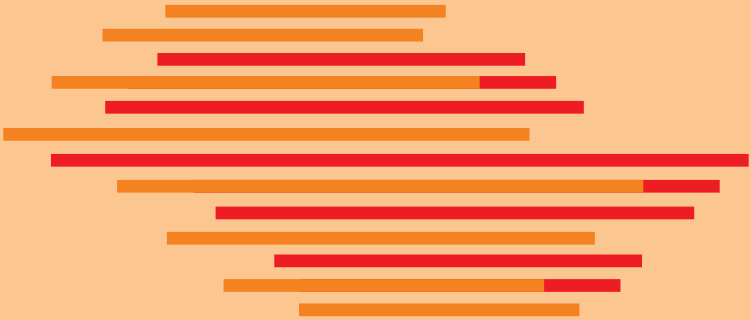
BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

NOVEMBRO/DEZEMBRO 2013

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.pge.sp.gov.br – BOLETIM CEPGE, v. 37 – n. 6 – novembro/dezembro 2013

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador-Geral do Estado
Elival da Silva Ramos

Procurador-Geral do Estado Adjunto
José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete
Silvia Helena Furtado Martins

Subprocurador-Geral da Consultoria
Adalberto Robert Alves

Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Geral
Fernando Franco

Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal
Eduardo José Fagundes

Corregedor-Geral
José Luiz Borges de Queiroz

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, Marily Diniz do Amaral Chaves 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.

Sumário

Expediente

Editorial 7

Cursos e Eventos
Cursos do Centro de Estudos 11
Eventos do Centro de Estudos 11
Eventos em Parceria com outras Instituições 11

Acórdão em destaque
Processual Civil e Administrativo. Protesto de CDA. Lei 9.492/1997. Interpretação contextual com a dinâmica moderna das relações sociais e o "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo". Superação da jurisprudência do STJ 13

Peças e Julgados
AGRAVO DE INSTRUMENTO. Inversão do ônus da prova. Decisão de 1º grau que determinou a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º da Lei 8.078/90. Considerando que o serviço público prestado foi gratuito, não há caracterização de relação de consumo a atrair a incidência do CDC. Recurso provido 31

Doutrina
Amicus Curiae e o projeto de novo Código de Processo Civil 41

Pareceres da Procuradoria Administrativa
SERVIDOR CELETISTA. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. VANTAGEM PECUNIÁRIA. INCORPORAÇÃO. Vantagem pecuniária denominada "gratificação de função" tem natureza de adicional. Não incidência do artigo 457, § 1º, da CLT. Integra o salário apenas no período de sua percepção em razão de seu fundamento e objetivo. Pode ser suprimida caso o empregador venha a determinar o retorno do empregado ao cargo efetivo (artigo 468, parágrafo único, da CLT). Cessação do pagamento não caracteriza ofensa ao princípio da irredutibilidade de salário (artigo 7º, VI, da CF). Súmula 372, I, do TST. Gratificação de função percebida por dez anos ou mais. Incorporação, salvo quando a destituição ocorre por justo motivo (ato para o qual o

empregado dá causa). Princípio da estabilidade financeira. Jurisprudência é fonte normativa supletiva no Direito do Trabalho (força jurígena). Artigo 8º da CLT. Estado quando contrata pelo regime celetista deve reconhecer ao servidor todos os direitos assegurados pela legislação trabalhista. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 348/1994, PA nº 05/2005 e PA nº 89/2008. No regime celetista, ainda que o Estado seja o empregador, o princípio da legalidade estrita não se sobrepõe a direito reconhecido pela ordem justrabalhista. Divergência com entendimento apresentado no Parecer PA nº 32/2013 53

Ementário

Consultoria..... 77
Contencioso Geral 83
Contencioso Tributário-Fiscal 88

Aceitei sem titubeios o lisonjeiro convite da Dra. Mariângela Sarrubbo Fragata, Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos, para escrever o editorial desta edição do nosso Boletim, até porque em relação a esse valioso órgão auxiliar da PGE-SP, acredito eu, nutrimos todos especial carinho, na exata medida em que ele é o responsável, por assim dizer, pela nossa recepção quando do ingresso na Carreira, ministrando-nos o indispensável curso de adaptação, que tantas dúvidas dissolve naquele especial momento de nossas vidas.

Há pouco mais de nove anos assim foi para mim e para os demais colegas do *histórico* concurso de ingresso de 2002, somente empossados, frente às inarredáveis contingências impostas pela então novel Lei de Responsabilidade Fiscal, em agosto de 2004. Aqui peço licença para consignar meu "abraço" a cada um dos amigos daquele concurso, até porque se avizinha o primeiro decênio de nossa posse, data propícia ao despertar de sentimentos dessa natureza.

Reminiscências à parte, o fato é que aquela espera inicial valeu a pena, e hoje afirmo sentir orgulho de ser Procurador do Estado de São Paulo.

Parece-me interessante, valendo-me da oportunidade concedida, mostrar à Carreira um pouco mais da Procuradoria Regional de Santos (PR-2), que desde o mês julho de 2010 tenho a honra de chefiar.

A PR-2 conta, atualmente, com trinta colegas aqui classificados, responsáveis pela hercúlea tarefa de cobrir área territorial considerável, que abrange uma região metropolitana (da Baixada Santista, primeira do Brasil a ser criada mesmo sem o status de capital estadual) e uma região administrativa (de Registro, cobrindo parte do Vale do Ribeira), com população total de aproximadamente dois milhões de pessoas. São dezoito Comarcas ou Foros Distritais, que atendem vinte e quatro municípios.

Os colegas são divididos, a partir da nova estrutura da Unidade propiciada pelo Decreto 59.464 (de 23.08.2013) e pela Resolução PGE nº 27 (de 13.09.2013), em quatro Seccionais, sendo duas formalmente vinculadas à Área do Contencioso Geral (1ª Subprocuradoria) e duas à Área do Contencioso Tributário-Fiscal (2ª Subprocuradoria).

A bem da verdade, a única Seccional situada fora da Sede (Seccional do Vale do Ribeira), embora formalmente vinculada à 2ª Subprocuradoria, acaba atuando

também nas matérias do Contencioso Geral para as Comarcas da região, com exceção das matérias ligadas ao Direito Ambiental e Imobiliário.

Essa exceção justifica-se em razão de peculiaridade própria da PR-2, qual seja a existência, desde 1988, de um setor específico para acompanhamento das ações judiciais ligadas a tais matérias, agora sim alçado, na já mencionada recente reorganização, à condição de Seccional (2ª da 1ª Subprocuradoria). Pela especificidade dos temas ligados ao Direito Ambiental e Imobiliário, essa Seccional, malgrado situada na Sede, abrange todas as Comarcas da PR-2, cujos municípios são marcados, em maior ou menor grau, por grande porção da Mata Atlântica remanescente.

Já à 1ª Seccional da 2ª Subprocuradoria, por seu turno, tocam os assuntos ligados à área tributário-fiscal, cada vez mais complexos na medida em que a gestão da dívida ativa passa pela análise de requerimentos administrativos diversos dos contribuintes que questionam essa condição ou a extensão do débito, visando então alforriarem-se da exação (em número nitidamente crescente após o incremento da cobrança de débitos de IPVA) como também pelos desafios ligados à adoção de medidas práticas que viabilizem a recuperação dos créditos estatais.

Por fim, a 1ª Seccional da 1ª Subprocuradoria, com atribuição para as matérias do Contencioso Geral não ligadas ao Direito Ambiental e Imobiliário, cujo desafio principal tem sido, além da diversidade de assuntos (típicos de verdadeira "clínica geral"), o aumento do número de novos processos, reflexo, principalmente, do advento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Basta, para tanto, ressaltar que a PR-2 recebeu, em 2012, cerca de 2.300 novos processos afetos ao Contencioso Geral, número que, em 2013, deve aproximar-se da insólita barreira dos 4.000 processos.

Esse "privilégio", verdade seja dita, certamente não é exclusivo da Procuradoria Regional de Santos. O aumento exponencial (e inevitável) do número de ações do Contencioso Geral encerra, no meu sentir, um dos principais desafios da Carreira para os próximos anos.

Essa realidade afeta as Procuradorias Regionais como um todo, que recentemente, de forma coincidente com o aumento do número de novas ações, passaram a ter como uma de suas atribuições o intrincado acompanhamento, com vistas ao acesso aos Tribunais Superiores, dos recursos interpostos pela Unidade, de forma ampla para o Contencioso Geral (com exceção das ações da área ambiental e imobiliária) e, ao menos por enquanto, unicamente com relação ao agravo de instrumento para a Área do Contencioso Tributário-Fiscal.

Assim, tem-se que as Procuradorias Regionais vêm experimentando um aumento quantitativo tanto no número de processos acompanhados pelos colegas, como também nos atos processuais praticados em cada um deles, decorrência da novel sistemática de acompanhamentos dos recursos antes referida.

É verdade que do cumprimento da missão não se furtarão os colegas, sendo certo que medidas "estratégicas", no cotidiano das bancas, devem ser adotadas para que seja viável o acompanhamento dos processos com a costumeira eficiência.

Mas mesmo tais medidas, assim como o tempo de cada dia de trabalho, são finitas. A oportuna revisão, na minha ótica pessoal, do número de Procuradores a serem classificados em cada Procuradoria Regional revelar-se-á, em futuro próximo, imperiosa.

Com tal medida, além de serem garantidas as ideais condições de trabalho – penhor da necessária qualidade que dele se espera – evita-se que os colegas vejam-se diariamente, em relação ao temor da perda ou do cumprimento deficiente de um prazo processual, como Dâmocles, mito grego que, embora desfrutando do poder por efêmero período, via pender sobre sua cabeça uma espada, presa ao teto somente por uma fina crina de cavalo.

AMÉRICO ANDRADE PINHO
Procurador do Estado Chefe
Procuradoria Regional de Santos

Cursos do Centro de Estudos

01, 04, 05, 06 e 07.11 – Curso de Adaptação à Carreira de Procurador do Estado.

08.11 – Mediação de Relações Interpessoais e Aposentadoria.

26.11 – Palestra "Acesso ao Sistema de Informações da Secretaria do Meio Ambiente e suas funcionalidades".

13.12 – Curso Implicações da Lei Anticorrupção nas Licitações.

16.12 – Curso Panorama da arbitragem na Europa.

Eventos do Centro de Estudos

25.11 – Workshop sobre precatórios.

Eventos em parceria com outras instituições

04 e 05.11 – Apuração de Tempo de Serviço – Instituto Nacional de Capacitação de Pessoas.

04 a 06.11 – XXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.126.515 – PR (2009/0042064-8)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE: MUNICÍPIO DE LONDRINA
PROCURADOR: JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES E OUTRO(S)
RECORRIDO: PROTENGE ENGENHARIA DE PROJETOS E OBRAS LTDA
ADVOGADO: JOÃO TAVARES DE LIMA FILHO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O "II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO". SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980.

2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas "entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas".

3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão.

4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer "títulos ou documentos de dívida". **Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais**.

5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado.

6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública.

7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da ***independência dos poderes*** (art. 2º da CF/1988) e da ***imparcialidade***.

8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito.

9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança **judicial** da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial.

10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o "Auto de Lançamento", esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo.

11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.).

12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve "surpresa" ou "abuso de poder" na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que **o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio**.

13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do *contraditório* e do *devido processo legal*, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto.

14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo", definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a "revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo".

15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da ***legalidade*** normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares.

16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação – naturalmente adaptada às peculiaridades existentes – de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços).

17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Eliana Calmon, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon (voto-vista) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.126.515 – PR (2009/0042064-8)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE: MUNICÍPIO DE LONDRINA
PROCURADOR: JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES E OUTRO(S)
RECORRIDO: PROTENGE ENGENHARIA DE PROJETOS E OBRAS LTDA
ADVOGADO: JOÃO TAVARES DE LIMA FILHO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

EMBARGOS INFRINGENTES CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – PROTESTO – NÃO CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.492/97. RECURSO CONHECIDO E ACOLHIDO, POR MAIORIA DOS VOTOS. A certidão de dívida ativa não se reveste de natureza cambiária, não podendo ser protestada.

O recorrente alega violação do art. 1º da Lei 9.492/1997 e dissídio jurisprudencial. Afirma que, após a entrada em vigor da referida norma, outros títulos representativos de crédito – como é o caso da Certidão de Dívida Ativa – , além dos cambiais, podem ser levados a protesto. Acrescenta que: a) a Lei Municipal 7.303/1997 autoriza o protesto das CDAs em seu art. 271, § 6º; b) o fato de a legislação não prever tal medida como requisito para o ajuizamento da Execução Fiscal não conduz ao entendimento de que a sua utilização é vedada; c) o aludido instituto representa meio menos oneroso ao devedor, que se verá livre do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios; d) o art. 29 da Lei 9.492/1997 disciplina a utilização do protesto, nas modalidades obrigatório ou facultativo, como medida lícita de repressão à inadimplência.

Foram apresentadas as contrarrazões. Afirma-se que: a) não houve demonstração analítica da divergência; b) incidem os óbices das Súmulas 7/STJ e 83/STJ; c) a Fazenda Pública possui prerrogativas – como, por exemplo, as de constituir unilateralmente o seu crédito, bem como de cobrá-lo judicialmente por processo específico (Execução Fiscal) – que tornam desnecessária a utilização do protesto; d) a pretensão do recorrente é coagir os contribuintes; e) o protesto da CDA é medida incompatível com o ordenamento jurídico, uma vez que a origem do crédito não é cambial e, ademais, a publicidade por ele conferida implica violação do art. 198 do CTN.

É o **relatório**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Apresentarei meu voto em tópicos autônomos, visando facilitar a compreensão da controvérsia debatida no apelo.

1. Preliminares

Objetiva-se definir a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa, no regime da Lei 9.492/1997. Questão de natureza estritamente jurídica. Inaplicável, portanto, o enunciado da Súmula 7/STJ.

O Tribunal *a quo* concluiu de forma contrária à pretensão do recorrente, valendo-se dos seguintes fundamentos (fls. 216-218): a) inexiste lei que autorize o protesto da CDA pelo ente federativo; b) a adoção da aludida medida configuraria utilização de meio coercitivo; c) a Lei 6.830/1980 estabelece rito próprio para a cobrança da dívida ativa; d) **a Lei 9.492/1997 trata apenas do protesto cambial**, de natureza comercial.

Conquanto o recorrente afirme que existe legislação municipal específica que disciplina o protesto da CDA, isso é irrelevante para a presente lide, pois a principal tese suscitada nos autos tem por objeto a interpretação do **art. 1º da Lei 9.492/1997, isto é, se ele permite ou veda o protesto de outros títulos que não os cambiários – especificamente a Certidão de Dívida Ativa da Fazenda Pública**.

2. Disciplina normativa atual do protesto

O tema ora versado (possibilidade de protesto da CDA) desperta grande discussão na doutrina.

É importante, em primeiro lugar, compreender a definição legal do protesto e sua disciplina no âmbito normativo. Atualmente, prescreve a Lei 9.492/1997:

Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em **títulos** e **outros documentos de dívida**.

A alteração normativa rompeu com antiga tradição existente no ordenamento jurídico, consistente em atrelar o protesto exclusivamente aos títulos de natureza cambial (cheques, duplicatas, etc.).

A utilização dos termos "títulos" e "outros documentos de dívida" possui atualmente concepção muito mais ampla que a relacionada apenas aos

de natureza cambiária – consoante será explicitado adiante, hoje em dia até atos judiciais (sentenças transitadas em julgado em Ações de Alimentos ou em processos que tramitaram na Justiça do Trabalho) podem ser levados a protesto, embora evidentemente nada tenham de cambial – , de modo que, nesse ponto, o fundamento adotado no acórdão hostilizado merece censura.

3. Jurisprudência

Os precedentes jurisprudenciais a respeito do tema foram construídos, precipuamente, com base na disciplina original do instituto – qual seja a de instrumento destinado a constituir e comprovar a mora do devedor, no que se refere às obrigações garantidas por títulos cambiais.

A entrada em vigor da Lei 9.492/1997 – que, conforme demonstrado, utilizou-se de termos que deliberadamente evidenciaram a intenção de abranger outros documentos que não apenas os títulos cambiais – não sensibilizou, em um primeiro momento, o Poder Judiciário, que, preso às antigas concepções e insensível à dinâmica das relações jurídicas, permaneceu hostil à utilização do protesto da Certidão da Dívida Ativa. Nesse sentido os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CDA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. PROTESTO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. VERBETE Nº 83 DA SÚMULA DO STJ. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. AUTORIZAÇÃO DADA PELO ART. 557 DO CPC. AGRAVO IMPROVIDO (AgRg no REsp 1277348/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe 13/06/2012).

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA – CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a ausência de interesse em levar a protesto a Certidão da Dívida Ativa, título que já goza de presunção de certeza e liquidez e confere publicidade à inscrição do débito na dívida ativa.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1316190/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 25/05/2011).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE MUNICIPAL. PRECEDENTES.

1. O protesto da CDA é desnecessário, haja vista que, por força da dicção legal (CTN, art. 204), a dívida regularmente inscrita goza de presunção relativa de liquidez e certeza, com efeito de prova pré-constituída, a dispensar que por outros meios tenha a Administração de demonstrar a impontualidade e o inadimplemento do contribuinte. Precedentes:AgRg no Ag 1172684/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe de 03/09/2010; AgRg no Ag 936.606/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe de 04/06/2008; REsp 287824/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2005, DJU de 20/02/2006; REsp 1.093.601/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe de 15/12/2008.

2. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1120673/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 21/02/2011).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE MUNICIPAL. PRECEDENTES.

1. A CDA, além de já gozar da presunção de certeza e liquidez, dispensa o protesto. Correto, portanto, o entendimento da Corte de origem, segundo a qual o Ente Público sequer teria interesse para promover o citado protesto. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1172684/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 03/09/2010).

4. Argumentos contrários ao protesto da CDA

Em síntese, são estas as premissas utilizadas pela doutrina e jurisprudência refratárias à utilização do protesto da CDA:

a) a *ratio* da Lei 9.492/1997 é regular o protesto para efeitos de direito privado;

b) as finalidades para as quais o instituto foi concebido (constituição do devedor em mora, prova de situação relevante na relação jurídica entre credor e devedor, etc.) constituem prerrogativas que a legislação (art 204 do CTN) já prevê em favor dos créditos fiscais, pois a CDA goza da presunção de liquidez e certeza; dessa forma, o protesto da CDA se revela desnecessário;

c) a cobrança dos créditos públicos encontra disciplina específica na Lei 6.830/1980, com aplicação subsidiária do CPC, no que não for incompatível;

d) os títulos de crédito surgem a partir da vontade do devedor (assinatura em cheque, nota promissória, letra de câmbio, etc.), o que não sucede com a CDA;

e) o interesse público primordial é de prosseguimento da atividade econômica do contribuinte, o que ficaria abalado caso permitido o protesto, em razão das fortes restrições ao crédito, que dele decorrem;

f) os ônus morais e materiais do protesto demonstram que este não representa meio menos gravoso de cobrança do crédito fiscal;

g) é inadmissível a utilização de expedientes coercitivos (cobrança indireta) para obrigar ao recolhimento da exação;

i) desproporcionalidade entre o motivo utilizado para justificar o protesto e os prejuízos por ele causados;

j) ausência de razoabilidade.

5. Possibilidade de protesto da CDA (desconstrução de mitos)

Após muito refletir sobre o tema controvertido, posiciono-me favoravelmente ao protesto da CDA diante das seguintes considerações.

a) a Lei 9.492/1997 não disciplina apenas o protesto de títulos cambiais, tampouco versa apenas sobre relações de Direito Privado.

Conforme dito anteriormente, a entrada em vigor da Lei 9.492/1997 constituiu a reinserção da disciplina jurídica do protesto ao novo contexto das relações sociais, mediante ampliação de sua área de abrangência para qualquer tipo de título ou documento de dívida.

Exemplificativamente, tem-se que até títulos judiciais podem ser levados a protesto, como, por exemplo, se verifica abaixo:

RECURSO ESPECIAL. PROTESTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA, TRANSITADA EM JULGADO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE QUE REPRESENTE OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA LÍQUIDA, CERTA E EXIGÍVEL.

1. O protesto comprova o inadimplemento. Funciona, por isso, como poderoso instrumento a serviço do credor, pois alerta o devedor para cumprir sua obrigação.

2. O protesto é devido sempre que a obrigação estampada no título é líquida, certa e exigível.

3. **Sentença condenatória transitada em julgado é título representativo de dívida – tanto quanto qualquer título de crédito**.

4. **É possível o protesto da sentença condenatória, transitada em julgado, que represente obrigação pecuniária líquida, certa e exigível**.

5. Quem não cumpre espontaneamente a decisão judicial não pode reclamar porque a respectiva sentença foi levada a protesto (REsp 750805/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, DJe 16/06/2009) (grifei)

O Tribunal Regional do Trabalho/MG igualmente adota essa orientação:

PROTESTO EXTRAJUDICIAL. TÍTULO JUDICIAL TRABALHISTA EM EXECUÇÃO.

A Lei 9.492/97 não restringe o protesto extrajudicial em face do devedor, reconhecido como tal em título judicial, já tendo sido, inclusive, celebrado convênio entre este Eg. TRT e os tabeliães de protesto do Estado de Minas Gerais visando à implementação de protestos decorrentes de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho da 3ª Região, com expressa permissão para a inclusão de nomes de devedores em listas de proteção ao crédito.

A medida constitui importante instrumento de coerção indireta do executado ao pagamento da dívida, em face da publicidade de que se reveste e da sua repercussão nas relações sociais, civis e comerciais do devedor.

Agravo de petição provido para determinar o protesto extrajudicial do título, verificada a tentativa frustrada de localização do devedor e de bens passíveis de penhora. (AP 01676-2004-077-03-00-1 – Sétima Turma – TRT-MG – Juiz Relator: Juiz Convocado Jesse Claudio Franco de Alencar – Publicado em 04.03.2010).

b) a natureza bifronte do protesto viabiliza sua utilização, inclusive para a CDA e as decisões judiciais condenatórias transitadas em julgado.

O protesto, além de representar instrumento para constituir em mora e/ou comprovar a inadimplência do devedor, é meio alternativo para o cumprimento da obrigação.

Com efeito, o art. 19 da Lei 9.492/1997 disciplina o pagamento dos títulos ou documentos de dívida levados a protesto.

Assim, embora a disciplina do Código de Processo Civil (art. 586, VIII, do CPC) e da Lei 6.830/1980 atribua exequibilidade à CDA, qualificando-a como título executivo extrajudicial apto a viabilizar o imediato ajuizamento da Execução Fiscal (a inadimplência é presumida *iuris tantum*) – ou seja, sob esse restrito enfoque efetivamente não haveria necessidade do protesto – **a Administração Pública, no âmbito federal, estadual e municipal, vem reiterando sua intenção de adotar o protesto como meio alternativo para buscar, extrajudicialmente, a satisfação de sua pretensão creditória (principalmente quanto a valores para os quais, paradoxalmente, o próprio Poder Judiciário fecha as portas, haja vista a tendência – não acolhida no STJ, mas habitualmente adotada nos Tribunais locais – de extinguir Execuções Fiscais de "baixo valor", por suposta falta de interesse processual)**.

Sob essa ótica, não vejo como legítima qualquer manifestação do Poder Judiciário tendente a suprimir, sob viés que se mostra político, a adoção do protesto da CDA.

De fato, a verificação quanto à utilidade ou necessidade do protesto da CDA, como política pública para a recuperação extrajudicial de crédito, cabe com exclusividade à Administração Pública.

Ao Poder Judiciário é reservada exclusivamente a análise da sua conformação (ou seja, da via eleita) ao ordenamento jurídico. Dito de outro modo, compete ao Estado decidir se quer protestar a CDA; ao Judiciário caberá examinar a possibilidade de tal pretensão, quanto aos aspectos constitucionais e legais.

Ao dizer que é desnecessário o protesto da CDA, sob o fundamento de que a lei prevê a utilização da Execução Fiscal, o Poder Judiciário rompe não somente com o princípio da *autonomia dos poderes* (art. 2º da CF/1988), como também com o princípio da *imparcialidade*, dado que, reitero, a ele institucionalmente não compete qualificar as políticas públicas como necessárias ou desnecessárias.

Relembramos, conforme dito anteriormente, que o protesto pode ser utilizado como meio alternativo, extrajudicial, para a recuperação do crédito.

Nesse contexto, o argumento de que há lei que disciplina a cobrança judicial da dívida ativa (Lei 6.830/1980), evidentemente, é um **sofisma**, pois tal não implica juízo no sentido de que os entes públicos não possam, mediante lei, adotar mecanismos de cobrança extrajudicial.

É indefensável, portanto, **o argumento de que a disciplina legal da cobrança judicial da dívida ativa impede, em caráter permanente, a Administração Pública de instituir ou utilizar, sempre com observância do princípio da *legalidade*, modalidade extrajudicial para cobrar, com vistas à eficiência, seus créditos**.

c) a questão da participação do devedor na formação da dívida.

Outro interessante, e insubsistente, argumento apresentado é que, em relação aos títulos cambiários, o protesto é medida legítima porque pressupõe a anuência do sujeito passivo em relação ao conteúdo do débito (por exemplo, ao emitir o cheque ou a nota promissória que posteriormente não foi quitada), o que não ocorre com a dívida ativa, cuja origem decorre do poder unilateral do Fisco em constituir o crédito.

A assertiva é artificiosa.

Em primeiro lugar, não vejo como sustentar que, na forma disciplinada pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, somente a obrigação decorrente de ato ou contrato de natureza privada possa ser levada a protesto. Não é a concordância do sujeito passivo que autoriza o protesto (se fosse assim, o portador de um cheque não poderia levá-lo a protesto, caso verificasse que o devedor se recusa a pagá-lo sob o fundamento de que o crédito se encontra quitado por compensação), mas sim a sua participação, acrescida da previsão legal que confere esse direito subjetivo ao titular de um crédito oriundo de determinado tipo de obrigação.

Se a origem do vínculo obrigacional, em vez de contrato ou ato jurídico, for diretamente a lei (é o caso dos tributos) – em que a manifestação de vontade do sujeito passivo é irrelevante – , haveria, na verdade, até menos motivos para recusar o protesto (já que uma manifestação de vontade pode estar viciada, o que não sucede com a obrigação prevista em lei).

Em segundo lugar, é importante registrar que não se confunde o poder unilateral de o Fisco constituir o crédito tributário com a situação posterior da inscrição em dívida ativa. Esta última nunca é feita "de surpresa", sem o conhecimento do sujeito passivo.

A inscrição em dívida ativa ou decorre de um lançamento de ofício, no qual são assegurados o contraditório e a ampla defesa (impugnação e recursos administrativos), ou de confissão de dívida pelo devedor.

Em qualquer uma dessas hipóteses, o sujeito passivo terá concorrido para a consolidação do crédito tributário. Neste ponto, devo acrescentar que, **ao menos nas hipóteses** (hoje majoritárias) **em que a constituição do crédito tributário se dá mediante o denominado autolançamento** (entrega de DCTF, GIA, etc., isto é, documentos de confissão de dívida), **a atitude do contribuinte de apurar e confessar o montante do débito é equiparável, em tudo e por tudo, ao do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio**. Como não admitir, nesse contexto, o respectivo protesto?

Haveria razoabilidade no questionamento do protesto se este fosse autorizado para o simples "auto de lançamento", porque este sim pode ser feito unilateralmente (isto é, sem a participação prévia da parte devedora) pela autoridade administrativa.

Mas não é disso que tratam os autos, e sim da certidão de dívida ativa, que somente é extraída, conforme mencionado, depois de exaurida a instância administrativa (lançamento de ofício) ou de certificado que o contribuinte não pagou a dívida por ele mesmo confessada (DCTF, GIA, etc.).

d) conformidade do protesto da CDA com o "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo".

Foi publicado, no DOU de 26.5.2009, o "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo", instrumento voltado a fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça.

Entre as medidas anunciadas, merece destaque a seguinte:

Anexo "Matérias Prioritárias"

2 – Agilidade e efetividade da prestação jurisdicional

(...)

2.11 – Revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito **judicial e administrativo**.

A interpretação da Lei 9.492/1997, portanto, não pode ser feita sem levar em conta esse importante vetor.

Nesse ponto, cabe trazer à consideração que o Conselho Nacional de Justiça analisou os Pedidos de Providência 2009.10.00.004178-4 e 2009.10.00.004537-6, nos quais se discutiu a legalidade de orientações firmadas, respectivamente, nas Corregedorias de Justiça dos Estados de Goiás e do Rio de Janeiro, versando sobre a possibilidade de protesto de sentenças judiciais relativas à obrigação alimentar e de CDA.

Transcrevo o seguinte excerto do voto condutor, apresentado pela Conselheira Morgana Richa:

(...) o cenário legislativo adquiriu novo contorno com a edição da Lei nº 9.492/97, que transformou o enfoque restritivo do modelo, com a atribuição de

moderno conceito ao protesto, definido, a partir de então, como "ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida." **A concepção vigente estendeu a possibilidade do protesto aos títulos executivos judiciais e extrajudiciais, o que conduz à conclusão indubitável de abrangência dos documentos previstos na lei processual**, mormente porque dotados dos atributos de liquidez, certeza e exigibilidade.

Em complemento, o inciso VII do artigo 585 do Código de Processo Civil registra que a Certidão de Dívida Ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios constitui título executivo extrajudicial.

Embora, conforme destacado, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais não sejam pacíficas no que se refere ao tema, **inexiste qualquer dispositivo legal ou regra que restrinja a possibilidade de protesto aos títulos cambiais ou proibitiva/excepcionadora do registro dos créditos inscritos em dívida ativa em momento prévio à propositura da ação judicial de execução**, desde que observe os requisitos previstos na legislação correlata.

A Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, em parecer normativo referente ao tema, assim argumentou: "Que o intérprete não se deixe obnubilar por considerações sobre as origens do protesto, que o vinculam ao direito cambiário. (...) falta base para pretender que dito instituto permaneça eternamente agrilhoado ao berço, sem horizonte algum. **Não será a primeira vez que uma figura jurídica originalmente concebida para viger num universo mais apertado terá seu espectro expandido com vistas ao entendimento de outras situações compatíveis com sua natureza, por força de necessidades ditadas pelo desenvolvimento das relações jurídicas e pelo próprio interesse social**." (Parecer Normativo CGJ-SP 76/2005).

Walter Ceneviva, autor de obra que comenta a Lei dos Notários e dos Registradores, trata do tema: "O protesto sempre e só tem origem em instrumento escrito no qual a dívida seja expressa e cuja existência se comprove com seu exame extrínseco (...). O instrumento será título (referindo-se ao previsto nas leis comerciais ou processuais vigentes) ou outro documento, no qual a dívida não apenas esteja caracterizada, mas de cuja verificação resulte a clara informação de seu descumprimento. A tutela de interesses públicos e privados corresponde ao reconhecimento legal da eficácia do protesto, tanto no campo do direito privado como no do direito público, admitindo como credores e devedores os entes privados e os órgãos da Administração Pública direta e indireta, fundações e autarquias públicas. Reconhece, outrossim, que, embora o serviço seja cumprido em caráter privado, envolve o interesse da Administração (...)." (grifos acrescidos)

(Ceneviva, Walter. Lei dos Notários e dos Registradores Comentada. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 92).

A possibilidade que se traz à tona não guarda qualquer correlação com o interesse de comprovação da inadimplência, tendo em vista que, nos termos supramencionados, os créditos referidos são dotados de presunção de certeza e liquidez. O que se pretende ***in casu*** é o resultado decorrente do efeito indireto do protesto, que se traduz meio capaz de coibir o descumprimento da obrigação, ou seja, forma eficiente de compelir o devedor ao pagamento da dívida.

Nesta linha manifesta-se Eduardo Fortunato Bim em artigo publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário*: "De fato, o protesto extrajudicial não serve somente para comprovar a inadimplência ou descumprimento da obrigação; sua utilidade também é de estimular o devedor a saldar a dívida (...)."(Bim, Eduardo Fortunato. A juridicidade do Protesto Extrajudicial de Certidão de Dívida Ativa. *Revista Dialética de Direito Tributário*. 2008).

Por fim, **forçoso registrar que o Judiciário e a sociedade suplicam hoje por alternativas que registrem a possibilidade de redução da judicialização das demandas, por meios não convencionais. Impedir o protesto da Certidão de Dívida Ativa é de todo desarrazoado quando se verifica a estrutura atual do Poder e o crescente número de questões judicializadas**. É preciso evoluir para encontrar novas saídas à redução da conflituosidade perante os órgãos judiciários, raciocínio desenvolvido por Sílvio de Salvo Venosa: "**De há muito o sentido social e jurídico do protesto, mormente aquele denominado facultativo, deixou de ter o sentido unicamente histórico para o qual foi criado. Sabemos nós, juristas ou não, que o protesto funciona como fator psicológico para que a obrigação seja cumprida. Desse modo, a estratégia do protesto se insere no iter do credor para receber seu crédito, independentemente do sentido original consuetudinário do instituto. Trata-se, no mais das vezes, de mais uma tentativa extrajudicial em prol do recebimento do crédito. (...) Não pode, porém, o cultor do direito e o magistrado ignorar a realidade social. Esse aspecto não passa despercebido na atualidade.** Para o magistrado Ermínio Amarildo Darold (2001:17) o protesto 'guarda, também, a relevante função de constranger legalmente o devedor do pagamento (...), evitando, assim, que todo e qualquer inadimplemento vislumbre na ação judicial a única providência formal possível." (Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. 5. ed. 2005, p. 496).

A autorização para o protesto nos casos em tela atende não somente ao interesse da Fazenda Pública, mas também ao interesse coletivo, considerando que é instrumento apto a inibir a inadimplência do devedor, além de

contribuir para a redução do número de execuções fiscais ajuizadas, com vistas à melhoria da prestação jurisdicional e à preservação da garantia constitucional do acesso à Justiça.

Outrossim, constatado o interesse público do protesto e o fato de que o instrumento é condição menos gravosa ao credor, posição esta corroborada pelos doutrinadores favoráveis à medida. O protesto possibilita ao devedor a quitação ou o parcelamento da dívida, as custas são certamente inferiores às judiciais, bem assim não há penhora de bens tal como ocorre nas execuções fiscais.

Diante do exposto, conheço da medida apresentada para reconhecer a legalidade da norma expedida pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A análise, em conclusão, ficou assim ementada:

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PROTESTO EXTRAJUDICIAL. CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. LEGALIDADE DO ATO EXPEDIDO.

Inexiste qualquer dispositivo legal ou regra que vede ou desautorize o protesto dos créditos inscritos em dívida ativa em momento prévio à propositura da ação judicial de execução, desde que observados os requisitos previstos na legislação correlata.

Reconhecimento da legalidade do ato normativo expedido pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A mesma linha argumentativa foi adotada em relação ao protesto de sentenças judiciais condenatórias ao pagamento de obrigação alimentar.

6. Considerações finais

Os poderes constituídos estão implementando estudos e medidas destinadas a racionalizar o acesso ao Judiciário, incentivando o recurso às atividades de composição extrajudicial entre as partes litigantes. Nesse sentido, o legislador instituiu outras modalidades que visam conferir solução extrajudicial, ou simples medidas de ampliação de meios, para a arrecadação dos créditos públicos, tais como transferência de sigilo bancário (LC 105/2011), arrolamento de bens e parcelamento da Dívida Ativa (Lei 10522/2002 e Lei 11.941/2009);

Os princípios do *contraditório* e do *devido processo legal* são garantidos, pois subsistirá o controle judicial quanto à higidez do protesto da CDA.

O reconhecimento da legalidade de tal medida combate a inversão de valores: o crédito fiscal recupera, ao menos, igualdade de condições com as medidas de cobrança postas à disposição do credor privado.

Finalmente, a interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. Como se sabe, a todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação – naturalmente adaptada às peculiaridades existentes – de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados tradicionalmente apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços).

Não vemos, portanto, sombra de inconstitucionalidade ou de ilegalidade na realização do protesto da CDA.

Não bastasse isso, é importante destacar que a Lei 12.767/2012 – em nossa intelecção, meramente interpretativa – acrescentou o parágrafo único ao art. 1º da Lei 9.492/1997, para de modo expresso prescrever que a CDA pode ser levada a protesto:

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

Com essas considerações, **dou provimento ao Recurso Especial. Determino a inversão dos encargos de sucumbência**.

É como **voto**.

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Discute-se na presente demanda se as certidões de dívida ativa – CDA – estão ou não incluídas entre os títulos sujeitos a protesto.

Após o voto do Relator, Min. Herman Benjamin, dando provimento ao recurso especial, pedi vista dos autos.

Em julgados anteriores sobre o tema, seguindo a jurisprudência prevalente à época, havia me manifestado no sentido de que "*a certidão de dívida ativa, além da presunção de certeza e liquidez, é também ato que torna público o conteúdo do*

título, não havendo interesse de ser protestado, medida cujo efeito é a só publicidade" (REsp 1.093.601/RJ, DJe 15/12/2008).

Relacionado o precedente, contudo, à ocorrência de dano moral em decorrência do protesto de CDA, entendi que, embora não fosse o protesto necessário, também não seria nocivo, dado o caráter público da informação nele contida, concluindo na ocasião pela inexistência do alegado dano.

Em uma análise mais criteriosa, percebo que o protesto da CDA, além de não causar dano ao devedor e não ser obstado pelo ordenamento jurídico, pode trazer resultados positivos de diversas ordens, como bem ponderou o Relator em seu judicioso voto.

Assiste-lhe razão ao afirmar que a Lei 9.492/97 trouxe nova disciplina ao instituto dentro de um novo contexto das relações sociais, rompendo com a antiga tradição de vincular o protesto aos títulos de natureza cambial, tanto é assim que atualmente se admite o protesto de títulos executivos judiciais.

Como principal ponto positivo, traz como alternativa o cumprimento da obrigação definida no título sem a intervenção do Poder Judiciário, daí porque tratou o legislador de incluir entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/97, incluído pela Lei nº 12.767/2012), assim o fazendo de maneira interpretativa, como bem ressaltou o Relator.

Com estas breves considerações, acompanho o voto proposto pelo Relator, para dar provimento ao recurso especial.

É o voto.

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Requer urgência
Pedido de efeito suspensivo

O Estado de São Paulo, pelo Procurador do Estado que esta subscreve, tendo em vista o decidido nos autos do processo nº **562.01.2008.046675-0** (nº de ordem **18.327/2008**), em trâmite perante o Juízo da **2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santos,** ação indenizatória movida por **Samara Cardoso da Costa e Maria Aparecida da Silva Cardoso,** a primeira menor impúbere representada pela segunda, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, interpor, fundado nas razões em anexo, o presente **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, pleiteando seu regular processamento, independentemente de preparo *ex vi* do disposto no artigo 511, § 1º, do Código de Processo Civil.

Cumpre esclarecer, em relação à tempestividade da presente irresignação, que a decisão recorrida, que determinou a inversão do ônus da prova, carreando ao agravante a responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais, foi disponibilizada para publicação no Diário Oficial do dia 10 de setembro do ano em curso.

Assim, o prazo recursal a rigor iniciou-se hoje (primeiro dia útil seguinte ao considerado como o da publicação – art. 184, CPC) e, contado em dobro (art. 188, CPC, e Dec-Lei Federal nº 7659/45), findar-se-ia no ainda vindouro dia 05 de outubro deste ano.

Esclarece que para regular formação do instrumento a agravante anexa às razões as cópias dos seguintes documentos, aqui dispostos conforme encartados nos autos principais: **a)** petição inicial; **b)** instrumento de procuração outorgado pela agravada; **c)** contestação; **d)** réplica; **e)** decisão agravada; **f)** certidão de publicação da decisão.

Atesta o signatário, sob sua responsabilidade pessoal, que todas as cópias ora anexadas são autênticas, extraídas dos autos do processo originário.

Em atenção ao disposto no artigo 524, III, do Código de Processo Civil, informa que as agravadas são representadas pelo **advogado Carlos de Paula Júnior,** inscrito na **OAB/SP nº 164.126**, com escritório à Avenida Adhemar de Barros, 250, Santo Antônio, Guarujá/SP, CEP 11430-000.

Requer, diante da possibilidade de ocorrência de danos de difícil reparação ao próprio interesse público, a **concessão de efeito suspensivo ao presente recurso**, na forma do artigo 527, inciso II e 558, *caput*, ambos do Código de Processo Civil, para suspender o curso do processo e evitar a ocorrência de preclusão na produção da prova, tal como já "advertido" pela decisão recorrida, aí residindo a possibilidade concreta de **danos de difícil reparação**.

Com efeito, a **relevância da fundamentação** deste recurso prende-se justamente no descabimento da inversão do ônus da prova tal como imposta pela decisão recorrida, a demonstrar, salvo melhor juízo, a **presença dos requisitos legais** exigidos para concessão do **efeito suspensivo** ora pleiteado.

Tais requisitos, ademais, apontam para o cabimento do presente recurso na forma instrumental, frisando-se, ademais, que sequer haveria interesse no manejo de agravo retido, uma vez configurada, ao final, a preclusão sobre a produção da prova.

Requer, outrossim, que as intimações referentes a este recurso sejam publicadas também em nome da Procuradora do Estado, **Dra. Rosana Martins Kirsche, OAB/SP 120.139**.

Termos em que,
pede deferimento.

Santos, 14 de setembro de 2009.

AMÉRICO ANDRADE PINHO
Procurador do Estado
OAB/SP 228.255

RAZÕES

Egrégio Tribunal
Colenda Câmara

1. Breve histórico do processo

As recorridas ajuizaram ação de indenização por danos morais invocando a responsabilidade do Estado de São Paulo pelo fato de que, por ocasião do nascimento de Samara, filha de Maria Aparecida, complicações decorrentes de parto realizado no Hospital Guilherme Álvaro teriam redundado em anoxia neonatal grave e microcefalia, com paralisia cerebral.

Argumentaram, em suma, que em razão de atos culposos impingidos à equipe médica do hospital teria sobrevindo o grave problema apresentado pela menor.

Relataram a necessidade de uso de medicamentos e aparelhos especiais, requerendo a procedência do pedido, com a condenação do ora agravante no ressarcimento dos danos materiais (aqui incluída pensão mensal), e no pagamento de indenização vultosa, que estimam em 6.000 salários mínimos.

O ora agravante contestou o pedido, apontando, em apertada síntese, que diante da regularidade do serviço médico prestado às autoras e, mais, da consequente ausência de nexo de causalidade entre o evento danoso e qualquer ato, comissivo ou omisso, praticado pelos médicos, o pedido não comporta acolhimento, insurgindo-se, igualmente, contra o valor pleiteado.

A decisão recorrida, de índole saneadora, determinou a produção de prova pericial, mas, apartando-se do modelo previsto pelo Código de Processo Civil, carreou ao Estado de São Paulo a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, invocando, para tanto, a figura da inversão do ônus da prova prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC).

Assim, o agravante, inconformado com tal decisão, interpõe o presente recurso, apontando as razões pelas quais entende ser descabida a inversão do ônus da prova imposta pelo Juízo *a quo*.

2. O descabimento da medida

2.1. A inaplicabilidade do CDC ao caso concreto

Como pressuposto lógico da inversão do ônus da prova, a decisão recorrida deixou assente a aplicação do CDC à relação jurídica havida entre as partes.

Não parece, todavia, que assim seja, uma vez que as agravadas, como é incontroverso, foram tomadoras de serviço público prestado por hospital vinculado à Secretaria de Estado da Saúde.

O fizeram, como é evidente, gratuitamente, a partir da larga via do direito à saúde insculpido na Constituição Federal, em relação típica de cidadão-Estado.

Não houve, como nem poderia haver, relação de consumo típica, tal como prevista pelo CDC.

Embora o artigo 3º, ***caput***, do referido diploma torne em tese possível o enquadramento de pessoa jurídica de direito público como ***fornecedor***, seu parágrafo 2º reza que ***serviço*** "é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, **mediante remuneração**".

Não há, como é evidente, qualquer antinomia entre os dispositivos, até porque pode porventura haver a prestação de serviço público, mas mediante remuneração por **tarifa**, tal como, por exemplo, o fornecimento de água e esgoto realizado por concessionária.

Em que pese o hercúleo esforço hermenêutico da decisão recorrida, parece que a correta interpretação do dispositivo não pode ser aquela constante do excerto doutrinário invocado, até porque concebida em arrepio do brocardo ***in claris cessat interpretatio***.

No caso em tela, como é incontroverso, não houve remuneração pelo serviço público bem prestado às agravadas, não havendo, via reflexa, caracterização de relação de consumo a atrair a incidência do CDC.

Foi nesse sentido recentíssimo precedente desse Egrégio Tribunal, colhendo-se do voto condutor o seguinte excerto:

> "Frise-se que a situação descrita na petição inicial não caracteriza a prestação de serviço tal como descrita no Código de Defesa do Consumidor. A hipótese não envolve uma relação de consumo porque se trata de uma relação de natureza institucional entre a Prefeitura Municipal de Tatuí (ora agravante) e o cidadão (ora agravado). Não há, no caso em tela, fornecedor nem consumidor. Há prestador e usuário do serviço público de saúde sustentado por tributos. A afirmação não contraria o artigo 22 da

> Lei nº 8.078/90 ("os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos."). A relação de consumo ocorre no caso dos serviços públicos impróprios, prestados ***uti singuli*** ou individuais e usualmente remunerados pelo usuário, não quando o serviço for considerado ***uti universi*** ou próprio do Estado, essencial à coletividade como um todo, como segurança pública, educação, execução de obras públicas, saúde, iluminação pública, calçamento, saneamento (aqui compreendendo-se o serviço de esgoto), limpeza urbana e outros da mesma espécie" (TJSP, 6ª CDirPubl., Ap. 855.025-5/2-00, Rel. Des. Israel Góes dos Anjos, j. 03.08.2009)

Diversa não foi a conclusão no julgamento de caso concreto bastante similar ao dos autos:

> "Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Morte de menor em hospital público – Autor que não comprovou culpa do estabelecimento de saúde – Pretendida inversão do ônus da prova – Inadmissibilidade – Código de Defesa do Consumidor não aplicável – Ação improcedente – Sentença confirmada" (TJSP, 4ª CDirPubl., Ap. 388.254-8/5-00, Rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 07.08.2008).

Há, no mesmo sentido, emblemático precedente do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado no que interessa:

> "2. O conceito de "serviço" previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração (art. 3º, § 2º, do CDC). 3. Portanto, no caso dos autos, não se pode falar em prestação de serviço subordinada às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, pois inexistente qualquer forma de remuneração direta referente ao serviço de saúde prestado pelo hospital público, o qual pode ser classificado como uma atividade geral exercida pelo Estado à coletividade em cumprimento de garantia fundamental (art. 196 da CF). 4. Referido serviço, em face das próprias características, normalmente é prestado pelo Estado de maneira universal, o que impede a sua individualização, bem como a mensuração de remuneração específica, afastando a possibilidade da incidência das regras de competência contidas na legislação específica. 5. Recurso especial desprovido" (STJ, 1ª T., REsp 493181/SP, Rel. Min. Denise Arruda, j. 15.12.2005).

Também na doutrina encontra ressonância o entendimento ora defendido, tal como se extrai da autorizada lição de José Geraldo Brito Filomeno:

> "E, efetivamente, fala o § 2º do art. 3º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor em "serviço" como sendo "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Importante salientar-se, desde logo, que aí não se inserem os 'tributos', em geral, ou 'taxas' e 'contribuições de melhoria', especialmente, que se inserem no âmbito das relações

de natureza tributária. Não há que se confundir, por outro lado, referidos tributos com as 'tarifas', estas, sim, inseridas no contexto de 'serviços' prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada. O que se pretende dizer é que o 'contribuinte' não se confunde com 'consumidor', já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum".[1]

Ademais, mesmo que o CDC fosse aplicado à relação havida entre as partes, não se pode deixar de considerar que a aplicação da figura da inversão do ônus da prova está sujeita à presença de requisitos bem definidos pelo artigo 6º, VIII, do diploma em questão, qual seja a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor.

A alegação que consubstancia causa de pedir da demanda, vazada na existência de ato culposo praticado pelos médicos que prestaram atendimento às agravadas até pode ser tida, em termos objetivos, como possível, ou seja, factível.

Não há de ser, todavia, encarada como verossímil, dotada de considerável nível de probabilidade, mormente quando se sabe que o sucesso de qualquer empreitada médica é influenciado por fatores diversos, próprios à álea típica da medicina, tal como exposto em contestação.

Também não se pode falar em hipossuficiência das autoras, uma vez que, além de não ostentarem elas a vulnerabilidade presumida dos consumidores (justamente por não poderem ser tidas como consumidoras), não é o simples fato de serem economicamente menos favorecidas apto, por si só, a induzir tal hipossuficiência, até porque se o conceito desta *"levasse em consideração somente critérios econômicos, bastaria a tutela prevista na Lei 1.060/1950, aos beneficiários da assistência judiciária gratuita, que inclui o pagamento dos honorários periciais (art. 3º, inc. V, Lei 1.060/1950)"*.[2]

Por isso é que, na linha do antes exposto, entende-se que a inversão do ônus da prova mostrou-se medida descabida no caso em exame, porque a hipótese não se subsume ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como também porque ausente os requisitos autorizadores.

Nem mesmo o argumento de que se trata de demanda fundada na responsabilidade objetiva do Estado pode servir de apoio à inversão do ônus da prova, uma vez que os caracteres próprios de tal espécie de responsabilidade aquiliana

1 *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 7. ed., Forense Universitária, p. 44.

2 Eduardo Cambi, ***A prova civil***, RT, p. 416.

não induzem, por si só, tal inversão, até porque, em última análise, é mesmo do interessado o ônus de comprovar a alegada *faute du service*, cuja regularidade é inclusive presumida.

Ademais, não se pode deixar de considerar, que a sistemática processual atinente à distribuição dos ônus da prova encontra guarida no Código de Processo Civil, sendo que qualquer inversão há de ser imposta com marcante cautela, até porque a utilização, sempre subsidiária, das protetivas normas da Lei 8.078/90 deve observar a premissa de que estas *"revestem-se desenganadamente de caráter excepcional e, como tal, só podem ser interpretadas restritivamente: exceptiones sunt strictissimae interpretationis"*.[3]

2.2. A extensão da inversão

Não bastasse o articulado no item anterior, não se pode deixar de considerar, como estabelece Candido Rangel Dinamarco, que *"ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo"*.[4]

Tal ônus, como é curial, recai somente sobre os fatos a serem efetivamente provados, ou seja, sobre o objeto da prova, sendo, nessa medida, decorrente do *ônus de alegar* que também incumbe às partes.

A distribuição do ônus da prova decorre da regra jurídica do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, tida como regra geral a respeito do tema, na exata medida em que *"ali está a definição de que os fatos constitutivos devem ser provados pelo autor, e os extintivos, modificativos ou impeditivos, pelo réu"*.[5]

A exceção a esse princípio, como exposto no item anterior, está atrelada à presença de requisitos objetivos e, mais do que isso, não tem por finalidade meramente inverter o ônus financeiro da produção da prova.

Parece nítido que o móvel único da decisão recorrida foi viabilizar a produção da prova por perito de confiança do Juízo, e não pelo Imesc como, sendo a autora beneficiária da gratuidade de Justiça, seria o caso.

---

3 Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova no direito processual civil*, RT, p. 161.

4 *Instituições de Direito Processual Civil*, Malheiros, t. III, p. 71.

5 Maristela da Silva Alves, "Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil", *in:* Danilo Knijnik (coord.), *Prova judiciária – Estudos sobre o novo direito probatório*, Livraria do Advogado, p. 209.

Não se pode, todavia, prestigiar tal entendimento, que acaba, com o devido acatamento, subvertendo a essência da figura da inversão do ônus da prova.

Consoante tranquila jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, à inversão do ônus da prova não se presta à inversão do *ônus financeiro* do processo:

> "Processual civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ônus da prova. Inversão. Conteúdo fático. Súmula 7/STJ. Honorários periciais. Pretensão de atribuir-se o ônus de pagamento à parte contrária. Descabimento. I - A inversão do ônus probatório não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência o que, se concedida, não acarreta, de qualquer modo, o encargo financeiro de custear as despesas pela parte adversa, mas, apenas, o faz arcar com as consequências jurídicas pertinentes. II - Agravo regimental desprovido" (STJ, 4ª T., AgRg no Ag 884.407/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.08.2007)

> "Processual civil. Ação civil pública. Adiantamento das despesas necessárias à produção de prova pericial. Art. 18 da Lei nº 7.347/85. CPC, art. 19. 1. Não existe, mesmo em se tratando de ação civil pública, qualquer previsão normativa que imponha ao demandado a obrigação de adiantar recursos necessários para custear a produção de prova requerida pela parte autora. Não se pode confundir inversão do ônus da prova (= ônus processual de demonstrar a existência de um fato), com inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais" (STJ, 1ª T., REsp 846.529/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 19.04.2007)

Colhem-se do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo recentíssimos precedentes nesse sentido, ou seja, afastando a utilização da inversão do ônus da prova como meio de carrear ao réu a responsabilidade pelo pagamento de provas periciais, concebidos, vale ressaltar, no âmbito do Direito Privado, ou seja, ao largo do pálio da supremacia do interesse público sobre o particular, presente no caso em exame:

> "Acidente de veículo. Reparação de danos. Perícia. Remuneração prévia do perito. Determinação de adiantamento dos honorários a cargo da ré e da denunciada. Seguradora, com inversão do ônus da prova pericial em favor do autor, beneficiário da assistência judiciária. Impropriedade. "A inversão do ônus da prova com fulcro no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não desloca para a parte contrária o encargo de adiantamento da remuneração do perito, não competindo ao réu, portanto, adiantar o depósito em prol do auxiliar do juízo, haja vista a norma do artigo 33 do Código de Processo Civil". Recurso provido para dispensar a ré denunciada do cogitado depósito prévio" (TJSP, 28ª CDirPriv, AI 1240517002, Rel. Des. Júlio Vidal, j. 03.03.2009)

> "Agravo de instrumento – Ação de consignação em pagamento – Inversão do ônus da prova – Exegese do artigo 6º, VIII do CDC – Depósito de Honorários Periciais. Decisão

reformada e recurso provido. O réu não tem o dever de adiantar os honorários periciais se a perícia foi requerida exclusivamente pelo autor, mesmo com a inversão do ônus da prova. Inteligência dos arts. 19 e 33 caput do Código de Processo Civil" (TJSP, 29ª CDirPriv, AI 1215190001, Rel. Des. Reinaldo de Oliveira Caldas, j. 10.12.2008)

Por conta de tais circunstâncias é que o recorrente entende ter o Juízo *a quo* cometido *error in procedendo*, contrastado por meio deste recurso.

3. Síntese conclusiva

Em conclusão, tem-se que a manutenção da decisão agravada, com o devido acatamento, acaba por consubstanciar severa injustiça, não tendo sido aplicado o melhor Direito ao caso concreto.

Basta, para tanto, recordar que:

a) o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não se aplica à relação havida entre as partes, até porque não houve a prestação de serviço mediante remuneração;

b) a inversão do ônus da prova pressupõe a presença de requisitos objetivos, notadamente no que diz respeito à hipossuficiência da parte contrária, ausente no caso concreto;

c) tal figura não se presta a viabilizar a inversão do ônus financeiro na produção da prova, tal como levado a efeito pela decisão recorrida.

Diante de todo o exposto, respeitosamente requer o agravante, novamente ressaltada, igualmente, a gravidade da medida imposta e os prejuízos dela decorrentes, seja o recurso recebido, com:

a) a concessão de **efeito suspensivo**, cassando-se a eficácia da decisão recorrida, comunicando-se o Juízo *a quo* para que aguarde o julgamento do recurso;

b) e, ao final, o **provimento** do recurso, confirmando-se a ilegalidade da decisão recorrida[6].

6 Ementa: Direito do consumidor – Inversão do ônus da prova (Lei 8.078/90). Ação de reparação de danos materiais, morais e estéticos, promovida por mãe e filha atendidas em hospital público. Inexistência, no caso, de relação de consumo, em razão do atendimento gratuito, sem remuneração (§ 2º do art. 3º – art. 22). Inexistência, ainda, de contrato que disciplinasse a prestação de serviços. Os serviços prestados a toda comunidade, custeados pelos tributos que a Administração arrecada, estão fora da disciplina do CDC. Instrução probatória regida, no caso, pelo CPC. Recurso provido. (Agravo de instrumento nº 966.185-5/6-00, Santos, 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Urbano Ruiz, 09/11/2009 – Unânime)

Termos em que,
pede deferimento.

Santos, 14 de setembro de 2009.

AMÉRICO ANDRADE PINHO
Procurador do Estado
OAB/SP 228.255

Amicus Curiae e o projeto de novo Código de Processo Civil

José Renato Rocco Roland Gomes[1]

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Análise da exposição de motivos; 3. Definição/Natureza jurídica; 4. Requisitos; 5. Procedimento; 6.Conclusões; 7. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

Pretende-se com o presente trabalho estudar a intervenção do *amicus curiae* prevista no projeto do novo Código de Processo Civil, sob a ótica da celeridade processual.

Ressalte-se que, como o projeto continua em discussão no Congresso Nacional, para a elaboração da presente pesquisa foram analisados o texto original apresentado ao Senado Federal pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379 de 2009 (destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil), as alterações realizadas pelo Senado Federal no Projeto de Lei nº 166/10, bem como as alterações propostas pela Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046/10.

Nesse ponto, vale destacar que o Senado Federal, no que se refere à atuação do amigo da corte, manteve quase que intacto o texto original da Comissão de Juristas responsável pelo anteprojeto de Código de Processo Civil. Já na Câmara dos Deputados houve algumas alterações no que atine ao *amicus curiae*.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Ciências Criminais, em Processo Civil e em Direito Tributário. Membro da Academia Limeirense de Letras. Aluno especial do curso de mestrado em Direito da UNIMEP. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

2. Análise da exposição de motivos

Em princípio analisar-se-á a exposição de motivos elaborada pela Comissão responsável pela redação do anteprojeto de Código de Processo Civil.

Pela leitura da exposição de motivos, percebe-se claramente que os juristas responsáveis pelo anteprojeto partiram de certas metas bem definidas para elaborar um novo Código de Processo Civil.

Em primeiro lugar, buscou-se claramente um compromisso com a efetividade do direito material, conforme se infere do seguinte trecho da exposição de motivos:

> Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização (1) dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais (2) de um Estado Democrático de Direito (3). Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. (1) Essencial que se faça menção a *efetiva* satisfação, pois, a partir da dita terceira fase metodológica do direito processual civil, o processo passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada concretização de direitos. (2) Isto é, aquelas que regem, eminentemente, as relações das partes entre si, entre elas e o juiz e, também, entre elas e terceiros, de que são exemplos a imparcialidade do juiz, o contraditório, a demanda, como ensinam CAPPELLETTI e VIGORITI (I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. *Rivista di diritto processuale*, II serie, v. 26, p. 604-650, Padova, Cedam, 1971, p. 605)[2]. (grifou-se).

Na sequência, os juristas ainda deixam claro que pretendem "resolver problemas", por meio da adoção de alguns objetivos que possibilitem a existência de um processo civil mais célere, simples e justo, mediante uma maior proximidade com as necessidades dos jurisdicionados. Confira-se a seguinte passagem da exposição de motivos:

> (...) Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. (...) O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo (6), porque mais rente às necessidades sociais (7) e muito menos complexo (8). A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por

2 BRASIL. Anteprojeto de Código de Processo Civil – Projeto de Lei nº 166/2010, Novo Código de Processo Civil. Senado Federal, disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> (data de visualização – 26/03/2013).

> cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. Esta Exposição de Motivos obedece à ordem dos objetivos acima alistados[3]. (grifou-se)

Em suma, buscou-se aproximar ainda mais o processo dos mandamentos constitucionais, permitindo-se que o magistrado possa proferir decisões mais próximas da realidade por meio da simplificação, otimização e organização do processo civil.

Assim, se umas das preocupações da Comissão de Juristas foi a aproximação do processo civil dos mandamentos constitucionais, as previsões referentes ao ***amicus curiae*** devem ser interpretadas levando-se em conta os princípios da lei maior, especialmente o da celeridade.

Com efeito, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/04, garante a todos o direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nesse sentido também a norma prevista no artigo 4º do projeto de Código de Processo Civil: "Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa"[4].

Levando-se em conta esse cenário, vale a pena conferir o trecho da exposição de motivos que trata especificamente da atuação do ***amicus curiae***:

> Por outro lado, e ainda levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do ***amicus curiae***, cuja manifestação, **com certeza, tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país**. Criou-se regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo ***amicus curiae*** ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiari-

3 BRASIL. Anteprojeto de Código de Processo Civil – Projeto de Lei nº 166/2010, Novo Código de Processo Civil. Senado Federal, disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> (data de visualização – 26/03/2013).

4 BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010, Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados, disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil> (data de visualização – 26/03/2013).

dades da causa, em todos os graus de jurisdição. Entendeu-se que os requisitos que impõem a manifestação do ***amicus curiae*** no processo, se existem, estarão presentes desde o primeiro grau de jurisdição, não se justificando que a possibilidade de sua intervenção ocorra só nos Tribunais Superiores. Evidentemente, todas as decisões devem ter a qualidade que possa proporcionar a presença do ***amicus curiae***, não só a última delas[5].

Estas foram as ideias que permearam a ampliação da participação do ***amicus curiae***, com a qual se pretendeu: "converter o processo em instrumento incluído no **contexto social** em que produzirá efeito o seu resultado"[6].

3. Definição/Natureza jurídica

A participação do ***amicus curiae***, instituto de origem inglesa, no processo civil não representa uma das inovações do projeto de Código de Processo Civil. Em verdade, sua existência e possibilidade de intervenção já vinham sendo defendidas em razão da necessidade de aproximação do julgador com as lides decorrentes da contemporaneidade.

Na atual sistemática a participação do ***amicus curiae*** **já é admitida nos seguintes casos: a) processos envolvendo a Comissão de Valores Mobiliários (Lei 6.385/76); b) processos envolvendo a Lei antitruste (Lei 8.894/94); c) processos de controle concentrado de constitucionalidade; d) hipótese do artigo 482 do Código de Processo Civil** (decretação de inconstitucionalidade em tribunal); e) hipótese do artigo 321 do Regimento interno do STF (recurso extraordinário proveniente do juizado especial federal); f) hipótese do artigo 543-A do Código de Processo Civil (repercussão geral de recurso extraordinário); g) hipótese do artigo 3º da Lei 11.417/06 (Súmula Vinculante).

Com efeito, partindo-se dos artigos 130 e 341 do Código de Processo Civil vinha-se admitindo a participação do ***amicus curiae*** em homenagem aos princípios do contraditório e da cooperação[7].

Confira-se a redação dos artigos em comento:

5 BRASIL. Anteprojeto de Código de Processo Civil – Projeto de Lei nº 166/2010, Novo Código de Processo Civil. Senado Federal, disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> (data de visualização – 26/03/2013).

6 Idem, Ibidem.

7 Neste sentido: Pinto, Rodrigo Strobel. *Amicus Curiae* no Projeto de Código de Processo Civil. Revista de processo. Vol. 220. São Paulo: editora RT, junho de 2013. p.231-232.

> Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.
>
> Art. 341. Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito:
> I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento;
> II – exibir coisa ou documento, que esteja em seu poder[8].

Dessa maneira, entendeu-se que, para que se pudesse permitir uma legitimação democrática da jurisdição, seria necessário admitir a participação do ***amicus curiae*** valendo-se, para tanto, do poder instrutório do juiz ou de requerimento das partes (artigo 130) para se permitir que o amigo da corte pudesse informar ao juiz acerca de certos conhecimentos específicos que possui (artigo 341).

A partir desse cenário, podemos definir o ***amicus curiae*** nos valendo das palavras de Rodrigo Strobel Pinto:

> O ***amicus curiae*** é o sujeito processual, pessoa natural ou jurídica cuja função no processo civil é municiar o magistrado ou o tribunal de informações sobre aspectos da lide posta em juízo ou, ainda, legitimar a formação de precedente judicial, de jurisprudência dominante ou de súmula[9].

Nesse momento interessa também destacar que a participação do ***amicus curiae*** foi incluída no capítulo que trata da intervenção de terceiros. Contudo, entende-se que sua natureza jurídica não seria de terceiro interessado.

Com efeito, o ***amicus curiae*** **não possui a qualidade de parte ou mesmo de terceiro interessado, uma vez que não atua no processo em defesa de interesse próprio.** Em verdade, o ***amicus curiae*** deverá auxiliar o juízo elucidando questões do processo, cuja especificidade não pode ser dominada pela formação jurídica do julgador ou participar para legitimar a formação de jurisprudência ou súmula.

Por esses motivos, o ***amicus curiae*** tem natureza jurídica de auxiliar do juízo (perito), mas não de um perito que atua para esclarecer fatos, em verdade, trata-se de um perito para questões legais.

Por essa razão o artigo que define sua atuação deveria ser incluído no capítulo dos auxiliares da justiça, ao lado dos peritos.

---

8 BRASIL. Código de Processo Civil – Lei nº 5.869/73.

9 Pinto, Rodrigo Strobel. *Amicus Curiae* no Projeto de Código de Processo Civil. Revista de processo. Vol. 220. São Paulo: editora RT, junho de 2013. p.232.

Nesse sentido o ensinamento de Fredie Didier Jr.:

> Já que não ingressa como parte, não se pode equiparar, portanto, a intervenção do ***amicus curiae*** com a intervenção de terceiros: seria o mesmo que se comparar a intervenção de um perito com a de um assistente[10].

Na mesma esteira o entendimento de Alexandre Freitas Câmara:

> Ora, o ***amicus curiae*** **não intervém no processo para defender interesses subjetivos seus, mas para fornecer subsídios ao juízo, a fim de que este possa bem resolver as questões de direito de repercussão geral que tenham surgido na causa. Trata-se, pode-se assim dizer, de uma intervenção "altruísta". Melhor será, então, considerar – na esteira de entendimento doutrinário anteriormente referido –** o ***amicus curiae*** como um auxiliar eventual do juízo. Tenho para mim que a atuação do ***amicus curiae*** é comparável à de um perito. (...) O ***amicus curiae*** seria, então, e por assim dizer, uma espécie de "perito em questões de direito"[11].

Referida posição de auxiliar da justiça, que não defende interesse próprio ou que apenas representa parcelas da sociedade trazendo uma legitimação democrática ao processo, pode ser inferida da atual sistemática do processo civil. Vejamos alguns artigos do Código de Processo Civil que demonstram essa tendência:

> Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.
>
> Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
>
> Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia[12].

10 DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v 1. p 381.

11 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1. p. 208.

12 BRASIL. Código de Processo Civil – Lei nº 5.869/73.

De igual maneira as disposições do projeto de novo Código de Processo Civil indicam essa natureza jurídica do *amicus curiae*, de perito para questões jurídicas:

> Art. 962. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o Presidente do Tribunal designará a sessão de julgamento. § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.
>
> Art. 992. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.
>
> Art. 1048. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 5º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do regimento interno do Supremo Tribunal Federal.
>
> Art. 1051. O relator poderá requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia; cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se. § 2º O relator, conforme dispuser o regimento interno, e considerando a relevância da matéria, poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia[13].

Nesse momento, necessário tecer algumas críticas à previsão de ampliação da atuação do *amicus curiae* a todos e quaisquer processos e não apenas nos processos objetivos.

Em primeiro lugar, não se mostra necessária a participação do *amicus curiae* por uma simples razão: para a elucidação de qualquer fato ligado a qualquer ciência que não seja a jurídica o magistrado poderá contar com os peritos. Já para a elucidação do direito não necessitamos do *amicus curiae*, uma vez que para isso já temos os juízes e os tribunais.

Sob esse ponto de vista o *amicus curiae* é totalmente dispensável no processo civil, ao menos para os processos tidos como subjetivos, de tal maneira que sua manifestação apenas implicará em mais um fator de demora na resolução da causa.

---

13 BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010, Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados, disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil> (data de visualização – 26/03/2013).

Entretanto, é claro que a participação do *amicus curiae* se justifica nos processos objetivos em que se discutem questões que a todos interessam, circunstância que emprestaria legitimidade democrática ao processo.

Nesse diapasão, o ensinamento de Elpídio Donizetti:

> De qualquer forma, como bem ressaltou o Ministro Celso de Mello, é inegável a qualidade de interveniente processual do *amicus curiae*, que é justificada em razão do alcance das decisões nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. Ora, justamente porque essas decisões têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, atingindo vários indivíduos dentro de uma mesma sociedade, deve-se possibilitar que o debate das decisões proferidas pelo Poder Judiciário seja pluralizado[14].

Nesses casos realmente se mostra necessário que o tribunal permita a mais ampla discussão sobre a tese, a fim de que possa levar em consideração todos os pontos de vista acerca da matéria, evitando-se eventual falta de análise de algum posicionamento. Nesse caso (discussão ampla), a preocupação com a celeridade processual daria espaço para a preocupação com a segurança jurídica.

Já para os demais casos não se mostra adequado admitir a participação do *amicus curiae*.

4. Requisitos

Para regulamentar a atuação do *amicus curiae* no processo civil o projeto de Novo Código dispõe em seu artigo 138 que:

> Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.
>
> § 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.
>
> § 2º Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção de que trata este artigo, definir os poderes do *amicus curiae*.
>
> §3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas[15].

14 DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 219.

15 BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010, Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados, disponí-

De uma primeira leitura do dispositivo podemos inferir quais seriam os requisitos necessários para que se possa admitir a manifestação do *amicus curiae*, que poderá ser pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade.

Tais requisitos podem ser divididos em requisitos vinculados à demanda, a saber:

1) Relevância da matéria;

2)Especificidade do tema objeto da demanda ou da defesa;

3) Repercussão social da lide.

Também há um requisito vinculado ao postulante a *amicus curiae*, a saber: representatividade.

No que se refere aos requisitos vinculados à demanda, assim se posicionou Rodrigo Strobel Pinto:

> **É relevante a matéria que versar sobre valores, interesses ou bens jurídicos fundamentais para a sociedade e o Estado brasileiros, nos aspectos social, político, cultural, jurídico, filosófico, econômico etc. (...)**
>
> Por outro lado, a especificidade da demanda ou da defesa refere-se à tecnicidade e à complexidade da matéria trazida à baila (...), cuja intelecção escape ao conhecimento ordinário do juiz ou do órgão julgador (...).
>
> Repercussão sociojurídica da lide (...) deve compreender a transcendência dos efeitos do julgamento de ação, de incidente ou de recurso sob a perspectiva da formação de precedente judicial, de jurisprudência dominante ou de súmula, cuja eficácia imediata e prospectiva pode espargir-se para outras relações jurídicas[16].

Por outro lado, o postulante a amigo da corte possuirá representatividade adequada quando efetivamente representar parcela significativa da sociedade, possuindo reconhecida idoneidade em sua área de atuação e pertinência temática com a questão levada ao Judiciário.

Interessa destacar nesse momento que os requisitos elencados pela lei reforçam os argumentos alhures utilizados para justificar: 1) a natureza jurídica do *amicus curiae*; 2) sua desnecessidade no cenário processual atual para os processos subjetivos.

---

vel em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil> (data de visualização – 26/03/2013).

16 Pinto, Rodrigo Strobel. *Amicus Curiae* no Projeto de Código de Processo Civil. Revista de processo. Vol. 220. São Paulo: editora RT, junho de 2013. p.234.

Com efeito, verificamos que o *amicus curiae* será admitido quando a questão for relevante e houver especificidade da matéria ou a causa for socialmente relevante.

Ora, caso a matéria seja específica, o magistrado poderá se valer dos peritos do juízo para os fatos e de seu conhecimento para as questões jurídicas. Contudo, se a causa for relevante socialmente de tal maneira que haja necessidade de legitimação social do processo, poderemos admitir a participação do *amicus curiae* nos eventuais processos objetivos, evitando sua participação em toda e qualquer demanda individual.

5. Procedimento

Em que pesem as críticas acima indicadas, passa-se a analisar o procedimento nos casos em que o *amicus curiae* for admitido com base nas disposição do projeto de Novo Código de Processo Civil.

Com relação à legitimidade para solicitar a admissão do *amicus curiae* conclui-se que pode ser exercida pelo próprio postulante a auxiliar do juízo ou por uma das partes mediante requerimento. Também haverá a admissão de ofício caso assim entenda o juiz ou relator.

Essa participação pode ser deferida a qualquer tempo ou grau de jurisdição (momento) e pode ocorrer em qualquer processo (objeto). Tal ampliação na utilização do *amicus curiae* é altamente contestável, **não apenas pelos motivos já apresentados**, como também diante da celeridade processual. Teremos um atraso na tramitação dos processos em decorrência da participação de mais um auxiliar que, em verdade, deveria participar apenas de algumas causas de maior relevância.

A decisão que admite o *amicus curiae*, que não tem o condão de alterar a competência para o julgamento do processo, deve definir os poderes desse auxiliar e classifica-se como despacho, que não desafia qualquer recurso.

Uma vez admitido, o *amicus curiae* deverá se manifestar em 15 dias, sendo que, na sequência, deve-se abrir a oportunidade para a manifestação das partes acerca dos seus memoriais.

Nesse sentido, o entendimento de Rodrigo Strobel Pinto:

> Posto que o memorial consubstancia prova típica, destinada à formação do convencimento do juiz, as partes devem ser instadas a se manifestarem a respeito dele, sob

> pena de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa e ao postulado da cooperação[17].

Por fim, importa destacar que o ***amicus curiae*** também poderá participar do incidente de resolução de demandas repetitivas, oportunidade em que atuará como auxiliar do relator podendo apresentar argumentos e dados que ajudem no seu julgamento, tal como ocorre nas ações de controle de constitucionalidade.

Ressalte-se que essa hipótese de participação do ***amicus curiae*** é plenamente justificável, uma vez que o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas substituirá a decisão de milhares de processos que tratam do mesmo tema, de tal maneira que sua importância se assemelha à do julgamento de ações de controle de constitucionalidade.

Contudo, chama a atenção o fato de o ***amicus curiae*** poder até mesmo recorrer das decisões proferidas no incidente. Ressalte-se, no entanto, que a possibilidade de recurso por parte do ***amicus curiae*** pode representar uma maior demora no julgamento do incidente, não sendo aconselhável sob o prisma da celeridade processual.

Além disso, tal possibilidade mostra-se completamente antagônica com a natureza jurídica do ***amicus curiae*** (perito para questões jurídicas), razão pela qual deve ser afastada.

6. Conclusões

Tendo em vista os argumentos acima apontados e visando contribuir com a proposta legislativa, sugere-se supressão do artigo 138 do projeto de novo Código de Processo Civil, mantendo-se a atuação do ***amicus curiae*** tal como ocorre no atual sistema processual civil, apenas com a inclusão de sua participação no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Até mesmo porque, a importância do ***amicus curiae*** para os processos objetivos e para o incidente de resolução de demandas repetitivas é inegável. Nesse sentido manifestou-se Cássio Scarpinella Bueno:

> Neste sentido, não há como negar ao ***amicus curiae*** uma função de legitimação da própria prestação da tutela jurisdicional, uma vez que ele se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado

17 Pinto, Rodrigo Strobel. ***Amicus Curiae*** no Projeto de Código de Processo Civil. Revista de processo. Vol. 220. São Paulo: editora RT, junho de 2013. p.235.

que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz[18].

7. Referências bibliográficas

BUENO. Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – *Procedimento Comum: ordinário e sumário*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, t 1.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010, Novo Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados, disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil> (data de visualização – 26/03/2013).

BRASIL. Anteprojeto de Código de Processo Civil – Projeto de Lei nº 166/2010, Novo Código de Processo Civil. Senado Federal, disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> (data de visualização – 26/03/2013).

BRASIL. Código de Processo Civil – Lei nº 5.869/73.

CÂMARA. Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

DIDIER Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil – *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 1.

DONIZETTI. Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PINTO. Rodrigo Strobel. ***Amicus Curiae*** no Projeto de Código de Processo Civil. Revista de processo. Vol. 220. São Paulo: editora RT, junho de 2013.

18 Bueno, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – *Procedimento Comum: ordinário e sumário*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v 2, t 1. p. 527.

PROCESSO: OFÍCIO GS Nº 474/2012 (SF 12091-1113197/2012)
PARECER: PA Nº 43/2013
INTERESSADO: FUNDAÇÃO MEMORIAL DA AMÉRICA LATINA
ASSUNTO: SERVIDOR CELETISTA. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. VANTAGEM PECUNIÁRIA. INCORPORAÇÃO. Vantagem pecuniária denominada "gratificação de função" tem natureza de adicional. Não incidência do artigo 457, § 1º, da CLT. Integra o salário apenas no período de sua percepção em razão de seu fundamento e objetivo. Pode ser suprimida caso o empregador venha a determinar o retorno do empregado ao cargo efetivo (artigo 468, parágrafo único, da CLT). Cessação do pagamento não caracteriza ofensa ao princípio da irredutibilidade de salário (artigo 7º, VI, da CF). Súmula 372, I, do TST. Gratificação de função percebida por dez anos ou mais. Incorporação, salvo quando a destituição ocorre por justo motivo (ato para o qual o empregado dá causa). Princípio da estabilidade financeira. Jurisprudência é fonte normativa supletiva no Direito do Trabalho (força jurígena). Artigo 8º da CLT. Estado quando contrata pelo regime celetista deve reconhecer ao servidor todos os direitos assegurados pela legislação trabalhista. **Precedentes: Pareceres PA-3 nº 348/1994**, **PA nº 05/2005** e **PA nº 89/2008.** No regime celetista, ainda que o Estado seja o empregador, o princípio da legalidade estrita não se sobrepõe a direito reconhecido pela ordem justrabalhista. Divergência com entendimento apresentado no Parecer PA nº 32/2013.

1. Após incursões em temas que ao final foram afastados pelas manifestações dos órgãos jurídicos pré-opinantes[1], a Gerência Administrativa da Fundação Memorial da América Latina, partindo dos argumentos constantes no Parecer

1 Destaco, entre elas, a Manifestação GPG/CEF nº 04/2011, fls. 102/108, que teve a aprovação do Senhor Procurador-Geral do Estado, fl. 109, na qual ficou esclarecido que *"(...) a) o direito à incorporação de décimos, previsto no artigo 133 da Constituição Estadual não beneficia os empregados celetistas das fundações governamentais, consoante entendimento da PGE consolidado no Parecer PA-3 nº 216/91; e b) gratificação de representação, nos moldes da prevista no artigo 135, III, do Estatuto do Funcionário Público, disciplinada pela Lei Complementar nº 1001/2006 e cuja incorporação vem prevista na Lei Complementar nº 813/96, pode ser concedida aos empregados das fundações, mas desde que observado o regramento aplicável (lei específica da entidade e Decreto nº 51660/2007, que institui a Comissão de Política Salarial), como preconiza o Parecer PA nº 191/2007."*.

PA-3 nº 216/1991[2], apresenta questão sobre a qual se pretende obter a necessária orientação jurídica. Indaga aquele órgão se, consoante exposto na peça opinativa mencionada, as gratificações de função, pagas aos empregados celetistas da fundação, são incorporadas automaticamente, conforme artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal[3] e, se afirmativa a resposta, em quais situações pontuais tal incorporação é aplicada (fls. 113/115).

2. A Gerência de Assuntos Jurídicos da Fundação Memorial da América Latina, em manifestação juntada às fls. 119/126, entende, com esteio no disposto no artigo 457, *caput* e § 1º, da CLT[4] e na Súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho[5], *"que a função gratificada concedida aos servidores celetistas* [da] *Fundação, nos termos do Decreto nº 33.299, de 28 de maio de 1991[6], Anexo IV,* ***tanto para aqueles que ingressaram por meio de concurso público, como para aqueles que estão contratados em cargos de livre provimento*** *(Decreto nº 43.462, de 17 de setembro de 1998, que alterou o Decreto nº 33.299/91)* ***incorpora automaticamente o salário*** *(...)"*[7].

3. Encaminhados os autos à Coordenadoria de Entidades Descentralizadas e de Contratações Eletrônicas – CEDC pela Secretária Executiva do CODEC[8] (fl.

---

2 Parecerista Procuradora do Estado Dra. FÁTIMA FERNANDES DE SOUZA GARCIA. Parecer aprovado pelas instâncias superiores da PGE que, após fazer remissão ao artigo 457 da CLT, assevera: *"(...) o servidor celetista incorpora automaticamente a diferença de remuneração pelo exercício de função diversa daquela para a qual foi contratado, enquanto tal não ocorre no regime estatutário, em que esse tipo de vantagem, considerada não fixa, não é passível de incorporação, só sendo percebida enquanto dura o exercício da função."* (cópia às fls. 84/92).

3 **Constituição Federal –** *"**Artigo 7º** – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
(...) ***VI*** *– irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;".*

4 **Consolidação das Leis do Trabalho –** *"**Artigo 457** – Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.*
§ 1º *– Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.".*

5 **Súmula 372 do TST –** *"GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 45 e 303 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005*
I *– Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 – inserida em 25.11.1996)*
II *– Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 – DJ 11.08.2003).".*

6 Fixa o Quadro, os vencimentos e as vantagens do pessoal da Fundação Memorial da América Latina e dá outras providências.

7 Negrito no original.

8 Órgão ao qual se teve por necessária a remessa dos autos em razão do disposto no **Decreto estadual nº 55.870/2010** (*"**Artigo 5º** – O Conselho de Defesa dos Capitais do Estado – CODEC tem as seguintes*

146), a autoridade do órgão ratifica a Informação nº 275/G/2012 (fls. 147/150vº), na qual, à luz do que expressamente dispõe o § 1º do artigo 457 da CLT, se sustenta não poder ser ampliativamente interpretado o mencionado dispositivo – que trata da **integração** das verbas de natureza salarial para efeitos legais – para o fim de assegurar o pagamento da gratificação propriamente dita e a sua **incorporação automática**.

3.1. No que toca à aplicação da Súmula 372 do TST, o órgão aponta a necessidade de manifestação específica da Procuradoria Geral do Estado *"para dirimir a questão acerca da possibilidade de incorporação da gratificação de função à remuneração dos empregados da Fundação Memorial, inclusive, fixando os critérios a serem observados para a situação, se for o caso, uma vez que a matéria envolve entendimento jurídico com repercussão no âmbito das empresas e fundações estaduais."*[9].

4. Mantendo o posicionamento antes apresentado, a Gerência de Assuntos Jurídicos da Fundação Memorial da América Latina aduz *"que, na hierarquia das normas, a Consolidação das Leis do Trabalho deve prevalecer sobre a legislação estadual, pois de acordo com o art. 22, I, da Constituição Federal, compete à União* ***privativamente*** *legislar sobre direito do trabalho, sendo, portanto, prevalente o Decreto-Lei Federal sobre o Estadual, no que tange ao direito do trabalho."*[10].

5. Num primeiro momento os autos foram encaminhados à Coordenadoria de Empresas e Fundações da PGE que, por entender cuidar-se de hipótese prevista no artigo 21, inciso I, da Lei Orgânica da PGE[11], submeteu a questão à análise da Subprocuradoria-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, com proposta de envio a esta Especializada (fls. 165/172, não numeradas), o que veio a ocorrer (fl. 173).

6. O Parecer PA nº 32/2013, fls. 174/201, analisando todo o processado, concluiu:

"a) tal como assentado no Parecer PA-3 nº 216/91, o artigo 133 da Constituição Estadual não se aplica aos empregados submetidos à legislação trabalhista;

---

atribuições: (...) ***III*** *– manifestar-se, previamente à submissão da matéria à Comissão de Política Salarial, acerca de pleitos apresentados pelas empresas controladas pelo Estado e pelas fundações por ele mantidas ou instituídas, relativos a reajuste salarial, concessão de benefícios, aplicação de convenções coletivas, implantação ou alteração de plano de cargos e salários e programa de participação nos lucros ou resultados;"*).

9 Penúltimo parágrafo da fl. 150.

10 Fls. 156/162, negrito no original.

11 **Lei Complementar Estadual nº 478/1986 –** ***"Artigo 21 – São atribuições da Procuradoria Administrativa: I – emitir pareceres em processos sobre matéria jurídica de interesse da Administração Pública em geral;"***.

b) *o termo "incorporação" mencionado no Parecer PA-3 nº 216/91 refere-se especificamente à regra prevista no artigo 457, § 1º, da CLT, que, por sua vez, utiliza o termo "integração";*

c) *o artigo 457, § 1º, da CLT, está a significar que a gratificação recebida pelo empregado deve ser considerada para efeitos dos reflexos eventualmente devidos, tais como horas extras, décimo terceiro salário, férias, parcelas do FGTS do período, etc.;*

d) *tal dispositivo não dá suporte a qualquer incorporação, à remuneração do empregado, do valor de gratificação de função recebida, ainda que por longo período;*

e) *o parágrafo único do art. 468 autoriza, expressamente, ao empregador fazer com que o empregado ocupante de posto de confiança reverta a seu antigo cargo efetivo;*

f) *tal dispositivo não determina qualquer incorporação do valor da gratificação, em caso de reversão, o que não configura qualquer redução de vencimentos;*

g) *não há qualquer norma na CLT estabelecendo que o recebimento de gratificação de função, por determinado período, acarreta o direito à sua incorporação automática à remuneração do empregado;*

h) *o pleito da Interessada – incorporação automática, à remuneração de seus empregados, do valor das gratificações de função por eles recebidas – não decorre de lei, mas de orientação advinda de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, no caso, consolidada na Súmula 372 daquele Tribunal;*

i) *não é possível acolher-se pleito fundado unicamente em Súmulas de Tribunais;*

j) *tal Súmula é, inclusive, inaplicável à Interessada, na medida em que cuidando-se de cargos em comissão e funções de confiança, desempenhados em Fundação Estadual, a simples perda dessa confiança, por qualquer razão e independentemente do período, é justo motivo tanto para a reversão, se o empregado for concursado, quanto para a exoneração, caso se trate de cargo em comissão exercido por não funcionário;*

k) *a incorporação pleiteada pela Interessada é vedada pelo artigo 14 do Decreto Estadual nº 33.299/91.*[12]*".*

12 **Decreto estadual nº 33.299/1991 –** *"**Artigo 14** – Os empregados designados para Funções Gratificadas ou para Emprego em Comissão não terão direito a incorporar à sua remuneração as respectivas gratificações ou diferenças."*.

7. Antes de se manifestar a respeito do parecer emitido, a Senhora Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa entendeu conveniente colher outra manifestação, razão porque os autos foram a mim redistribuídos (fl. 202).

É o relatório. Opino.

8. Urge assentar minha concordância com a primeira conclusão alcançada no Parecer PA nº 32/2013, que, como afirmado, já se encontra resolvida no PA-3 nº 216/1991, qual seja, a não aplicação do disposto no artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo aos servidores celetistas[13]. Esta, e **exclusivamente esta**, é a orientação fixada naquele precedente[14].

9. Quanto ao mais, passo a apresentar meu entendimento a respeito da matéria, o qual se distancia de parte da argumentação trazida no Parecer PA-3 nº 216/1991 e também da abordagem feita pelo douto subscritor do Parecer PA nº 32/2013.

10. No caso específico, apesar de instituída como fundação de direito público[15], a Fundação Memorial da América Latina, como outras, se estabeleceu na zona cinzenta descrita em tantos precedentes desta Especializada[16], com quadro de pessoal sujeito ao regime da legislação trabalhista[17].

11. Antigo, e inalterado até o presente momento, é o posicionamento da Procuradoria Geral do Estado no sentido *"de que quando o Estado contrata sob o regime celetista, fica obrigado a observar os direitos e vantagens estabelecidos pela legislação federal, sendo tal regime afetado pelos dispositivos constitucionais aplicáveis aos servidores em geral."*[18].

---

13 Entendimento já externado no aditamento ao Parecer PA-3 nº 110/1990, ratificado pela então Procuradora do Estado Chefe Substituta da Procuradoria Administrativa (v. cópia juntada à fl. 91 destes autos).

14 As demais considerações constantes do corpo daquela peça opinativa (v. item 1 do relatório supra, nota de rodapé 2) não repercutiram na manifestação da então Procuradora do Estado Chefe Substituta da Procuradoria Administrativa, Dra. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que, não obstante ter se alinhado à conclusão do parecer, ratificou entendimento próprio externado quando do aditamento ao Parecer PA-3 nº 110/1990, *in verbis*: *"Trata-se de indagação sobre a gratificação, aos servidores celetistas, das disposições do art. 133 da Constituição do Estado. A PA-3, no parecer nº 216/91, concluiu em sentido negativo, o que coincide com entendimento por nós adotado em aditamento ao parecer PA-3 nº 110/90, proferido no processo PAJ nº 11.202/89 (cópia anexa). Com essa conclusão, que ora ratificamos, encaminhe-se o expediente à Procuradoria Geral do Estado."*.

15 **Lei estadual nº 6.472/1989 –** *"Artigo 1º – Fica o Poder Executivo autorizado a instituir a 'Fundação Memorial da América Latina', pessoa jurídica de direito público, vinculada à Secretaria da Cultura, a qual se regerá por esta lei e por estatutos aprovados por decreto."*.

16 Parecer PA nº 191/2007, PA nº 118/2008, PA nº 187/2008, PA nº 01/2010, PA nº 112/2010, PA nº 146/2010, PA nº 150/2010, etc.

17 Artigo 13 da Lei estadual nº 6.472/1989.

18 Despacho do então Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria, Dr. LUIZ SÉRGIO DE SOUZA RIZZI, ao aprovar o Parecer PA-3 nº 348/1994 que também foi acolhido pelo Chefe desta Instituição.

12. O entendimento a respeito da questão aqui tratada surge a partir das definições específicas trazidas pela legislação trabalhista, normatização que, por vezes, como acontece com as disposições que cuidam das vantagens pecuniárias dos servidores estatutários, não são precisas, o que dificulta o seu reconhecimento e distinção.

13. Importante é saber, inicialmente, qual a acepção das "**gratificações ajustadas**" indicadas no § 1º do artigo 457 da CLT[19], que, por esse dispositivo, integram o salário e **se** nestas pode ser enquadrada a "**gratificação de função**", prevista no Anexo IV do artigo 13 do Decreto estadual nº 33.299/1991.

13.1. O artigo 13 dispõe que:

"***Artigo 13 –*** *As* ***Funções Gratificadas são aquelas para as quais a Diretoria ou o Conselho Curador****, conforme os Estatutos da Fundação,* ***podem livremente designar e dispensar, dentre os ocupantes de Emprego na Fundação, respeitadas*** *as qualificações necessárias, e cujo número, denominação e* ***respectiva gratificação*** *estão listados no Anexo IV deste decreto."* (grifos nossos).

13.2 O Anexo IV do decreto traz as seguintes "**funções gratificadas**": motorista de diretoria, chefia de setor, chefias de divisão/assessoria de diretoria, gerências de departamento, diretorias/chefia de gabinete e presidência.

14. Pois bem, consoante abalizada doutrina, **gratificações** são aquelas parcelas salariais cujo **fato ensejador** ***"não é tido como gravoso ao obreiro*** *ou às condições de exercício do trabalho (****ao contrário do verificado com os adicionais****); também não depende estritamente da conduta pessoal do trabalhador ou grupo de trabalhadores (ao contrário do verificado com os prêmios). Tende a ser fato objetivo (...). São seus expressivos exemplos as gratificações de festas, de aniversário da empresa (...) gratificações semestrais, anuais ou congêneres, etc."* (grifos nossos)[20].

14.1. Identifica-se:

i) gratificação "stricto sensu" é a *"manifestação livre do empregador por simples liberalidade ou júbilo, em face de certo acontecimento ligado ao empregado ou à empresa, sem promessa anterior"*[21]. Assim, como liberalidade, *"haverá, pois, de ser tida a* ***gratificação não ajustada****. Nessa hipótese,* ***não integrará o salário do empregado,***

19 V. nota de rodapé 4 supra.

20 DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, Editora LTr, 6. ed., 2007, p. 740.

21 CARRION, Valentin, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, Editora Saraiva, 35. ed., 2010, p. 349/350.

***podendo ser livremente suprimida**. (...) O que faz com que a gratificação se repute liberalidade é o seu **caráter casual;**"* (grifos nossos) [22];

ii) gratificação ajustada é aquela em que *"a simples reiteração da parcela, tornando-a **habitual, produz sua integração ao contrato e, em consequência, ao salário**, independentemente da intenção de liberalidade afirmada no ato contratual instituidor da gratificação."*(grifos nossos)[23]; *"é autêntico salário que somente não obedece às restrições de periodicidade mensal nem integra o salário mínimo;"* (grifos nossos) [24];

iii) gratificação normativa é a *"**criada por norma jurídica** (como são as regras componentes de convenção, acordo ou contrato coletivos de trabalho), e não simples ato unilateral ou bilateral das partes contratuais, **deverá o intérprete ater-se aos limites expressamente fixados pela norma jurídica instituidora da verba.**"* (grifos nossos) [25].

15. Por outro lado, *"**gratificação de função** é o complemento de salário tendente a **compensar maior diligência ou mais elevado grau de responsabilidade exigido do empregado**. Esse complemento de salário costuma ser atribuído aos ocupantes de cargo de confiança ou então a empregados em regime de substituição interina."* (grifos nossos)[26].

16. Vê-se que, tecnicamente, a denominada "**gratificação de função**" melhor se adequa ao conceito de **adicional**:

*"**Os adicionais** consistem em parcelas contraprestativas suplementares **devidas ao empregado em virtude de exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas**. (...)*

*(...) O que distingue os adicionais de outras parcelas salariais são tanto o fundamento como o objetivo de incidência da figura jurídica. Os adicionais **correspondem a parcela salarial deferida suplementarmente ao obreiro por este encontrar-se**, no plano do exercício contratual, **em circunstâncias tipificadas mais gravosas**. A parcela adicional é, assim, nitidamente contraprestativa: **paga-se um 'plus' em virtude** do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, **da responsabilidade e encargos superiores recebidos**, do exercício cumulativo de funções, etc. **Ela é, portanto, nitidamente salarial**, não tendo, em consequência, caráter indenizatório(...)*

22 MAGANO, Octavio Bueno, *Manual de Direito do Trabalho – Volume II: Direito Individual do Trabalho*, Editora LTR, 4. ed. revista e atualizada, 1993, p. 239.

23 DELGADO, Mauricio Godinho, ob. cit., p. 742.

24 CARRION, Valentin, ob. cit., p. 349.

25 DELGADO, Mauricio Godinho, ob. cit., p. 742.

26 MAGANO, Octavio Bueno, ob. cit., p. 263.

*(...) **O fundamento e objetivo dos adicionais justificam a normatização e efeitos jurídicos peculiares que o Direito do Trabalho confere a tais parcelas de natureza salarial. Embora sendo salário, os adicionais não se mantêm organicamente vinculados ao contrato, podendo ser suprimidos**, caso desaparecida a circunstância tipificada ensejadora de sua percepção durante certo período contratual. (...)*

*(...) Recebido com habitualidade, **integra, no período de sua percepção, o salário obreiro para todos os efeitos legais**. Irá refletir-se, desse modo, no cálculo de 13º salário, férias com 1/3, FGTS (com 40%, se for o caso), aviso prévio, além da contribuição previdenciária."* (grifos nossos)[27].

17. Não se identifica a parcela recebida pelos empregados da Fundação Memorial da América Latina, que exercem as funções previstas no artigo 13, do Decreto estadual nº 33.299/1991, na definição dada à "gratificação ajustada" (artigo 457, § 1º, da CLT). Aquela tem natureza jurídica de adicional e não de gratificação.

17.1. A **"gratificação de função"** é parcela salarial, **integra o salário no período de sua percepção**, não com fulcro no artigo 457, § 1º, da CLT, mas em razão de sua natureza jurídica, de seu ***fundamento*** (exercício de função de confiança) e ***objetivo*** (compensar o empregado pela maior responsabilidade e encargos superiores recebidos). Distingue-se da ***gratificação*** que, se não for habitual, não se caracteriza como ***ajustada*** e, consequentemente, não se enquadra no dispositivo da legislação laboral.

17.2. Enquanto a "gratificação ajustada" é tida como tacitamente convencionada, isto é, não pode ser unilateralmente alterada (artigo 468 ***caput*** da CLT), a **"gratificação de função"**, como adicional que é, pode ser suprimida caso o empregador venha a determinar o retorno do empregado ao cargo efetivo, deixando o exercício da função de confiança (artigo 468, parágrafo único, da CLT).

18. Identificada a **"gratificação de função"** como adicional, a pretensão de **incorporação automática** dessas parcelas, com fundamento no artigo 457,§ 1º, da CLT[28], não se sustenta, razão porque discordo do argumento constante no Parecer PA-3 nº 216/1991, utilizado pela fundação em seu pleito[29].

27 DELGADO, Mauricio Godinho, ob. cit., p. 737/738.

28 V. nota de rodapé 4.

29 V. item 1 do relatório supra e respectiva nota de rodapé 2.

19. No que se refere à observância do princípio da irredutibilidade de salário (artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal[30]), verifica-se que as funções a que se refere o artigo 13 do Decreto estadual nº 33.299/1991[31] são dirigidas exclusivamente a trabalhadores que já têm emprego na fundação e, em razão de designação das autoridades competentes, passam a exercer funções consideradas de confiança dentro da estrutura da própria fundação, que não implicam, porém, em progressão funcional, senão em exercício temporário de atividades de comando.

19.1. Logo, consoante doutrina colacionada, em razão de seu fundamento e objetivo, a "**gratificação de função**" não está organicamente vinculada ao contrato laboral, é **parcela salarial condicionada**, isto é, desaparecida a circunstância que a originou (com a dispensa da função de confiança[32]), esta não é mais devida, não caracterizada, com isso, ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial. A aplicação deste princípio está adstrita, no caso, ao vínculo laboral efetivo do empregado, ao qual retornará, salvo se comprovado o cometimento de falta grave[33].

20. O quadro se modifica quando a função gratificada passa a ser ocupada pelo mesmo empregado por **longo período de tempo**, o que desnatura a sua temporariedade e precariedade.

20.1. Sob o prisma da ordem justrabalhista, a anterior instabilidade financeira cede lugar à necessidade de garantia da segurança salarial no que se refere ao adicional ("gratificação de função") recebido[34].

20.2. Calcada nessa premissa, a Súmula 372 do TST não nega o direito potestativo do empregador de, sem justo motivo, destituir o empregado da função de confiança, mas garante que seja mantida a estabilidade econômica do trabalha-

30 V. nota de rodapé 3.

31 V. item 13 supra.

32 **Consolidação das Leis do Trabalho –** *"**Artigo 468** – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.*
***Parágrafo único** – Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança."*.

33 **Consolidação das Leis do Trabalho –***"**Artigo 499** – Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais.*
***§ 1º** – Ao empregado garantido pela estabilidade que deixar de exercer cargo de confiança, é assegurada, salvo no caso de falta grave, a reversão ao cargo efetivo que haja anteriormente ocupado."*.

34 TST, E-ED-RR 88.144/93.6, Ronaldo Leal, Ac. SBDI-1 684/96.

dor, princípio que nutre o ramo do Direito do Trabalho[35], fixado o prazo de dez anos para que a situação reste configurada[36].

21. Entendo que a Súmula 372 do TST afasta os diferentes caminhos que poderiam surgir a partir do reconhecimento do direito à estabilidade financeira do empregado que, **por longo período**, recebeu a "**gratificação de função**" e foi revertido a seu cargo efetivo, fixado, pelo enunciado, **tempo mínimo** (dez anos) que justifica a sua incorporação.

22. O princípio da legalidade é certamente o pilar da atuação da Administração, porém, consoante já explanado nestes autos, a não adoção pelo Estado de São Paulo do regime jurídico único implica, no que se refere aos empregados públicos, não só na observância das normas da Consolidação das Leis do Trabalho, como também na obediência aos princípios e conceitos que regem o ramo denominado Direito do Trabalho, com inarredáveis consequências.

23. De forma contundente, a legislação trabalhista identifica a jurisprudência como uma das fontes a se recorrer para supressão de lacuna contratual ou legal. Em seu artigo 8º, a Consolidação das Leis do Trabalho determina expressamente que:

> *"**Artigo 8º** – As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, **na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência**, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, **principalmente do direito do trabalho**, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.*

35 Também nas relações estatutárias, regidas por norma específica do Estado/empregador, a observância ao princípio da estabilidade financeira resta reconhecida. A esse respeito, anote-se o seguinte julgado proferido pelo STF: *"**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 3º DA LEI Nº 1.145, DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PREVISÃO DE REAJUSTE DE VALORES FIXADOS REFERENTES ÀS VANTAGENS NOMINALMENTE IDENTIFICÁVEIS PARA OS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE DIREÇÃO E DE GERÊNCIA SUPERIOR, NA MESMA PROPORÇÃO. **1.** Configurada situação de pagamento de vantagem pessoal, na qual se enquadra o princípio da 'estabilidade financeira', e não da proibição constitucional de vinculação de espécies remuneratórias vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição da República. **2.** Previsão legal que não iguala ou equipara vencimentos, apenas reconhece o direito dos que exerceram cargos ou funções comissionadas por certo período de tempo em continuar percebendo esses valores como vantagem pessoal. Precedentes. **3.** Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente."* (ADI nº 1.264-9/Santa Catarina, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, v.u., julgada improcedente, data do julgamento 29.11.2007. DJE nº 026. Divulgação 14.02.2008. Publicação 15.02.2008).

36 A fixação do prazo de dez anos tomou por esteio a anterior garantia de estabilidade de emprego (artigo 492 da CLT, revogado tacitamente pela CF/88).

***Parágrafo único** – O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste."* (grifos nossos).

23.1. Comentando esse dispositivo, VALENTIN CARRION assinala que:

*"A aplicação da norma jurídica, em cada momento, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, considera-se todo o universo de normas vigentes, os precedentes históricos, a evolução da sociedade, os conflitos das leis no espaço, no tempo e na hierarquia e os princípios (...) **Como em cada área do Direito as normas dos outros ramos somente se recebem após atender-se o dispositivo imediato, que é o do Direito do Trabalho**, aqui essa admissão tem de considerar a 'tensão existente entre os princípios individualistas do direto civil e os sociais do direito do trabalho' (Borrajo e Oviedo, apud cit), afastando-se assim a possível incompatibilidade também apontada na CLT.*

O direito do trabalho possui princípios específicos, além dos de direito comum. Sua tutela principal se resume em: a) norma mais favorável; b) condição mais benéfica; c) primazia da realidade." (grifos nossos)[37].

23.2. Não é demais relembrar aqui assertiva constante do Parecer PA-3 nº 348/1994 que, recentemente, foi destacada em outro parecer desta Especializada, *in verbis*: ***"constituído o vínculo entre o Estado e o servidor sob o regime laboral, não poderá o primeiro deixar de reconhecer ao segundo todos os direitos que aquela legislação assegura**, embora possa, como qualquer outro empregador, conceder ao empregado vantagens não previstas expressamente na legislação de regência, sem que isso implique em alteração do vínculo inicial."* (destaques nossos) [38].

23.3. Por certo, no entendimento acima transcrito, os direitos assegurados aos servidores celetistas são aqueles reconhecidos conforme a interpretação sistemática do Direito do Trabalho[39].

---

37 Ob. cit., p. 84.

38 Item 43 do Parecer PA nº 89/2008, superiormente aprovado. No mesmo sentido, Parecer PA nº 05/2005.

39 Sob o título ***VARIA A INTERPRETAÇÃO CONFORME O RAMO DO DIREITO***, CARLOS MAXIMILIANO ensina: *"Preceito preliminar e fundamental da Hermenêutica é o que manda definir, de modo preciso, o caráter especial da norma e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo de Direito a que a mesma pertence, visto variarem o critério de interpretação e as regras aplicáveis em geral, conforme a espécie jurídica de que se trata. A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo, além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas de relações que disciplinam. O que não partir desse pressuposto, essencial à boa Hermenêutica, incidirá em erros graves e frequentes. As disposições de Direito Público se não interpretam do mesmo modo que as do Direito Privado; e em um e outro ainda os preceitos variam conforme o ramo particular a que pertencem as normas: os utilizáveis no Constitucional diferem dos empregados no Criminal; no Comercial não se procede exatamente como no Civil, e, no seio deste, ainda a exegese dos*

23.4. Nesse campo ganha vulto a jurisprudência como fonte subsidiária do Direito do Trabalho. É o que nos ensina MAURICIO GODINHO DELGADO:

> *"(...) No âmbito justrabalhista, o simples exame de certas* ***súmulas*** *de jurisprudência uniforme* ***do Tribunal Superior do Trabalho*** *demonstra a clara* ***qualidade de comando geral, impessoal e abstrato de que se revestem tais súmulas****. (...)* ***Essas orientações jurisprudenciais*** *(...), embora não filiadas ao princípio estrito da reserva legal (se interpretado rigidamente esse princípio, é claro),* ***tem inquestionável força*** *jurídica (e* ***jurígena****).*
>
> *Note-se que* ***no Direito do Trabalho a própria legislação já cuidou de enfatizar a jurisprudência como fonte normativa – ao menos supletiva, é verdade (art. 8º, CLT).*** *(...)*
>
> *No Direito Comum, entretanto, é mais tenaz a resistência e dominância teórica da concepção tradicional (...)"*
>
> *(...) Como já observado,* ***a CLT*** *– diferentemente dos dois mencionados diplomas do Direito Comum* [LICC e CPC] ***arrola a jurisprudência como fonte subsidiária do Direito do Trabalho*** *(a par do Direito comparado),* ***assumindo, expressamente, o papel jurígeno da prática decisória reiterada e uniforme dos tribunais****."* (grifos nossos)[40].

24. A despeito de não existir norma expressa quanto aos efeitos da substancial alteração da natureza da "função gratificada" quando exercida por dez anos ou mais, o direito ao percebimento da respectiva "**gratificação de função**" advém, de forma inequívoca, da Súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho.

24.1. Não há como desconsiderar a súmula mencionada, mesmo em confronto com o princípio da legalidade que, no caso, a despeito de ser o Estado o empregador, deve ser aplicado consoante a ordem justrabalhista.

25. A existência de norma local expressa, artigo 14 do Decreto estadual nº 33.299/1991[41], não se sobrepõe ao princípio da estabilidade financeira que embasa a Súmula 372 do TST, porquanto é, em relação a esta, mais restritiva.

25.1. O Tribunal Superior do Trabalho, em julgados que tratam de situação semelhante, reconhece a prevalência do enunciado sumular:

---

contratos e das leis excepcionais se exercita mediante regras especiais." (in: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Editora Forense, 19. ed., 2010, p. 247.

40 Ob. cit, p. 170/171 e 242.

41 V. nota de rodapé 12 supra.

"(...) Discute-se na hipótese a prevalência ou não de regulamento interno que mitiga a integralidade da incorporação de gratificação exercida por 10 anos ou mais, ou seja, a questão consiste em saber se norma interna unilateral (dito apenas para reforço) da empresa pode reduzir o percentual de integração (100%) implicitamente previsto no item I da Súmula nº 372 desta Corte, in verbis:

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 45 e 303 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I – Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 – DJ 11.08.2003)

Tal entendimento não tem supedâneo legal explícito e poder-se-ia dizer que o princípio da estabilidade financeira decorre da amplitude do disposto no art. 7º, VI, da CF, que trata do princípio da irredutibilidade salarial, resultando, portanto, de um esforço interpretativo – uma ***construção jurisprudencial que certamente leva em conta o disposto nos arts. 8º da CLT, 4º e 5º da LICC e 126 do CPC –, sem que o direito à incorporação integral da gratificação exercida por dez anos ou mais decorra diretamente de preceito de lei.***

Logo, se o direito à incorporação integral da gratificação deriva de uma construção jurisprudencial calcada no ordenamento jurídico e este, singelamente conceituado, representa o conjunto de normas e princípios jurídicos destinados a disciplinar a conduta humana, ***tem-se tal incorporação como um interesse juridicamente relevante que, apesar de não previsto expressamente em norma legal, não pode sofrer restrição por norma unilateral do empregador que intente se sobrepor à irredutibilidade salarial.***

No caso, ***o empregado percebeu gratificação de função por período superior a dez anos a determinar o reconhecimento do direito à incorporação integral da gratificação suprimida, conforme o entendimento consubstanciado na Súmula 372 desta Corte.***

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento para, destrancando o recurso de revista, dele conhecer quanto à prescrição, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto à

incorporação da gratificação ao salário, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento."(grifos nossos.)[42].

26. No que toca à caracterização do *justo motivo* para fins de reversão ao cargo efetivo, o Tribunal Superior do Trabalho assentou que este deverá decorrer de *"ato que rompa a relação de confiança entre o empregador e o empregado, **impedindo que o trabalhador**, em dado momento da relação de emprego, **não cumpra com as atribuições que lhe foram atribuídas** e ainda se beneficie da remuneração destinada a um cargo de confiança, mesmo exercendo funções de menor responsabilidade."* (grifos nossos)[43].

26.1. O *justo motivo* não é a simples perda de confiança, senão a comprovação de que o empregado **deu causa** à sua destituição do cargo ou função de confiança.

27. Assim, data vênia do entendimento em contrário, concluo não haver fundamento robusto que possa sobrepor o princípio da legalidade estrita à aplicação da Súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho para os servidores estaduais que têm sua relação laboral regida pela Consolidação das Leis do Trabalho.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 18 de junho de 2013.

CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES
Procuradora do Estado

42 Processo nº TST – RR-1110-95.2010.5.06.0000, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, j. em 10.11.2010. No mesmo sentido: TST – RR 1598/2003-006-13-00.2, 2ª Turma, Relator Ministro José Simpliciano Fernandes, DJ 13/04/2007; TST – ERR 1598/2003-006-13-00.2, SBDI-1, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DJ 29/06/2007.

43 TST – RR 2486/1999-016-15-00.8, Terceira Turma, Relator Ministro Alberto Bresciani, DEJT 28/11/2008, página 783.

PROCESSO: OFÍCIO GS nº 474/2012 (SF nº 12091-1113197/2012)
INTERESSADO: FUNDAÇÃO MEMORIAL DA AMÉRICA LATINA
PARECER: PA nº 32/2013 e PA 43/2013

Discute-se nos autos se o servidor celetista pode incorporar gratificação de função percebida em sua relação laboral com a Fundação Memorial da América Latina. Se acaso admitida a incorporação, discute-se os parâmetros a serem adotados para tanto.

O Parecer PA 32/2013 sustenta que não há norma legal a autorizar a incorporação, razão pela qual não existe esse direito. Irrelevante, no entender do parecerista, que a matéria tenha sido sumulada pela Justiça do Trabalho.

Submetido o tema a outra posição jurídica, sobreveio o Parecer PA nº 43/2013 que, sob outro enfoque, sustenta a possibilidade de haver referida incorporação, desde que percebidos os valores de forma ininterrupta por prazo superior a 10 (dez) anos, nos precisos termos em que fixado pela Súmula 372 do TST. Invoca a parecerista o artigo 8º da CLT, para apontar a necessária observância pela Administração Pública, "na falta de disposições legais ou contratuais" da jurisprudência e das normas gerais de Direito, principalmente do Direito do Trabalho.

Um primeiro ponto a ser assentado é a exegese a ser dada ao artigo 457, § 1º, da CLT. O Parecer PA nº 216/91 entendeu que o dispositivo, ao prever que as verbas arroladas "integram o salário", está determinando que os valores recebidos além do montante fixo ficam a ele "incorporados".

As duas peças opinativas ora em exame, corretamente, não endossam esse entendimento. De fato, a integração ao salário prevista no dispositivo legal não é, ao contrário do que possa parecer numa primeira leitura, sinônimo de "incorporação". A integração referida pela lei diz respeito aos valores que devem ser considerados na base de cálculo de outras vantagens, como 13º salário e férias. Não significa que os valores passam imediata e/ou automaticamente a integrar o patrimônio do trabalhador.

Ademais, o artigo 468, parágrafo único, da CLT, igualmente tratado por ambos os pareceristas, assegura ao empregador o direito de fazer reverter o empregado "ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança".

A jurisprudência trabalhista, em entendimento que está sumulado (Súmula 372 do TST), garantiu ao trabalhador que tiver percebido valores a título de gratificação de função por prazo igual ou superior a dez anos, o direito de incorporar esse montante.

Não existe, é certo, norma legal garantindo esse direito aos empregados da Fundação Memorial, o que enseja a discussão dos autos. Mais do que isso, o Decreto estadual nº 33.299/91, que fixa o Quadro, os vencimentos e as vantagens do pessoal da Fundação Memorial da América Latina, dispõe, em seu artigo 14, que "os empregados designados para Funções Gratificadas ou para Emprego em Comissão não terão direito a incorporar à sua remuneração as respectivas gratificações ou diferenças".

Assentadas essas premissas, enquanto o Parecer PA 32/2013 nega totalmente o direito pleiteado por falta de fundamento legal, o Parecer PA nº 43/2013 assegura o direito nos estritos termos da Súmula 372 do TST, invocada com fundamento no artigo 8º da CLT.

Entendo que a razão está com o Parecer PA nº 43/2013, fazendo jus os empregados celetistas, como regra, à incorporação dos valores percebidos a título de gratificação de função por mais de dez anos. A aplicação da citada norma do artigo 14 do Decreto estadual nº 33.299/91, por si só, em função de seu caráter unilateral, parece não ser suficiente para embasar a tese de inexistência do direito à incorporação, nos termos da jurisprudência trabalhista citada no item 25 do Parecer PA nº 43/2013.

Observo, não obstante, que não consta dos autos modelo de contrato de trabalho firmado com os empregados da Fundação. Na hipótese de existir cláusula nesse contrato reproduzindo o disposto no artigo 14 do Decreto estadual nº 33.299/91, a questão poderá mudar de enfoque, na medida em que haveria uma norma contratual a embasar a negativa de incorporação. Lembre-se que a aplicação da jurisprudência trabalhista como fundamento para as decisões das autoridades administrativas, nos termos do artigo 8º da CLT, se dá "na falta de disposições legais ou contratuais". Essa questão, no entanto, deverá ser sopesada na hipótese de existir referida norma contratual para que se possa aferir a viabilidade da tese.

Pelo exposto, deixando de acompanhar o entendimento do Parecer PA nº 32/2013, manifesto concordância com os termos do Parecer PA nº 43/2013.

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

São Paulo, 10 de julho de 2013.

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

PROCESSO: Ofício GS nº 474/2012 (SF nº 12091-1113197/2012)
INTERESSADO: FUNDAÇÃO MEMORIAL DA AMÉRICA LATINA
ASSUNTO: INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. Decreto estadual nº 33.299/1991. Servidores celetistas da Fundação Memorial da América Latina. Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho.

Analisa-se, nos Pareceres PA nº 32/2013 e nº 43/2013, questão relativa à incorporação de gratificação de função à remuneração percebida por servidores celetistas da Fundação Memorial da América Latina em razão do que dispõem o artigo 457, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho[44] e a Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho[45].

No Parecer PA nº 32/2013, após cuidadoso e circunstanciado exame da matéria, o parecerista alcança as seguintes conclusões: *"a) tal como assentado no Parecer PA-3 nº 216/91, o artigo 133 da Constituição Estadual não se aplica aos empregados submetidos à legislação trabalhista; b) o termo "incorporação" mencionado no Parecer PA-3 nº 216/91 refere-se especificamente à regra prevista no artigo 457, §1º, da CLT, que, por sua vez, utiliza o termo "integração"; c) o artigo 457, §1º, da CLT está a significar que a gratificação recebida pelo empregado deve ser considerada para efeitos dos reflexos eventualmente devidos, tais como horas extras, décimo terceiro salário, férias, parcelas do FGTS do período, etc; d) tal dispositivo não dá suporte a qualquer incorporação, à remuneração do empregado, do valor de gratificação de função recebida, ainda que por longo período; e) o parágrafo único do art. 468 autoriza, expressamente, ao empregador fazer com que o empregado ocupante de posto de confiança reverta a seu antigo cargo efetivo; f) tal dispositivo não determina qualquer incorporação do valor da gratificação, em*

44 Consolidação das Leis do Trabalho: "Art. 457 – *Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gortejas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953) § 1º –* ***Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.*** *(Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)"* (g.n.).

45 Confira-se: "*GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 45 e 303 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005: I –* ***Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 – inserida em 25.11.1996)****. II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 – DJ 11.08.2003)* " (g-n.).

caso de reversão, o que não configura qualquer redução de vencimentos; g) não há qualquer norma na CLT estabelecendo que o recebimento de gratificação de função, por determinado período, acarreta direito à sua incorporação automática à remuneração do empregado; h) o pleito da Interessada – incorporação automática, à remuneração de seus empregados, do valor das gratificações de função por eles recebidas – não decorre de lei, mas de orientação advinda de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, no caso, consolidada na Súmula 372 daquele Tribunal; i) não é possível acolher-se pleito fundado unicamente em Súmulas de Tribunais; j) tal Súmula é, inclusive, inaplicável à Interessada, na medida em que cuidando-se de cargos em comissão e funções de confiança, desempenhados em Fundação Estadual, a simples perda dessa confiança, por qualquer razão e independentemente do período, é justo motivo para a reversão, se o empregado for concursado, quanto para a exoneração, caso se trate de cargo em comissão exercido por não funcionário; k) a incorporação pleiteada pela Interessada é vedada pelo artigo 14 do Decreto estadual nº 33.299/91" (item 68 do Parecer PA nº 32/2013, fls. 201).

A Chefia da Procuradoria Administrativa optou por redistribuir os autos para colheita de outra opinião sobre o tema.

Veio a lume, então, o Parecer PA nº 43/2013. Nele, após o relato do processado, a parecerista principia por alinhar-se ao entendimento externado na peça jurídico-opinativa precedente em relação à inaplicabilidade, aos servidores celetistas, do disposto no artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo. Esse dispositivo constitucional estabelece que o *"servidor, com mais de cinco anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha a exercer cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo de que seja titular, ou função para a qual foi admitido, incorporará um décimo dessa diferença, por ano, até o limite de dez décimos"*. Decerto, assevera a parecerista que *"Urge assentar minha concordância com a primeira conclusão alcançada no Parecer PA nº 32/2013, que, como afirmado, já se encontra resolvida no PA-3 nº216/1991, qual seja, a não aplicação do disposto no artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo aos servidores celetistas. Esta, e exclusivamente esta, é a orientação fixada naquele precedente"* (item 8 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 208).

Dessa forma, tanto no Parecer PA nº 32/2013 como no Parecer PA nº 43/2013, prevaleceu o entendimento segundo o qual o artigo 457, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, ao dispor que as verbas neles discriminadas integram o salário, está a estabelecer que tais valores devam ser levados em consideração para o cálculo de outras vantagens – tais quais horas extras, décimo terceiro salário, férias, etc; e não que esses valores devam ser incorporados ao salário. Em suma, como bem salientado pela Chefia da Procuradoria Administrativa, *"Não significa que os valores passam imediata e/ou automaticamente a integrar o patrimônio do trabalhador"* (fl. 224).

Sem embargo desse ponto de intersecção, no Parecer PA nº 43/2013 traça-se orientação jurídica distinta da sustentada na peça jurídico-opinativa que o precedeu.

Ao sumariar a argumentação cerzida no Parecer PA nº 43/2013, é possível constatar que a parecerista ancora-se, de início, em posicionamento sedimentado desta Procuradoria Geral do Estado de acordo com o qual o Estado, ao contratar segundo o regime celetista, *"fica obrigado a observar os direitos e vantagens estabelecidos pela legislação federal, sendo tal regime afetado pelos dispositivos constitucionais aplicáveis aos servidores em geral"* (item 11 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 208).[46] Assentada tal premissa, a parecerista envereda pela análise da natureza jurídica das "*gratificações ajustadas"*, que, na dicção do §1º do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, integram o salário, para, à luz de tais contornos jurídicos, verificar se a gratificação de função percebida pelos servidores celetistas se amolda ao conceito de gratificação ajustada. Passa-se, então, a perquirir, com escólio em abalizada doutrina, o sentido e alcance das expressões "*gratificação"*, em seu sentido lato e estrito, *"gratificação ajustada"*, *"gratificação normativa"*, e, por fim, *"gratificação de função"* (itens 14 a 15 do Parecer PA nº 43/2013, fls. 210/212).

Após incursão nesse tema, a parecerista defende o seguinte entendimento: a gratificação de função de que ora se trata melhor se acomoda no conceito de adicional. Com efeito, de acordo com a exegese proposta no Parecer PA nº 43/2013, *"Não se identifica a parcela recebida pelos empregados da Fundação Memorial da América Latina, que exercem as funções previstas no artigo 13, do Decreto estadual nº 33.299/1991, na definição dada à "gratificação ajustada" (artigo 457, §1º da CLT). Aquela tem natureza jurídica de adicional e não de gratificação "* (item 17 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 213).

Prossegue, ainda, a parecerista para assentar que *"A "gratificação de função" é parcela salarial, integra o salário no período de sua percepção, não com fulcro no artigo 457, § 1º, da CLT, mas em razão de sua natureza jurídica, de seu fundamento' (exercício de função de confiança) e 'objetivo' (compensar o empregado pela maior responsabilidade e encargos superiores recebidos) (...) 17.2. Enquanto a "gratificação ajustada" é tida como tacitamente convencionada, isto é, não pode ser unilateralmente alterada (artigo 468 'caput' da CLT), a "**gratificação de função**", como adicional que é, pode ser suprimida caso o empregador venha a determinar o retorno do empregado ao cargo efetivo, deixando o exercício da função de confiança (artigo 468, parágrafo único, da CLT). 18. Identificada a "**gratificação de função**"*

46 O excerto mencionado pela parecerista foi abeberado de despacho do então Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria, por ocasião da aprovação do Parecer PA nº 348/1994.

como adicional, a pretensão de ***incorporação automática*** *dessas parcelas, com fundamento no artigo 457, § 1º, da CLT, não se sustenta, razão porque discordo do argumento constante no Parecer PA-3 n° 216/1991, utilizado pela fundação em seu pleito* " (itens 17 a 18 do Parecer PA n° 43/2013, fls. 213/214).

De mais a mais, para afastar a invocação do princípio da irredutibilidade de salário decorrente da dispensa da função de confiança, aponta a parecerista que a gratificação de função ora tratada se destina exclusivamente a trabalhadores que já detêm vínculo de emprego com a fundação, e que, por conta de designação de autoridade competente, passam a exercer funções de confiança dentro da estrutura fundacional. Isso, contudo, não implica progressão funcional, mas exercício temporário de atividade de comando, como bem ressalta a parecerista. Desse modo, *"a* ***"gratificação de função"*** *não está organicamente vinculada ao contrato laboral, é* ***parcela salarial condicionada,*** *isto é, desaparecida a circunstância que a originou (com dispensa da função de confiança), esta não é mais devida, não caracterizada, com isso, ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial"* (item 19.1 do Parecer PA n° 43/2013, fl. 214).

Ainda segundo se depreende do Parecer PA n° 43/2013, tal panorama se altera a partir do momento em que a função de confiança é exercida *"pelo mesmo empregado por* ***longo período de tempo,*** *o que desnatura a sua temporariedade e precariedade"* (item 20 do Parecer PA n° 43/2013, fl. 215). Diante dessa circunstância e *"Sob o prisma da ordem justrabalhista, a anterior instabilidade financeira cede lugar à necessidade de garantia da segurança salarial no que se refere ao adicional ("gratificação de função") recebido"* (item 20.1. do Parecer PA n° 43/2013, fl. 215). Nesse passo, apontou-se que *"a Súmula 372 do TST não nega o direito potestativo do empregador de, sem justo motivo, destituir o empregado da função de confiança, mas garante que seja mantida a estabilidade econômica do trabalhador, princípio que nutre o ramo do Direito de Trabalho, fixado o prazo de dez anos para que a situação reste configurada"* (item 20.2. do Parecer PA n° 43/2013, fl. 215).

Ao contrapor o argumento de acordo com o qual a Administração Pública, por conta do princípio da legalidade, não pode dar guarida à pretensão de incorporação da gratificação de função percebida pelos servidores celetistas da fundação com base em súmula do Tribunal Superior do Trabalho, assevera a parecerista que *"a não adoção pelo Estado de São Paulo do regime jurídico único implica, no que se refere aos empregados públicos, não só a observância das normas da Consolidação das Leis do Trabalho, como também na obediência aos princípios e conceitos que regem o ramo denominado Direito do Trabalho, com inarredáveis consequências"* (item 22 do Parecer PA n° 43/2013, fl. 216). Acresça-se, ainda, que o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que a jurisprudência

constitui uma das fontes de colmatação de lacuna contratual ou legal. Dessa forma, *"A despeito de não existir norma expressa quanto aos efeitos da substancial alteração da natureza da "função gratificada" quando exercida por dez anos ou mais, o direito ao percebimento da respectiva "gratificação de função" advém, de forma inequívoca, da Súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho "* (item 24 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 219).

Com relação ao disposto no artigo 14 do Decreto estadual nº 33.299/1991[47], que expressamente veda a incorporação de gratificações ou diferenças à remuneração percebida pelos empregados para função gratificada, invocou a parecerista entendimento assentado no Tribunal Superior do Trabalho de acordo com o qual a *"incorporação como um interesse juridicamente relevante que, apesar de não previsto expressamente em norma legal, não pode sofrer restrição por norma unilateral do empregador que intente se sobrepor à irredutibilidade salarial"* (excerto do Acórdão mencionado no item 25.1. do Parecer PA nº 43/2013, fl. 219). E, à vista do que se infere do Parecer PA nº 43/2013, o Decreto estadual constitui ato jurídico unilateral, razão pela qual não pode obstar a incorporação da gratificação de função à remuneração dos servidores celetistas.

Em arremate, ao tratar do justo motivo a que alude a súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho, remata a parecerista que *"O 'justo motivo' não é a simples perda de confiança, senão a comprovação de que o empregado* ***deu causa*** *à sua destituição do cargo ou função "* (item 26.1. do Parecer PA nº 43/2013, fl. 222).

Ambas as peças jurídico-opinativas foram submetidas ao escrutínio da Chefia da Procuradoria Administrativa, que externou o seguinte posicionamento: *"Entendo que a razão está com o Parecer PA n. º 43/2013, fazendo jus os empregados celetistas, como regra, à incorporação dos valores percebidos a título de gratificação de função por mais de dez anos. A aplicação da citada norma do artigo 14 do Decreto estadual nº 33.299/91, por si só, em função de seu caráter unilateral, parece não ser suficiente para embasar a tese de inexistência do direito à incorporação, nos termos da jurisprudência trabalhista citada no item 25 do Parecer PA nº 43/2013 "* (fls. 225/226).

A Chefia da Procuradoria Administrativa ressaltou, contudo, que esse panorama pode ser alterado na hipótese de o contrato de trabalho reproduzir a vedação constante do artigo 14º do Decreto estadual nº 33.299/1991, *"na medida*

47 O Decreto estadual nº 33.299/1991, que fixa o quadro, os vencimentos e as vantagens do pessoal da Fundação Memorial da América Latina e dá outras providências, estabelece em seu artigo 14: *"Os empregados designados para Funções Gratificadas ou para Emprego em Comissão não terão direito a incorporar à sua remuneração as respectivas gratificações ou diferenças."*

em que haveria uma norma contratual a embasar a negativa de incorporação. Lembre-se que a aplicação da jurisprudência trabalhista como fundamento para as decisões das autoridades administrativas, nos termos do artigo 8º da CLT se dá 'na falta de disposições legais ou contratuais'" (fl. 225).

Alinho-me às conclusões do Parecer PA nº 43/2013 e às achegas da Chefia da Procuradoria Administrativa. Entendo possível a incorporação da gratificação de função prevista no Decreto estadual nº 33.299/1991 à remuneração dos servidores celetistas da Fundação Memorial da América Latina, desde que, na linha do entendimento pretoriano cristalizado na Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho, os valores tenham sido recebidos **ininterruptamente e sem solução de continuidade** por 10 (dez) ou mais anos pelo servidor celetista.

Permito-me, contudo, apenas reforçar uma exigência constante do Parecer PA nº 43/2013 na parte em que, ao tratar do justo motivo para a reversão, alude à comprovação de que o empregado deu causa à destituição do cargo ou função (item 26.1. do Parecer PA nº 43/2013, fl. 222). Embora seja possível reconhecer o direito à incorporação da gratificação de função à remuneração dos servidores celetistas da Fundação Memorial da América Latina, a existência desse direito se subordina a uma condição, que se traduz na ausência de ato do empregado que possa romper com a relação de confiança. Com efeito, *"a contrario sensu"* do que se depreende da Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho, a reversão do empregado ao cargo efetivo poderá ser acompanhada da retirada da gratificação se houver justo motivo para tanto.

Tal como bem apontado no Parecer PA nº 42/2013, o justo motivo *"deverá decorrer de 'ato que rompa a relação de confiança entre o empregador e o empregado, **impedindo que o trabalhador,** em dado momento da relação de emprego, **não cumpra com as atribuições que lhe foram atribuídas** e ainda se beneficie da remuneração destinada a um cargo de confiança, mesmo exercendo função de menor responsabilidade.' (grifo nosso)"* (item 26 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 222). E *"O justo motivo' não é a simples perda de confiança, senão a comprovação de que o empregado deu causa à sua destituição do cargo ou função de confiança"* (item 26.1. do Parecer PA nº 43/2013, fl. 222).

Nessa linha de raciocínio, parece-me lícito concluir que a incorporação da gratificação de função à remuneração é direito que se subordina à inexistência de ato por parte do empregado que rompa a relação de confiança com o empregador. E, sobrevindo um ato dessa natureza, poderá ocorrer, diante do justo motivo, a reversão do empregado ao cargo de origem com a retirada da gratificação.

Desse modo, para que o interesse da Administração seja devidamente resguardado, nas hipóteses em que houver justo motivo para a reversão ao cargo de

origem, recomenda-se, na medida do possível, a reunião – e preservação – de elementos de prova idôneos a demonstrar que a reversão decorreu da prática de ato apto a romper a relação de confiança que o empregador depositava no empregado. Com essa providência, será possível contrapor eventual pleito de empregado que tenha perpetrado ato que impeça a sua manutenção no desempenho do cargo ou funções de confiança, e ainda assim pretenda a incorporação da gratificação de função à sua remuneração.

Ante tais ponderações, propõe-se ao Procurador-Geral do Estado a desaprovação do Parecer PA nº 32/2013, aprovando-se o Parecer PA nº 43/2013.

Submeta-se à consideração superior.

SubG. Consultoria, em 25 de outubro de 2013.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador-Geral do Estado

PROCESSO: Ofício GS nº 474/2012 (SF nº 12091-1113197/2012)
INTERESSADO: Fundação Memorial da América Latina
ASSUNTO: INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. Decreto estadual nº 33.299/1991. Servidores celetistas da Fundação Memorial da América Latina. Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho.

Nos termos da manifestação da Subprocuradoria-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, desaprovo o Parecer PA nº 32/2013 e aprovo o Parecer PA nº 43/2013.

Restitua-se o expediente à Fundação Memorial da América Latina, por intermédio da Coordenadoria das Empresas e Fundações, para ciência e adoção das providências cabíveis.

GPG, em 31 de outubro de 2013.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador-Geral do Estado de São Paulo

Ementas Consultoria

180) FUNDAÇÃO ESTADUAL. REMUNERAÇÃO. TETO CONSTITUCIONAL. SUBMISSÃO À NORMA DO ARTIGO 37, INCISO XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A Fundação Padre Anchieta, assim como todas as fundações governamentais, está submetida à regra do teto remuneratório, prevista no artigo 37, inciso XI da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003. Situação regrada pelo Decreto estadual nº. 48.407, de 6.01.2004. Precedentes: **Pareceres PA nºs 88/97, 216/2002 e 187/2008**. (Parecer PA nº 42/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 11.12.2013).

181) PODER REGULAMENTAR. Dúvidas formuladas pelo órgão técnico-autárquico relativas ao prazo e outras questões procedimentais. Manutenção da vinculação ao Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado. Inteligência do artigo 10 da Lei Complementar nº 1.013/2007, em especial do disposto no seu § 3º, que estabelece apenas duas consequências para os casos de mora no recolhimento das contribuições previdenciárias. Disposição contida no § 5º do artigo 8º do Decreto nº 52.859/2008, aplicável aos militares afastados por força do artigo 33 do Decreto nº 52.860/2008 que não encontra guarida na lei regulamentada. (Parecer PA nº 53/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 31.10.2013).

182) CONTRATO. PRORROGAÇÃO. DIREITO MINERÁRIO. Estado de São Paulo detentor de título minerário. Bem dominical. Contrato de Preposição celebrado sem prévia licitação. Artigo 176 da Constituição Federal. Atividade de interesse nacional. A observância de princípios e normas próprias do setor de mineração não nega a necessidade do procedimento licitatório para a concessão de lavra. Princípio da prioridade que, em verdade, caracteriza situação em que não há possibilidade de competição, ajustando-se, portanto, à hipótese de inexigibilidade de licitação (artigo 25, ***caput***, da Lei federal nº. 8.666/1993). Contrato de arrendamento em análise que, por motivos fáticos, também se enquadra na mesma regra. Validade do mesmo frente à atual ordem constitucional e legal. Obrigatoriedade de continuidade da exploração mineral sob pena de caducidade do título minerário. Possibilidade de prorrogação do contrato na época própria e mediante ato motivado. (Parecer PA nº 56/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 26.11.2013).

183) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. TETO. Bonificação por resultados. Leis Complementares Estaduais nº 1.078, de 17 de dezembro de 2008; nº 1.079, de 17 de dezembro de 2008; nº 1.086, de 18 de fevereiro de 2009; nº 1.104, de 17 de março de 2010; e nº 1.121, de 30 de junho de 2010. Participação nos resultados. Lei Complementar Estadual nº 1.059, de 18 de setembro de 2008. Dúvidas da

Administração a respeito dos pressupostos e consequências da orientação firmada pela Procuradoria Geral do Estado com a aprovação do **Parecer PA nº 30/2012,** que deu pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais que excluem do teto remuneratório referidas gratificações de serviço. Natureza remuneratória dessas vantagens. Irrelevância de estarem desvinculadas de resultados individuais. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Possibilidade, em tese, de pagamento concomitante com outras gratificações de produtividade. Consideração da natureza específica. Observância das regras estaduais de cálculo de vantagens pecuniárias e benefícios, quanto aos servidores estatutários. Ressalva feita em relação aos admitidos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Precedente: **Parecer PA nº 86/2011.** (Parecer PA nº 61/2013 - Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 31.10.2013).

184) SERVIÇO BÁSICO. PÚBLICO. SANEAMENTO REGIÕES METROPOLITANAS. Serviços de saneamento básico em Municípios integrantes da Região Metropolitana de Campinas. Interesse metropolitano que se sobrepõe à autonomia municipal. Inconstitucionalidade das Leis Municipais nºs 3006/2010 de Artur Nogueira; 3324/2010, de Cosmópolis; 2465/2010, de Hortolândia; 4322/2011, de Itatiba; 2029/2010, de Jaguariúna; 3222/2011, de Paulínia; 3077/2010, de Pedreira; 2543/2010, de Santo Antonio da Posse; e 4671/2011, de Valinhos, que determinaram a adesão desses Municípios ao Consórcio Público Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí, também denominada ARES-PCJ. Precedentes: **Pareceres PA nºs 413/2003, 414/2004, 160/2005, 187/2005, 99/2006, 114/2006, 287/2006 e 95/2010**. Análise da possibilidade de coexistência da ARSESP e da Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí – ARES-PCJ, para as funções de regulação e fiscalização de atividades de saneamento em Municípios. Inteligência da Lei Federal nº. 11.445, de 05 de janeiro de 2007 e da Lei Complementar Estadual nº 1.025, de 7 de dezembro de 2007. (Parecer PA nº 68/2012 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 12.12.2013).

185) IPESP. CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NOTARIAIS E DE REGISTRO – CARTEIRA DAS SERVENTIAS, NOVA DENOMINAÇÃO DA CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NÃO OFICIALIZADAS DA JUSTIÇA DO ESTADO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. Revisão de ato de aposentadoria, decorrente de pedido formulado pelo interessado, após dez anos da data do referido ato. Possibilidade. Interpretação do artigo 10 da Lei Estadual nº 10.177/1998. Não sendo o contribuinte da Carteira das Serventias Servidor Público, não é aplicável à sua aposentadoria a regra do artigo 126 da Constituição do Estado de São Paulo. Revisão do ato de aposentadoria com a aplicação das regras previstas na Lei Estadual nº. 10.393/1970, alterada pela Lei Estadual nº 14.016/2010. Eventuais diferenças devem pagas nos termos do Decreto nº 20.910/32, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. (Parecer PA nº 75/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 31.10.2013).

186) SERVIÇO PÚBLICO. SANEAMENTO BÁSICO. TITULARIDADE. RE-

GIÕES METROPOLITANAS. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. ADI N° 1.842/RJ. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade a colegiado formado pelos municípios integrantes da região metropolitana e pelo estado federado. Entendimento adstrito ao controle de constitucionalidade da legislação editada pelo Estado do Rio de Janeiro. Legislação Paulista submetida à apreciação da Corte Constitucional na ADI n° 4.028/SP e no Recurso Extraordinário n° 539.253/SP. Atuação da Área do Contencioso Geral da PGE. Manutenção, por ora, do entendimento vigente. Titularidade estadual da prestação de serviços de saneamento básico em regiões metropolitanas. **Pareceres PA nºs 413/2003, 414/2004, 160/2005, 187/2005, 99/2006, 114/2006, 287/2006, 95/2010 e 68/2012 (este último pendente de aprovação pelas instâncias superiores da PGE).** Município de Guarulhos. Inconstitucionalidade de leis municipais que trazem o município metropolitano como titular **exclusivo** para prestação dos serviços. Viabilidade de interposição de ação direta de inconstitucionalidade. Minuta apresentada. (Parecer PA nº 80/2013 – Procurador-Geral do Estado em 10.12.2013).

187) BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DE MILITARES ESTADUAIS INATIVOS. DÚVIDA SOBRE A AUTORIDADE COMPETENTE PARA PROCEDER A EVENTUAIS ALTERAÇÕES. Artigo 3° da Lei Complementar Estadual nº 1.010/2007. Artigos 10 e 11 do Decreto Estadual nº 52.860/2008. As ordens judiciais que determinam situações de inatividade de militares devem ser cumpridas pelo Comandante-Geral da Polícia Militar, a teor da regra constante do artigo 10 do Decreto nº 52.860/2008. Já atos enquadrados no conceito de manutenção dos benefícios, tais como, o cumprimento de ordens judiciais que impliquem reforma do ato de concessão da inatividade para que o militar inativo venha a receber proventos integrais, devem ser praticados pela Diretoria de Benefícios Militares da São Paulo Previdência – SPPREV, a teor da regra do artigo 11 do Decreto nº 52.860/2008. Quando se tratar de verbas devidas a militar inativo, em razão de situações próprias de sua atividade, elas deverão ser apostiladas e pagas pela Polícia Militar, sem qualquer ônus financeiro, contábil ou atuarial à SPPREV. (Parecer PA nº 83/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 19.11.2013).

188) PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ÓRGÃO PÚBLICO – COMPETÊNCIA. A apuração de eventuais irregularidades supostamente cometidas por empregados da CETESB ou da Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo enquanto afastados para ter exercício junto à Secretaria do Meio Ambiente, deve ser levada a efeito no âmbito da Administração Centralizada, por meio da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares da Procuradoria Geral do Estado, criada pela LC nº 1.183/2012. Precedentes: aditamento ao Parecer PA-3 nº 120/1991; Parecer PA nº 21/2011. (Parecer PA nº 84/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 19.11.2013).

189) PENSÃO POR MORTE. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL TITULAR DE CARGO EFETIVO, FALECIDA. DÚVIDAS SOBRE APLICAÇÃO DE NORMAS DA LEI COMPLEMEN-

TAR ESTADUAL Nº. 1.157/2011 QUE INSTITUIU GRATIFICAÇÃO PELO DESEMPENHO E APOIO ÀS ATIVIDADES PERICIAIS E DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – GDAPAS. A norma do artigo 21, § 1 ° da LC 1.157/2011 não é incompatível com a regra fixada pelo artigo 8° da LC 1.012/2007, pelo que é de ser aplicada. A norma do artigo 21, § 2° da LC 1.157/2011 não é compatível com o artigo 40, § 3° da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 41/2003, e com o artigo 1° da Lei Federal n° 10.887/2004, pelo que não pode ser aplicada. Se a remuneração de servidor público falecido contiver a GDAPAS, esta deverá ser incluída na pensão por morte. A GDAPAS, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.157/2011, não é atribuída a todos os servidores em atividade das carreiras que especifica, mas apenas aos que prestarem serviços em determinadas Unidades (Artigo 19), pelo que ela não é extensível aos inativos e pensionistas submetidos à regra constitucional da paridade ativos/inativos, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes: Pareceres PA nºs 169/2008; 84/2011. (Parecer PA nº 86/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 13.12.2013).

190) SERVIDOR PÚBLICO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA E RENÚNCIA AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. PROPOSTA DE EXAME DE NOVA SISTEMÁTICA DE TRÂMITE DESSES PEDIDOS. Pelas normas em vigor, há duas autoridades distintas para a prática de atos também distintos: i) a competência para deferir atos de renúncia de aposentadoria e/ou renúncia de proventos de aposentadoria é do Chefe da Casa Civil, nos termos do artigo 26, inciso IX, do Decreto Estadual nº 52.833/2008; ii) a competência para suspender o pagamento de proventos de aposentadoria é da SPPREV, nos termos da Lei Complementar Estadual n° l.010/2007. Tal situação pode, todavia, vir a ser modificada, a critério da Administração, mediante alteração da norma prevista no artigo 26, inciso IX do mencionado Decreto. Precedentes: **Pareceres PA nºs 98/98, 303/2004**, nos termos do despacho de desaprovação do Procurador-Geral do Estado, **e 40/2013**. (Parecer PA nº 87/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 22.11.2013).

191) SERVIDOR PÚBLICO. OFICIAL DE JUSTIÇA. GRATIFICAÇÃO POR SERVIÇOS ESPECIAIS. Artigo 3° da Lei Complementar nº 205/79. Inviabilidade quanto à pretensão de incorporação. Diretriz fixada na Procuradoria Geral do Estado quanto à inaplicabilidade da regra prevista no artigo 133 da Constituição Estadual a partir da desaprovação dos Pareceres **PA-3 nºs 124/92 e 02/98.** Princípio da legalidade como pedra angular do regime jurídico-administrativo, ao qual está jungido o Administrador. Princípio constitucional da irredutibilidade salarial insculpido no artigo 37, inciso XV, da Constituição Federal não alcança as vantagens de caráter *propter laborem,* como é o caso da gratificação por serviços especiais, segundo os contornos conferidos pela lei instituidora. **Resolução PGE-6, de 04/03/2013** não alterou a quantidade de cotas, cujo limite continua sendo de 40 mensais. Artigo 3°, §2°, da LCE n° 205/79. (Parecer PA nº 91/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 29.11.2013).

192) SERVIDOR PÚBLICO. OFICIAL DE JUSTIÇA. GRATIFICAÇÃO POR SERVIÇOS ESPECIAIS. Artigo 3º da Lei Complementar nº 205/79. Inviabilidade quanto à pretensão de incorporação. Diretriz fixada na Procuradoria Geral do Estado quanto à inaplicabilidade da regra prevista no artigo 133 da Constituição Estadual a partir da desaprovação dos Pareceres **PA-3 nºs 124/92 e 02/98**. Princípio da legalidade como pedra angular do regime jurídico-administrativo, ao qual está jungido o Administrador. Princípio constitucional da irredutibilidade salarial insculpido no artigo 37, inciso XV, da Constituição Federal não alcança as vantagens de caráter *propter laborem,* como é o caso da gratificação por serviços especiais, segundo os contornos conferidos pela lei instituidora. **Resolução PGE-6, de 04/03/2013,** não alterou a quantidade de cotas, cujo limite continua sendo de 40 mensais. Artigo 3º, § 2º, da LCE nº 205/79. Reflexos da verba honorária não são suportados pelo Fundo Especial da Verba Honorária. **Pareceres PA-3 nº 339/95 e GPG 10/2008**. Pedido de inclusão da gratificação na base de cálculo do 13º e férias que deve ser dirigido ao Tribunal de Justiça de São Paulo, ante o princípio da separação de poderes e a autonomia financeira do Poder Judiciário. Artigos 2º e 99, *caput,* da Constituição Federal. (Parecer PA nº 92/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 29.11.2013).

193) SERVIDOR PÚBLICO. OCUPAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO POR ESTRANGEIRO, NOS TERMOS DO ARTIGO 37, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. A norma da parte final do artigo 37, inciso I, da Constituição Federal não é autoaplicável. A Lei Estadual nº 13.180/2008, que disciplinava o tema, foi declarada inconstitucional por decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Em consequência, enquanto não promulgada Lei estadual de iniciativa do Governador do Estado, regulando tal questão, não é possível a nomeação de estrangeiros para cargos de provimento efetivo ou em comissão na administração pública paulista. Precedentes: **Pareceres PA nºs 152/2009 e 177/2009** (Parecer PA nº 94/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 6.12.2013).

194) PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. Providências preliminares. Apuração preliminar. Prescrição. Arquivamento sem conclusão das investigações. Possibilidade, em princípio. Exigência de motivação suficiente. Necessidade de que fique demonstrada a inutilidade do procedimento para qualquer fim de interesse público, como a recomposição do erário ou o saneamento de falhas do serviço público. Conduta da Administração sempre habilitada pela lei em razão de certo escopo, que há de estar presente em toda atividade administrativa. Hipótese que não se confunde com situações nas quais já tenha sido instaurado processo de natureza punitiva, em que, malgrado a extinção da pretensão punitiva estatal ou a inutilidade do prosseguimento do feito para o Estado, pode haver legítimo interesse do acusado no julgamento de mérito da imputação. Precedentes: **Parecer PA nº 205/2008**; despacho do Procurador-Geral do Estado no Expediente PGE nº 27-699-848045/2009. (Parecer PA nº 95/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 28.11.2013).

195) ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. FUNDAÇÃO. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. Aplicação do artigo 129 da Constituição Bandeirante. Impossibilidade. Artigo 169, § 1°, inciso I, da Constituição Federal. Fundação pública com regime retributório que segue a sistemática das fundações de direito privado instituídas pelo Estado. **Precedentes: Pareceres PA-3 n° 249/1990, PA nº 249/2005 e PA n° 118/2008.** Revisão da orientação jurídica vigente não pertinente. Concessão de vantagem que depende de trâmite estabelecido pela Comissão de Política Salarial e de avaliação por órgãos técnicos (CEDC e CODEC). **Precedente: Parecer PA nº 87/2010.** (Parecer PA nº 96/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 10.12.2013).

196) VANTAGENS PECUNIÁRIAS – LICENÇA-PRÊMIO EM PECÚNIA. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. A partir da desaprovação do Parecer PA nº 204/2009 passou a prevalecer no âmbito da PGE o entendimento de que o artigo 2º das DDTT da LCE no 1.048/2008 não condiciona o direito à indenização nele prevista à apresentação, pelo interessado, de requerimento objetivando o gozo da licença-prêmio. Proposta formulada pela Assessoria Jurídica do Governo, de reexame da matéria, em vista da edição do Despacho Normativo do Governador publicado em 23.11.2011. Proposta que já foi atendida, com a aprovação, neste ponto, do **Parecer PA nº 28/2003**, o qual ratificou a orientação anteriormente aprovada. (Parecer PA nº 97/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 19.12.2013).

197) PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. Vantagens pecuniárias. Gratificação pelo Desempenho e Apoio às Atividades Periciais e de Assistência à Saúde – GDAPAS. Lei Complementar Estadual nº 1.157, de 2 de dezembro de 2011. Contribuição previdenciária. Incidência. Reflexo sobre o benefício previdenciário. Extensão aos inativos com direito à paridade. Pontos cujo esclarecimento depende da definição da natureza específica da parcela remuneratória em questão, aparentemente percebida em decorrência do local de trabalho. Lei Complementar Estadual nº 1.012, de 5 de julho de 2007. Proposta de oitiva da Unidade de Recursos Humanos – UCRB. Diligência sugerida. (Parecer PA nº 100/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 13.12.2013).

Contencioso Geral

198) MODULAÇÃO: PRECATÓRIO E EC 62/2009 – 1

O Plenário iniciou exame de questão de ordem em que se propusera modulação dos efeitos, no tempo, do quanto decidido no julgamento conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade em que declarados parcialmente inconstitucionais dispositivos da EC 62/2009, que instituíra regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Na espécie, o Tribunal, por maioria, rejeitara a arguição de inconstitucionalidade formal em que alegada inobservância do interstício dos turnos de votação. No mérito, por maioria, declarara-se inconstitucional: a) a expressão "na data de expedição do precatório", contida no § 2º do art. 100 da CF, na redação da EC 62/2009. Explicou-se que configuraria critério de aplicação de preferência no pagamento de idosos, uma vez que esse balizamento temporal traria a isonomia entre cidadãos credores da Fazenda Pública ao discriminar, sem fundamento, aqueles que viessem a alcançar 60 anos em data posterior à expedição do precatório, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento; b) os §§ 9º e 10 do art. 100 da CF, incluídos pela EC 62/2009, e o art. 97, II, do ADCT, que fixava um regime unilateral de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatório. Esse critério beneficiaria exclusivamente o devedor público, em ofensa ao princípio da isonomia. Além disso, os dispositivos instituiriam nítido privilégio em favor do Estado e em detrimento do cidadão, cujos débitos em face do poder público sequer poderiam ser compensados com as dívidas fazendárias; c) a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", constante do § 12 do art. 100 da CF, incluído pela EC 62/2009, para que aos precatórios de natureza tributária se aplicassem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário; d) por arrastamento, a mesma expressão contida no art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação dada pela Lei 11.960/2009, porquanto reproduziria a literalidade do comando contido no § 12 do art. 100 da CF; e) o art. 97, § 1º, II, e § 16 do ADCT, definidores do critério de atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatório, ao fundamento de afronta ao princípio da proporcionalidade, por determinarem sacrifício desmesurado ao direito fundamental de propriedade; f) a expressão "independentemente de sua natureza", sem redução de texto, contida no § 12 do art. 100 da CF, incluído pela EC 62/2009, para afastar a incidência dos juros moratórios calculados segundo índice de caderneta de poupança quanto aos créditos devidos pela Fazenda Pública em razão de relações jurídico-tributárias; g) por arrastamento, conferiu-se interpretação conforme a Constituição à mesma expressão citada no item anterior e contida no art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação dada pela Lei 11.960/2009; h) o § 15 do art. 100 da CF e todo o art. 97 do ADCT porque, ao criarem regime especial para pagamento de precatórios para Estados, Distrito Federal e Municípios, veiculariam nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e imporiam contingenciamento de recurso para esse fim, a violar a cláusula constitucional do estado de direito, o princípio da separação de poderes, o postulado da isonomia, a garantia do acesso à justiça, a efetividade da tutela judicial, o direito adquirido e a coisa julgada — v. Informativos 631, 643, 697 e 698.

ADI 4357 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.10.2013. (ADI-4357)
ADI 4425 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.10.2013. (ADI-4425)

199) MODULAÇÃO: PRECATÓRIO E EC 62/2009 – 2

O Ministro Luiz Fux, relator, destacou que, embora o Tribunal houvesse reconhecido a nulidade dos citados dispositivos, inegável que, durante quase quatro anos, ao longo dos exercícios financeiros de 2010 a 2013, a mencionada sistemática juridicamente inválida entrara em vigor, surtira efeito e fora aplicada por diversas unidades federativas. Asseverou que esse quadro fático denotaria, em primeiro lugar, a existência de situações concretas e, de certo modo, consolidadas no tempo. Em segundo lugar, indicaria que a atual programação orçamentária e financeira dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios fora realizada em cenário distinto, em que vigoraria integralmente a EC 62/2009. Apontou que esses fatos tornariam imperioso que o STF definisse o alcance temporal de seu pronunciamento, razão pela qual fora suscitada a presente questão de ordem. Aduziu que, em matéria de jurisdição constitucional, a eficácia retrospectiva seria corolário lógico do princípio da supremacia da Constituição, que não se coadunaria com o reconhecimento de validade de lei inconstitucional, ainda que por período determinado. Ponderou que a modulação dos efeitos temporários da declaração de inconstitucionalidade não significaria afronta à Constituição, mas defesa da segurança jurídica ou outro valor constitucional relevante sob o prisma do princípio da proporcionalidade. Assegurou serem esses os fundamentos a explicar a existência e a justificar a validade desse instituto como corolário imediato da força normativa da própria Constituição. Assim, quanto à declaração de inconstitucionalidade da expressão "na data da expedição do precatório" (CF, art. 100, § 2º, na redação da EC 62/2009), pontuou que a decisão deveria ter efeito retroativo. Entendeu que o fato de o STF haver reconhecido a invalidade da limitação temporal criada pela EC 62/2009 implicaria, de imediato, que todo credor que tivesse completado 60 anos de idade após a expedição do respectivo precatório teria jus à nova preferência. Explicou que, na verdade, não se trataria propriamente de eficácia retroativa da decisão, mas de aplicabilidade imediata do entendimento judicial, afastado o óbice temporal existente até então para o gozo do benefício. No que concerne ao regime de compensação unilateral dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatório, criados pelos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF, bem como pelo § 9º, II, do art. 97 do ADCT, introduzidos pela EC 62/2009, entendeu que a decisão deveria produzir efeitos retrospectivos, a atingir toda e qualquer compensação unilateral que tivesse sido realizada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Frisou que a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, vetores axiológicos que justificariam a modulação das decisões judiciais, não protegeriam aqueles que agissem utilizando-se da própria torpeza. Salientou que não existira qualquer ameaça à segurança jurídica ou à estabilidade social ao se declarar retroativamente a invalidade ou a prática arbitrária e anti-isonômica como a que fora elaborada pela própria Fazenda Pública, ao criar um regime jurídico desproporcionalmente desvantajoso. Não vislumbrou, tampouco, interesse social na manutenção das compensações unilaterais realizadas pela Fazenda Pública ao arrepio da lei.

ADI 4357 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.10.2013. (ADI-4357)
ADI 4425 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.10.2013. (ADI-4425)

200) MODULAÇÃO: PRECATÓRIO E EC 62/2009 – 3

Explanou que o interesse social seria contrário ao exercício abusivo das prerrogativas estatais. Certificou que o interesse social imporia a invalidação retroativa da sistemática de compensação unilateral, como fora assentado pelo STF. Lembrou que, conforme apontado pelo autor, bastaria que os tribunais acrescessem, aos valores dos precatórios constituídos, o montante irregularmente compensado, o que solucionaria o problema. Dessa forma, bastaria que esses acréscimos fossem processados ou quitados na ordem cronológica, nos termos do art. 100 da CF. Analisou que essas mesmas razões recomendariam a declaração retroativa de inconstitucionalidade da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", constante no § 12 do art. 100 da CF e também nos §§ 1º, II, e 16, ambos do art. 97 do ADCT, porque definidora do critério de atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatório. Atribuiu, também, eficácia retrospectiva à interpretação conforme a Constituição conferida à expressão "independentemente de sua natureza", contida no mesmo § 12 do art. 100 da CF. Entendeu que não se poderia admitir que o poder público lançasse mão de expedientes inconstitucionais para reduzir o seu passivo com a sociedade brasileira. Por arrastamento, reconheceu com eficácia *ex tunc* a inconstitucionalidade da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", contida no art. 1º-F da Lei 9.494/97 que, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, passara a reproduzir a literalidade do comando contido no art. 100, § 2º, da CF. De igual modo, deu interpretação conforme a Constituição quanto ao mesmo art. 1º da Lei 9.494/97, com a redação da Lei 11.960/2009, na expressão "independentemente de sua natureza", para afastar a incidência do índice de remuneração da caderneta de poupança para fins de cômputo dos juros moratórios devidos pela Fazenda Pública em razão de relação jurídico-tributária. Assim, aplicou à hipótese o mesmo índice pelo qual se remuneraria o Fisco pela mora do contribuinte.

ADI 4357 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.10.2013. (ADI-4357)
ADI 4425 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.10.2013. (ADI-4425)

201) MODULAÇÃO: PRECATÓRIO E EC 62/2009 – 4

Salientou que, quanto à declaração de inconstitucionalidade do § 15 do art. 100 da CF e do art. 97 do ADCT, ambos incluídos pela EC 62/2009, deveriam ter seus efeitos modulados no tempo. Explanou que, embora fosse desejável que os citados entes políticos honrassem as suas dívidas pontualmente, a satisfação imediata de todos os credores poderia impactar a consecução dos demais misteres constitucionais que caberiam ao poder público, a afetar a esfera jurídica de inúmeros outros cidadãos que não seriam responsáveis pela recalcitrância da Fazenda Pública em pagar as suas dívidas. Salientou que o exercício financeiro de 2013 estaria próximo ao fim e que boa parte do planejamento orçamentário referente a 2014 fora realizado com base na legislação vigente, em especial a EC 62/2009. Defendeu que a presente proposta de modulação manteria, por cinco anos, com base no princípio constitucional da segurança jurídica, todas

as demais previsões do regime jurídico especial criado pela EC 62/2009. Acentuou que essa proposta conteria as seguintes regras: a) seriam considerados válidos os pagamentos realizados até o trânsito em julgado das ADI 4425/DF e 4357/DF nas modalidades leilão e quitação por acordo, porque essas formas de pagamento teriam sido declaradas nulas com eficácia *ex nunc*, certo que não poderiam ser utilizadas doravante; b) seriam mantidos os percentuais mínimos da receita corrente líquida, vinculados ao pagamento do precatório (ADCT, art. 97, §§ 1º e 2º), o que permitiria que Estados, Distrito Federal e Municípios dessem continuidade à quitação de suas dívidas sem prejudicar o atendimento de outras finalidades de interesse público; c) até o final do exercício financeiro de 2018, Estados, Distrito Federal e Municípios devedores que pagassem precatórios pelo regime especial aqui modulado não poderiam ter valores sequestrados, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que trataria o §§ 1º, II, e 2º do art. 97 do ADCT, por força do art. 97, § 13, do ADCT. Esclareceu que, caso não houvesse liberação tempestiva dos recursos vinculados ao pagamento dos precatórios (ADCT, art. 97, § 10): I) haveria "... o sequestro da quantia nas contas de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ordem do Presidente do Tribunal referido no § 4º do art. 97 do ADCT, até o limite do valor não liberado"; II) constituir-se-ia, "... alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores, de precatórios contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório ao pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem"; e III) "o chefe do Poder Executivo responderá na forma de legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa" (art. 97, § 10, I, II e III, do ADCT). **ADI 4357 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.10.2013. (ADI-4357)**
ADI 4425 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.10.2013. (ADI-4425)

202) MODULAÇÃO: PRECATÓRIO E EC 62/2009 – 5

Observou, ainda, que as compensações eventualmente já efetuadas também não causariam impacto gravoso à segurança jurídica ou à estabilidade social. Sublinhou que os tribunais seriam instados a acrescer aos valores dos precatórios formados o montante regularmente compensado e que esses acréscimos deveriam ser processados e quitados em ordem cronológica até o final do exercício financeiro de 2018. Sinalizou que o entendimento proposto teria aplicabilidade tanto a precatórios pendentes de expedição, porque já ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória da Fazenda Pública, quanto a precatórios que viessem a surgir em decorrência de novas e ulteriores condenações do erário até o final do exercício financeiro de 2018. Considerou que, como em toda e qualquer decisão que envolvesse fixação de prazo, o que estaria em jogo seria tanto a efetividade da Constituição quanto a credibilidade do STF. Enfatizou que, vencido o prazo ora fixado e findo o exercício financeiro de 2018, seria imediatamente aplicável o novo art. 100 da CF, que preveria a possibilidade de sequestro de verbas públicas suficientes para a satisfação do débito sempre que não ocorresse tempesti-

va alocação orçamentária. Preveria ainda a responsabilidade penal e administrativa do Presidente de tribunal que, por ato comissivo ou omissivo, retardasse ou tentasse frustrar a liquidação regular dos precatórios. Consignou ser o momento oportuno para que o STF revisse o entendimento de que a intervenção federal, quando motivada por descumprimento de decisão judicial pelo não pagamento de precatórios, estaria sujeita à comprovação do dolo e da atuação deliberada do gestor público em furtar-se à sujeição ao direito. Ponderou que essa prova de dolo inviabilizaria qualquer pedido de intervenção.

ADI 4357 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.10.2013. (ADI-4357)

ADI 4425 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.10.2013. (ADI-4425)

203) MODULAÇÃO: PRECATÓRIO E EC 62/2009 – 6

Ponderou ser indiscutível que o Poder Judiciário teria papel decisivo na construção de rede de incentivos sobre comportamentos humanos na sociedade. Assentou que o não pagamento por parte do poder público, despido de dolo, teria se tornado prática que não envolveria qualquer ônus. Assim, bastaria que o gestor invocasse as limitações da realidade, traduzidas na reserva do possível, para que a possibilidade de intervenção fosse afastada. Atestou que a intervenção federal existente em estado potencial na legislação brasileira teria sido reduzida a zero e que seria necessário romper esse círculo vicioso. Observou que, se a intervenção federal não fosse medida adequada para quitar todos os precatórios pendentes, seria conveniente a criação de rede de incentivos que estimulassem o adimplemento do Poder Público contra seus débitos reconhecidos em juízo. Concluiu que, se adviesse o exercício financeiro ora proposto – 2018 – sem que Estados, Distrito Federal e Municípios tivessem honrado suas dívidas ou sem que viabilizassem formas alternativas para fazê-lo, deveria ser aplicado de imediato o art. 100 da CF, bem como deveria ser cabível a intervenção federal ou estatal, no caso de Municípios, a garantir a efetividade da Constituição e a credibilidade do STF. Após, concluída a proposta do relator, pediu vista o Ministro Roberto Barroso.

ADI 4357 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.10.2013. (ADI-4357)

ADI 4425 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.10.2013. (ADI-4425)

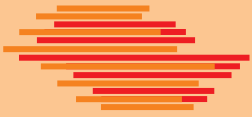
Fonte: http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/boletimAbrirDetalhes.do?cdBoletimEdit=327

Contencioso Tributário-Fiscal

204) EXECUÇÃO FISCAL – Débito fiscal decorrente de IPVA. Exequente que demonstrou que o executado foi incorporado pelo devedor constante dos títulos executivos. Ilegitimidade de parte reconhecida em primeiro grau que deve ser afastada – Recurso provido. (Apelação nº 0001569-62.2010.8.26.0462 – Poá – 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – Relator (a): Maria Laura Tavares – 16/12/2013 – 12079 – Unânime).

205) TUTELA ANTECIPADA para suspender a exigibilidade de crédito tributário em ação anulatória de débito fiscal ITCMD – Indeferimento – Credor que não pode ser impedido de ter acesso ao Judiciário para a satisfação de seu crédito (CF, art. 5º, XXXV e CPC, art. 585, § 1º). Suspensão da exigibilidade apenas possível se realizado o depósito judicial de seu valor integral (CTN, art. 151, II, Lei 6830/80, art. 38 e súmula 112 do STJ). Recurso não provido. (Agravo de instrumento nº 2047675-71.2013.8.26.0000 – Barueri – 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – Relator (a): Urbano Ruiz – 16/12/2013 – 17952 – Unânime)

206) EXECUÇÃO FISCAL – Inclusão de sócio no polo passivo da Execução Fiscal. Em regra é admissível a inclusão dos sócios no polo passivo, diante do encerramento irregular da empresa – Para que a execução seja redirecionada contra os sócios é necessário que a sua citação seja efetuada no prazo de cinco anos a contar da citação da empresa executada, em observância ao disposto no art. 174 do CTN. Forçoso reconhecer a ocorrência da prescrição, com relação aos sócios, uma vez que a citação da executada se deu em 27 de julho de 1997 (fls. 06) – Adesão da executada ao PPI em dezembro de 1997 interrompeu a prescrição – Contagem reiniciada em 04 de maio de 1998, com o rompimento do acordo de parcelamento – Pedido de redirecionamento da ação realizado somente em 05 de dezembro de 2011 (fls. 108), quando já ocorrida a prescrição. Sentença mantida nesse aspecto – Carência superveniente da ação. Inocorrência – O encerramento irregular da empresa devedora não a impede de possuir bens – O pedido de inclusão dos sócios no polo ativo da ação não implica a renúncia tácita com relação à executada original. Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 0001359-50.1997.8.26.0564 – São Bernardo do Campo – 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – Relator (a): Carlos Eduardo Pachi – 18/12/2013 – 17087 – Unânime)



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515