nº 444 do TST. Celebração possível. Pertinência do ajuste que deve ser sopesada frente às consequências futuras. Ultraatividade (Súmula nº 277 do TST). Legitimidade do sindicato. Artigo 612 da CLT. Ato próprio do dirigente do ente público. **(Parecer PA nº 61/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 21/07/2014)**

109) SERVIDOR PÚBLICO. ES-TÁGIO PROBATÓRIO. Efetivo exer-

cício. Artigo 41 da Constituição da República. Exercício real e concreto das atribuições do cargo efetivo em que se opera a estabilidade. Precedente: **Parecer PA-3 nº 70/1993**. Designação de servidor titular de cargo efetivo para a função de Corregedor da Corregedoria Geral da Administração. Decretos Estaduais nº 54.424, de 8 de junho de 2009, e nº 57.500, de 8 de novembro de 2011. Inocorrência de afastamento. Mero acréscimo de atribuições àquelas próprias do cargo efetivo do servidor. Precedentes: **Parecer PA nº 67/2012** e **Parecer PA nº 20/2013**. Corregedor que continua ocupando e exercendo o cargo no qual foi investido. Precedente: **Parecer PA nº 62/2012**. Viabilidade da contagem do tempo para fins de estágio probatório. Decisão sobre a confirmação ou a exoneração. Decreto Estadual nº 56.114, de 19 de agosto de 2010. Competência da Secretaria de Estado ou da autarquia a cujo quadro pertence o cargo efetivo, ainda que com base em elementos de avaliação especial de desempenho produzidos no âmbito da Corregedoria Geral da Administração. (**Parecer PA nº 69/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 21/07/2014**)

110) PENSÃO POR MORTE REQUERIDA POR VIÚVO. BOLETIM DE OCORRÊNCIA INDICANDO TER SIDO O REQUERENTE INDICIADO PELO HOMICÍDIO DA INSTITUIDORA DO BENEFÍCIO. PROPOSTA DE INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

LACUNA LEGAL. Tal lacuna na legislação paulista deve ser integrada de acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicando-se, ao caso, o princípio da proteção à vida e o princípio geral de direito segundo o qual a ninguém é lícito beneficiar-se da própria torpeza. **ALCANCE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – ARTIGO 5º, LVII, DA CF.** Com fundamento nesse princípio, não pode a SPPREV indeferir o benefício pleiteado pelo Interessado sem decisão penal condenatória transitada em julgado. Com base no poder geral de cautela, cabe à SPPREV, por despacho motivado da autoridade competente para conceder o benefício, determinar o sobrestamento do processo administrativo tendente à concessão da pensão, até que haja decisão judicial de 1º grau acerca da culpabilidade do Interessado na esfera criminal. (**Parecer PA nº 17/2014 – Reprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 23/07/2014**)

111) FÉRIAS. PAGAMENTO DO TERÇO CONSTITUCIONAL. Servidora admitida nos termos da Lei 500/74, posteriormente nomeada para ocupar cargo estatutário nos quadros do IMESC. Gozo de férias adquiridas no vínculo inicial e indeferidas por absoluta necessidade de serviço no vínculo comissionado, na Secretaria da Saúde. Viabilidade, considerando que deve sempre se privilegiar a possibilidade de o servidor usufruir do descanso, relegando-se a possibilidade de

indenização apenas na impossibilidade do gozo, bem ainda a imprescritibilidade do direito à fruição de férias indeferidas por necessidade do serviço, segundo a orientação lançada no Despacho Normativo do Governador de 22, publicado em 22/11/1979. Pagamento do terço constitucional consecutório ao direito do gozo do benefício. Se há direito ao gozo, há direito ao pagamento do acréscimo constitucional. Pareceres **PA 112/2009** e **PA 79/2011**. Art. 6º do Decreto nº 29.439/1988, alterada pelo Decreto nº 57.130/2011. Regularização da situação funcional da interessada que, em razão de equívoco administrativo, usufruiu indevidamente de período de férias. Aplicação da solução alvitada no Parecer **PA 144/2009**, com proposta de adequada apuração dos fatos. Artigo 245, *caput*, da Lei 10.261/68. Pareceres **PA 19/2013** e **4/2014**. (**Parecer PA nº 74/2014 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 24/07/2014**)

112) REPOSIÇÃO. DISPENSA. Proposta de reexame do Parecer PA-3 nº 205/99. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema da reposição dos valores indevidamente percebidos pelos servidores ou titulares de benefícios previdenciários que vem se assentando na forma apontada. Devida a reposição ao erário de valores recebidos por força de decisão antecipatória da tutela posteriormente revogada. REsp nº 1.384.418/SC (Rel. HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, j. 12/06/2013). Já na hipótese em

que os valores percebidos decorreram de ordem judicial com força definitiva confirmada em segundo grau, decidiu a Corte Especial pela irrepetibilidade de tais valores, porquanto deve o titular do direito confiar no acerto do “duplo julgamento”. EREsp 1.086.154/RS (Rel. NANCY ANDRIGHI, j. 20/11/2013). REsp 1.401.560/MT (Rel. para o acórdão Min. ARI PARGENDLER, Primeira Seção, j. 12/02/2014), representativo da controvérsia, cujo acórdão pende de publicação. Proposta de aguardar-se a publicação deste último julgado para firmar alguma orientação sobre a matéria. Inscrição dos valores a serem repostos na dívida ativa. Solução que encontra os mesmos óbices apontados no Parecer PA 83/2010. (**Parecer PA nº 64/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 25/07/2014**)

113) PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA ADMINISTRATIVA. Exegese assentada e seguidamente reiterada no âmbito da PGE, no sentido de que a absolvição criminal com fundamento no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal é ininfluente no âmbito disciplinar e não determina a retificação de decisão expulsória já proferida, para o fim de suprimir-se a menção ao artigo 75, II, da Lei Complementar nº 207/79. Isto porque “o Estatuto Disciplinar dos Policiais Civis estabelece [*no artigo 75, II*] que a pena demissória agravada cabe sempre que houver prática de ato definido como crime pelo servidor faltoso, não se exigindo o reconhecimento da

efetiva existência do crime, pelo Judiciário, para que a punição na esfera administrativa seja agravada”. Precedentes, dentre muitos: Pareceres PA-3 nº 81/98, PA nº 329/2003, 353/2003, 168/2007. **(Parecer PA nº 76/2014 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 25/07/2014)**

114) SPPREV. HOMOLOGAÇÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. EX-SERVIDORA ESTADUAL ADMITIDA PELA LEI Nº 500/74, COM CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. LICENÇA-GESTANTE CUJO TERMO FINAL ENCERROU-SE APÓS O PRAZO DO CONTRATO. CÔMPUTO DESSE TEMPO PARA FINS DE APOSENTADORIA. Possibilidade. Em casos de admissão de servidoras, com fundamento na Lei estadual nº 500/74, o prazo da contratação deve ser prorrogado até o final do período de licença-gestante, sendo esse tempo computado para fins de aposentadoria. Em consequência, todo período de licença-gestante deve ser considerado como de efetivo exercício para fins de aposentadoria, o que inclui período que tenha excedido o termo final do contrato. Precedentes: Pareceres PA nº 125/99, 22/2009, 194/2010 e 53/2011. **(Parecer PA nº 70/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 28/07/2014)**

115) AGENTE PÚBLICO. MILITAR. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. Não incidência sobre parcelas percebidas em decorrência do

exercício de cargo em comissão ou de função de confiança. Artigo 7º, parágrafo 1º, nº 7, da Lei Complementar Estadual nº 1.013, de 6 de julho de 2007. Hipótese que não compreende a gratificação de representação pela designação para função de confiança do governador. Artigo 135, III, da Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. Conceitos de *função pública* e *função de confiança* na Constituição. Paralelo com cargo e emprego público. Função como conjunto relativamente autônomo de atribuições. Criação por lei, com denominação e encargos próprios. “Função” do dispositivo do Estatuto dos Funcionários Públicos como mero sinônimo de atividade ou serviço. Desempenho das atribuições do próprio cargo efetivo em circunstâncias extraordinárias. Proposta de indeferimento do pedido de cessação dos descontos de contribuição previdenciária sobre a quantia auferida a título de gratificação de representação. *O artigo 7º, parágrafo 1º, nº 7, da Lei Complementar Estadual nº 1.013/2007 pressupõe a passagem do militar a um conjunto diferente de atribuições representado pelo cargo em comissão ou pela função em confiança. Por essa razão, o dispositivo de lei não tem o condão de afastar a incidência da contribuição sobre a gratificação de representação prevista no artigo 135, III, do Estatuto dos Funcionários Públicos, que é devida pelo exercício das atribuições do próprio cargo, apenas em circunstâncias excepcionais.* **(Parecer PA nº 48/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 30/07/2014)**

116) FÉRIAS. Orientação consolidada no âmbito desta Instituição desautorizando o transporte do direito ao gozo das férias adquiridas perante um Poder distinto. Independência dos Poderes do Estado. Precedentes: **Pareceres PA-3 nº 3/2000, PA 336/2003.** Direito à indenização que igualmente não assiste a servidor afastado do cargo e cujo direito ao descanso remunerado foi adquirido na constância deste vínculo. Parecer **PA nº 55/98.** Proposta de aplicação da mesma solução ao caso vertente. Indenização que deve ser buscada perante o Poder Legislativo municipal. (**Parecer PA nº 79/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 07/08/2014**)

117) CONTAGEM DE TEMPO. Servidor submetido ao regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho e designado para o emprego público em confiança no ente autárquico. Pretensão de se computar tempo de estágio prestado perante o Ministério Público do Estado de São Paulo e tempo de serviço junto à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo para perfazimento do período quinquenal. Art. 18, inciso I, da LCE 1.103/2010. Viabilidade do cômputo de tempo de serviço anteriormente prestado ao Estado e suas autarquias já assentada nesta Instituição, valendo tal diretriz tanto para os empregados celetistas que fazem parte do quadro permanente (**PA 142/2011**) como para aqueles que ocupam emprego público em confiança (**PA 53/2012**). Tempo de estágio prestado perante

o Ministério Público. Art. 90, LCE 734/93. Alteração de orientação preconizada no Parecer **PA 9/2012** que não se estende aos servidores submetidos ao regime da CLT. Falta de amparo legal e inviabilidade de aplicação dos artigos 76, *caput*, e 134 da Lei estadual nº 10.261/68 a tais servidores. Possibilidade de cômputo apenas do tempo de serviço prestado junto à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. (**Parecer PA nº 78/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 12/08/2014**)

118) SERVIDOR. Escrivão dos quadros da Secretaria da Segurança Pública. Servidor que se valeu da faculdade prevista no § 22 do artigo 126 da Constituição Estadual, cessando o exercício da função pública após noventa dias decorridos da apresentação do pedido de aposentadoria voluntária. Certidão anulada em face de superveniente ordem judicial que, na fase de obrigação de fazer, estabeleceu o correto alcance da decisão exequenda. Decisão judicial mantida em 2º Grau e indeferida liminar em Reclamação interposta perante o Supremo Tribunal Federal. Cumpre à Administração executar a ordem judicial nos termos em que lançada pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública. Período em que o servidor permaneceu afastado deve ser computado para todos os fins, como se houvesse permanecido no exercício das atribuições do cargo, resguardando-se, assim, “os efeitos jurídicos passados de atos pretéritos” praticados em consonância com interpretação

plausível de decisão judicial e que se revelou inadequada à luz de nova inteligência conferida pelo próprio Poder Judiciário. (**Parecer PA nº 86/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 22/08/2014**)

119) VANTAGENS PECUNIÁRIAS: DIÁRIA. Interpretação de disposições do Decreto nº 48.292/03. Precedente PA nº 417/2004, no qual se interpretou o decreto tal como se encontra redigido. Proposta de alteração redacional do Decreto, de modo que reste perfeitamente explicitado se, ao servidor que se deslocar durante a noite de sua sede de exercício, não tendo despesas com pousada por haver passado a noite no trajeto, obedecidos os demais requisitos legais e regulamentares, poderá ser concedida diária integral ou apenas parcial. Caso reste estabelecido que a hipótese enseja somente a possibilidade de recebimento de diária parcial, o cômputo de eventual diária referente ao dia do retorno do servidor à sua sede funcional deverá obedecer ao disposto no item 3 do artigo 5º do diploma regulamentar; caso opte o Governador do Estado por estabelecer que na hipótese referida poderá ser concedida diária integral, será necessário que estabeleça também o critério para o cômputo do valor de eventual diária referente ao dia do retorno, dado que a lacuna não pode ser suprida por via interpretativa. (**Parecer PA nº 87/2014 – Aprovado parcialmente pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 25/08/2014**)

120) PENSÃO POR MORTE. PENSIONISTAS DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS TITULARES DE CARGOS EFETIVOS, SUBMETIDOS ÀS REGRAS DOS ARTIGOS 3º, 6º E 7º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. DÚVIDAS ADICIONAIS DA SPPREV. Os proventos de servidores que podiam aposentar-se até 31/12/2003 e vieram a se aposentar, após essa data, pelas regras anteriores à EC 41/2003, sejam eles integrais ou proporcionais, estão submetidos à regra da paridade plena prevista no art. 7º da EC 41/2003. As pensões de dependentes de servidores que podiam aposentar-se até 31/12/2003, vieram a se aposentar, após essa data, pelas regras constitucionais anteriores à EC 41/2003, e faleceram já na condição de aposentados, estão submetidas à regra da paridade plena prevista no art. 7º dessa Emenda. As pensões de dependentes de servidores que podiam aposentar-se até 31/12/2003, pelas regras constitucionais anteriores à EC 41/2003, não o fizeram e, assim, faleceram em atividade, também estão submetidas à regra da paridade plena prevista no art. 7º dessa Emenda. Tanto as pensões em fruição em 31.12.2003 quanto as referentes aos proventos em fruição na mesma data estão submetidas à regra da paridade plena, nos termos do artigo 7º da mesma Emenda. As pensões por morte de dependentes de servidores aposentados pelas regras do artigo 6º da EC 41/2003 estão submetidas à regra da paridade plena, nos termos do artigo

7ª da mesma Emenda. Precedentes: Pareceres PA nº 123/2004, 198/2006, 216/2008 e 23/2013, na forma em que aprovados. **(Parecer PA nº 29/2014 – Reprovado pelo Procurador Geral do Estado em 25/08/2014)**

121) LICENÇA POR ADOÇÃO. Artigo 1º da LCE nº 367, de 14/12/1984, com a redação dada pela LCE nº 1.054, de 7/7/2008. O servidor público poderá obter licença de 180 dias quando adotar ou obter a guarda judicial para fins de adoção de menor de até 7 (sete) anos de idade.

Pretensão da interessada em buscar guarida nas leis federais que regem a Previdência Social. Inviabilidade ante a autonomia administrativa dos entes federados (CF, art. 25) e a distinção entre os benefícios previstos aos servidores públicos e aos segurados do Regime Geral da Previdência Social. Diploma legal estadual que rende obediência à norma constitucional que veda o tratamento discriminatório entre os filhos naturais e adotivos (CF, art. 227, § 6º). **(Parecer PA nº 90/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 27/08/2014)**

Contencioso Geral

122) EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – Retenção de valores a título de imposto de renda. Inadmissibilidade. Desconto que deve ser realizado de acordo com o valor de cada parcela, nunca sobre o todo. Recurso parcialmente provido. (Apelação n. 0239839-49.2012.8.26.0000 – São Paulo – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Ferreira Rodrigues – 25/08/2014 – 27.248 – Unânime)

123) SERVIDORA ESTADUAL Pretensão de incidência dos adicionais por tempo de serviço sobre os vencimentos integrais. Inadmissibilidade. Artigo 129 da Constituição do Estado de São Paulo, que prescreve a integralidade dos vencimentos tão somente para a vantagem pecuniária da sexta-parte, e não para os adicionais quinquenais. Sentença de parcial procedência da ação. Provimento dos recursos da Fazenda do Estado de São Paulo e oficial, para julgar improcedente a ação, prejudicado o recurso da autora. (Apelação n. 0042542-50.2010.8.26.0562 – Santos – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Osvaldo Magalhães – 25/08/2014 – 17.486 – Unânime)

124) SOLDADO PM TEMPORÁRIO. Contrato com base na Lei Federal nº 10.029/00 e na Lei Estadual nº 11.064/02. Inconstitucionalidade reconhecida pelo C. Órgão Especial. Pretensão ao recebimento de 13º salário, férias, acrescidas de 1/3,

adicional de insalubridade em grau máximo. Admissibilidade. Princípio da moralidade administrativa e vedação do enriquecimento ilícito. Afastamento das pretensões que demandam reconhecimento do vínculo com o Estado ou não são compatíveis com a precariedade da contratação. Recursos do Estado de São Paulo e oficial parcialmente providos. (Apelação n. 0007833-33.2012.8.26.0363 – Mogi-Mirim – 2ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Luciana Almeida Prado Bresciani – 19/08/2014 – 12.487 – Por maioria)

125) AGRAVO REGIMENTAL. FERROVIÁRIOS. Inativos e pensionistas. URV. Conversão. Prescrição do próprio fundo de direito. Inocorrência. Enunciado nº 85/STJ. Aplicação. Dissídio coletivo TRT 157/94. Extensão aos inativos. Inadmissibilidade. Extinção. Matéria própria de dissídio individual. Lei nº 8.880/94. Aplicabilidade geral e eficácia imediata, sem distinção entre os âmbitos federal, estaduais ou municipais. Entendimento pacificado no STJ e STF. Prejuízo. Diferenças. Ausência de demonstração. Mantida a improcedência. Agravo regimental provido, para reformar a r. decisão monocrática. Recurso de apelação não provido. (Agravo regimental nº 0046352-08.2010.8.26.0053/50000 – Mogi-Mirim – 10ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Paulo Galizia – 25/08/2014 – 8408 – Unânime)

126) AÇÃO ORDINÁRIA – Pretendido pagamento do ALE no período em que os servidores estiveram afastados para tratamento de saúde. Não é certo dizer que o ALE, após a edição das LCs nº 1.065/08 e 1.114/10, teria se incorporado, em valores fixos, aos vencimentos, pois há de se ter em conta tratar-se de vantagem passageira, cuja percepção depende das condições

específicas de trabalho, de sorte que em nada interfere o pagamento do ALE a aposentados e pensionistas. Recurso improvido. (Apelação nº 1008650-06.2013.8.26.0053 – São Paulo – 7ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Luiz Sergio Fernandes de Souza – 25/08/2014 – 6176 – Por maioria)

Contencioso Tributário-Fiscal

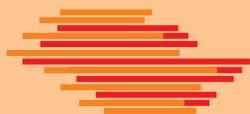
127) EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Execução movida para cobrança de vencimentos que teriam sido recebidos a maior pela executada. Alegação da excipiente de que nada deve à Fazenda, nada tendo recebido indevidamente. Matéria subjacente ao título executivo e cujo deslinde desborda dos limites da exceção de pré-executividade. Agravo de Instrumento ao qual se nega provimento, por maioria de votos. (Agravo de Instrumento nº 2063237-86.2014.8.26.0000 – Itu – 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Aroldo Viotti – 29/07/2014 – 28.582 – Por maioria de votos)

128) AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. Pretensão de anular Auto de Infração e Imposição de Multa decorrente de creditamento de imposto em operações realizadas com empresa declarada inidônea. Declaração de inidoneidade posterior e desconhecida da autora. Documentos que não demonstram as transações. Ausência de comprovação das operações. Impossibilidade de reconhecimento de boa-fé. Sentença de procedência afastada. Recurso da Fazenda do Estado provido. Recurso da autora. Majoração da verba honorária. Recurso prejudicado. (Apelação n. 0060095-62.2011.8.26.0114

– São Paulo – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Luiz Fernando Carmo de Barros Vidal – 25/08/2014 – 2408 – Unânime)

129) AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – Reconhecimento da prescrição do débito relativo ao exercício de 2006, prosseguindo-se na execução com relação às demais certidões. Tratando-se de lançamento de ofício, à falta de notificação imediata, computam-se o prazo decadencial e o prazo prescricional, aquele calculado na forma do art. 173, I, do CTN. Admitida a existência de oportuna notificação do lançamento, mas deixando o contribuinte de recolher o tributo, passa a correr daí o prazo de prescrição, que aqui não se consumou. Recurso provido para afastar a extinção do crédito tributário. (Agravo de instrumento nº 2106253-90.2014.8.26.0000 – Santos – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Luiz Sergio Fernandes de Souza – 25/08/2014 – 6869 – Unânime)

130) APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. IPVA – Alienação de veículo não comunicada ao DETRAN. Obrigatoriedade. Artigo 4º da Lei nº 6.606/89. Recurso não provido. (Apelação nº 0143824-42.2008.8.26.0000 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: Claudio Marques – 26/08/2014 – 3858 – Unânime)



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

