BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

SETEMBRO/OUTUBRO 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. 5 – setembro/outubro 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
Cursos e eventos em Parceria com outras Instituições 11

Peça e Julgado
Ação Civil Pública – Manifestação do Estado de São Paulo na forma estabelecida no art. 2º da Lei Federal nº 8.437/92, contra pretensa concessão de liminar visando a suspensão das obras de restauro, reforma e construções de edificações no sítio histórico conhecido como "Casa das Retortas". Indeferimento da liminar – Decisão mantida – Negado provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público de São Paulo..... 13

Doutrina
Breves reflexões sobre a repercussão geral. 33

Parecer da Consultoria Jurídica da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP
LICITAÇÃO. Contratação de serviços de consultoria técnica, com aporte financeiro do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e contraparte da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP..... 39

Pareceres da Procuradoria Administrativa
PREVIDÊNCIA SOCIAL. Regime próprio. Aposentadoria Especial. Condições especiais de trabalho que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Inexistência de necessária legislação integrativa. Precedente: Parecer PA nº 34/2010. Mandados de injunção concedidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo com eficácia *erga omnes*, em julgamento conjunto. Decisão que não afasta a necessidade de comprovação fática, em cada caso concreto, da presença dos requisitos constitucionais para a obtenção do benefício. Necessidade de formulação de pedido de cumprimento de

obrigação de fazer, em execução de sentença, pelo servidor que queira se beneficiar do julgado. Precedente: Parecer PA nº 153/2010. Possibilidade de edição de normas regulamentares pelo Poder Executivo Estadual, disciplinando os procedimentos relacionados às aposentadorias especiais debatidas em juízo. Irrelevância da percepção de adicional de insalubridade para efeito de comprovação da insalubridade que dá azo à aposentadoria especial. Indispensabilidade de perícia, cuja competência material é do Departamento de Perícias Médicas Estaduais. Aplicação apenas supletiva da regulamentação infralegal federal. Precedente: Parecer PA nº 119/2011. Descabimento de concessão de aposentadoria especial derivada de conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em tempo de serviço comum. Direito à conversão não assegurado constitucionalmente ao servidor público, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal..... 53

CARGO PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. READAPTAÇÃO. Só podem ser computados, para fins de integralização do estágio probatório, os períodos de exercício real e efetivo no cargo investido. Pareceres PA-3 nº 70/93 e 157/2010. Interpretação do artigo 28 da LCE 180/78 à luz da Constituição de 1988. A investidura original permanece, alterando-se as atribuições do cargo de acordo com a capacidade do servidor. Art. 3º do Decreto 52.968/72. Parecer PA-3 nº 149/97. Possibilidade de aplicação do instituto da readaptação a servidor em estágio probatório, caso constatada, por inspeção médica oficial, a alteração da capacidade laboral em razão de modificação superveniente do estado físico ou mental. Medida que é benéfica à Administração e melhor atende ao interesse público, representando alternativa de aproveitar no serviço público o servidor que ainda possui condições laborais. Período que pode ser computado para integralização do estágio probatório. Proposta de revisão parcial do entendimento da Chefia da Instituição lançado no Parecer PA 230/2008..... 66

Ementário

Consultoria..... 83
Contencioso Geral 91
Contencioso Tributário-Fiscal 94

Editorial

Extremamente honrado com o convite para escrever o editorial desta edição do Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, gostaria de aproveitar a oportunidade para apresentar aos novos Procuradores a Procuradoria Regional da Grande São Paulo, com a visão de alguém que ingressou na Instituição e na Unidade em 1993 e que aqui permanece desde então, não tendo afastado os olhos da Regional nem mesmo durante o período em que exerceu atividades no Gabinete do Procurador-Geral.

A Procuradoria Regional da Grande São Paulo foi criada pelo Decreto nº 15.439, de 29 de julho de 1980, ainda no período em que a Procuradoria Geral do Estado fazia parte da Secretaria de Estado da Justiça.

Em sua configuração inicial, era composta por um gabinete do Procurador Chefe, por duas Subprocuradorias, cinco Seccionais e doze Setores que respondiam pela defesa do Estado num total de quarenta municípios em torno da Capital.

A 1ª Subprocuradoria englobava a Seccional de Santo André, com os Setores de Acompanhamento de Processos de Mauá, Ribeirão Pires e São Caetano do Sul e a Seccional de Diadema, com seu Setor de Acompanhamento de Processos de São Bernardo do Campo.

Já a 2ª Subprocuradoria incluía a Seccional de Osasco, com os setores de Barueri, Cotia, Itapecerica da Serra, Seccional de Guarulhos, com os Setores de Franco da Rocha, Mairiporã, Santa Izabel e Seccional de Mogi das Cruzes, com os Setores de Poá e Suzano.

Na época da criação da PR-1, pelo que se pode notar do desenho dessa Unidade, a existência de estrutura física da Procuradoria nas Comarcas era importante para a consolidação e fortalecimento da Instituição, especialmente num período em que a PGE também prestava assistência judiciária à população carente de nosso Estado.

Os Procuradores precisavam estar próximos aos seus assistidos, aos contribuintes e aos Fóruns para melhor cumprir a missão institucional da Procuradoria Geral do Estado.

Com o passar dos anos, várias fatores influenciaram na modificação desse quadro, tais como a redução do número de funcionários, que muitas vezes invia-

bilizada a manutenção de setores instalados, o início da informatização e a criação da Defensoria Pública, entre outros, que levaram ao fechamento dos Setores de Mauá e Suzano, grandes polos de prestação de assistência judiciária no início dos anos 90, Ribeirão Pires, São Caetano do Sul, Poá, sendo que outros sequer chegaram a ser instalados como Barueri, Itapecerica da Serra, Mairiporã e Santa Izabel.

Daquele total de doze Setores, restaram apenas São Bernardo do Campo, Cotia e Franco da Rocha, agora sob a denominação de Secções de Acompanhamento de Processos.

De fato, no final da década de 90, teve início na Administração um esforço de redução do tamanho do Estado, com um grande trabalho de privatizações, ao mesmo tempo em que a informatização, representada naquele período pela utilização de computadores, começou a ganhar espaço e foi necessária para aumentar ao máximo a produtividade, num período marcado pela enorme dificuldade em se obter autorização para realizar concursos de ingresso para a recomposição dos quadros da Procuradoria Geral do Estado.

Desde então, o país cresceu, São Paulo cresceu, a informatização tornou-se algo presente em todas as nossas atividades e a Procuradoria Regional da Grande São Paulo não poderia, como não ficou, imune às transformações.

Se, por um lado, o deslocamento pelas ruas e avenidas da Capital e das grandes cidades da nossa Regional transformou-se em algo lento e penoso, a velocidade da informação não parou de crescer.

O processo digital é uma realidade, assim como os serviços colocados à disposição dos contribuintes por meio da internet, tornando-se cada vez menos necessário o deslocamento e a presença física dos Procuradores nos Fóruns e dos contribuintes nas Seccionais e Setores da Procuradoria.

Essa crescente impossibilidade física de deslocamento, o aumento da complexidade das atividades da Procuradoria, a necessidade de otimizar os recursos humanos, concentrando servidores e Procuradores e a necessidade cada vez maior de celeridade nas decisões, veio, ao longo dos anos, fortalecendo a ideia de dividir a Procuradoria Regional da Grande São Paulo em três Unidades, já que a sede do Gabinete da PR-1, com o Chefe da Unidade, um Assistente e dois Chefes de Subprocuradoria, situada na Capital e, portanto, igualmente distante de todas as Seccionais, faz parte de modelo de gestão de outra época, em que as necessidades que justificaram aquela configuração já não existem e, por outro lado, dificultam o atendimento das exigências dos dias atuais.

Em recente reunião realizada no mês de setembro passado, com a presença de todos os Procuradores da PR-1, o tema foi discutido e, apesar das preocu-

pações totalmente pertinentes manifestadas pelos Procuradores com a estrutura dessas novas Unidades, não houve quem não concordasse que a criação de unidades menores, com a presença das respectivas Chefias, traria um ganho para o trabalho de todos, revertendo-se, como não poderia deixar de ser, em benefícios para o Estado.

As novas unidades seriam compostas pela união das Seccionais de Santo André e Diadema, passando a formar a Procuradoria Regional do ABC, a Seccional de Osasco sozinha, pelo seu porte e localização, seria transformada em Regional e Guarulhos e Mogi passariam a compor a terceira Unidade, com sede em Guarulhos.

Tais mudanças contam com o apoio do Procurador-Geral do Estado e, espera-se, possam ocorrer após a aprovação da nova lei orgânica, já que seria necessário criar novos cargos e a divisão seria feita por Decreto, forma mais simples permitida pelo projeto que se encontra na Assembleia Legislativa.

Por fim, ainda outro dia, em conversa com um Colega que me dizia que a Procuradoria Regional da Grande São Paulo é uma grande porta de entrada da Instituição, fato que se confirmou no último concurso em que foram oferecidos aos novos 13 vagas, das quais 09 eram para a Grande São Paulo, tive a oportunidade de dizer que mais que a porta de entrada da PGE, a Grande São Paulo é um ótimo lugar para se viver e trabalhar, onde o deslocamento dentro das cidades ainda é possível e a complexidade e diversidade de questões judiciais apresentadas aos Procuradores permitem o pleno exercício e a realização profissional.

SIDNEI FARINA DE ANDRADE
Procurador do Estado
Chefe da Procuradoria Regional da Grande São Paulo

Cursos do Centro de Estudos

02.09 – Palestras: "Consumo Sustentável" e "Projeto Prevenir".

05.09 – Workshop – Indicadores Gerenciais da Dívida Ativa da Procuradoria da Fazenda Nacional.

16.08, 05.09, 12.09 e 10.10 – Ciclo de Palestras sobre Cláusulas de Editais e Contratos de Concessão.

19.09 – Aspectos Jurídicos da Inscrição de Débitos na Dívida Ativa e Inclusão de dados no Sistema da Dívida Ativa da PGE.

23 a 26.09 – Recursos Especial e Extraordinário – Aspectos Jurídicos e Práticos.

01.10 – Palestras: "Língua Portuguesa" e "Noções Básicas do Sistema de Controle de Estoque – Almoxarifado – Patrimônio".

11.10 – Palestra: "Legística – Avaliação de Impacto dos Atos Normativos".

21.10 – Palestras: "Sucesso e Felicidade" – "Ética, Postura e Compromisso".

31.10 – Palestra: "Língua Portuguesa".

Eventos do Centro de Estudos

19 e 20.09 – 49º Curso de Atualização Jurídica – Encontro Estadual de Procuradores.

03 e 04.10 – I Encontro de Servidores das Procuradorias Regionais de Bauru – Campinas e Sorocaba.

24 e 25.10 – V Encontro de Procuradores do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal.

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

05 e 06.09 – 2º Congresso Paulista de Direito Administrativo – Infraestrutura e Desenvolvimento Nacional.

23 a 27.09 – Treinamento – Sistema Docflow.

24 a 26.09 – Curso Capacitação de Ouvidores do Estado de São Paulo.

26 e 27.09 – Curso Gestão Tributária dos Contratos Terceirizados com a Administração Pública para a Prevenção de Responsabilidades.

02 a 04.10 – II Congresso Internacional de Direito do Estado.

09 a 11.10 – IX Congresso Brasileiro de Direito Previdenciário.

15 a 18.10 – XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado.

30.10 a 02.11 – 17º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública, 5º Congresso Sul-Americano de Direito do Estado.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL – FAZENDA PÚBLICA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 053.10.005707-4

REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQUERIDOS: SECRETARIA DE ESTADO DA CULTURA DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS

A **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por sua procuradora que esta subscreve, nos autos acima indicados, vem respeitosamente, apresentar a sua manifestação, nos termos do art. 2º, da Lei Federal nº 8.437/92, pelo que passa a expor e a requerer a Vossa Excelência o seguinte:

1 – A Lide Posta em Juízo

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Secretaria de Estado da Cultura do Estado de São Paulo, Município de São Paulo, J. S., Construtora C. S/A, Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo (CONPRESP) e Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo (CONDEPHAAT), com o objetivo de obter tutela jurisdicional que:

a) imponha aos Réus a obrigação de não fazer consistente em não executar as obras de restauro, reforma e construção de edificações previstas no projeto básico elaborado pelo escritório P. M. da R. Arquitetos Associados, bem como no projeto de restauro concebido pelo escritório P. B. Arquitetos Associados, nos termos previstos no procedimento de concorrência 010/2009;

b) condene os Réus J. S. e Construtora C. S/A, solidariamente, ao ressarcimento da Fazenda do Estado de São Paulo de todas as verbas despendidas em razão do procedimento de concorrência 010/2009;

c) imponha aos Réus J. S. e Construtora C. S/A a obrigação de fazer consistente em desfazer as obras que venham a ser executadas no Complexo Industrial do Gasômetro do Brás, especialmente no conjunto denominado Casa das Retortas, que "alte-

rem a concepção e legibilidade originais do conjunto, interna e externas, retornando o conjunto à situação da data do ajuizamento desta ação e excluindo quaisquer *acumulações* que descaracterizem sua *ambiência* original e sua natureza de documento arquitetônico de valor histórico e cultural, mediante liquidação de sentença";

d) condene o Réu J. S. ao pagamento de multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor do suposto dano causado, a ser apurado em liquidação de sentença;

e) imponha aos Réus Município de São Paulo e Secretaria da Cultura do Estado de São Paulo a obrigação de fazer consistente em proceder à *restauração* e *conservação* do Complexo Industrial do Gasômetro do Brás, "disponibilizando-o para a população como equipamento cultural e de lazer, sem a construção de edificações no entorno e no seu interior que possam descaracterizar a sua *ambiência* e *visualidade*, preservando o monumento na sua integridade, mediante conclusão de consenso entre entidades representativas da sociedade civil";

f) anule o procedimento de concorrência 010/2009, objeto do processo administrativo 122725, bem como o contrato dele decorrente, sem ônus para o erário, determinando-se, ainda, a devolução de verbas eventualmente já pagas;

g) anule as decisões proferidas pelo CONPRESP, nos processos administrativos 2009-0.157.737-1 e 2009-0.028.399-4, e pelo CONDEPHAAT, no processo administrativo 58.879/09 – Ata 1534.

A demanda, na qual foram deduzidos os pedidos acima alinhados, diz respeito ao imóvel localizado nesta cidade, conhecido como Complexo Industrial do Gasômetro do Brás, formado pela Casa das Retortas e Conjunto da Figueira.

2 – O Pedido de Concessão de Medida Liminar

O Autor da ação civil pública pleiteou a concessão de tutela de urgência para que se determine à Ré Secretaria de Estado da Cultura que:

a) mantenha suspensas até final decisão judicial todas as obras de restauro, reforma e construção de edificações no Complexo Industrial do Gasômetro do Brás, sob pena de cominação de multa diária de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), podendo, caso se entenda conveniente, ser ordenada a realização de uma audiência de justificação, com a oitiva de representantes da sociedade civil e testemunhas arroladas na petição inicial;

b) não efetue desembolsos de quantias relativas ao contrato acima mencionado.

Previamente à apreciação do pedido de concessão de medida liminar, determinou-se a manifestação do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo, na forma estabelecida no art. 2º da Lei Federal nº 8.437/92.

3 – A Necessidade de Retificação do Polo Passivo

Antes de tratar do pedido de concessão de medida liminar, cumpre ressaltar que a demanda foi equivocadamente deduzida, entre outros, em face da Secretaria de Estado da Cultura e do CONDEPHAAT, órgãos da Administração Pública Estadual, e do CONPRESP, órgão do Município de São Paulo, todos eles sem personalidade jurídica.

Como órgãos que são, não têm eles capacidade para exercer direitos e assumir obrigações, razão pela qual não podem figurar no polo passivo da relação processual.

É sabido que a Administração Pública, para melhor desempenhar as suas atividades, pode dividir-se internamente, criando unidades menores de atuação, que representam o fenômeno que se convencionou tratar por desconcentração do exercício da função administrativa.

Contudo, a titularidade de direitos e obrigações não se transfere às unidades que surgem em razão da desconcentração administrativa.

Portanto, impõe-se consignar, desde logo, a necessidade de retificação do polo passivo, a fim de que dele constem apenas pessoas – que podem ser naturais ou jurídicas, públicas ou privadas – com capacidade jurídica própria.

4 – O Projeto de Implantação do Museu da História do Estado de São Paulo

A ideia de implantação de um museu relativo à história do Estado de São Paulo tomou corpo no Governo Estadual no início de 2008.

Em 19 de dezembro daquele ano, foi publicado no Diário Oficial despacho do Senhor Governador do Estado autorizando fosse ouvido o pronunciamento do Senhor Secretário de Estado da Cultura sobre a formalização de convênio entre o Estado de São Paulo e a Fundação Patrimônio Histórico da Energia e Saneamento, para gerenciar a implantação do mencionado museu.

O museu ocupará o conjunto arquitetônico denominado Casa das Retortas, que, originariamente, abrigou uma usina de gás a carvão, desativada há vários anos.

Em 1980, o imóvel passou à titularidade da EMURB (Empresa Municipal de Urbanização) e, em 29 de janeiro de 2009, foi publicado o Decreto Estadual nº 53.974/2008, que o declarou de utilidade pública para fins de desapropriação.

No citado imóvel, o Governo do Estado de São Paulo, por intermédio de sua Secretaria da Cultura, pretende implantar um museu que visa a contar a história do Estado de São Paulo, desde a chegada dos primeiros colonizadores até os dias atuais.

Para tanto, foi iniciado o processo de intervenção nº 58.879/09, que foi submetido à análise da Unidade de Preservação do Patrimônio Histórico (UPPH) do CONDEPHAAT.

Após a manifestação dos técnicos da UPPH, no sentido da viabilidade das intervenções pretendidas, que incluem a demolição de algumas edificações "de rasa qualidade construtiva que não agregam qualquer qualidade estética ao conjunto, construções apêndices espúrios das mais diversas formas, além de péssimo estado de conservação", conforme manifestação da UPPH, que instrui esta manifestação.

O processo foi encaminhado ao CONDEPHAAT, que deliberou condicionar a apreciação do plano de demolição à apresentação das diretrizes do projeto arquitetônico proposto para a área em questão.

Atendida a solicitação, o CONDEPHAAT deliberou pela aprovação do plano de demolições, destacando a necessidade de apresentação posterior do plano de desenvolvimento do projeto de implantação do museu.

Em seguida, a Secretaria de Estado da Cultura apresentou ao CONDEPHAAT o projeto de arquitetura visando à adequação do bem aqui tratado à implantação do Museu da História do Estado de São Paulo, que mereceu parecer favorável da relatora, no sentido de que o projeto "não conflita, nesse estágio de desenvolvimento, com as disposições da resolução de tombamento". Por tal razão, a relatora votou pela sua aprovação, consignando: "a) que nos espaços em que se tratar do histórico da Casa das Retortas não sejam esquecidas as conexões deste núcleo com o dos Balões, situado em quadra próxima, que também integra o Complexo Industrial do Gasômetro do Brás; b) que o projeto detalhado de arquitetura venha acompanhado do projeto de restauro".

Em 08 de junho de 2009, o CONDEPHAAT aprovou o voto da relatora, favorável ao projeto de adaptação do Conjunto e Edifícios das Retortas para a implantação do Museu da História do Estado de São Paulo.

Por sua vez, o CONPRESP, em 16 de julho de 2009, manifestou-se "favorável ao projeto de reforma com aumento de área e mudança de uso, em imóvel situado à Rua do Gasômetro, 100, com as diretrizes e recomendação constantes do ofício nº 565/CONPRESP/2009.

Procedeu-se, também, a procedimento licitatório, na modalidade concorrência, para a contratação de empresa apta a realizar as obras e serviços necessários à implantação do Museu da História do Estado de São Paulo.

Ainda com relação ao projeto de implantação do Museu da História do Estado de São Paulo, deve-se ressaltar que com ele se busca contribuir para a formação da consciência histórica da população, mediante o desenvolvimento, por equipe multidisciplinar, de ações educativas, que envolverão exposições, visitas monitoradas, publicações especializadas, elaboração de materiais didáticos multissensoriais, etc.

Além disso, pretende-se criar um centro de documentação e memória, denominado SPDOC, que envolverá a instalação de uma biblioteca especializada na história de São Paulo e de um arquivo histórico.

Trata-se, pois, de projeto de grande envergadura, que busca congregar cultura, história, educação e lazer, além de contribuir para a revitalização urbanística da área em que será implantado.

5 – A Ausência de Requisitos para a Concessão de Medida Liminar

O art. 12, caput, da Lei Federal nº 7.347/85 estabelece que "poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação, em decisão sujeita a agravo".

É certo, pois, que a legislação admite, nas ações civis públicas, a concessão de medida liminar.

Contudo, como leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO[1], a adoção de tal providência exige que se verifique, no caso concreto, a presença dos requisitos autorizadores dos provimentos de urgência, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*:

> "A Lei da Ação Civil Pública estabelece que 'o juiz poderá conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia' (lei nº 7.347, de 24.7.85, art. 12). Não fala em requisito algum, mas se uma justificação pode ser necessária, é porque necessária é também a presença dos requisitos da urgência e da probabilidade; além disso, o contrário equivaleria a desconsiderar o devido processo legal. Mais técnico e explícito, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que 'sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu'. E, como esses dois estatutos se interpenetram mediante recíproca aplicação das normas de um ao processo regido pelo outro (LACP, art.

1 *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 108.

21 e CDC, art. 90), as exigências do Código de Defesa do Consumidor, como requisito para antecipar a tutela, impõem-se também na área regida pela Lei da Ação Civil Pública."

Também HUGO NIGRO MAZZILLI[2] destaca que a concessão de medida liminar, nas ações civis públicas, está condicionada à caracterização da "plausibilidade do direito invocado como fundamento do pedido" (*fumus boni iuris*) e da "dificuldade ou até impossibilidade de reparação do dano, diante da demora normal para obter a solução definitiva do processo" (*periculum in mora*).

Feitas estas considerações, passa-se a demonstrar que, no caso dos autos, não estão presentes os requisitos legalmente exigidos para a concessão de medida liminar.

5.1 – A Ausência de *fumus boni iuris*

O Ministério Público entende que o projeto de implantação do museu é inviável porque implicaria suposta descaracterização de sítio histórico.

Segundo a petição inicial, haveria a violação de comandos contidos na Constituição Federal, em documento internacional e em normas infraconstitucionais.

Não é, porém, o que ocorre.

As obras previstas resultam de sólidos estudos, como indicam os documentos que instruem em inquérito civil juntado aos autos com a petição inicial.

O projeto foi aprovado pelo CONPRESP e pelo CONDEPHAAT, que são os órgãos competentes para tanto.

Ficam aqui rechaçados veementemente todos os ataques à idoneidade e à legitimidade dos referidos órgãos colegiados.

O CONDEPHAAT foi criado pela Lei Estadual nº 10.247, de 22 de outubro de 1968, e, desde então, exerce de modo irretocável a sua missão de proteger, valorizar e divulgar o patrimônio cultural no Estado de São Paulo, dando a máxima efetividade ao comando contido no art. 261 da Constituição Estadual.

Nos termos do art. 137 do Decreto Estadual nº 50.941/2006, com a redação dada pelo Decreto Estadual nº 53.571/2008, o CONDEPHAAT é composto por representantes da Secretaria de Estado da Cultura, do Meio Ambiente, de Esporte, Lazer e Turismo, da Justiça e da Defesa da Cidadania, da Economia e Planejamento,

2 *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 472.

da Procuradoria Geral do Estado, das Universidades Estaduais (USP, UNICAMP e UNESP), do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, do Instituto dos Arquitetos do Brasil e do Museu de Arqueologia e Etnologia da Universidade de São Paulo.

Trata-se, pois, de órgão colegiado dotado de conhecimentos e aptidão técnica para atuar na defesa do patrimônio cultural.

O mesmo ocorre com o CONPRESP, criado pela Lei Municipal nº 10.032, de 27 de dezembro de 1985, alterada pelas Leis Municipais nºs. 10.236/1986 e 14.516/2007, e composto por membros da Administração Pública Municipal, do Instituto dos Arquitetos do Brasil, da Ordem dos Advogados do Brasil e do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (Seção de São Paulo).

É fato notório que a conduta de ambos os órgãos colegiados vem sendo, há longos anos, pautada pela irrestrita defesa do patrimônio cultural, não se admitindo insinuações de que agem eles em favor de supostos interesses pessoais de quem quer que seja.

Neste passo, deve-se repelir, também, a assertiva de que o projeto em tela viola o princípio da gestão democrática dos bens ambientais.

No Estado Democrático de Direito, a participação popular deve ocorrer na forma prevista em lei, que, para a hipótese ora tratada, não estabelece a realização de audiências públicas.

No caso dos autos, a forma legalmente prescrita é aquela que foi observada pelo Estado de São Paulo, qual seja, a apreciação do projeto por órgãos colegiados competentes, integrados por representantes da Administração Pública e da sociedade civil.

A existência de dissenso dentro de tais órgãos não pode ser usada para desqualificar a decisão final tomada pela maioria, decisão esta que, tanto no CONDEPHAAT, quanto no CONPRESP, foi favorável ao projeto de adequação do imóvel para a implantação do Museu da História do Estado de São Paulo, na forma pretendida pela Administração Estadual.

Calcados em sua capacitação tecnicamente e legitimados como representantes da coletividade, o CONDEPHAAT e o CONPRESP aprovaram projeto que atende a toda a legislação aplicável ao caso, além de estar solidamente motivado e não revelar a ocorrência de desvio de finalidade.

Com efeito, como a atuação estatal respeitou as normas que regem a preservação do patrimônio cultural, bem como aquelas que disciplinam as contratações

feitas pelo Poder Público, não se pode falar em infringência dos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

Também não há qualquer violação ao disposto nos arts. 215, 216 e 225 do Texto Maior, tendo em vista que o Poder Público está atuando na defesa do patrimônio cultural, com a implantação de empreendimento que, ao contrário do que se afirmou na petição inicial, não destruirá nem descaracterizará o complexo imobiliário da Casa das Retortas, já que o projeto segue todos os padrões técnicos exigidos, conforme aprovação dos órgãos competentes.

Também não há que se falar em desobediência ao disposto na Carta Internacional Sobre a Conservação e Restauração de Monumentos e Sítios (Carta de Veneza), que veicula diretrizes fixadas no II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos, em 1964.

O art. 6º do citado diploma normativo estabelece que "a conservação de um monumento implica a preservação de um esquema em sua escala. Enquanto subsistir, o esquema tradicional será conservado, e toda construção nova, toda destruição e toda modificação que poderiam alterar as relações de volumes e de cores serão proibidas".

O projeto aprovado pelos órgãos competentes não prevê a alteração da relação de volumes e cores.

De seu turno, o art. 13 da Carta de Veneza, também mencionado na peça vestibular, refere-se especificamente a "restauro de monumentos", vedando, quando possível, os acréscimos no próprio monumento restaurado. Assim, tal disposição não se aplica à construção de um anexo ao museu, como ocorre no caso dos autos.

Deve-se observar, outrossim, que a construção de anexos a museus é permitida pelo art. 3º da Lei Federal nº 11.904/2009 (Estatuto de Museus), a qual preceitua, ainda, que "todo museu deverá dispor de instalações adequadas ao cumprimento das funções necessárias, bem como ao bem-estar dos usuários e funcionários".

O anexo atacado na petição inicial visa justamente a dar efetividade ao comando legal por último mencionado.

Cumpre salientar que o ordenamento jurídico não veda que se edifique no entorno de bens tombados, desde que, como se deu neste caso concreto, o projeto seja previamente aprovado pelo órgão competente (art. 137 do Decreto Estadual nº 13.426/1979, com a redação da pelo Decreto nº 48.137/2003).

Neste passo, deve-se ponderar que o estilo arquitetônico proposto para o anexo do museu não afeta a Casa das Retortas, que permanece íntegra em suas características.

O que ocorre, no projeto arquitetônico ora debatido, é uma justaposição de estilos, que – diga-se – não representa novidade alguma, como prova a construção da moderna pirâmide de vidro junto ao clássico imóvel que abriga o Museu do Louvre, em Paris. Tal realização, que inicialmente provocou grande controvérsia, é atualmente saudada como uma bem-sucedida fusão de elementos antigos e modernos.

De tudo quanto ficou dito, pode-se concluir que o projeto aqui tratado representa o estabelecimento de um diálogo entre passado e presente, aproximando um bem cultural, que é reminiscência de tempos idos, de outro bem cultural, representativo da atualidade, reforçando às presentes e futuras gerações a ideia de que "a produção cultural funciona por acumulação", sendo certo que "o patrimônio cultural serve como uma espécie de alicerce sobre o qual a civilização como um todo se edifica e evolui"[3].

5.2 – A Ausência de *periculum in mora*

A execução do projeto de implantação do Museu de História do Estado de São Paulo não acarreta risco de lesão a qualquer direito.

Ao contrário, o empreendimento garante a conservação de importante sítio histórico e promove a sua integração com elementos modernos, criando para a população um espaço de lazer e cultura, que também revitaliza a região central da cidade de São Paulo.

Como se demonstrou, o projeto atende todas as normas que o disciplinam, não se podendo falar na possibilidade de ocorrência de danos, que supostamente autorizariam a paralisação de sua execução.

É oportuno, aqui, trazer a lição de PAULO DE BESSA ANTUNES[4] sobre a aplicação do princípio da precaução, no sentido de que tal postulado "não determina a paralisação da atividade, mas que ela seja realizada com os cuidados necessários, até mesmo para que o conhecimento científico possa avançar e a dúvida ser esclarecida".

3 MARCHESAN. Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 49.

4 *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35.

Na hipótese em debate, a implantação do empreendimento, como demonstra o projeto arquitetônico, foi planejada e será executada com todos os cuidados necessários à garantia da preservação do meio ambiente cultural.

Assim, não se sustenta o fundamento trazido pelo Autor para caracterizar o *periculum in mora*.

Ressalte-se, por importante, que eventual concessão da medida liminar (admitida para argumentar, mas sem ceder), acarretará o *periculum in mora* ao reverso, ou seja, haverá sério dano ao interesse que se pretende proteger.

Isto porque retardará, de modo injustificado, a recuperação de bem cultural que se encontra atualmente sem condição de visitação e de aproveitamento pela população.

6 – Considerações Finais

De tudo quanto ficou dito, resta evidenciado que a concessão da medida liminar requerida pelo Autor impossibilitará o Poder Público de dar continuidade a um projeto de inegável importância histórica, cultural e urbanística.

Por outro lado, foram cumpridos os trâmites legais necessários ao início da execução do projeto, sendo certo que o Autor não apresentou forte evidência técnica que pudesse abalar a presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos praticados na implementação do empreendimento.

Além disso, não há a comprovação de que a execução do projeto signifique risco de lesão ao meio ambiente cultural e à coletividade.

Em nível de cognição sumária, não se mostra pertinente determinar a paralisação de um projeto lastreado em sólidos estudos, aprovado pelos órgãos competentes e cujo conteúdo não restou abalado pelas alegações feitas na petição inicial.

Ao tratar da tutela de urgência na seara ambiental, MARCELO BUZAGLO DANTAS[5] leciona:

> "Veja-se, por exemplo, a hipótese de pleito de liminar em ação coletiva intentada com vistas à paralisação de obra ou atividade devidamente licenciada pelo órgão competente, integrante do Sisnama (Lei nº 6.938/1981, art. 10, caput e parágrafos). Ora, em que pese existir casos em que o licenciamento ambiental não seja bem conduzido, levando à expedição de um ato autorizativo contrário à legislação em vigor, esta, contudo, não é a regra. Desse modo, como ato administrativo que é, a licença

5 *Tutela de urgência nas lides ambientais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 69-70.

ambiental goza de presunção de legitimidade e, como tal, deve ser prestigiada, salvo a existência de robustos elementos de convicção em sentido contrário.
Acerca do tema, colhe-se interessante passagem da obra de Rodolfo de Camargo Mancuso, calcado em lição doutrinária de Alcebíades da Silva Minhoto Júnior nos seguintes termos:

> 'De qualquer forma, não nos parece compatível com a *mens legis* autorizar, de maneira indiscriminada, o Judiciário a arrasar a atividade administrativa, nas suas origens, fulminando projetos oriundos, muitas vezes, de estudos complexos e responsáveis. Em uma palavra, a utilização da liminar, sem critérios profundamente meditados, pode ensejar, sem dúvida, a ocorrência de um mal maior ou, pelo menos, tão grave quanto o próprio ato que se inquina de lesivo, em detrimento do interesse público que a demanda visa a proteger.'"

A respeito da matéria, assim se pronunciou o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região[6], em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal:

> "ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. LIMINAR PARA PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES DA EMPREENDEDORA. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. 1. Cassada a liminar que determinou a paralisação das atividades de implantação do projeto 'Porto da Barra'. O Juiz pode tomar esse tipo de providência a qualquer tempo, se entender necessário, mas, no caso dos autos, houve autorização do FATMA e do IBAMA, mediante expedição de Licença Ambiental Prévia (LAP) e de Licença Ambiental de Instalação (LAI); razão pela qual é inviável a pretendida paralisação, já que as atividades foram iniciadas face à expedição de ato administrativo cuja presunção de legalidade não foi desfeita. 2. Toda a atividade humana pode causar danos ao meio ambiente, não há 'poluição zero', de forma que a ideia de natureza intocada é um mito moderno. Por outro lado, a área em discussão sofre pressão populacional crescente, e a ocupação desordenada pode ser ainda mais degradante ao meio ambiente. Dessa forma, não há necessidade de paralisação das atividades, pois, no transcorrer da Ação Civil Pública, haverá meios para que, com o auxílio de profissionais, chegue-se a uma solução menos degradadora do meio ambiente. Essa orientação está em conformidade com a ideia de que as normas constitucionais, nesse assunto, tem o objetivo de preservação de um mínimo de 'ponderação ecológica'. 3. O perigo na demora e a grave lesão de difícil reparação podem ser verificados no fato de que o empreendedor direcionou recursos para a atividade, de modo que se ela for inviabilizada, o investimento será redirecionado para outras atividades, com o que a comunidade é prejudicada. 4. Agravo provido. (TRF4, AG 1998.04.01.016742-3, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, DJ 02/09/1998)"

6 Decisão disponível em www.trf4.gov.br. Acesso em 03.08.2009.

O julgado que se acaba de invocar foi mantido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal.

Apesar de ter prevalecido o não conhecimento do recurso, a questão de fundo chegou a ser debatida, merecendo transcrição algumas das ponderações feitas pela eminente Ministra Eliana Calmon[7], que se referem à preservação do meio ambiente natural, mas que, *mutatis mutandis*, adequam-se ao caso aqui tratado:

> "**O Ministério Público afirma que existe uma possibilidade de haver dano ao meio ambiente. Todos os órgãos especializados dizem que pode haver a construção.**
>
> Duas questões me chamaram a atenção no parecer do Ministério Público: a primeira trata da possibilidade de haver dano ao meio ambiente; a segunda, que a UNIÃO fez doação de terras suas sem a devida autorização, ou com autorização irregular.
>
> O primeiro aspecto, o da possibilidade, tem de vir assegurado em algum parecer, alguma evidência técnica, porque o problema é eminentemente técnico, **não se trata de releitura ideológica do ato administrativo.** Tenho de estar segura de que existe algum fato que determine essa possibilidade. Vai haver dano ao meio ambiente, mas o RIMA avalia se o custo/benefício para a sociedade há de ser efetivamente aplicado e suportado. Tenho o documento máximo para a construção de qualquer empreendimento.
>
> O segundo aspecto é o econômico, pois se trata de um empreendimento de grande monta, resultado de empréstimos estrangeiros, com pagamentos previstos em dólar e está tudo paralisado, porque os empréstimos são feitos e os órgãos estrangeiros só os fazem depois de todas as licenças necessárias (IBAMA, Universidade Federal, ISAFAM, Prefeitura e Secretaria do Patrimônio Federal). **Todos autorizaram. Estarão todos errados?**
>
> ***Data venia*, não posso aceitar. A questão das possibilidades é que está dando o problema do custo Brasil, da insegurança que se tem. Observem que esses empreendimentos foram feitos à vista de todos os documentos.** Isso aconteceu com a Marina da cidade de Salvador. O Ministério Público indeferiu, mas a Marina está lá.
>
> Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, sei como V. Exa. é cuidadoso, mas já tive muita experiência em questões ligadas ao meio ambiente, nas quais **existe, por trás de todos os aspectos de legalidade, o problema ideológico**, o problema de manter o *status quo* da natureza. Ora, se assim fosse, estaríamos ainda, no Brasil, com os índios vestindo penas. Lógico que a vida e as necessidades mudam. É preciso fazer uma avaliação do custo/benefício."

7 REsp nº 247.961-SC. Disponível em www.stj.gov.br, Acesso em 05.03.2010, negrito da transcrição.

Os entendimentos acima reproduzidos amoldam-se à hipótese dos autos, na medida em que também aqui há um projeto regularmente aprovado pelos órgãos competentes, sendo certo que a sua paralisação traria danos ao interesse que se pretende proteger.

Ante o exposto, o Estado de São Paulo requer seja denegada a medida liminar pleiteada na petição inicial e aguarda a sua citação, observado o disposto no art. 6º, V, da Lei Complementar Estadual nº 478/86.

Consignando que o projeto de adequação do imóvel para a implantação do museu consta do inquérito civil já trazido aos autos, fica requerida a juntada dos seguintes documentos: a) apresentação sintética do projeto do Museu da História de São Paulo; b) manifestações do CONDEPHAAT e do CONPRESP favoráveis à adequação do imóvel para a implantação do empreendimento; c) informações prestadas pela UPPH a respeito do projeto aqui debatido.

São Paulo, 05 de março de 2010.

MARIA DE LOURDES D'ARCE PINHEIRO
Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 126.243

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES 4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

CONCLUSÃO

Em 16 de março de 2010, faço estes autos conclusos ao MM. Juiz de Direito Dr. Marcos Pimentel Tamassia. Eu (Marcia Laiz, Escrevente-Chefe).

DECISÃO

Processo nº: 053.10.005707-4

Classe – Assunto Ação Civil Pública – Anulação

Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Requerido: Secretaria de Estado da Cultura do Estado de São Paulo e outros

Controle 336/10

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Marcos Pimentel Tamassia

Vistos.

Pretende o autor sustar o início das obras de restauro, reforma e construção de edificações no sítio histórico conhecido como "Casa das Retortas", destinado por seu proprietário, o Estado de São Paulo, a abrigar o Museu da História de São Paulo.

Alega o Ministério Público que não foi levada em consideração sua recomendação a respeito da obra no sentido de suspender os atos administrativos tendentes à contratação do projeto executivo e a própria execução das obras, inclusive o projeto de restauro, até que estudos completos fossem realizados e revistos os projetos, sob o argumento de que o patrimônio histórico e o interesse ambiental do local seriam prejudicados, tanto pela obstrução da visão do conjunto de prédios históricos como pela competição entre os edifícios existentes e os a serem construídos e também por corte de árvores no imóvel.

Não vislumbro, no entanto, condições para ser concedida a liminar, que fica indeferida.

É que os projetos foram aprovados pelo CONPRESP e pelo CONDEPHAAT, órgãos a quem legalmente é atribuída a tarefa de autorizar obras em bens protegidos.

Nesse sentido, em hipótese semelhante, o v. acórdão relatado pelo Des. Reynaldo Miluzzi, na Apelação nº 994.05.059172-6:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Tombamento – Ação movida por associação de direito privado, com o fim de obstar a construção de edifício de apartamento na área de proteção de 300m do bem tombado (Instituto Butantã), bem assim que seja determinada a proibição de novas autorizações nesse sentido – Concessão, pelo Município de São Paulo nos limites de sua competência (art 30, VIII, do CF), da licença para construção, cujo projeto se amolda aos ditames da Lei de Zoneamento então vigente, que precedeu ao tombamento –* ***Ademais, há decisão técnica favorável ao projeto, emitida pelo CONDEPHAAT, que concluiu pela inexistência de prejuízo à visibilidade do bem tombado – Faculdade discricionária do órgão, que deve atender ao fim colimado no art. 137 do Decreto Estadual nº 13.426/79, que é o de evitar prejuízo à visibilidade ou destaque do referido sítio ou edificação –*** *Resolução SC/113 do Secretário de Cultura do Estado de São Paulo que fixa gradações máximas para novas construções no local – Não ocorrência de ilegalidade ou invalidade dos atos impugnados – Precedente desta Corte – Recurso não provido 2 – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – Não ocorrência – Não pode ser considerado litigante de má-fé quem persegue em juízo um direito de que se diz possuidor e nos estritos limites das regras processuais vigentes – Recurso adesivo não provido.* (grifei)

Em dez dias, emende-se a petição inicial, para regularizar o polo passivo, que incluiu entes que não são dotados de personalidade jurídica própria.

Int.

São Paulo, 22 de março de 2010.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
Juiz de Direito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 990.10.149792-1, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo agravados SECRETARIA DE ESTADO DA CULTURA DE SÃO PAULO, PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, JOÃO SAYAD, CONSTRUTORA CVS S/A, CONSELHO MUNICIPAL DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL E AMBIENTAL DE SÃO PAULO CONPRESP e CONSELHO DE DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, ARQUEOLÓGICO, ARTÍSTICO E TURÍSTICO DO ESTADO – CONDEPHAAT.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), DE PAULA SANTOS E GONZAGA FRANCESCHINI.

São Paulo, 22 de setembro de 2010.

OSWALDO LUIZ PALU
Relator

VOTO Nº 1.731
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 990.10.149792-1
COMARCA: SÃO PAULO
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADOS: SECRETARIA DE ESTADO DA CULTURA DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Civil Pública – Pretensa concessão de liminar visando a suspensão das obras de restauro, reforma e construções de edificações no sítio histórico conhecido como "Casa das Retortas". Indeferimento da liminar – Decisão mantida – Ausência de demonstração, em cognição sumária, de prova inequívoca da verossimilhança das alegações – Negado provimento ao recurso.

I . RELATÓRIO

1. Cuida-se de Agravo de Instrumento com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal aforado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO

PAULO em confronto à r. decisão reproduzida a fls. 89/90 que, em ação civil pública proposta pelo agravante, denegou a liminar postulada com o fito de que fossem obstadas as obras de restauro, reforma e construção de edificações no sitio histórico conhecido como "Casa das Retortas".

2. Com efeito, consoante se infere da peça inaugural do presente recurso (fls. 02/38) e documentos a ela acostados (fls. 39 e seguintes), o Estado de São Paulo assumiu a administração da chamada "Casa das Retortas" visando implantar no local o MUSEU DE HISTÓRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por meio da Secretaria de Estado da Cultura. A "Casa das Retortas" é composta por um conjunto de edifícios que formam o chamado 'Complexo Industrial do Gasômetro do Brás' . Todo o conjunto, dado seu valor histórico e cultural, fora tombado pelo CONDEPHAAT e pelo CONPRESP. Para fins de implantação do mencionado museu, a Secretaria de Estado da Cultura contratou projetos de obras civis de reforma, restauro e construções de edificações no sitio histórico. Segundo alegou o Ministério Público na peça exordial da ação civil pública intentada (fls. 39/82), os projetos elaborados desrespeitam gravemente as normas internas e internacionais de conservação de monumentos e sítios históricos. Por essa razão, ingressou em juízo o ente ministerial objetivando, em síntese, impugnar todo o procedimento que levou à aprovação da realização das obras na "Casa das Retortas". Pugnou na inaugural da ação civil pública a concessão de medida liminar de modo a sustar o início das obras. Indeferida a liminar pleiteada (fls. 89) insurgiu-se o Ministério Público por meio do presente agravo de instrumento, postulando a reversão da r. decisão hostilizada, concedendo-se a liminar requerida, e obstando-se o início da execução das obras. Argumenta a título de razões recursais, em síntese, que o projeto elaborado para a implantação do Museu de História de São Paulo prevê a construção no entorno e no interior das edificações que compõem o complexo que abriga a "Casa das Retortas", de modo que haverá a descaracterização do patrimônio paisagístico, arquitetônico, urbanístico e cultural de sítio histórico; afirma que os órgãos técnicos incumbidos da proteção do patrimônio cultural, quais sejam o CONPRESP e o CONDEPHAAT desatenderam as recomendações e pareceres de seus próprios técnicos e que esses órgãos não estão imunes ao controle jurisdicional. Inclinando-se pela possibilidade de risco de dano de difícil reparação, assevera que a obra já foi licitada e está na iminência de ser iniciada, e que seu custo é de aproximadamente cinquenta milhões de reais. Houve pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

3. Recebido o recurso e denegado o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 233/238), sobrevieram as informações do juiz da causa a fls. 247/248, as contraminutas da Fazenda do Estado de São Paulo a fls. 256 e seguintes e da Municipalidade de São Paulo, intempestiva, a fls. 385 e seguintes,

tendo se manifestado a douta Procuradoria de Justiça a fls. 381/383 opinando pelo provimento do recurso. É o relatório.

II. FUNDAMENTO E VOTO

4. Ar . decisão agravada é de ser mantida.

5. Por primeiro, afasto a preliminar aventada pela Fazenda do Estado de São Paulo em contraminuta, posto que prescindível, no caso, a intimação da Construtora C. e J. S. para responder ao recurso.

6. O julgamento do presente recurso restringe-se, a rigor, à verificação da presença ou não dos requisitos ensejadores à concessão da liminar, no caso em Ação Civil Pública. E o que se constata com a análise de tudo o quanto alegado nos autos deste agravo de instrumento e, notadamente, da farta documentação coligida, é que a concessão da liminar não se justifica porquanto o fumus boni júris não restou caracterizado.

7. Com efeito, na hipótese dos autos, como já colocado na decisão de fls. 233/238, os órgãos técnicos aprovaram o empreendimento cultural, fixando algumas diretrizes, que devem ser atendidas, obviamente. Com o agravo não vieram elementos (ainda que provisórios e eventualmente, até, superficiais) para impugnação minimamente segura dos pareceres técnicos dos referidos órgãos especializados. Anote-se que, como disse, as diretrizes dos referidos órgãos devem ser atendidas, inclusive o que constou sobre o restauro das construções e edificações do sítio histórico.

7.1. Apenas como 'obiter dictum', a atuação estatal tem, em grande parte, um grau discricionário de escolha do objeto do ato administrativo (obviamente não absoluto) e que, em alguns casos como o dos autos, liga-se ao que Renato Alessi chama de discricionariedade técnico-administrativa[8]. Opções irrazoáveis poderão

8 "Igualmente sucede quando a questão seja única, porém deva resolver-se não só com apoio em critérios técnicos, mas também administrativos, de maneira que a questão seja técnica e administrativa a um mesmo tempo. Tal sucede em todos os casos nos quais a atividade administrativa deva desenvolver-se através de uma atividade de natureza técnica: construção de obras públicas, adoção de aparatos, mecanismos, dispositivos, instrumentos, todos eles de natureza técnica; atividade técnica de pessoas (médicos, engenheiros, mecânicos e outros). Em tais casos, a atividade técnica constitui o meio para a satisfação do interesse público. Agora bem, esta atividade técnica deve desenvolver-se naturalmente com apoio em critérios técnicos e através da solução de questões técnicas, porém para tudo o que se compreenda dentro do conceito geral de eleição do meio técnico, ao tratar-se de eleição do meio para satisfazer um interesse público, os critérios a utilizar não serão puramente técnicos, senão também administrativos. Por isso, quando se refere a eleição dos critérios para a construção de obras públicas, a eleição de dispositivos, mecanismos, aparatos, máquinas, etc; a eleição dos técnicos (médicos, engenheiros, etc.) , assim como a eleição dos critérios gerais a seguir pelos mesmos, tratando-se de valorar comparativamente o interesse público concreto e o meio para sua satisfação, com o fim de eleger o meio a adotar, os critérios a seguir não são unicamente técnicos,

ser anuladas pelo Poder Judiciário, obviamente. Mas, a priori e liminarmente, não parece ser o caso.

8. Ademais, inexiste ilegalidade na r. decisão agravada a ser combatida, razão pela qual a mesma deve prevalecer. Cumpre trazer à tona trechos de julgamentos proferidos quanto à matéria:

> " ...somente se demonstrada a ilegalidade do ato de deferimento ou negatório da liminar ou o abuso de poder do magistrado, e isto de forma irrefutável, seria admissível a substituição de tal ato vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro da instância superior". (Al nº 316.545-5/4, Rel. Des. Christiano Kuntz)

> "O exame dos requisitos ensejadores da medida liminar está afeto ao juízo monocrático; à instância recursal revisora compete reapreciá-lo desde que a situação dos autos possa indicar exemplo teratológico não resolvido por aquele". (Al nº 92.010-5/2, Rel. Des. Vallim Belocchi, v.u. de 11.11.98 e AI nº 315.636-5/2, Rel. Des. Coimbra Schmidt, v.u. de 10.03.03)

Como lembra DINAMARCO (Nova Era do Processo Civil, p. 72, Malheiros, 3 ed.) "para antecipar a tutela, basta a probabilidade e, obviamente, não se exige a certeza; mas sempre é indispensável observar uma linha de equilíbrio com o qual o juiz leve em conta os males a que o interessado na medida se mostra exposto e também os que poderão ser causados a outra parte se ela vier a ser concedida. Tal é o juízo do mal maior, indispensável tanto em relação às antecipações de tutela quanto às medidas cautelares. Quanto mais intensa for a medida sobre os direitos da parte contrária, tanto mais cuidadoso deve ser o juiz, mas a variação de intensidade dos efeitos invasivos não é determinada rigidamente pela natureza antecipatória ou cautelar..." dizendo em que seguida que "o juízo do mal maior associa-se ao juízo do direito mais forte, que deve aconselhar o juiz a ponderar adequadamente as repercussões que da medida que concederá, redobrando os cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de tão elevada expressão econômica, política ou humana, que somente em casos extremos devem ser sacrificados."

---

senão também administrativos, em quanto a autoridade encarregada da eleição deve ter em conta também as exigências do interesse público, adaptando a este os ditames da técnica, pelo que a questão é técnica e administrativa, de maneira que aqui também uma revisão da solução dada à questão encerraria a revisão da solução de uma questão administrativa com base no uso de critérios administrativos e, portanto, definitivamente, uma revisão da valoração do interesse público feita pela Administração pública. Em todos os casos expostos em que os critérios técnicos estão ligados a critérios administrativos, pode falar-se de uma discricionariedade técnico-administrativa, que constitui uma verdadeira e própria discricionariedade e produz todos os seus efeitos." ALESSI, Renato. 'Instituciones de derecho administrativo'. Bosch, Barcelona, 1970, p. 198.

Claro que os termos do art. 273, do Código de Processo Civil exprimem o que a doutrina aduz serem conceitos indeterminados em que a palavra, por ser um signo, supõe um significado; logo, tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica, que, mesmo que conceitos vagos, fluidos ou imprecisos têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma 'zona de certeza positiva', dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma 'zona de certeza negativa' em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só têm relevância no intervalo entre ambas as áreas. No interregno, entra a prudência judicial.

9. Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, mantendo-se incólume a r. decisão agravada.

OSWALDO LUIZ PALU
Relator

Breves reflexões sobre a repercussão geral

Joyce Sayuri Saito[1]

Introdução

A repercussão geral foi introduzida em nosso sistema jurídico pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, com o objetivo de tornar o processo judicial mais célere e efetivo, uma vez que a massificação da sociedade moderna acarretou muitas ações judiciais repetitivas e que aguardam tempo demasiado por uma decisão judicial.

À época, havia a necessidade da criação de um instituto que limitasse os recursos extraordinários que se avolumavam no Supremo Tribunal Federal, via controle difuso de constitucionalidade, razão apontada pela doutrina para a paralisação e afastamento da Suprema Corte de sua tarefa precípua de guardiã da Constituição.

Assim surgiu um novo requisito para conhecimento do recurso extraordinário, com previsão no § 3º do art. 102 da Constituição Federal, incluído pela referida emenda constitucional:

> "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo por manifestação de dois terços de seus membros".

Após quase dez anos da introdução em nosso sistema pátrio do instituto da repercussão geral, vale refletirmos, ainda que de forma abreviada e sucinta, acerca dos reais benefícios por ele trazidos, bem como avaliar os resultados obtidos desde a sua introdução em nosso sistema legal.

---

1 Procuradora do Estado de São Paulo, classificada na Procuradoria Fiscal, especialista em Direito Processual Civil e em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Juíza substituta do Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

Considerações iniciais

A Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, trouxe um pacote de medidas que visava eliminar grande parte dos processos sujeitos à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente em relação àquelas ações em que a Fazenda Pública fizesse parte ou tivesse interesse, já que, frequentemente, suas teses acabam por se repetir.

Além da repercussão geral, houve ainda a introdução do art. 103-A na Constituição Federal, concedendo novo significado às súmulas. Embora a palavra súmula signifique um resumo de casos semelhantes e decididos da mesma forma, não possuindo caráter cogente e servindo apenas de orientação para as futuras decisões, a referida alteração constitucional previu a figura da súmula vinculante.

No caso de ato administrativo ou decisão judicial que contrarie a súmula vinculante ou que indevidamente a aplique, cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Tais modificações constitucionais visavam atender reclamos antigos, como do Ministro Sepúlveda Pertence que, em 1993, já previa a necessidade de solucionar o problema das demandas múltiplas. Assim se manifestou em seu voto na ADC n.1:

> "É a unanimidade firmada em torno de que, para que se admita essa demanda declaratória será necessário demonstrar uma situação de incerteza objetiva sobre a validade de determinada lei, revelada pela pendência de múltiplos processos sobre a questão, mormente se tem tido soluções divergentes.
>
> A ação declaratória tira a sua legitimidade, não só constitucional, não só estritamente jurídica, mas também política, como tentativa de solução deste problema das demandas múltiplas; e só na extensão em que existir esta situação objetiva de insegurança em torno da validade de uma lei, é que creio deva ser conhecida a ação".

Havia, na verdade, a necessidade de aproximar os sistemas da *civil law* (caracterizado principalmente pela liberdade dos magistrados para o julgamento das causas a eles submetidas, independentemente dos julgamentos por Corte superior, em casos idênticos) e da *common law* (em que, uma vez julgado um caso pela Suprema Corte Americana, todos os magistrados de instâncias inferiores devem observar tal julgamento em todos os casos idênticos), e também de promover sua integral convivência, ante a massificação e multiplicidade de processos que versam idêntica questão de direito.

A ideia de o STF se pronunciar apenas uma vez sobre determinada questão constitucional, característica do sistema da *common law*, inspirou a inovação constitucional, regulada pela Lei nº 11.418/2006, que acrescentou os artigos nº 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. Assim prevê o art. 543-A, § 1º, do CPC:

> "Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa".

E o art. 543-B do CPC:

> "Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo."

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Emenda Regimental nº 21/2007, complementou as normas procedimentais sobre o tema. O art. 322 do referido Regimento prevê:

> "Tribunal recusará o recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo".

Desse modo, compete ao Tribunal de origem a seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia, encaminhando-os ao Supremo Tribunal Federal e sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. Caso o STF decida pela não existência do novo requisito (decisão irrecorrível, salvo embargos de declaração), os recursos sobrestados serão automaticamente considerados inadmitidos. Por outro lado, reconhecida a existência de repercussão geral, os recursos que tiverem controvérsia idêntica, deverão ser apreciados ou julgados prejudicados no caso de retratação pelo Tribunal de origem. Caso não haja retratação, o recurso deverá ser remetido ao STF para julgamento.

Portanto, houve a restrição da competência do STF a questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa de modo a permitir que o STF decida uma única vez sobre cada questão constitucional, garantindo, desta forma, maior celeridade processual.

À época da introdução do referido instituto em nosso ordenamento jurídico e, por inexistir um conceito determinado para repercussão geral, muitas foram as críticas a respeito deste novo requisito para conhecimento dos recursos extraordinários.

Se por um lado a limitação dos recursos extraordinários que se avolumavam no Supremo Tribunal Federal, via controle difuso de constitucionalidade,

acarretaria a aproximação da Suprema Corte da sua tarefa precípua de guardiã da Constituição, por outro, tal limitação poderia significar privação ao cidadão de ter seu direito constitucional protegido, caso não considerado como de repercussão geral.

Contudo, à época, pouco se debateu sobre a falta de "efeito vinculante" do instituto, razão que entendemos ter sido a principal causa do seu fracasso.

Breves reflexões

Após quase dez anos da introdução em nosso sistema pátrio do instituto da repercussão geral, é possível a análise do referido instituto de forma mais crítica, com ponderações e reflexões sobre o disposto nos artigos 543-A e 543-B. Teriam eles alcançado o objetivo da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, de tornar o processo judicial mais célere e efetivo, bem como de limitar o imenso número de recursos extraordinários que se avolumavam no STF?

Estudo divulgado no site do STF, resultante do "II Seminário – Repercussão Geral em evolução" revela que em apenas 8% dos processos sobrestados pela repercussão geral houve juízo de retratação pelo Tribunal de origem, ou seja, em 92% dos casos foi proferida decisão de mérito em sentido contrário ao julgamento do caso alçado como de repercussão geral.[2]

A mesma pesquisa concluiu que o principal motivo de o Tribunal de origem não se retratar, foi sua discordância em relação ao entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, perfazendo 73% dos casos analisados (TJPA; TJPE; TJPR; TJRJ; TJRN; TJSC-2ª; TJSC-3ª; TJSP – PUB; TRF-4; STJ; TJMG-1ª). No restante dos casos (27%) não houve o juízo de retratação por ausência dos requisitos de admissibilidade, em análise após o julgamento pelo STF do caso alçado como de repercussão geral (TJGO; TJRR; TST; TJMG-3ª).[3]

Considerando que a ausência dos requisitos de admissibilidade (27%) seria fato impeditivo do conhecimento recursal pelo próprio Tribunal de origem e este recurso, portanto, sequer chegaria a ser analisado pelo STF, podemos concluir que o restante, que constitui grande parte dos casos sobrestados, acabará sendo objeto de análise pela Corte Constitucional, justamente o que o instituto intenta evitar.

2 Estudo publicado no site http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/Resultados_apresentados.pdf, p. 49/50, com participação do Participaram TJAC; TJCE; TJES; TJMA; TJMT; TJRO; TJRN; TJRR; TJTO; TJAL; STJ; TJPA; TRF-4; TJMG; TJPR; TJSP – PUB.

3 Não informaram: TRF-2; TJAC; TJAL; TJAM; TJAP; TJBA; TJCE; TJDFT.

A sistemática da repercussão geral prevista nos artigos 543-A e 543-B, portanto, apenas alcança seus objetivos no diminuto percentual de 8% dos casos sobrestados e nos casos em que não é necessário o juízo de retratação, ou seja, quando o STF decide o mérito no mesmo sentido do julgador de origem. Nesse último caso (decisão do STF que confirma a decisão de origem), devem ser excluídos aqueles em que a parte entenda haver alguma circunstância que o diferencia do caso alçado como de repercussão geral, o que propicia incidentes, recursos e frustra os objetivos do instituto em análise.

Assim, se a finalidade deste "filtro recursal" era de reduzir o número de processos encaminhados à Suprema Corte, entendemos que muito pouco deste objetivo foi alcançado, sendo necessário refletirmos sobre o custo/benefício de sua manutenção em nosso sistema jurídico. Isso porque, lamentavelmente, acabou-se por criar uma hipótese de mera suspensão do processo, ocasionando na maior parte dos casos, um atraso ainda maior no julgamento do recurso sobrestado.

Atento a este problema, a solução encontrada pelo STF foi de conjugar o instituto da repercussão geral com o da súmula vinculante. Desta forma, quando julgado o mérito de um caso que teve reconhecida a repercussão geral, o STF tenta editar uma súmula vinculante. Contudo, acreditamos que esta não é uma solução eficaz, uma vez que o número de casos com repercussão geral reconhecida é expressivo, dificultando a edição de uma súmula vinculante a cada caso julgado.

O próprio STF aponta que, do 2º semestre de 2007 ao 2º semestre de 2013, foram submetidos ao exame da repercussão geral, 684 processos, dentre os quais 149 processos tiveram o mérito julgado.[4] Por outro lado, há apenas 32 súmulas vinculantes editadas até o momento.

Outro ponto que merece ser considerado é que a edição de súmula vinculante abre a possibilidade de reclamação (art. 103-A, da CF), submetendo a matéria, ainda que indiretamente, à apreciação do STF – justamente o que se queria evitar.

Feitas estas ponderações, acreditamos que, ressalvadas opiniões em contrário, o instituto da repercussão geral, embora tido como importante conquista à época de sua instituição em nosso sistema pátrio, infelizmente, pouco contribuiu no que concerne à agilidade do processo e redução do volume de recursos extraordinários no STF. O problema de nossa Corte Suprema, desta forma, ainda está longe de ser resolvido.

4 http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao

A solução, no nosso sentir, seria muito mais complexa do que a incessante concepção de novos requisitos ao recurso extraordinário. As alterações devem ser mais profundas, repensando-se a própria opção pelo sistema da *civil law* adotado pelo Brasil. Mas esta é uma discussão bem mais abrangente, que extrapola o tema aqui debatido e, por isso, a deixamos para ser objeto de uma outra reflexão.

Bibliografia

COELHO, Glaucia Mara. *Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Transformações do recurso extraordinário. in: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins 10*, NERY JR. Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2 ed. São Paulo: RT, 2007.

Parecer da Consultoria Jurídica da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP

PROCESSO: ARSESP Nº 216/2010
PARECER: PGE/ARSESP Nº 48/2010
INTERESSADA: AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARSESP
ASSUNTO: Implantação de Sistema de Contabilidade Regulatória para o Setor de Saneamento no Estado de São Paulo. Programa de Desenvolvimento da Capacidade Regulatória do Setor de Saneamento do Estado de São Paulo, financiado pela cooperação técnica BR-T1144 do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID.

LICITAÇÃO. Instauração de procedimento licitatório objetivando a contratação de serviços de consultoria para o "desenvolvimento e a implantação de um sistema de contabilidade regulatória para o setor de saneamento no Estado de São Paulo", no âmbito de convênio entre o BID e o Estado de São Paulo, por meio da Secretaria de Saneamento e Energia. Recursos de doação do mesmo BID, complementados com recursos de contrapartida da ARSESP.

Plano de Operações proposto pelo BID e aprovado pela Secretaria de Saneamento e Energia, para o desenvolvimento dos estudos respectivos, a serem financiados pela cooperação técnica. Aprovação, pelo BID, das "listas curtas" para a contratação das consultorias mencionadas. Elaboração, a esta altura, do edital respectivo ou "Seleção de Propostas 1 (SDP 1)", na terminologia utilizada por aquela instituição internacional.

Providências prévias, a serem tomadas pela ARSESP, com vistas à regular instrução dos autos, bem como à instauração do procedimento licitatório:

a) Juntada, ao processo, da autorização do Senhor Governador para a celebração do segundo convênio, entre o Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Saneamento e Energia (SSE) e a ARSESP, assim como dos pareceres das CJs da SSE e da AJG respectivos;

b) Certificação, nos autos, por parte do funcionário responsável da Agência, de que se encontram consignados, no orçamento, re-

cursos para fazer frente à contrapartida a cargo da ARSESP, nas despesas oriundas da implementação do Programa.

Quanto à minuta da SDP-1 propriamente dita: edital em consonância com as orientações proferidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no bojo do Acórdão nº 1.718/2009. Aceitação das "guidelines" do BID, em desfavor das regras nacionais específicas da matéria, porquanto não afrontem ou suprimam *princípios* norteadores das atividades da Administração Pública, presentes no ordenamento pátrio. Observância do disposto no art. 42, § 5º da Lei nº 8.666/93 e dos balizamentos, emanados daquela E. Corte de Contas, a saber: a) adoção das normas da instituição financeira internacional, no caso de conflito entre estas e a legislação pátria; b) adoção dos parâmetros estabelecidos na norma vigente no país, se inexistente conflito entre as normas da instituição financeira e a legislação brasileira; c) inserção de cláusula prevendo a interposição de recurso por parte dos licitantes ao julgamento da comissão, nos termos do art. 109, inciso I, da Lei nº 8.666/93; e d) a existência prévia dos orçamentos-base dos certames, expressos por meio de planilhas com a estimativa das quantidades e dos preços unitários, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, em respeito aos princípios da publicidade e da eficiência, constantes do *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Demonstração documental de que a regular implementação do convênio e, por conseguinte, a operação de transferência de recursos, do estrangeiro para o Brasil, foi condicionada à observância de regras estipuladas pelo BID.

1. Cuida-se de processo de seleção de propostas de consultoria técnica para o desenvolvimento e implantação de um sistema de contabilidade regulatória para o setor de saneamento do Estado de São Paulo, estando, tal processo, no âmbito de um plano de operações sugerido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, e aprovado pela Secretaria de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo.

2. A cronologia dos fatos atinentes a tal acordo de cooperação encontra-se descrita a fls. 04/07 e pode ser assim sumariada: tendo, como um de seus objetivos precípuos, a implantação do marco regulatório do setor de saneamento no Estado de São Paulo e considerando, por outro lado, a limitada capacidade técnica disponível no país para o desempenho de atividades que tais, a ARSESP,

juntamente com a Secretaria de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo, encetou conversações com o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, com vistas à solução do impasse, sendo que este "sugeriu a utilização de experiência internacional para auxiliar a SSE e a ARSESP no desenvolvimento dos instrumentos pretendidos, por intermédio de licitações internacionais que possibilitassem a participação de empresas internacionais" (fls. 04). Ato contínuo, em outubro de 2008, a Secretaria de Saneamento e Energia elaborou uma carta-consulta e a submeteu à Secretaria Especial de Assuntos Internacionais do Ministério do Planejamento – SEAIN, propondo o Programa de Desenvolvimento da Capacidade Regulatória do setor de saneamento do Estado de São Paulo, com recursos de doação do BID complementados por recursos de contrapartida da ARSESP. No trâmite do processo respectivo, o valor a cargo do BID foi reduzido, de US$ 1.500.000,00 para US$ 750.000,00, e a contrapartida da ARSESP, de US$ 500.000,00 para US$ 400.000,00. Em maio de 2009 restou aprovado, pela Secretaria de Estado de Saneamento e Energia, o Plano de Operações proposto pelo BID, para o desenvolvimento dos estudos referidos. Em 04 de junho de 2009, em atenção às recomendações do BID, foram publicados, no sítio da ARSESP, no jornal "O Estado de São Paulo" e também na edição *on-line* do Development Business, das Nações Unidas, o comunicado de Aviso de Manifestação de Interesse relativo aos seguintes estudos: a) desenvolvimento e implantação de um sistema de contabilidade regulatória para o setor de saneamento no Estado de São Paulo; e b) assistência técnica à ARSESP para definição e implementação do Regulamento Tarifário do Setor de Saneamento no Estado de São Paulo. Em 14 de agosto de 2009 foi elaborado o relatório "Análise das Manifestações de Interesse", propondo as "listas curtas" para a execução dos mencionados trabalhos de consultoria, listas estas que contaram com a "não objeção" (NO) do BID, em março do corrente ano. Em novembro de 2009, por orientação do Governo do Estado de São Paulo, o BID foi comunicado que o processo licitatório em tela deveria se harmonizar às diretrizes contidas no Acórdão nº 1.718/2009 do Tribunal de Contas da União. Em dezembro de 2009, restou firmado convênio entre a Secretaria de Saneamento e Energia e o BID. Em março de 2010 foi aprovada, pela Diretoria Colegiada da ARSESP, a nomeação dos integrantes do Grupo Técnico encarregado de acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos de consultoria a serem contratados, bem como a indicação do Coordenador do Programa. Em 09 de junho do corrente ano, a Diretoria Colegiada da ARSESP aprovou os Termos de Referência da SDP (Seleção de Propostas) 1, ora posta a exame desta Consultoria neste processo, e que versa sobre a contratação de consultoria para o Desenvolvimento e a Implantação de um Sistema de Contabilidade Regulatória para o Setor de Saneamento do Estado de São Paulo, e a SDP 2, que cuida da Assistência Técnica à ARSESP para definição e implementação do Regulamento Tarifário do Setor de Saneamento deste Estado.

3. Foram acostados aos presentes autos: Carta-Consulta encaminhada, pela SSE à SEAIN (fls. 09/17), Convênio firmado pelo BID e a SSE (fls. 18/40), Relatório de Análise das Manifestações de Interesse relativo ao Programa de Desenvolvimento da Capacidade Regulatória do Setor de Saneamento do Estado de São Paulo – Cooperação Técnica BR-T114 do Banco Interamericano de Desenvolvimento com a ARSESP (fls. 41/47), Orientações da Secretaria de Saneamento e Energia quanto às diretrizes constantes do Acórdão nº 1718/2009 do Tribunal de Contas da União (fls. 48/59), Plano de Trabalho atinente ao Programa de Desenvolvimento da Capacidade Reguladora da ARSESP no Setor de Saneamento, no bojo do Convênio firmado entre a SSE e a ARSESP (fls. 61/69), Aprovação do Grupo Técnico de Acompanhamento do Convênio, pela Diretoria Colegiada da ARSESP (fls. 70/75), Reserva Orçamentária (fls. 76/84), Minuta da Seleção de Propostas (SDP) 1 (fls. 85/187), Despacho do Senhor Secretário Executivo, solicitando, desta Consultoria Jurídica, parecer acerca do processado (fls. 188), Parecer Jurídico e documentos anexos (fls. 189/215), Despacho do Senhor Diretor Presidente da ARSESP, noticiando a juntada aos autos de cópia do convênio celebrado entre a ARSESP e a SSE, da nota de reserva relativa aos recursos que serão utilizados neste exercício, bem como de planilha de orçamento base do certame pretendido, esclarecendo, ainda, que, em atenção aos norteamentos estabelecidos pelo TCU para hipóteses como a ora tratado, já se tratou de incluir, na minuta original da SDP-1, cláusula prevendo a interposição de recurso ao julgamento do comitê avaliador – item "c" (fls. 216), cópia do convênio firmado entre a SSE e a ARSESP (fls. 217/221), nota de reserva para o corrente exercício (fls. 222/225), Políticas para a Seleção e a Contratação de Consultores Financiados pelo BID (fls. 226/270), Despacho do Senhor Secretário Executivo, solicitando desta CJ, à luz dos novos documentos juntados, a elaboração do pertinente parecer (fls. 271), Despacho do Senhor Diretor Presidente da ARSESP, sumariando, ainda uma vez, as circunstâncias que motivaram a celebração do acordo de cooperação em tela, destacando que "com relação ao processo de contratação em exame, é importante ressaltar que o convênio firmado entre a SSE e o BID prevê, em seu artigo décimo segundo, que a contratação de serviços de consultoria deverá seguir os procedimentos aprovados pelo BID e expressos por meio do documento GN 2350-7, já juntado aos autos", e, ainda, que "tendo em vista que eventuais alterações apenas são permitidas na chamada "Folha de Dados" do documento SDP 01, conforme previsão do item 2.9 do documento GN 2350-7, já foi inserida, na cláusula 7.3, a providência solicitada pelo Tribunal de Contas da União quanto à previsão de interposição de recurso ao julgamento da Comissão de licitação e análise, nos termos da Lei 8666/93, conforme redação aprovada pelo BID" (fls. 272/274), cópia da publicação, no Diário Oficial, da autorização do Senhor Governador para a assinatura do convênio entre a SSE e o BID (fls. 275), cópia do convênio celebrado entre a SSE e o BID (fls. 276/298), Não Objeção (NO) do BID ao Termo de

Referência contido no documento SDP 01 (fls. 299), cópia de divulgação de Manifestação de Interesse publicada no DOE (fls. 300/303), cópia da divulgação de Manifestação de Interesse publicada no jornal "O Estado de São Paulo" (fls. 304), cópia da divulgação da Manifestação de Interesse no sítio eletrônico do BID (fls. 305/306), análise e decisão da equipe técnica da Diretoria Econômico-Financeira quanto à formação da Lista Curta de empresas classificadas para a licitação, com vistas à prestação de serviços de consultoria (fls. 307/309), manifestação de Não Objeção (NO) do BID quanto à Lista Curta para a contratação dos serviços de consultoria (fls. 310/311), cópia da publicação no Diário Oficial do Estado, da composição do Comitê de Avaliação de Propostas que irá conduzir o processo de contratação, bem como designação de servidor responsável pelo recebimento e pela abertura de propostas financeiras (fls. 312), Autorização, firmada pelo Senhor Diretor-Presidente da ARSESP, para a contratação e a realização de despesa (fls. 313).

4. É a síntese do necessário. Passo a opinar.

5. Trata-se de licitação com vistas à contratação de serviços de consultoria técnica, com aporte financeiro do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e contraparte da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP.

6. Por primeiro, cumpre observar que não foi acostada, aos autos, cópia da autorização do Senhor Governador do Estado, para a celebração do segundo convênio, entre o Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Saneamento e Energia, e a ARSESP, com vistas a regular implementação do Programa em tela. Com efeito, a fls. 275 consta cópia da publicação da autorização do Chefe do Executivo Estadual para a celebração do primeiro convênio, entre o BID e o Estado de São Paulo, por sua SSE, o mesmo não ocorrendo com relação ao aludido segundo convênio, o que afronta o art. 1º do Decreto nº 40.722, de 20 de março de 1996, *verbis:*

Art. 1º. Os convênios a serem celebrados pelo Estado de São Paulo, por intermédio das Secretarias de Estado do Poder Executivo ou órgãos vinculados diretamente ao Governador, e Autarquias dependem de prévia autorização deste, exceto nas hipóteses em que seja signatário do instrumento respectivo (grifo nosso).

Certo é que o art. 3º do mencionado Decreto reza que "independe de autorização governamental a que se refere o art. 1º deste decreto a celebração de protocolos de intenção, assim entendidos os ajustes preparatórios da celebração de convênios destituídos de conteúdo obrigacional, aplicando-se o disposto no *caput* do artigo 2º no tocante à representação do Estado em tais avenças". Entretanto tal não é a hipótese tratada, seja porque o ajuste em tela (2º convênio) não é preparatório da celebração do convênio entre o BID e a SSE, mas, sim, posterior a

este último, seja porque não esteja ele destituído de conteúdo obrigacional (veja-se, a propósito, a cláusula segunda daquele convênio, intitulada "Obrigações dos Partícipes" – fls. 218/219).

Por conseguinte, é necessário venha aos autos a mencionada autorização, acompanhada dos pareceres jurídicos pertinentes, da CJ da SSE e da AJG, ou se inexistente, seja devidamente providenciada.

7. Demais disso, em termos de providências a serem tomadas pela Agência, a despeito da indicação de reserva orçamentária (fls. 77/81 e 222/225), **é mister haja, nos autos, a informação, por parte do funcionário responsável da ARSESP, de que se encontram consignados, no orçamento, recursos para fazer frente à contrapartida a cargo da ARSESP, nas despesas oriundas da implementação do Programa.**

8. No que concerne à minuta da Seleção de Propostas, sob exame, há que se observar, primeiramente, o artigo 42, § 5º da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe que:

"Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§ 5º. Para a realização de obras, ***prestação de serviços*** *ou aquisição de bens* ***com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação****, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as* ***normas e procedimentos daquelas entidades****, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação,* ***desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo*** *e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior"* (destaques nossos).

9. Melhor especificando a hipótese legal supradescrita, o Acórdão nº 1718/2009 exarado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União – TCU (fls. 52), estabeleceu os seguintes norteamentos para os processos licitatórios cujos recursos provenham total ou parcialmente de empréstimos internacionais:

"a) a observância do disposto no art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93, bem como a Decisão nº 245/92 TCU/Plenário, quanto à ***adoção das normas da instituição financeira internacional, caso haja conflito entre tais normas e a legislação brasileira;***

b) a ***adoção dos parâmetros estabelecidos na norma vigente no País, caso não haja conflito entre as normas da instituição financeira internacional e a legislação brasileira****;*

c) ***a inserção nos editais de cláusula prevendo a interposição de recurso por parte dos licitantes ao julgamento da comissão****, nos termos do art. 109, inciso I, da Lei nº 8.666/93; e*

d) ***a existência prévia dos orçamentos-base dos certames****, expressos por meio de planilhas com a estimativa das quantidades e dos preços unitários, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, em respeito aos princípios da publicidade e da eficiência, constantes do caput do art. 37 da Constituição Federal"* (grifos nossos).

10. A adoção dos regulamentos do BID, em hipóteses que tais, já vinha sendo reputada válida, pela jurisprudência, mesmo antes da prolação do mencionado acórdão do TCU, como se vê a seguir:

"Em se tratando de concorrência pública internacional com recursos provenientes de agência estrangeira, a legislação pátria admite a inserção de exigências diversas daquelas previstas na Lei Geral de Licitações. Dessa forma, não constitui ilegalidade nem fere o princípio da isonomia entre os concorrentes a necessidade de comprovação de requisitos de capacitação técnica e financeira estabelecidos por instituição internacional como condição para a aprovação do financiamento. Inteligência do art. 42, § 5º, da Lei n. 8.666/93" (STJ, RMS nº 14.579/MG, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 20.09.2005, DJ de 10.10.2005, p. 265).

11. De tudo se depreende, pois, que as "guidelines" do BID, isto é, das normas ou procedimentos daquele organismo financeiro internacional – são aplicáveis, no âmbito de licitação realizada no Brasil, desde observadas as hipóteses descritas no mencionado dispositivo legal. Entretanto, para que assim seja, é preciso, ademais, que aludidas "guidelines" não afrontem ou suprimam os *princípios* norteadores das atividades da Administração Pública.

12. Isto quer dizer que, malgrado seja lícita – como expressamente referido pelo E. Tribunal de Contas da União, no acórdão ora trazido à colação –, a adoção das normas da instituição financeira internacional caso haja conflito entre tais normas e a legislação brasileira, não podem, aquelas, desrespeitar os princípios basilares da administração pública.

13. De fato, o Brasil é signatário da Conferência de Bretton Woods, de 1944, que criou o FMI (Fundo Monetário Internacional) e o então BIRD (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento), tendo-a ratificado por meio do Decreto-Lei nº 8.479, de 27 de dezembro de 1945 e a promulgado pelo Decreto

nº 21.177, de 27 de maio de 1946. Fez-se introduzir, assim, no ordenamento jurídico pátrio, uma norma específica sobre as contratações financiadas pelo BID, prevendo a adoção das linhas-mestras propostas pelo Banco mesmo em detrimento da legislação brasileira. Todavia, se aquelas podem sobrepujar, validamente, as regras brasileiras acerca da licitação, quando em confronto com estas, não lhes é dado sobrepor-se ao leque principiológico presente no art. 37 da Constituição Federal de 1988 ou dele, logicamente, derivado.

14. A doutrina pátria tem sufragado tal entendimento, como se vê a seguir:

"O art. 42, 5º, significa que as regras acerca de procedimento licitatório, prazos, formas de publicação, tipos de licitação, critérios de julgamento, podem ser alteradas. Não é possível suprimir os princípios inerentes (inclusive aqueles relacionados a direitos dos licitantes), mas podem ser adotadas outras opções procedimentais ou praxísticas"[1] (grifos nossos).

Na mesma linha, o magistério de Rosolea Folgosi[2]:

"Dentro da chamada 'teoria do monismo moderado', as Guidelines, ainda que com aplicação determinada nos contratos de empréstimo, ainda que fundadas em tratado firmado pelo Brasil (Bretton Woods), dependem, para sua validade, de sua consonância com os princípios e normas constitucionais".

Semelhantemente, o Parecer PA nº 238/2007, que, ademais, consigna outras orientações para a perfeita regularidade dos certames como o ora examinado:

"É possível adotar as diretrizes do BIRD em tudo aquilo que não houver conflito com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, em especial, os da isonomia, impessoalidade e publicidade.

(...)

Devem ser adotados todos os procedimentos internos previstos na legislação nacional para as contratações, como, por exemplo, a justificativa para a contratação, a autorização para a realização do certame e para a efetivação da despesa, a publicidade para a convocação dos proponentes, a pesquisa de preços para a comprovação da compatibilidade com os valores praticados no mercado, a reserva de recursos, a formalização da contratação pelos instrumentos admitidos na legislação vigente e a publicação do extrato de contrato.

(...)

1 Marçal Justen Filho. "Comentários à lei de licitações e contratos administrativos", 7 ed., São Paulo: Dialética, 2000, p. 425.

2 "Licitação e as 'guidelines' do Banco Mundial. In: BANDEIRA DE MELLO (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 530.

Para o fim de evitar questionamentos no âmbito interno, no tocante à adoção dos procedimentos licitatórios fixados pelo BIRD, com o afastamento da Lei 8.666/93, é conveniente que no plano anual de contratações seja prevista a separação de ações em contratos cujas despesas onerem apenas recursos do empréstimo ou recursos do Tesouro aplicados em contrapartida, não se fazendo contratações em que a despesa venha a onerar as duas fontes.

(...)

A respeito do tema, esta Procuradoria Administrativa já se manifestou, asseverando (a) que as diferenças constatadas nas normas impostas pelo banco internacional (BIRD) não agridem o disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, além de estarem legitimadas pela ressalva prevista no § 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93, e (b) que nota técnica (do BIRD) e edital que conflitavam com a Lei de Licitações eram compatíveis com o contrato de empréstimo (3.375 BR), de modo que os atos administrativos foram praticados em conformidade com as diretrizes fixadas pelo Banco Mundial e pelo edital, razão por que o estudo das eventuais providências administrativas a serem adotadas para cumprimento de decisão da Corte de Contas deveria aguardar a nova decisão a ser proferida em ação de rescisão do julgado, conforme pareceres PA-3 nº 107/1996 e 299/2001, respectivamente".[3]

15. Além do respeito aos princípios constitucionais atinentes à matéria, é preciso demonstrar, ainda, que recursos estrangeiros serão utilizados para a almejada contratação, e que a adoção das *guidelines* é uma exigência por parte da instituição financeira internacional, e não apenas uma recomendação realizada por esta ao destinatário da doação[4]. Isto quer dizer, como bem acentuado no referido Parecer PA nº 238/2007, que "procedimento não reclamado em norma do agente financeiro não é de observância compulsória por parte da Administração".

16. Em síntese, à luz de todo o exposto, parece ser possível afirmar que as "guidelines" do BID podem prevalecer sobre regras presentes na Lei 8.666/93, desde que: a) sua adoção, por parte do beneficiário nacional, seja uma exigência – e não apenas uma recomendação – por parte da instituição financeira internacional, devendo, ademais, estar, aquela, documentalmente comprovada nos autos; b) haja a demonstração de que a contratação contará com recursos financeiros estrangeiros; c) não malfiram princípios de assento constitucional, ou logicamente derivados de tal matriz.

3 Parecerista Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi. Parecer aprovado pelo Senhor Procurador-Geral do Estado.

4 Cf., a propósito, Marçal Justen Filho, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12 ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 540. No mesmo sentido, o acórdão nº 715/2004 do TCU e muitos outros referidos no Parecer PA nº 243/2007.

17. Pois bem. Segundo nos parece, encontram-se atendidos, no caso vertente, as aludidas exigências, o que aponta para a viabilidade do edital sob exame.

18. Com efeito, consoante se depreende do item 2.9 do documento GN-2350-7, elaborado pelo BID, eventuais alterações, na SDP-1 ora sob exame (fls. 244), somente podem ocorrer na denominada "Folha de Dados", e, assim mesmo, em número mínimo, haja vista a **obrigatoriedade** de o beneficiário da doação (mutuário, na terminologia utilizada pelo Banco), utilizar as SDP's padronizadas, *verbis:*

"2.9. A SDP é constituída por: a) Carta de Solicitação de Propostas; b) Instruções aos Consultores; c) TDR e d) minuta do contrato. **Os Mutuários deverão usar as SDP's padronizadas aplicáveis, emitidas pelo Banco, com as modificações mínimas necessárias, aceitáveis ao Banco, a fim de atender às condições peculiares de cada projeto. Tais modificações deverão ser introduzidas somente por meio da Folha de Dados da SDP**. Os mutuários relacionarão todos os documentos incluídos na SDP. O Mutuário poderá usar um sistema eletrônico para distribuir a SDP, desde que o Banco considere esse sistema adequado. Se a SDP for distribuída eletronicamente, o sistema eletrônico deverá ser seguro para evitar modificações na SDP e não poderá impor restrições de acesso à SDP por parte dos consultores integrantes da lista curta" (grifos nossos).

No mesmo sentido, o artigo décimo segundo do convênio celebrado entre a SSP e o BID:

*"Décimo segundo. Seleção e contratação de consultores. A seleção e contratação de consultores **deverão** ser feitas de acordo com as disposições estabelecidas no documento GN-2350..."* (destaque nosso).

Encontra-se, pois, presente a primeira condição para a adoção das referidas "guidelines", qual seja a exigência – e não apenas a recomendação – realizada pelo Banco ao mutuário, de utilizá-las, tal qual em modelo previamente elaborado por aquele.

19. A exigência de que recursos estrangeiros sejam utilizados na contratação encontra-se, s.m.j., atendida pelo constante no "Convênio de Cooperação Técnica Não Reembolsável", firmado entre a SSE e o BID (fls. 19/40), o qual prevê desembolso, até o montante de US$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América), em favor da SEE, "para financiar a seleção e contratação de serviços de consultoria necessários para a realização de um programa de cooperação técnica para apoiar o desenvolvimento de instrumentos e capacitação de pessoal para a regulação dos serviços do setor de saneamento do Estado de São Paulo" (fls. 19). Cumpre observar, ainda, a este título, que, em atenção ao Parecer

CJ/ARSESP 16/2010 (fls. 189/198), foi celebrado convênio entre a SSE e a ARSESP, no valor de US$ 1.150.000,00 (um milhão, cento e cinquenta mil dólares americanos), custo estimado do denominado "Programa de Desenvolvimento da Capacidade Reguladora do Setor de Saneamento do Estado de São Paulo", sendo US$ 400.000,00 (quatrocentos mil dólares americanos), a título de "contrapartida local", a cargo da ARSESP. Cabe ainda registrar, quanto a este tópico, que o artigo 2º do Convênio firmado entre a SSP e o BID (fls. 19 e 277) indica a ARSESP como órgão executor do programa e destinatário final dos recursos oriundos do Banco, obrigando, ademais, a SSE, enquanto "beneficiária", a repassar, à ARSESP (esta última, na condição de "órgão executor" do Programa), os aludidos montantes, como se vê a seguir:

"Segundo. Órgão Executor. A execução do Programa e a utilização dos recursos da Contribuição do Banco caberão ao órgão Executor do Programa, Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP (doravante denominado "Órgão Executor"), cuja capacidade legal e financeira para atuar como tal é atestada pelo Beneficiário. O Beneficiário compromete-se a repassar ao Órgão Executor os recursos da Contribuição e a garantir que o Órgão Executor cumpra todas as obrigações decorrentes deste Convênio".

20. Por fim, temos que as "guidelines" constantes da minuta da SDP-1, ora sob exame, não afrontam os princípios regedores da matéria em comento, a saber: igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, isonomia, competitividade, eficiência, vinculação ao instrumento convocatório, ampla defesa e julgamento objetivo.

21. O Princípio da Igualdade (art. 37, XXI da CF) encontra-se presente, na minuta analisada, na medida em que nela não tenha lugar o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. A denominada "lista curta" se justifica tanto por conta da grande especialização reclamada para os referidos estudos de consultoria, quanto pelo fato de que, previamente, em atenção às recomendações do BID, foram publicados, no sítio da ARSESP, no jornal "O Estado de São Paulo" e também na edição *on-line* do Development Business, das Nações Unidas, o comunicado de Aviso de Manifestação de Interesse relativo aos estudos relativos ao desenvolvimento e implantação de um sistema de contabilidade regulatória para o setor de saneamento no Estado de São Paulo e assistência técnica à ARSESP para definição e implementação do Regulamento Tarifário do Setor de Saneamento no Estado de São Paulo. Derivações do Princípio da Igualdade são os Princípios da Competitividade (art. 3º, § 1º, I da Lei nº 8.666/93) e da Isonomia (art. 3º, § 1º, II, da mesma Lei de Licitações), os quais também são prestigiados na minuta analisada, porquanto o certame, tal qual lá prefigurado,

fomente a disputa entre os consultores constantes da "lista curta", dispensando tratamento equitativo a todos eles.

O Princípio da Legalidade, tendo em vista o previsto no art. 42, § 5º da Lei nº 8.666/93, tampouco é afrontado no caso sob exame, porquanto a própria lei admita, em casos como o presente, a aplicação das disposições contratuais elaboradas pela instituição financeira de cooperação internacional, o que vem sendo referendado pela jurisprudência, inclusive o TCU.

O Princípio da Impessoalidade, segundo o qual todos os licitantes devem ser tratados, de forma igual, em termos de direitos e deveres, bem como o Princípio do Julgamento Objetivo, que estabelece o julgamento das propostas de acordo com os critérios fixados no edital, não se encontram suprimidos na minuta enfocada.

O Princípio da Moralidade é prestigiado, na aludida minuta, através de dispositivos específicos que vedam, por parte dos envolvidos no certame licitatório, a adoção de práticas reprováveis como a fraude, a corrupção e o conluio.

O Princípio da Eficiência, ou "dever da boa administração", liga-se à busca diuturna, por parte do administrador, da obtenção de resultados positivos para atender às necessidades da comunidade. Ora, este parece ser, precisamente, o fim buscado pelo Programa referido, do qual faz parte a licitação sob análise, como se pode depreender das justificativas para a contratação de consultoria técnica especializada (fls. 04/07).

O Princípio da vinculação ao instrumento convocatório, por sua vez, obriga, a Administração, a cumprir as normas e as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Também aqui, segundo nos parece, a minuta sob exame não discrepa do quanto determinado em sede principiológica.

O Princípio da Publicidade encontra-se prestigiado na hipótese tratada, como, por exemplo, na publicação de atos na imprensa ou em sítios eletrônicos, a começar pelo Aviso de Manifestação de Interesse para serviços de consultoria e passando pelas sessões de abertura de propostas, dentre outros.

Por derradeiro, urge observar que, em homenagem ao Princípio da Ampla Defesa, bem como em cumprimento ao disposto no Acórdão nº 1.718/2009, do TCU, e, ainda, em atenção ao art. 109, inciso I, da Lei nº 8.666/93, fez-se incluir, na denominada "Folha de Rosto", da SDP-1, sob exame, cláusula prevendo a interposição de recurso por parte dos licitantes ao julgamento da comissão (item 7.3, fls. 114).

22. Quanto ao mais, cumpre registrar que o convênio firmado entre o Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Saneamento e Energia e o BID, contou

com a autorização do Senhor Governador do Estado (fls. 275), bem como que a contratação e a realização das despesas relacionadas com a indigitada SDP-1 foi devidamente autorizada pelo Senhor Diretor-Presidente da ARSESP (fls. 313). Outrossim, em atenção ao item "d" do mencionado Acórdão nº 1718/2009, do TCU (fls. 52), foram juntados, aos autos, nota de reserva de recursos para o corrente exercício (fls. 222/224) e planilha de orçamento base do certame (fls. 225).

23. Em razão de todo o exposto, e à luz dos acréscimos que já foram incorporados à minuta analisada, somos pela aprovação da mesma. A continuidade do processo de seleção de propostas de serviço de consultoria para a implantação de sistema de contabilidade regulatória no Estado de São Paulo, todavia, está condicionada ao atendimento, pela ARSESP, das providências, de ordem formal, sugeridas nos itens 6 e 7 desta peça opinativa. Nesse sentido, afigura-se necessária a vinda, aos autos, da pertinente informação, da lavra do funcionário respectivo da Agência, de que de que se encontram consignados, no orçamento, recursos para fazer frente à contrapartida, a cargo da ARSESP, nas despesas decorrentes da implementação do Programa. Demais disso, tem-se que a existência de convênio entre o Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Saneamento e Energia, e a ARSESP, é condição *sine qua non* para o início do procedimento licitatório, como assinalado no Parecer CJ/ ARSESP nº 30/2010 (fls. 189/198), sendo que tal pacto não pode prescindir da devida autorização do Senhor Governador do Estado, nos termos do art. 1º do Decreto nº 40.722, de 20 de março de 1996.

É o parecer, sub censura.

São Paulo, 13 de outubro de 2010.

ROBERTO DE ALMEIDA GALLEGO
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 216/2010

Vistos.

Acolho o parecer *retro*, por seus próprios fundamentos.

À Secretaria-Executiva da ARSESP.

São Paulo, 13 de outubro de 2010.

EDUARDO DE CARVALHO LAGES
Procurador do Estado respondendo pelo expediente da Consultoria Jurídica da ARSESP

PROCESSO: PGE Nº 18488-368258/2013 (SGP Nº 23006/2013)
PARECER: PA Nº 46/2013
INTERESSADO: D. E. C. N.
EMENTA: PREVIDÊNCIA SOCIAL. Regime próprio. Aposentadoria Especial. Condições especiais de trabalho que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Inexistência de necessária legislação integrativa. Precedente: **Parecer PA nº 34/2010**. Mandados de injunção concedidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo com eficácia *erga omnes*, em julgamento conjunto. Decisão que não afasta a necessidade de comprovação fática, em cada caso concreto, da presença dos requisitos constitucionais para a obtenção do benefício. Necessidade de formulação de pedido de cumprimento de obrigação de fazer, em execução de sentença, pelo servidor que queira se beneficiar do julgado. Precedente: **Parecer PA nº 153/2010**. Possibilidade de edição de normas regulamentares pelo Poder Executivo Estadual, disciplinando os procedimentos relacionados às aposentadorias especiais debatidas em juízo. Irrelevância da percepção de adicional de insalubridade para efeito de comprovação da insalubridade que dá azo à aposentadoria especial. Indispensabilidade de perícia, cuja competência material é do Departamento de Perícias Médicas Estaduais. Aplicação apenas supletiva da regulamentação infralegal federal. Precedente: **Parecer PA nº 119/2011**. Descabimento de concessão de aposentadoria especial derivada de conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em tempo de serviço comum. Direito à conversão não assegurado constitucionalmente ao servidor público, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal.

1. Ao tomar conhecimento de processo judicial de mandado de segurança em fase de cumprimento de sentença que beneficiou servidor público estadual, Procuradora do Estado em exercício na Consultoria Jurídica da Secretaria de Gestão Pública dirigiu à Chefia desse órgão jurídico-opinativo representação (fls. 6/22) sobre a matéria discutida nos autos daquele processo judicial.

2. Cuidava-se, em síntese, de pretensão do funcionário público impetrante ao reconhecimento do direito à aposentadoria com base em requisitos e critérios diferenciados pelo exercício de atividades em condições especiais que lhe teriam

prejudicado a saúde ou a integridade física (artigo 40, parágrafo 4º, III, da Constituição da República).

3. A autora da representação informou que propôs a adoção das providências administrativas que a concessão da segurança ensejava; a seguir, indicando determinação superior, passou a discorrer sobre o mérito da questão tratada nos autos do processo judicial, tendo em vista "a ausência de orientação que tem se verificado no âmbito da Administração no tocante ao cumprimento das decisões judiciais relativas à aposentadoria especial, bem como a peculiar decisão judicial proferida na presente ação mandamental" (fls. 8).

4. Primeiro, sustentou distinção entre os requisitos do adicional de insalubridade e os da aposentadoria especial, objeto de atos normativos diferentes e apurados, via de regra, por meio de laudos técnicos próprios:

> "O Laudo de Insalubridade e o LTCAT [Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho] são dois documentos distintos e com propósitos distintos. O LTCAT pode até concluir pela presença (ou não) de insalubridade ou periculosidade, à luz das regras contidas nas normas técnicas, contudo, seu principal objetivo é aferir se há a efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física do trabalhador, concluindo se houve (ou não) enquadramento dos riscos analisados entre aqueles capazes de gerar a aposentadoria especial, nos termos do Anexo IV do Decreto federal n. 3.048/99."

(fls. 12)

5. Depois, diferenciou a aposentadoria especial da conversão de tempo de serviço especial em comum:

> "A conversão de tempo especial para comum (...) favorece ao segurado a concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição comum. É regra elementar. (...)
>
> .....
>
> Não se há falar, pois, em conversão de tempo especial em comum dentro das regras da aposentadoria especial, uma vez que esta última exige tenha o segurado trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, de forma permanente, e não ocasional nem intermitente, por 15, 20 ou 25 anos.
>
> .....
>
> Ora, ou se concede a aposentadoria especial ou a conversão de tempo especial para fins de aposentadoria por tempo de contribuição (...)"

(fls. 14-17)

6. Daí concluiu haver flagrante ilegalidade na decisão judicial enfocada, que determinou a um só tempo a conversão de tempo e a concessão da aposentadoria especial, ainda mais sem deixar à Administração a análise do preenchimento dos demais requisitos da inativação.

7. Propôs, por fim, providências que podem ser assim sumariadas:

a) a análise, pela Área do Contencioso da Procuradoria Geral do Estado, da utilidade de formular pedido de suspensão da execução da segurança, nos termos do artigo 15, *caput*, da Lei nº 12.016/2009;

b) a avaliação, pelo Gabinete da Procuradoria Geral do Estado, da conveniência de aconselhar à Administração que passe a examinar os pedidos administrativos de aposentadoria especial deduzidos pelos servidores, de modo a evitar o manejo de medidas judiciais que têm redundado em jurisprudência desfavorável ao Estado;

c) a edição, pela Unidade Central de Recursos Humanos e pela São Paulo Previdência, de orientações gerais que disciplinem o trâmite administrativo relativo à concessão da aposentadoria especial, com destaque para as distinções entre os requisitos do adicional de insalubridade e da aposentadoria especial e entre esta e a conversão de tempo especial em comum;

d) a retomada das funções cometidas ao Grupo de Trabalho permanente instituído pela Resolução Conjunta SF/SGP/PGE-1, de 23.10.2009, com a análise dos seguintes pontos: a aplicação da tabela contida no Anexo IV do Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto Federal nº 3.048/1999 para a conversão do tempo especial em comum; a aceitação, pela São Paulo Previdência, de outro documento em substituição ao Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT), para efeito de comprovação da exposição a agentes nocivos; e a definição de normas técnicas aplicáveis à confecção do LTCAT ou do documento que o venha a substituir, bem como a necessidade de edição de novos atos normativos.

8. Cópia da representação foi enviada pela Chefia da Consultoria Jurídica da Secretaria de Gestão Pública à Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral, destacando-se, no ofício de encaminhamento, a necessidade premente de "serem traçadas diretrizes institucionais essenciais para viabilizar o cumprimento de decisões judiciais e ao mesmo tempo resguardar o interesse público" (fls. 3/5).

9. Assim se formou o presente expediente, que foi instruído, ainda, com reproduções de documentos contidos nos autos do procedimento administrativo

aberto para dar cumprimento à sentença judicial que concedeu a segurança ao servidor público estadual.

10. A Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral ordenou fosse dada ciência do processado ao órgão congênere do Contencioso com vistas à avaliação do cabimento da medida de suspensão da execução da segurança; quanto ao mais, determinou a vinda dos autos a esta Especializada para análise e emissão de parecer (fls. 129/130).

É o relato do essencial. Opinamos.

11. As questões suscitadas na representação provinda da Consultoria Jurídica da Secretaria de Gestão Pública envolvem bem mais que matéria jurídica de interesse da Administração Pública em geral; dizem, principalmente, com aspectos de conveniência e oportunidade que desbordam da regra de competência estatuída pelo artigo 21 da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado.

12. Por essa razão, longe de pretender oferecer uma solução acabada aos problemas relatados na peça, procuraremos formular considerações jurídicas apenas pontuais, esperando, com isso, fornecer algum subsídio à futura atuação administrativa no âmbito da Procuradoria Geral do Estado e fora dele.

13. É quase desnecessário relembrar, à altura, que o legislador competente ainda não editou a lei complementar referida pelo parágrafo 4º do artigo 40 da Constituição da República no que concerne aos servidores cujas atividades sejam exercidas em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física[1].

14. Como esta Procuradoria Administrativa já salientou, a atuação legislativa nessa seara teria de preceder qualquer passo da Administração Pública, porquanto "a denominada aposentadoria especial do servidor público, prevista no artigo 40, § 4º, *in fine*, da Constituição Federal foi veiculada por norma constitucional de eficácia limitada e de natureza preceptiva, dependendo da edição de legislação integrativa, na forma das leis complementares referidas no dispositivo indicado, para gerar todos os efeitos a que se predispõe" [2].

---

1 Verbis: *"Art. 40.* (..) § *4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que traia este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:* (..) III *cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física."*. Está em trâmite na Câmara dos Deputados ao menos um projeto de lei complementar com a finalidade de regulamentar justamente esse inciso III (PLP *555/2010,* apensado ao PLP 472/2009).

2 Parecer PA nº 34/2010, da lavra do Procurador do Estado ELIVAL DA SILVA RAMOS e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 13.7.2010.

15. Todavia, é verdade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo veio rematar essa lacuna normativa ao deferir, em julgamento conjunto, mandados de injunção impetrados por servidores que buscavam ver reconhecido tempo de serviço prestado em condições insalubres. Notavelmente, fê-lo com eficácia *erga omnes*, ou "para todos os servidores estaduais", como constou da parte dispositiva do acórdão emanado do Órgão Especial da Corte Paulista [3].

16. A ação rescisória do acórdão ajuizada pelo Estado foi julgada improcedente[4], de modo que o direito não regulamentado persiste assegurado pelo remédio injuntivo aos servidores públicos estaduais. Entretanto, visto que a forma de asseguração da aposentadoria especial consistiu na outorga direta e concreta do direito postulado (apenas com ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada), a Procuradoria Geral do Estado tem reputado necessário que os beneficiários da tutela jurisdicional formulem pleitos executórios nos próprios autos dos mandados de injunção apensados.

17. Explicou-o melhor o **Parecer PA nº 153/2010**[5], deste modo:

> "(...) se é certo que o TJSP concedeu os mandados de injunção identificados no dispositivo do acórdão invocado com eficácia subjetiva geral, *não o fez em termos normativo-abstratos*. Em outras palavras: não se limitou a mais alta Corte da Justiça Estadual a expedir provimento normativo abstrato, disciplinando, até que o legislador o faça, o direito à aposentadoria voluntária especial dos servidores exercentes de atividades insalubres; ao contrário, supriu a lacuna normativa mediante a aplicação das normas pertinentes do Regime Geral de Previdência Social, para viabilizar, *em concreto*, aos servidores estaduais que desempenhem atividades nocivas à saúde ou à integridade física a aposentadoria voluntária, sob requisitos e critérios diferenciados.
>
> Por conseguinte, se o interessado pretende obter a contagem do tempo de serviço que prestou em condições de insalubridade máxima para, com base nessa contagem, requerer, oportunamente, aposentadoria voluntária especial, deverá ingressar, por meio de advogado, nos autos do MI nº 168.151-0/5-00 e apensos, com pedido (executório) de cumprimento de obrigação de fazer, sujeitando-se ao contraditório judicial."
>
> (destaques do original)

3 Mandado de Injunção nº 168.151-0/5-00, Órgão Especial, Relator Desembargador A. C. MATHIAS COLTRO,j. em 1º.4.2009 (em conjunto: 168.143-0; 168.144-0; 168.146-0; 168.152-0).

4 Ação rescisória nº 0139212-56.2011.8.26.000, Órgão Especial, Relator Desembargador CORRÊA VIANNA, j. em 19.9.2012 – acórdão ainda não transitado em julgado.

5 Da autoria do Procurador do Estado ELIVAL DA SILVA RAMOS e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 5.11.2010.

18. Tanto a execução na forma acima defendida, como a propositura de ações individuais nas quais os interessados possam demonstrar os fatos que os tornam concretamente beneficiários da ordem concedida pelo Tribunal de Justiça são soluções juridicamente aceitáveis. Mais que isso, o prosseguimento da atividade jurisdicional até o ponto de satisfação do direito à aposentadoria especial tende – *em tese* – a preencher adequadamente o vazio normativo que ainda medeia entre as regras da Lei Federal nº 8.213/1993, apenas genericamente referidas no acórdão do TJSP, e os fatos relativos à situação concreta de cada um dos servidores interessados.

19. A doutrina registra que o Supremo Tribunal Federal passou a aceitar justamente isto: a regulação provisória de direitos, pelo próprio Poder Judiciário, na forma de "sentenças aditivas" ao mandado de injunção. É o que se deu, por exemplo, quando do julgamento do MI 284, no qual, embora comunicando o Congresso Nacional para adimplir sua obrigação de regulamentar a forma da indenização a anistiados prevista no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Corte Constitucional assegurou aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizamento de ação de reparação de natureza econômica a ser julgada segundo critérios estabelecidos pelo juiz da causa na forma do direito comum [6].

20. De qualquer modo, nada impede que o caminho judicial de adequação das normas aos fatos seja pavimentado por atos normativos infralegais editados pela Administração Pública. Por outras palavras, é possível que o Poder Executivo Estadual expeça regras uniformizadoras sobre os procedimentos relacionados às aposentadorias especiais debatidas em juízo, antecipando-se, com isso, à regulação provisória que tem ficado – talvez desastradamente, como sugerido na representação que deu origem a este protocolado – a cargo do Poder Judiciário em cada caso concreto.

21. Na União, por exemplo, o Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão expediu a Orientação Normativa nº 10, de 5 de novembro de 2010, que "*uniformiza (...) os procedimentos relativos à concessão de aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, de que trata o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, ao servidor público federal amparado por decisão em Mandado de Injunção julgado pelo Supremo Tribunal Federal*" (artigo 1º). De sua vez, a Instrução Normativa nº 1, de 22 de julho de 2010, da Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, "*Estabelece instruções para o reconhecimento do tempo de serviço público*

6 V., a esse respeito, GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional,* São Paulo, ed. Saraiva, 2007, p. 1149-1153.

exercido sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física pelos regimes próprios de previdência social para fins de concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos amparados por Mandado de Injunção".

22. Quanto à sentença copiada neste protocolado, o julgamento ali contido é deveras insólito. Com dar o direito sem considerar os fatos, o juiz da causa enxergou no anterior mandado de injunção uma propriedade que esse remédio, na hipótese, não teve; tal percepção levou o magistrado a refazer uma curva já traçada para daí saltar à concessão da segurança, como se o acórdão do Tribunal de Justiça houvesse examinado a situação concreta de cada um dos servidores estaduais ali conjuntamente alcançados. Nessa visão equivocada, nada de substantivo, material, fático, restaria a considerar: nem mesmo a insalubridade das condições de trabalho do impetrante, esta que é requisito constitucional por excelência, foi sequer cogitada na sentença que decidiu o remédio heroico, plena, no mais, dos equívocos jurídicos apontados na representação com que teve início este expediente.

23. Da multiplicação de decisões judiciais como essa não podemos dizer. Regulamentação estadual que houvesse, contudo, poderia conduzir a juízos mais acertados sobre requisitos e procedimentos da aposentadoria especial por insalubridade, deixando patente, de resto, que entre os mandados de injunção concedidos com eficácia *erga omnes* e a obtenção concreta do benefício por cada servidor deve haver espaço para comprovação fática [7]. O regulamento poderia, a exemplo do que fez o expedido pela União, firmar a noção, nem sempre cediça, de que o simples recebimento de adicional de insalubridade não é prova de tempo de atividade sob condições especiais; exprimir abertamente a obviedade de que a aposentadoria especial e a conversão de tempo especial em comum não andam juntas; e definir como deve ser feita a demonstração da exposição a agentes que prejudiquem a saúde ou a integridade física do servidor.

24. A respeito desses pontos e de outros, não parece, por ora, haver dúvida fundada da Administração, pelo que nos limitamos a destacar o que segue:

a) Como ensina Sérgio Pinto Martins, "Não, necessariamente, a aposentadoria especial irá coincidir com as pessoas que recebem adicionais de remuneração"[8]. No mesmo sentido, João Batista Ribeiro salienta que "a percepção ou não do adicional de penosidade, insalubridade ou pericu-

7 Como já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, "a aplicação supletiva da Lei Federal nº 8.213/91 não afasta a necessidade da autora demonstrar, no âmbito administrativo, os requisitos necessários à obtenção da aposentadoria especial" (Apelação Cível n. º 0004732-66.2011.8.26.0564, 11ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador PIRES DE ARAÚJO, j. em 5.9.2011).

8 *Direito da Seguridade Social,* 29 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 356.

losidade, não impede ou tampouco gera automaticamente para o servidor público a certeza do direito à obtenção da aposentadoria especial, devendo a autoridade administrativa competente aferir a existência do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, durante sua jornada de trabalho, observado, para tanto, o que dispõe o art. 57, § 3º, da Lei nº 8.213, de 1991"[9]. Os tribunais superiores, igualmente, têm entendido que "A percepção de adicional de insalubridade por si só não gera direito ao reconhecimento do tempo especial, conforme estabelece textualmente a Instrução Normativa MPS/SPS nº 1 de 2010"[10], ou que "O percebimento de adicional de insalubridade, por si só, não é prova conclusiva das circunstâncias especiais do labor e do consequente direito à conversão de serviço especial para comum, tendo em vista serem diversas as sistemáticas do direito trabalhista e previdenciário" [11].

b) Embora isto, em havendo no Estado de São Paulo normas técnicas contendo relação de agentes nocivos causadores de insalubridade [12], ainda que para fins de percepção do respectivo adicional pelos servidores, são estas (ou outras que venham a ser agora editadas pelo Estado), e não as normas federais, as aplicáveis para efeito de obtenção de aposentadoria especial. O que se veda é que um benefício (o adicional de remuneração) implique outro (a aposentadoria especial), mas não, em absoluto, que ambos sejam concedidos com base em idênticos critérios técnicos de aferição das condições em que o trabalho é prestado. Nesse sentido, confira-se o **Parecer PA nº 119/2011** [13], em que, também estando em causa o cumprimento de mandados de injunção que asseguraram o direito à aposentadoria especial, reputou-se "correta a orientação segundo a qual devem ser aplicadas as normas estaduais para efetivação da avaliação das condições de salubridade dos locais de trabalho destes servidores".

c) No mesmo diapasão, consoante orientação fixada a partir do **Parecer PA nº 119/2011**, já referido, o "Laudo Técnico de Condições Ambientais do

9 "A aposentadoria especial do servidor público federal na Constituição Federal". *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH,* Belo Horizonte, ano 4, nº 8, p. 147-178, jul./dez.-2011.

10 Tribunal Superior do Trabalho, Recurso Administrativo nº 7141-31.2012.5.00.0000, Órgão Especial, Relator Ministro CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA, j. em 3.9.2012.

11 Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.005.028-RS, Sexta Turma, Relator Desembargador Convocado CELSO LIMONGI, j. em 17.2.2009.

12 V. p. ex. a Resolução SRT nº 37, de 30 de abril de 1987, à qual se acoplam normas reguladoras NR-1 a NR-6 que discriminam, justamente, *"agentes físicos, químicos e biológicos nocivos à saúde identificados no local de trabalho"* (NTR-1, item 1.2).

13 De autoria da Procuradora do Estado Marisa Fátima Gaieski e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 14 de agosto de 2012.

Trabalho – LTCAT" que comprova a exposição a agentes nocivos conducente à aposentadoria especial (artigo 58 da Lei Federal nº 8.213/1991) deve ser produzido pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado, que, nos termos dos artigos 2º do Decreto Estadual nº 30.559, de 3 de outubro de 1989, e 1º do Decreto Estadual nº 51.782, de 27 de abril de 2007, tem competência para expedir laudos técnicos e realizar perícias médicas. De fato, esse tipo de perícia não difere, em essência, daquele outro tipo destinado à verificação de insalubridade para efeito de concessão do correspondente adicional; em qualquer hipótese, busca-se constatar a existência de agentes nocivos no ambiente de trabalho, algo que, ao que consta, o DPME já tem feito amiúde [14]. Válido, assim, o quanto salientado pela Procuradora do Estado, Marisa Fátima Gaieski, na peça opinativa aludida: "apenas supletivamente as normas federais deverão ser utilizadas, pois existe, na órbita estadual, disciplina a respeito da elaboração, ratificação e expedição de laudos técnicos de avaliação, identificação e classificação de unidades insalubres".

d) No que se refere especificamente ao tempo de serviço em condições especiais necessário à obtenção da aposentadoria especial (artigo 57, *caput*, da Lei Federal nº 8.213/91), como não há norma estadual disciplinadora, é admissível a extração de regra analógica a partir da disciplina estabelecida pela União. Lá, são invariavelmente necessários *vinte e cinco anos* de trabalho sob condições especiais, independentemente do agente nocivo ou do grau de exposição ou insalubridade, consoante dispõe o artigo 2º da Orientação Normativa SRH/MPOG nº 10, de 5 de novembro de 2010 [15]. Esse é o tempo que deve ser adotado no Estado de São Paulo, ao menos enquanto não sobrevier disciplina local. Ao lado disso, o próprio Regulamento da Previdência Social só permite a aposentadoria especial com tempo inferior a vinte e cinco anos em caso de exposição a asbestos ou de trabalho em mineração subterrânea (Anexo IV do referido diploma).

14 Trocando em miúdos, o chamado "LTCAT", que nem mesmo é mencionado no artigo 57 da Lei Federal nº 8.213/1991 (a que comumente remetem os mandados de injunção concedidos em favor dos servidores públicos), não passa de um laudo de insalubridade como tantos outros, a exemplo do laudo de insalubridade referido no artigo 3º-A da Lei Complementar Estadual nº 432, de 18 de dezembro de 1985 – tanto assim que a disciplina federal permite sua substituição por laudos que não levam a mesma denominação nem observaram os mesmos procedimentos de elaboração (artigo 10 da Instrução Normativa MPS/SPS nº 1, de 22 de julho de 2010).

15 *Verbis: "Art. 2º A aposentadoria especial será concedida ao servidor que exerceu atividades no serviço público federal, em condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, exposto a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período de* 25 *anos de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente"* .

e) Por fim, conforme foi muito bem observado na representação emanada da Consultoria Jurídica da Secretaria de Gestão Pública, o direito à aposentadoria especial, que foi o exclusivo objeto dos mandados de injunção deferidos pelo Tribunal de Justiça com eficácia *erga omnes*, não pode derivar da conversão de tempo de atividade prestada sob condições especiais em tempo de atividade comum: "o segurado só fará jus a aposentadoria especial se comprovar o trabalho em condições prejudiciais a sua saúde (...), *sem que haja a conversão do tempo de serviço*" [16]. Além do mais, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal em matéria de servidores públicos, "a Constituição não dispõe sobre o suposto direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, tampouco exige a sua regulamentação. O inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição assegura tão somente o direito à aposentadoria especial para os servidores que tenham exercido suas atividades em tais condições" [17] – ou seja: em jogo não se faz a conversão de tempo.

25. Em suma, conquanto judiciosa em tantos aspectos, pedimos vênia para discordar da representação formulada naquilo em que ela propõe aderência à normatização infralegal federal em substituição à estadual já existente; não vemos o "LTCAT", documento peculiar ao Regime Geral da Previdência Social, como algo fundamentalmente distinto de um laudo comum de insalubridade deixado pela legislação estadual a cargo do Departamento de Perícias Médicas Estaduais; não julgamos existir, necessariamente, diferença entre a insalubridade que dá azo à percepção de adicional e aquela que motiva a obtenção da aposentadoria especial – se bem que a percepção de um benefício, como dissemos, não constitua o direito à obtenção do outro; e reputamos prematura, por ora, a discussão sobre critérios de conversão de tempo de serviço especial em comum, dado que esse direito não foi nem poderia ter sido assegurado pelos mandados de injunção que o Tribunal de Justiça concedeu com eficácia geral.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 21 de junho de 2013.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR
Procurador do Estado
OAB/SP nº 245.540

16 SÉRGIO PINTO MARTINS, op. cit., p. 359, g.n.

17 Mandado de Injunção nº 1.280-DF, Relator Ministro GILMAR MENDES, j. em 18.8.2010. No mesmo sentido: Mandado de Injunção nº 3.712, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, j. em 9.6.2011.

PROCESSO: SGP nº 23006/2013 (PGE nº 18488-368258/2013)
INTERESSADO: D. E. C. N.
PARECER: PA nº 46/2013

De acordo com o bem lançado Parecer P A nº 46/2013, acrescendo o que segue.

A questão colocada ao exame desta Procuradoria Administrativa é tormentosa e sobre o tema a Consultoria Jurídica da Secretaria da Gestão Pública (Manifestação nº 10/2013 subscrita pela Procuradora do Estado Suzana Soo Sun Lee) e o parecer ora em exame trazem reflexões relevantes.

Endosso observação constante de ambas as peças opinativas no sentido de que a Administração deve editar normas provisórias que orientem sua atuação e que possam ser levadas em consideração pelo Poder Judiciário ao apreciar os casos concretos submetidos à sua decisão.

Em complemento, sugiro que esta peça opinativa seja levada ao conhecimento da Subprocuradoria Geral do Estado, Área do Contencioso Geral, para ampla divulgação no seu âmbito.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do

Estado – Consultoria.

São Paulo, 2 de julho de 2013.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
Procurador do Estado Chefe
Procuradoria Administrativa
OAB/SP 78260

PROCESSO: PGE Nº 18488-368258/2013 (SGP Nº 23006/2013)
INTERESSADO: D. E. C. N.
ASSUNTO: PREVIDÊNCIA SOCIAL. REGIME PRÓPRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL.

Secundando os apontamentos e ressalvas da i. Chefia da Procuradoria Administrativa às conclusões alcançadas no **Parecer PA nº 46/2013**, remeto os autos ao Senhor Procurador-Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

São Paulo, 29 de outubro de 2013.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador-Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

PROCESSO: PGE Nº 18488-368258/2013 (SGP Nº 23006/2013)
INTERESSADO: D. E. C. N.
ASSUNTO: PREVIDÊNCIA SOCIAL. REGIME PRÓPRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL.

Aprovo, por seus próprios e jurídicos fundamentos, o **Parecer PA nº 46/2013**.

À Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria Geral, para que seja dada ciência aos órgãos de execução a ela jungidos e à d. Subprocuradoria Geral da Área do Contencioso Geral.

Restituam-se os autos à Secretaria de Gestão Pública, por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

GPG, 30 de outubro de 2013.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

PROCESSO: PJUNQUEIRÓPOLIS/SAP 243/2005 (PGE 16847-809654/2013)
PARECER: PA Nº 82/2013
INTERESSADO(A): P. L. S. C.
EMENTA: CARGO PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. READAPTAÇÃO. Só podem ser computados, para fins de integralização do estágio probatório, os períodos de exercício real e efetivo no cargo investido. Pareceres **PA-3 nº 70/93 e 157/2010**. Interpretação do artigo 28 da LCE 180/78 à luz da Constituição de 1988. A investidura original permanece, alterando-se as atribuições do cargo de acordo com a capacidade do servidor. Art. 3º do Decreto 52.968/72. Parecer **PA-3 nº 149/97**. Possibilidade de aplicação do instituto da readaptação a servidor em estágio probatório, caso constatada, por inspeção médica oficial, a alteração da capacidade laboral em razão de modificação superveniente do estado físico ou mental. Medida que é benéfica à Administração e melhor atende ao interesse público, representando alternativa de aproveitar no serviço público o servidor que ainda possui condições laborais. Período que pode ser computado para integralização do estágio probatório. Proposta de revisão parcial do entendimento da Chefia da Instituição lançado no Parecer **PA 230/2008**.

1. Consta como interessado nos presentes autos o servidor P. L. S. C., RG nº XX.XXX-X, nomeado para exercer o cargo efetivo de Agente de Segurança Penitenciária junto à Penitenciária de Junqueirópolis, com início de exercício em 04/07/2005 (segundo Anexo I – Ficha Funcional, fls. 4).

2. Por meio da informação de fls. 193/194 manifesta-se a Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Oeste do Estado. Referindo-se ao afastamento do interessado desde 22/05/2006 até 13/04/2009, por motivo de licença decorrente de acidente de trabalho – em virtude de o servidor ter sido mantido refém por mais de 24 horas em rebelião ocorrida na unidade prisional – bem ainda à conclusão de curso de especialização em Economia Empresarial na Universidade Estadual de Londrina durante o afastamento, entendeu aquele órgão que o interessado não preenche os requisitos constantes dos incisos III, V e VII do artigo 6º da LCE nº 959/2004[1], opinando, ao final, pela sua **não confirmação** no cargo de Agente de Segurança Penitenciária.

1 LCE nº 959/2004, artigo 6º: ***"Artigo 6º** – Durante o estágio probatório, que compreende o período de 1.095 (um mil e noventa e cinco) dias de efetivo exercício, o Agente de Segurança Penitenciária será submetido a curso de formação técnico-profissional, no decorrer do qual será feita a verificação dos seguintes requisitos: [....]* ***III** – aptidão; [...];* ***V** – assiduidade; [...];* ***VII** – eficiência; [...]".*

3. Em consequência, os autos foram remetidos à Corregedoria Administrativa do Sistema Penitenciário que, às fls. 209, deu início ao procedimento disciplinado na Resolução SAP 292, de 06/07/2006, visando à deliberação favorável ou contrária à proposta de exoneração do interessado no cargo.

4. Discordando da contagem de tempo realizada pelo Centro de Mobilidade Funcional, do Departamento de Recursos Humanos, que registrou estaria integralizado o período de estágio probatório do servidor em 05/07/2013, "caso não tenha registrado outras ausências dedutíveis a partir de 18/06/2011" (fls. 278/280), propôs a Corregedoria Administrativa do Sistema Penitenciário a remessa dos autos à Consultoria Jurídica que serve a Pasta sustentando o entendimento de que referido período já estaria integralizado à luz do inciso VI do artigo 78 da Lei 10.261/68, que considera como de efetivo exercício o afastamento do servidor em virtude de "*licença quando acidentado no exercício de suas atribuições ou atacado de doença profissional*" (fls. 282/284).

5. Por meio do Parecer CJ nº 2144/2011, a Consultoria Jurídica da Secretaria da Administração Penitenciária concluiu que "não teria se aperfeiçoado o período de integralização do estágio probatório diante das várias licenças auferidas pelo interessado", asseverando que o afastamento estatuído no inciso VI do artigo 78 do EFP traz uma hipótese de exercício ficto e não real. Registrou, de outra banda, não ser admissível o instituto da readaptação ao servidor em estágio probatório em razão da diretriz fixada no despacho aditivo proferido pela Subprocuradora-Geral do Estado da Área da Consultoria no Parecer PA 230/2008, ratificado pelo Procurador-Geral do Estado (fls. 286/292).

6. Seguiu-se a juntada do histórico de afastamentos do servidor, expedida pelo DPME (fls. 298/302), bem ainda a mensagem eletrônica, datada de 21 de março de 2013, noticiando a concessão de readaptação, por 2 (dois) anos, conforme publicação no DOE de 14/07/2012, continuando, contudo, o interessado "afastado por motivo de licença para tratamento de saúde até a presente data (fls. 303).

7. Aos 19 de abril de 2013 sobreveio relatório da Corregedoria Administrativa do Sistema Penitenciário com proposta de PERMANÊNCIA do interessado no cargo de Agente de Segurança Penitenciária, por entender que todos os afastamentos decorreram em virtude do incidente ocorrido na unidade prisional, no qual foi mantido refém, aduzindo, ainda, "não se poder vincular a falta de aptidão ao fato do servidor ter concluído um curso de especialização acadêmica". Propôs, ao final, o encaminhamento dos autos à Consultoria Jurídica da Pasta (fls. 354/360).

8. Manifestou-se a Consultoria Jurídica da Secretaria da Administração Penitenciária, por meio do Parecer CJ nº 1195/2013[2] (fls. 363/375), aduzindo que a hipótese dos autos trataria de "situação parcialmente diversa" daquela que originou a orientação fixada pelas Instâncias Superiores no Parecer PA 230/2008, porquanto a "inaptidão do servidor decorreu do exercício das suas funções, a atrair, consequentemente, uma parcela de responsabilidade da própria Administração" (itens 20 e 21). Asseverou, ainda, que a conclusão do órgão oficial pela readaptação do servidor "privilegia a continuidade na prestação dos serviços e trata com lealdade aquele servidor que, apesar de ter sofrido acidente de trabalho, manifestou interesse em permanecer nos quadros da Administração", entendendo que "o interesse público foi devidamente atendido, já que na alternativa do servidor permanecer em continuada Licença, ou ainda na hipótese de ser decretada a sua aposentação por invalidez, os ônus seriam muito maiores à Administração" (itens 30 a 32). Em remate, conclui a parecerista:

> Dessa forma, embora o servidor esteja em estágio probatório, considerando que a inaptidão parcial decorreu de acidente de trabalho, esta Parecerista crê ser possível a readaptação do avaliando nos moldes propostos pela CAAS, devendo as futuras avaliações periódicas serem feitas com base no rol de atividades da função readaptada, com a contabilização deste período para fins de integralização.

8.1 Entendeu a parecerista, contudo, e secundada pela Chefia daquele órgão jurídico (fls. 381), "prudente o encaminhamento deste expediente à Procuradoria Administrativa, para que se manifeste no sentido da possibilidade de readaptação de servidor em estágio probatório quando a inaptidão parcial decorre de acidente de trabalho já reconhecido pela Administração" (item 37).

8.2 Acompanharam aquela peça opinativa o rol de atividades de Agente de Segurança Penitenciária, fixadas pela Comissão de Assuntos de Assistência à Saúde (CAAS), que poderiam ser desempenhadas pelo interessado (fls. 377) e a cópia da publicação da decisão do órgão oficial que autorizou a readaptação, pelo prazo de dois anos (fls. 378).

9. Recebidos os autos em trânsito, o Departamento de Recursos Humanos da Pasta, à vista de suposta divergência entre os dois pronunciamentos jurídicos emitidos pelo órgão jurídico neste expediente, solicitou "também a manifestação quanto ao cômputo do tempo de licença convertida em acidente de trabalho para fins de estágio probatório" (fls. 382/383).

2 De autoria da Procuradora do Estado Mariana Beatriz de Tadeu de Oliveira.

10. Assim instruídos, vieram os autos a esta Procuradoria Administrativa por determinação do Sr. Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, para análise e manifestação (fls. 385).

Feito o relato do essencial, opinamos.

11. Cumpre, em primeiro, antes de adentrarmos à análise da questão fulcral nos autos – e para dirimir dúvida suscitada pela Administração (fls. 382/383) –, reassentarmos diretriz fixada nesta Procuradoria Geral do Estado a partir da aprovação do Parecer **PA-3 nº 70/93**[3], no sentido de que não podem ser contados para integralização do estágio probatório períodos de exercício ficto, do qual destacamos a seguinte elucidativa passagem:

> Daí a conclusão de que só podem ser computados, para fins de integralização do estágio probatório, **os períodos de exercício real, efetivo, concreto, no específico cargo em que o servidor tenha sido admitido**. Daí, também, a impossibilidade de cômputo de tempo de exercício ficto, mesmo que, para outros fins (...), o legislador o considere como de efetivo exercício.
>
> Assim, não podem ser contados:
>
> a) Tempo de serviço prestado a outras entidades, públicas ou particulares – pois, não correspondendo a exercício ocorrido na entidade que deve avaliar o interessado, sua consideração equivaleria a suprimir toda e qualquer avaliação;
>
> b) Tempo de serviço prestado à mesma entidade, em cargo diverso daquele a que se refere o estágio probatório – pois, na avaliação, deve ser confrontada a qualificação do servidor para o exercício de cargo certo, ao qual concorreu, não para qualquer cargo (seria intolerável, realmente, confirmar alguém no cargo de Procurador do Estado apenas porque, anteriormente, provou bem na função de escriturário);
>
> c) Tempo de serviço prestado à mesma entidade, em função semelhante à do cargo objeto do estágio probatório, mas em condição jurídica distinta (isto é, como temporário, prestador de serviço, celetista, etc.) – pois a permanência durante esse lapso de tempo jamais pode ser considerada como reconhecimento da aptidão para aquisição de estabilidade, eis que esse efeito não derivava do exercício;
>
> **d) Tempo de afastamento, licença ou ausência do cargo – pois, nesse período, o servidor não está no efetivo exercício do cargo no qual deve ser avaliado.** (...) – g.n.

3 Subscrito por Carlos Ari Sundfeld, aprovado superiormente. V. igualmente: Parecer **PA 157/2010**, de autoria da Procuradora do Estado Patricia Ester Fryszman, acolhido pelas Instâncias Superiores.

12. É o caso dos autos: muito embora o legislador tenha reputado alguns períodos fictícios como sendo de "*efetivo exercício*", como é o caso do Estatuto paulista – vide as hipóteses previstas do artigo 78 – não se pode concluir tratar-se da mesma expressão talhada pelo constituinte[4]. Esse aparente conflito não passou despercebido pelo ilustre subscritor do Parecer **PA-3 nº 70/93**:

> De outra parte, há de se atentar que o estatuto dos funcionários diz serem **considerados** (a expressão não é minha, é da lei) como de efetivo exercício certos afastamentos, justamente porque, em verdade, de efetivo exercício não se trata. Em outras palavras: a lei criou uma ficção, alterando o sentido comum da linguagem. Pôde fazê-lo – e aqui está um ponto decisivo – porque a Constituição não exigia que fosse de efetivo exercício o tempo computado para aposentadoria, adicional por tempo de serviço e outros direitos que motivaram a definição legal. Daí nada impedir que a lei contrariasse a realidade. **Mas, no que tange ao tempo para aquisição da estabilidade, a Carta exige o efetivo exercício e, sem violá-la, não se pode aceitar que o legislador, através de ficções arbitrariamente construídas, costeie a exigência constitucional.** Em outros termos: se a Constituição usou de palavra com um sentido comum e se não deferiu expressamente à lei o poder de redefini-la – e mais: se o fez de modo eloquente – deve-se entender que a interpretação do preceito em que inserida há de considerar o sentido comum. (grifos do autor e nossos)

13. Avancemos, assim, ao exame da questão debatida neste expediente consistente na possibilidade de readaptação de servidor em estágio probatório quando a inaptidão parcial decorre de acidente de trabalho[5].

---

4 Não é diversa a inteligência de Cármen Lúcia Antunes Rocha à compreensão do termo "efetivo exercício" insculpido no *caput* do artigo 41 da Lei Maior, quando aduz que "somente se pode apurar e concluir o desempenho do servidor quando ele esteja no pleno exercício das funções" (*in: Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos,* São Paulo: Saraiva, 1999, p. 237). Ainda, segundo abalizado magistério: "Note-se, de resto, que, às vezes, o servidor é considerado no *efetivo exercício*, conquanto fisicamente afastado do desempenho das funções que lhe são conferidas, para alguns casos legalmente previstos e não para outros. Assim, por exemplo, as licenças para tratamento de saúde são consideradas de efetivo exercício para a contagem de tempo para aposentadoria, mas não para a aquisição da estabilidade, quando se configurar um período tão alongado que impeça a avaliação competente e agora, obrigatória e periódica do desempenho. Mesmo não contribuindo para o seu afastamento e havendo um motivo justo, como é o tratamento de saúde, o servidor fica impossibilitado de ser competentemente avaliado em seu desempenho pelo período necessário para a conclusão, que conduzirá, ou não, à estabilização do vínculo com a pessoa pública. Logo, tal afastamento não pode ser computado como estando ele em *efetivo exercício* para os parâmetros constitucionais referentes à estabilidade." (op.cit., p. 232)

5 Conforme se verá, a presente peça opinativa não se aterá à hipótese de readaptação decorrente de acidente de trabalho. Colacionamos ao final, contudo, e por se tratar de caso análogo ao tratado neste expediente, acórdão do TJ/SP decidindo pela viabilidade de readaptação a Agente de Segurança Penitenciário que sofreu acidente de trabalho – o autor foi mantido refém em unidade prisional –, deferindo-se, ainda, o pedido para que referido período fosse computado para fins de estágio probatório (Apelação Cível nº 0019836-77.2012.8.26.0053, Rel. Des. Maria Laura Tavares, 5ª Câmara de Direito Público, j. 24/06/2013).

14. A disciplina legal referente ao instituto da readaptação encontra-se nos artigos 41 e 42 da Lei nº 10.261/68, os quais foram ab-rogados pelo advento do artigo 28 da Lei Complementar nº 180/78[6]. Estabelece o aludido dispositivo:

> ***Artigo 28*** *– Em casos excepcionais, quando em decorrência de inspeção médica verificar-se modificação do estado físico ou mental do funcionário ou do servidor, modificação essa que venha a alterar sua capacidade para o trabalho, poderá o funcionário ou servidor ser readaptado, mediante transposição, para cargo ou função – atividade mais compatível e de igual padrão.*
>
> ***Parágrafo único*** *– Na hipótese prevista neste artigo não se aplica o disposto nos artigos 23 e 24 desta lei complementar, ficando o funcionário ou servidor sujeito à prova de habilitação que for julgada necessária.*

15. Referido dispositivo merece uma leitura à luz da Constituição de 1988, de modo que não se pode admitir a readaptação de servidor que implique investidura em cargo para o qual não foi nomeado, sob pena de burla à exigência constitucional de concurso público (art. 37, inciso II, da Lei Maior)[7]. Essa a orientação assente na Procuradoria Geral do Estado nos termos do lúcido despacho aditivo proferido pelo então Chefe da 1ª Seccional da 3ª Subprocuradoria desta Especializada, Dr. Antonio Joaquim Ferreira Custódio, ao comungar do entendimento consignado no Parecer **PA-3 nº 149/97**[8]:

> A readaptação, contudo, que se ancorou, inicialmente, em disposições da lei estatutária (Lei 10.261/68, arts. 41 e 42, regulamentada pelo Decreto nº 52.968/72), foi alterada pelo art. 28, da Lei Complementar n. 180/78 e deve conformar-se aos ditames da Constituição Federal de 1988, especialmente art. 37, inciso II.

---

6 Cf. item 14.1 do Parecer **PA 230/2008**, parcialmente aprovado.

7 Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na ADI 1731/ES, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. 04/02/98, nos termos da seguinte ementa:
"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI COMPLEMENTAR Nº 98, DE 12 DE MAIO DE 1997, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. VÍCIO DE INICIATIVA E DE CONTEÚDO. A lei em apreço era de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, por efeito da norma do art. 61, § 1º, II, a e c, da Constituição, tida pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal como de observância obrigatória pelos Estados, por encerrar corolário do princípio da independência dos Poderes. Também são relevantes os fundamentos do pedido no tocante à inconstitucionalidade material, por se admitir a readaptação de servidor em outro cargo, propiciando o ingresso em carreira sem o concurso exigido pelo art. 37, II, da Carta Magna. Cautelar deferida."

8 De autoria da Procuradora do Estado Patricia Ester Fryszman, aprovado superiormente. Da lavra da mesma parecerista, registramos seu entendimento consignado no Parecer **PA 230/2008**, parcialmente aprovado:
"14.1. É esta, portanto, a natureza da readaptação: quando se tratar de ocupante de cargo efetivo, o funcionário readaptado permanece titularizando o mesmo cargo – deixando, porém, de exercer parte das atribuições do cargo (aquelas que forem incompatíveis com a redução de sua capacidade laboral)".

> Por conseguinte, saliente-se, primeiro, tratar-se de situação excepcional, como prescrito pelo referido art. 28 da Lei Complementar nº 180/78 ("*em casos excepcionais*"). [...]
>
> [...] Adequada, portanto, a interpretação conferida pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria GPG 212/88 invocada pelo parecer, a teor da qual *"a investidura original permanece, porém as atribuições do cargo é que são alteradas, de acordo com a capacidade do servidor"*. É o que, a meu ver, autoriza o art. 3º, do Decreto nº 52.968/72, *"verbis"*:
>
> "Nos casos em que a contraindicação se verificar a apenas para algumas tarefas do cargo ou em relação a certas condições ou ambientes de trabalho, a readaptação será feita pela designação de novas tarefas ou pela mudança para setor de trabalho onde as deficiências verificadas não tenham influência."

16. Assentados esses contornos legais e constitucionais ao instituto ora em exame no âmbito do Estado de São Paulo[9], passemos ao exame do pressuposto fático fundamental para a sua concessão. O destacado artigo 28 da LC 180/78 o revela: pressupõe-se a existência de alteração (ou redução) da capacidade laboral decorrente da *modificação do estado físico ou mental do funcionário ou do servidor.* Acresceríamos a esses requisitos legais, amparados no abalizado magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, mais um: que tal alteração seja **superveniente** à sua investidura. É a lição do mestre, que define a readaptação como sendo

> a espécie de transferência efetuada a fim de prover o servidor em outro cargo mais compatível com sua **superveniente limitação de capacidade física ou mental**, apurada em inspeção médica[10]. (g.n.)

17. Constatada por inspeção médica oficial a superveniente alteração laboral do servidor, restaria à Administração duas opções: (i) a readaptação, caso a limitação em sua saúde física ou psicológica possibilite o **desempenho de alguma atividade** no serviço público; ou a (ii) aposentadoria por invalidez, na hipótese de restar comprovada a **absoluta incapacidade** do servidor para o trabalho[11].

---

9 Passamos ao largo, assim, da discussão travada na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade de efetivar-se a readaptação como um autêntico provimento derivado horizontal, mediante a ocupação de um cargo mais compatível com a limitação sofrida – porém diverso daquele para o qual o servidor tenha originalmente ingressado no serviço público. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou contrariamente, na já citada ADI-MC 1731/ES (vide nota de rodapé nº 7). Há, contudo, precedente no Superior Tribunal de Justiça no sentido da viabilidade de o servidor readaptado ocupar "cargo da mesma linha horizontal e do mesmo padrão de vencimentos" (RMS 2.102-6/PA, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, j. 11/06/96).

10 *Curso de Direito Administrativo*, 30 ed. SP: Editora Malheiros, 2013, p. 316.

11 É o entendimento que se extrai da inteligência dos artigos 191, §1º e 195, par. único, da Lei estadual 10.261/68 e também do artigo 24, §1º da Lei federal nº 8.112/90:
Lei estadual 10.261/68: *"**Artigo 191** – Ao funcionário que, por motivo de saúde, estiver impossibilitado para o*

18. Já se percebe, à altura, que o raciocínio esboçado não faz distinção se o servidor encontra-se **estabilizado** ou não[12], entendendo-se como estabilidade a "qualidade jurídica do vínculo administrativo estabelecido entre a pessoa estatal e o servidor nomeado para o cargo de provimento efetivo", segundo a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha[13]. Frisa, contudo, a autora, que

> a estabilidade é atributo da relação jurídico-funcional ajustada entre o servidor e a pessoa estatal, mas não respeita à pessoa específica e diretamente. Ninguém é mais ou menos servidor por ser ou não tocado por aquela condição jurídica em sua ligação com o Estado.

19. Já consignamos nosso entendimento em recente pronunciamento (**PA 37/2013**[14]) quanto à possibilidade de concessão de aposentadoria por invalidez decorrente de doença manifestada por servidor no curso de estágio probatório, pela inteligência do artigo 40, par. 1º, inciso I e o artigo 41, todos da Constituição da República, fundada ainda na proteção previdenciária do qual não se pode subtrair desses servidores ante os princípios fundamentais consagrados no artigo 1º da Lei Maior e aqueles que norteiam a Previdência Social (CF, art. 201, inciso I).

20. Se é possível a concessão de aposentadoria por invalidez ao servidor não estabilizado em decorrência de doença ou incapacidade superveniente, não divisamos como apartar a readaptação desse *iter*, caso lhe reste a possibilidade de desempenho de alguma função no serviço público, ainda que limitada.

21. Ora, qual a outra opção que restaria à Administração quando confrontada a essa situação: o deferimento de licenças para tratamento de saúde até a concessão final de aposentadoria por invalidez, se o caso? A readaptação, à evidência, é

---

exercício do cargo, será concedida licença até o máximo de 4 (quatro) anos, com vencimento ou remuneração. ***§ 1º –*** *Findo o prazo, previsto neste artigo, o funcionário será submetido à inspeção médica e aposentado, desde que verificada a sua invalidez, permitindo-se o licenciamento além desse prazo, quando não se justificar a aposentadoria; [...]*
Artigo 195 – *A licença prevista no artigo anterior não poderá exceder de 4 (quatro) anos.* ***Parágrafo único –*** *No caso de acidente, verificada a incapacidade total para qualquer função pública, será desde logo concedida aposentadoria ao funcionário."*
Lei federal 8.112/90: "***Art. 24.*** *Readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.* ***§ 1º*** *Se julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado. [...]".*

12 Já entendeu o Superior Tribunal de Justiça que o instituto da readaptação "destina-se apenas aos **servidores efetivos**, não se estendendo aos ocupantes de função comissionada, sem vínculo com a Administração Pública Federal" (AgRg no REsp 749.852/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 27/02/2006). Não podemos, outrossim, deixar de consignar o entendimento vigente no âmbito da Procuradoria Geral do Estado no sentido de não existir óbice jurídico quanto à aplicação do instituto da readaptação aos servidores regidos pela Lei 500/74, conforme consignado no Parecer **PA-3 nº 149/97**, aprovado superiormente.

13 Ob.cit., p. 247/250.

14 Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado aos 27 de junho de 2013.

medida benéfica para a Administração e que atende ao interesse público, eis que representa uma alternativa de aproveitar no serviço público o servidor que ainda possui condições laborais, conquanto incapaz de exercer plenamente as atribuições de seu cargo. Aderimos, nesse ponto, à opinião de José Maria Pinheiro Madeira[15]:

> Esse instituto [da readaptação] deve se dar com cautela. Indubitavelmente, as conquistas da Medicina e da Psicologia e o estímulo que deve o Poder Público dar à educação tornam hoje razoável sua aplicação. As leis estatutárias não costumam adotá-lo sob todas as suas formas, mas, restritamente, para atender a situações de incapacitação, que seriam insuficientes para motivar a aposentadoria ou sucessivas concessões de licença para tratamento.
>
> .....
>
> É uma tentativa, na verdade, desesperada da Administração Pública, a fim de evitar a aposentadoria por invalidez precoce. [...]

22. Emerge de suma relevância, nesse contexto, o período do estágio probatório, no qual incumbirá à Administração verificar a **real adequação e capacidade** dos agentes públicos nos cargos aos quais investidos[16], apurando-se a conveniência ou não da permanência destes servidores no serviço público, distinguindo aqueles que não possuem efetiva aptidão física e psicológica para o cargo[17] daqueles que foram colhidos por **superveniente limitação ou incapacitação física ou mental.**

23. Por fim, corroboramos o entendimento externado pelo órgão jurídico preopinante no sentido de computar-se o período em que o servidor estiver readaptado para integralização do estágio probatório, uma vez tratar-se de efetivo exercício. Nesse sentido, o enfoque incensurável dado pelo Parecer **PA 230/2008**:

> **15.2.** O funcionário readaptado, quando frequente, não se encontra afastado do exercício do cargo. Diversamente, está no exercício do cargo – obrigado a desempenhar as atribuições do cargo (exceto aquelas incompatíveis com sua condição física ou mental

15 *Servidor Público na Atualidade*. 8 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 347/348.

16 Muito apropriada a anotação de Leonardo Carneiro Assumpção Vieira, quando assevera que "não se deve supor, em ingenuidade iluminista, que o concurso será sempre capaz de selecionar, entre centenas, milhares, os melhores para o desempenho de determinado cargo. Na verdade, nem é esta a sua tarefa. O concurso seleciona os que melhor se saem em suas provas. Esta limitação do concurso só é contornada com o estágio probatório e com a avaliação de desempenho." (*Merecimento na Administração Pública: concurso público, avaliação de desempenho e política pública de pessoal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 159)

17 Nessa toada, entendemos que as decisões citadas no item 20 do Parecer **PA 230/2008** amparam apenas as hipóteses em que as doenças são anteriores à nomeação (vide também Apelação nº 0039138-43.2009.8.26.0071, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. 05/03/2012). Inarredável, nesse contexto, a importância do exame admissional a cargo do órgão médico oficial, o qual detém a relevante incumbência de atestar um dos requisitos para a posse – **o gozo de boa saúde** (art. 47, inc. VI, da Lei estadual nº 10.261/68).

prejudicada), bem como adstrito a todos os demais deveres cominados aos funcionários que estejam no efetivo exercício do cargo – inclusive o de assiduidade.

15.3. Destarte, no presente caso, nos períodos em que, na condição de readaptado, o interessado registrou frequência ao serviço, este não esteve afastado ou licenciado do cargo que titulariza. Ao contrário, houve exercício real, efetivo, concreto, do cargo em que o servidor foi admitido.

24. Cumpre, derradeiramente, anotar que "a readaptação não confere estabilidade ao seu beneficiário", nos termos consignados no Parecer **PA 230/2008**, com o qual concordamos. Trazemos à colação os valiosos apontamentos da lavra da insigne parecerista:

> Inexistência de óbice taxativo a que seja concedida readaptação a funcionários em estágio probatório, tendo em vista especialmente que a readaptação não confere estabilidade ao seu beneficiário. Se, durante o estágio probatório, o funcionário readaptado se revelar inapto para o exercício do cargo que titulariza – inclusive quando sua inadequação para o cargo decorrer da inaptidão física ou psicológica que houver ensejado a readaptação – a condição de readaptado não será óbice à sua exoneração[18].

25. Por tudo o que se expôs nesta peça opinativa, propomos a revisão parcial da orientação fixada no despacho da Subprocuradora-Geral do Estado da Área da Consultoria no Parecer **PA 230/2008**, para admitir-se a possibilidade de servidor em estágio probatório ser submetido à readaptação, caso constatada, por inspeção médica oficial, a modificação do estado físico ou mental a alterar sua capacidade laboral, contando-se referido período para a integralização do estágio probatório.

À consideração superior.

São Paulo, 15 de outubro de 2013.

SUZANA SOO SUN LEE
Procuradora do Estado
OAB/SP nº 227.865

18 Trecho da ementa do Parecer PA 230/2008, parcialmente aprovado.

Registro: 2013.0000384721

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0019836-77.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DANIEL PERRONI TRENTIN, e apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO E NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 24 de junho de 2013.

MARIA LAURA TAVARES
RELATORA
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 10527
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019836-77.2012.8.26.0053
COMARCA: SÃO PAULO
APELANTE: DANIEL PERRONI TRENTIN
APELADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO – Servidor Público Estadual – Agente de segurança penitenciária – Acidente de trabalho durante o estágio probatório – Readaptação – Pedido para que o período de readaptação seja computado para os fins de estágio probatório – Possibilidade – Servidor que está exercendo as suas funções em departamento de estabelecimento penitenciário – Possibilidade de avaliação para fins de estágio probatório – Sentença de improcedência – Recurso provido parcialmente.

Trata-se de ação declaratória de nulidade de ato administrativo apresentada por Daniel Perroni Trentin que foi aprovado em concurso público para exercício do cargo de *agente de segurança penitenciário* e que, durante estágio probatório, sofreu acidente de trabalho (refém em rebelião de detentos) ficando afastado por vários períodos para tratamento de saúde e, posteriormente, exerce funções de outros departamentos, em regime de readaptação. Pede para que o tempo em que trabalhou como "readaptado" seja computado para o cumprimento do seu estágio probatório, com os consectários financeiros disto decorrentes.

A r. sentença de fls. 207/213 julgou improcedente o pedido, com o entendimento de que as limitações que o autor sofre, na atualidade, em decorrência dos problemas de saúde, impedem que ele exerça as funções de agente penitenciário, o que não permite que a Administração faça a correta avaliação de sua aptidão para o cargo, o que autoriza ser correta a conclusão de que a atuação da Administração. Restou o autor condenado ao pagamento de honorários advocatícios de R$ 500,00. O autor apresentou recurso de apelação a fls. 219/224 onde alega que, mesmo readaptado, continua a exercer as funções de agente penitenciário, razão pela qual este período deve ser computado para o estágio probatório. Que a atuação no canil é função, também, do agente penitenciário, como consta do Decreto Estadual nº 48.542, de 12 de março de 2004. Relata que o período em que atuou permite a análise das atividades que desenvolveu.

Recurso bem respondido (fls. 229/232).

É o relatório.

O autor pretende ver anulado o procedimento administrativo que não computou o período de tempo em que exerceu funções como "readaptado" para fins

de estágio probatório, dizendo que os problemas de saúde que ostenta são consequência do acidente de trabalho que sofreu durante o próprio estágio probatório.

O estágio probatório tem a finalidade de analisar a aptidão do servidor ao cargo, antes de reconhecer a sua estabilidade.

E não há estabilidade no serviço público, mas no cargo público, e se exige que aquele que foi aprovado em concurso público e iniciou o exercício do cargo, ainda em estágio probatório, efetivamente exerça as funções a ele inerentes.

Desta forma, se o servidor não estiver exercendo as funções do cargo não há como ser avaliada a sua aptidão e atuação no referido cargo o que, em tese, tornaria correto o ato administrativo que o autor deseja anular, ou seja, o ato que não considerou o período em que trabalhou em regime de readaptação para fins de estágio probatório.

Todavia, é certo que o autor alega exercer as suas funções junto ao canil da unidade penitenciária em que está lotado, e que tais funções são, também, atribuições do agente de segurança penitenciária.

E para isto justificar relata que o Decreto Estadual nº 48.542 de 12 de março de 2004 incluiu tais funções naquelas já atribuídas ao agente de segurança penitenciária.

O Decreto mencionado pelo apelante somente acrescenta às equipes de vigilância e segurança e disciplina os cuidados com os cães.

O artigo 1° do mencionado Decreto está assim redigido:

"Artigo 1° – Ficam acrescentadas às Equipes de Vigilância e às Equipes de Segurança e Disciplina, do Centro e Núcleos de Segurança e Disciplina, das unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária, as seguintes atribuições:

I – **executar a vigilância preventiva, interna e externa, da unidade prisional de preferência com o emprego de cães;**

II – **em relação aos cães sob sua guarda:**
a) Zelar pela higiene, saúde, alimentação e vacinação dos cães;
b) Executar o adestramento dos cães;
c) Manter atualizado o registro dos cães.

Assim, é certo que a atuação junto ao canil do presidiário deve ser considerada como função do agente de segurança penitenciário, já que o Decreto nº

49.642, de 01 de junho de 2005 colocou os cuidados com os cães como atribuições dos "Núcleos de Segurança e o Núcleo de Segurança – Regime Semiaberto".

Desta forma, não pode a Administração se furtar a avaliar o servidor, para fins de estágio probatório, por estar ele readaptado, atuando nos cuidados com os cães mantidos nos "núcleos de segurança".

O recurso merece provimento para determinar que o ato administrativo que entendeu pela impossibilidade da avaliação seja anulado, com determinação para que o período em que o servidor atuou como readaptado no canil no estabelecimento penitenciário seja computado para fins de estágio probatório.

Não se mostra possível o acolhimento integral da pretensão recursal, uma vez que a confirmação no cargo depende da efetiva avaliação na fase do estágio probatório, e somente esta confirmação permite a evolução na carreira, como pretendido.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

MARIA LAURA DE ASSIS MOURA TAVARES
Relatora

PROCESSO: PJUNQUEIRÓPOLIS/SAP Nº 243/2005
(PGE Nº 16847- 809654/2013)
INTERESSADO: P. L. S. C.
PARECER: PA Nº 82/2013

De acordo com o Parecer PA nº 82/2013, que analisa em tese a questão e propõe a revisão do entendimento firmado no despacho de aprovação parcial do Parecer PA n° 230/2008, para deixar assentada a inexistência de óbice à readaptação de servidor em estágio probatório.

Em acréscimo, observe-se que o item 17 do presente parecer deve ser lido em conformidade com o despacho proferido pela Chefia da Primeira Seccional da Terceira[19] Subprocuradoria no Parecer PA n° 149/97 e relembrado no subitem 17.2 do Parecer PA nº 230/2008, no sentido de que a readaptação é situação excepcional, não configurando obrigação imposta à Administração, "pois dependendo do grau de modificação do estado de saúde do funcionário/servidor, das circunstâncias de fato do cargo/função desempenhadas, da perspectiva de eficiente evolução do mal que o acometa, etc., pode não ser recomendável ou juridicamente fundada a readaptação".

Com estas considerações, encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado – Consultoria, com proposta de aprovação do parecer em exame.

São Paulo, 16 de outubro de 2013.

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

19 Procurador do Estado Antônio Joaquim Ferreira Custódio.

PROCESSO: GDOC Nº 16847-809654/2013
INTERESSADO: P. L. S. C.
ASSUNTO: PROCESSO DE AVALIAÇÃO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO DE AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA

Manifesto minha anuência às conclusões do Parecer PA nº 82/2013, destacando a observação lançada pela i. Chefia da Procuradoria Administrativa.

Em 2008 essa Especializada, em invulgar peça jurídico-opinativa da lavra da Dra. Patrícia Ester Fryszman, já apontava a viabilidade jurídica da readaptação de servidor em estágio probatório.

Esse entendimento não foi sufragado pela então Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral e, igualmente, pelo Procurador-Geral do Estado.

Remetam-se os autos ao Senhor Procurador-Geral do Estado, com proposta de aprovação do Parecer PA nº 82/2013 e revisão do entendimento fixado quando da análise do Parecer PA nº 230/2008, no que tange à possibilidade de readaptação de servidor em estágio probatório.

SubG. Cons., 21 de outubro de 2013.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador-Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

PROCESSO: GDOC Nº 16847-809654/2013
INTERESSADO: P. L. S. C.
ASSUNTO: PROCESSO DE AVALIAÇÃO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO DE AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA

Aprovo, por seus próprios e jurídicos fundamentos, o Parecer PA nº 82/2013.

Restituam-se os autos à Secretaria da Administração Penitenciária, por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

GPG, 22 de outubro de 2013.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador-Geral do Estado

Ementas Consultoria

147) CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO. NEPOTISMO. Servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo. Precedente designação de companheiro para o exercício de função retribuída mediante gratificação "pro labore". Aplicação da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal. Cumprimento nos estritos termos em que editada (PA 189/2009). Servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento. Inteligência do artigo 37, II e V, da Constituição Federal. Caso concreto que não se ajusta à hipótese vedada pelo texto sumular. Precedentes: Pareceres PA nº 189/2009, nº 72/2010, nº 184/2010. Decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal (MS 29.434 MC/SC, MS 29.320/DF, MS 30.460 MC/ES, Rcl 9.154/CE, Rcl 11.907 MC/SE) no sentido de afastar a incidência da Súmula Vinculante n° 13 aos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo. (Parecer PA nº 33/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 30.09.2013)

148) VANTAGEM PECUNIÁRIA – INCORPORAÇÃO – AULAS – Atos que deferiram incorporação, aos vencimentos de policiais militares, de décimos de valores pagos por aulas ministradas em cursos da Corporação. Incorporação indevida por não se subsumir a hipótese à previsão constante do art.133/CE: ministrar tais aulas é apenas uma atividade especial, que não pode ser entendida como exercício de cargo ou função distintos do cargo que o policial titulariza. Invalidade dos atos concessivos de incorporação. Dever de anulação, de oficio, de tais atos, nos termos do artigo 10 da Lei nº 10.177/98, observado o disposto no art. 57 e seguintes da mesma lei, notadamente o direito ao contraditório. Quando transcorrido o prazo para invalidação administrativa de ato nulo, o Estado deve valer-se da via judicial para esta finalidade, desde que não ultrapassado o prazo de prescrição da pretensão respectiva, nos termos da lei civil. (Parecer PA nº 46/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 30.09.2013)

149) SERVIDOR PÚBLICO. Ocupante de função-atividade de natureza permanente. Direitos e vantagens. Licença-prêmio. Concessão mediante expedição de certidão de tempo de serviço negada pelo órgão de pessoal. Superveniência do Despacho Normativo do Governador de 22 de novembro de 2011. Extensão, aos servidores admitidos sob o regime da Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974,

dos efeitos das decisões judiciais que reconheceram a esses funcionários o direito à licença-prêmio. Mudança de interpretação no âmbito da Administração Pública Estadual. Inocorrência de direito novo. Precedente: Parecer **PA nº 33/2012**. Caso concreto em que, à altura da reorientação dos padrões de conduta da Administração, a servidora já não tinha tempo hábil para gozar a licença-prêmio, em razão da iminência de completar a idade limite para permanência no serviço público. Direito averbado apenas depois da aposentadoria, embora voluntária, da interessada. Responsabilidade civil do Estado. Indenização devida. Precedentes: Pareceres **PA nº 128/2003 e nº 312/2003**. Proposta de alçamento dos autos ao Chefe do Executivo para decisão sobre o pedido indenizatório. (Parecer PA nº 54/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 21.10.2013)

150) CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. Divergência instalada entre os órgãos técnicos da Secretaria da Fazenda e de Gestão Pública. Proposta de instauração de certame destinado exclusivamente para constituição de cadastro de reserva. Existência de vagas certas e determinadas a serem providas e a necessidade da Administração na contratação. Manifestação das Secretarias de Planejamento e Desenvolvimento Regional e da Fazenda no sentido da inexistência de dotação orçamentária. Considerações sobre o cadastro de reserva, suas modalidades e o posicionamento dos Tribunais Superiores. Concurso público destinado exclusivamente para formação do cadastro técnico. Prática controversa na doutrina, mas que encontra adesão dos órgãos de controle e do Poder Judiciário. Necessidade de dotação orçamentária no momento da abertura do certame. Inteligência do artigo 169, § 10, da CF /88 c.c. artigos 16, 17 e 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Resolução CC-7, de 26/02/2007, que se coaduna com tais diretrizes fiscais. Considerações finais à luz do entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 598.099/MS e do RE 227.480/RJ. Princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. (Parecer PA nº 55/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 21.10.2013)

151) CONCURSO PÚBLICO. PROVIMENTO DE CARGOS. Edital de abertura de inscrições DRH nº 1812010 para provimento de 550 cargos de Técnico da Fazenda Estadual (TEFE). Aprovação além do número de vagas ofertadas no edital. Vacância de novos cargos após a abertura do certame. Prazo de validade do concurso prorrogado até 13 de abril de 2015. Pretensão de deflagrar-se novo concurso público no prazo de validade do anterior. Viabilidade, desde que os aprovados no concurso precedente sejam convocados com prioridade sobre os novos aprovados. Inteligência do inciso IV do artigo 37 da Constituição Federal. MS 24.660/DF, AI 504.702/PR, RE 192.568/PI. Considerações sobre o chamado "cadastro de reserva"

à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores. (Parecer PA nº 58/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 02.09.2013)

152) SERVIDOR PÚBLICO. Cargo efetivo. Direitos e vantagens. Adicional por tempo de serviço. Quinquênio e sexta-parte. Concessão com base em tempo de serviço público que serviu à obtenção de aposentadoria pelo regime geral de previdência social. Possibilidade. Precedente: Parecer PA-3 nº 77/2000. Aposentadoria compulsória. Proporção. Contagem de tempo. Exercício concomitante de serviço público e atividade privada. Dúvida sobre o regime previdenciário a que o interessado esteve sujeito, tendo em vista a notícia de ação judicial por ele ajuizada. Proposta de diligência. (Parecer PA nº 59/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 21.10.2013)

153) SPPREV. HOMOLOGAÇÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. SERVIDORA ESTADUAL APOSENTADA. Pleito de contagem de tempo que afirma não ter sido utilizado em sua aposentadoria, para fins de obter aposentadoria pelo regime geral de previdência. Necessidade de instrução dos autos para análise do pedido. Diligência. (Parecer PA nº 60/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 17.09.2013)

154) CONTAGEM DE TEMPO. Posse e início de exercício. Frequência comprovada no Curso de Adaptação à Carreira configura início de exercício. Pareceres PA-3 155/93 e PA-3 336/94. Acumulação de cargos de Professora Adjunta da Municipalidade de São Paulo e Procuradora do Estado. Art. 37, inc. XVI, alínea "b", da CF/88. Pretensão da interessada no sentido da legalidade da acumulação e o consequente reconhecimento do início de exercício desde o dia 28 de janeiro de 1993. Proposta de efetivação de diligência preliminarmente à manifestação conclusiva. (Parecer PA nº 62/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 21.10.2013)

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

rador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 21.10.2013)

156) SERVIDOR PÚBLICO. Previdência social. Contagem de tempo. Contagem recíproca. Certidão de tempo de contribuição para fins previdenciários. Expedição e homologação pela entidade gestora do regime próprio de previdência estadual. Possibilidade restrita a ex-servidor e desde que a certidão tenha por objeto tempo de contribuição para o regime próprio e não para o regime geral. Descabimento de mais de uma aposentadoria com base no mesmo tempo de contribuição. Inexistência do direito de optar entre a aposentadoria no cargo efetivo ou o prosseguimento no mesmo cargo com o acréscimo, a pretexto de contagem recíproca, de aposentadoria paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Conceitos legais de regime de origem e regime instituidor. Inteligência do artigo 2° da Lei Federal nº 9.796/1999 e dos artigos 2°, 3°, 12 e 21 da Portaria nº 154/2008, do Ministério da Previdência Social. Precedente: **Parecer PA nº 124/2011.** (Parecer PA nº 64/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 24.10.2013)

157) SERVIDOR PÚBLICO. Procurador do Estado. Contagem de tempo. Período de vínculo profissional com sociedades de economia mista estaduais. Impossibilidade do cômputo como tempo de serviço público para qualquer fim. Desempenho, na época, de atividades em órgãos da Administração direta estadual. Atribuição de gratificação de representação. Irrelevância. Inexistência de vínculo profissional com o Estado ou suas autarquias e fundações públicas. Ausência da condição de servidor público. Índole privada da prestação de serviço. Inteligência do artigo 76 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado – Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. Conceito de serviço público em compasso com as disposições constitucionais sobre o regime próprio de previdência social, que disciplina a aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo. Precedentes: **Parecer PA-3 nº 326/1990; Parecer PA-3 nº 198/1993; Parecer PA-3 nº 78/1998; Parecer PA-3 nº 96/1999; Parecer PA-3 nº 211/1999; Parecer PA-3 nº 91/2001.** (Parecer PA nº 65/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 18.10.2013)

158) PREVIDÊNCIA SOCIAL. Homologação de Certidão de Tempo de Contribuição (CTC). Regulamentação conferida pela Portaria MPS n° 154/2008. Consulta formulada envolvendo diversas situações de servidores admitidos em caráter temporário ou a título precário. Servidora admitida em caráter precário no regime do artigo 1° do Decreto n° 49.532, de 26/04/1968. Regime instituído pelo indigitado diploma legal foi substituído pelo regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário da Lei n° 500/74. **Parecer PA-3 n° 29/82**. Contratação em caráter temporário nos termos do artigo 92, inciso III, da Emenda Constitucional n° 02/69.

Reconhecimento quanto à contagem de tempo de serviço para todos os fins. Despacho Normativo do Vice-Governador de 08/06/1981. **Parecer PA-3 nº 91/81**. Período de admissão pelo Decreto nº 49.532/68 e posterior enquadramento com fulcro no artigo 1 º das Disposições Transitórias da Lei 500/74. Solução conferida pelo art. 6º da parte transitória do mesmo diploma legal. Demais questionamentos relativos ao regime de servidores admitidos nos termos da Lei 500/74. Artigo 2º, §2º, LCE 1.010/2007. (Parecer PA nº 66/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 24.10.2013)

159) FUNDAÇÃO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO ESTADO DE SÃO PAULO – SP-PREVCOM. DÚVIDA QUANTO AO REGIME JURÍDICO. A Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo – SP-PREVCOM é uma fundação de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado, à semelhança das Fundações de Previdência Complementar, cujas instituições foram autorizadas pela Lei Federal nº 12.618/2012. Precedentes: Pareceres PA nºs 377/83; 223/91; 425/93; 118/2008 e 187/2008. (Parecer PA nº 67/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da Procuradoria Geral do Estado em 04.10.2013)

160) SERVIDOR TRABALHISTA. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Remuneração de ocupantes de funções gratificadas. Redução do valor da gratificação de função decorrente da implantação do Plano de Cargos, Carreiras e Salários, malgrado a manutenção no exercício da função comissionada. Incidência do item II da Súmula 372 do TST. Equiparação Salarial. Artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho. É irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal. Súmula nº 6, item VI, do TST. Critérios de promoção estabelecidos no Regulamento do PCCS. Ausência de alternância dos critérios de merecimento e antiguidade sujeita a empresa ao desamparo da lei. Inteligência do art. 461, §2º, CLT e iterativa jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (OJ-SDI1-418). Submissão das questões debatidas à Comissão de Política Salarial, nos termos do art. 2º, inc. III, do Decreto nº 51.660/2007. (Parecer PA nº 71/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 22.10.2013)

161) CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. Lei estadual nº 13.549/2009. Regime de extinção. Reestruturação da Carteira de Previdência dos Advogados para fins de liquidação. Lei estadual nº 10.394/1970 não revogada integralmente. Contradição entre leis não se presume. Coexistência demonstrada. Inadimplemento de seis contribuições que leva ao cancelamento automático da inscrição do segurado (artigo 7º da Lei estadual nº 10.394/1970). Inadimplência como causa de indeferimento da concessão

do benefício (artigo 7°, §2°, da Lei estadual n° 13.549/2009). Falta de recolhimento de contribuições que inviabiliza o equilíbrio financeiro atuarial da Carteira. Individualização das contas dos segurados não altera esse quadro. Perpetuação de inadimplemento contraria finalidade a ser atingida, qual seja, extinção da Carteira. Resgate das contribuições não mais possível. Orientação que se compatibiliza com a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. (Parecer PA nº 73/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 22.10.2013)

162) PENSÃO POR MORTE DE MILITAR. DÚVIDA SOBRE A APLICAÇÃO DAS CONCLUSÕES DO PARECER PA N° 15/2012 AOS MILITARES. APLICABILIDADE. A regra do artigo 5° da Lei Federal nº 9.717/98 aplica-se tanto ao regime próprio de previdência dos servidores públicos, quanto ao regime próprio de previdência dos militares. Assim, em face da regra prevista no artigo 24, § 4° da Constituição Federal, as normas da Lei Estadual n° 452/1974 que contrariavam a Lei Federal n° 8.213/91 ficaram com sua eficácia suspensa, desde a vigência da Lei Federal nº 9.717/98. As conclusões do Parecer PA n° 15/2012 aplicam-se também às pensões de militares. Precedente: Parecer PA nº 15/2012. (Parecer PA nº 75/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 21.10.2013)

163) ESTAGIÁRIO DE DIREITO DA PGE. DIREITO A RECESSO. Lei federal n° 11.788/2008. Observados os dispositivos legais, estágio, mesmo remunerado, não gera vínculo empregatício. Precedente: Parecer PA-3 n° 160/2002. Direito a recesso para estagiário tem previsão legal expressa (artigo 13). Não se confunde com direito a férias que tem assento constitucional. Identidade de finalidade, qual seja, propiciar um período de descanso das atividades realizadas visando à saúde do indivíduo. Direito indisponível. Decreto estadual nº 56.013/2010. Poder regulamentar. Defeso contrariar, restringir ou ampliar as disposições da norma geral. Competência legislativa privativa da União. Possível a concessão de recesso antes de um ano, com preferência para o gozo durante as férias escolares. Administração deve elaborar escala compatível com a duração do estágio. Indenização de período de recesso não usufruído deve ser exceção. Conclusão do curso é causa de rompimento obrigatório da relação de estágio. Credenciamento não pode perdurar após a data de conclusão do curso. Precedentes: Parecer PA n° 84/2009 e Parecer PA nº 203/2010. No caso específico, necessidade de complementação da instrução para decisão final da autoridade competente. (Parecer PA nº 95/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 16.10.2013)

164) ESTAGIÁRIO DE DIREITO DA PGE. DIREITO A RECESSO. Lei federal n° 11.788/2008. Recesso. Direito indisponível. Decreto estadual nº 56.013/2010. Poder regulamentar. Defeso contrariar, restringir ou ampliar as disposições da norma geral.

Competência legislativa privativa da União. Possível a concessão de recesso antes de um ano, com preferência para o gozo durante as férias escolares. Administração deve elaborar escala compatível com a duração do estágio. Indenização de período de recesso não usufruído deve ser exceção. Conclusão do curso é causa de rompimento obrigatório da relação de estágio. Credenciamento não pode perdurar após a data de conclusão do curso. Parecer PA n° 95/2011 pendente de apreciação pelas instâncias superiores da PGE. Retorno a esta Especializada após complementação da instrução. Reiteração dos argumentos antes apresentados. Proposta de deferimento do pedido. (Parecer PA nº 76/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 16.10.2013)

165) FUNÇÃO DE CONFIANÇA. Embora não haja o Estado de São Paulo instituído regime jurídico único para seus servidores, as funções de confiança, no âmbito da Administração estadual direta e autárquica devem ser exercidas exclusivamente por servidores titulares de cargo efetivo, a teor do disposto no art. 37, V, da Constituição Federal. No entanto, como consectário lógico do entendimento aprovado no âmbito da PGE (Parecer PA nº 20/2012), tal regra poderá ser excepcionada no caso das autarquias que, em virtude de disposição legal, tenham seu Quadro de pessoal composto exclusivamente por empregados públicos sujeitos ao regime jurídico da CLT. Precedentes: Pareceres PA nº 18/2012, 20/2012, 062/2012. (Parecer PA nº 77/2013 – Aprovado parcialmente pelo Procurador-Geral do Estado em 22.10.2013)

166) SERVIDOR TRABALHISTA. Prorrogação do período de licença-maternidade para 180 dias. Proposta de alteração da orientação firmada quando da aprovação do Parecer CJ/SJDC n° 438/2008, ratificado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto. Impossibilidade de se estender os preceitos da Lei Complementar n° 1.054/2008 aos servidores celetistas. Artigo 4°, inc. I, da LCE 1.054/2008. Aos servidores públicos admitidos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho não se aplica o regramento fixado pelo Estatuto dos Funcionários Públicos. **Pareceres PA-3 nºs 348/1994, 160/99, 183/2006, 76/2010, 222/2007.** Competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho. **Parecer PA n° 135/2005.** A LCE 1.054/2008 aplica-se exclusivamente às servidoras cujos vínculos funcionais são regidos pela Lei n° 10.261/68. **Parecer PA n° 53/2011.** Jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região que abona a diretriz fixada por esta Instituição. (Parecer PA nº 78/2013 – Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 29.10.2013)

167) AGENTE PÚBLICO. MILITAR. ACUMULAÇÃO REMUNERADA. Posse em cargo ou emprego público civil permanente. Determinação constitucional de transferência para a reserva, nos termos da lei. Artigo 42,

parágrafo 1°, e 142, parágrafo 3°, II, da Constituição da República. Impossibilidade de acumulação. Precedente: Parecer PA nº 108/2009. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a admitir, em tese, que se aplique aos militares o preceito do artigo 37, XVI, "c", da Lei Maior. Inexistência, contudo, de compatibilidade de horários, considerado o regramento local. Regime Especial de Trabalho Policial – RETP. Lei Estadual nº 10.291, de 26 de novembro de 1968. Exigência legal de que o policial esteja à disposição da corporação em período integral. Precedente: Parecer PA-3 nº 148/1999. (Parecer PA nº 81/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado Área da Consultoria Geral em 18.10.2013)

Contencioso Geral

168) MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de compelir o Diretor do DETRAN a anular as multas por infração ao Programa de Restrição ao Trânsito de Veículos do Município de São Paulo (Rodízio de Veículos) em virtude de atuar na prestação de serviços essenciais na área de saúde – Preliminar de ilegitimidade passiva que merece acolhimento – Penalidades impostas pela Municipalidade de São Paulo, através do Departamento de Operação do Sistema Viário-DSV – Inexistência de subordinação entre a autoridade impetrada e o ente responsável pela autuação – Inaplicabilidade da teoria da encampação – Sentença reformada para extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil – Reexame necessário e recurso voluntário da Fazenda Estadual providos. (Apelação e reexame necessário nº 9899-09.2013.8.26.0053 – São Paulo – Relator: Maria Laura Tavares – 5ª Câmara de Direito Público – 21/10/2013 – 11342 – Unânime)

169) APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de incorporação da Gratificação de Atividade Policial – GAP de forma integral no salário base – Ocorrência da decadência – Aplicação do art. 23 da Lei nº 12.016/09 – Decurso de prazo superior a 120 dias entre a absorção da GAP ao vencimento e a impetração do "mandamus" – Gratificação absorvida ao salário, ante a Lei Complementar nº 1.021/07 – Sentença concessiva da segurança – Ação extinta nos termos do artigo 269, inciso IV do CPC – Reexame necessário e recurso da Fazenda Estadual providos. (Apelação e reexame necessário nº 0057255-34.2012.8.26.0053 – São Paulo – Relator: Maria Laura Tavares – 5ª Câmara de Direito Público – 21/10/2013 – 11519 – Unânime)

170) SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Gratificação de Atividade Penitenciária (GAP). Pretensão de incorporação da vantagem aos proventos de aposentadoria, antes da edição da Lei Complementar nº 1116/10. Admissibilidade. Deve ser estendida aos inativos e pensionistas a gratificação concedida pela Lei Complementar nº 735/93. Verba de caráter geral, sendo a única condição o efetivo exercício. CORREÇÃO MONETÁRIA. Insurgência contra a atualização da correção monetária, na forma da Lei nº 11.960/09. Aplicabilidade imediata, desde 30.06.2009. Regra de conteúdo processual. Impossibilidade da aplicação da ADI nº 4357, julgada pelo STF em 14.03.2013, pois ainda não foi publicada. Ademais, possível a superveniência da modulação dos efeitos desta decisão. Inteligência do art. 27 da Lei nº 9.868/99. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Fixação por equidade. Vencida a Fazenda Pública os honorários advocatícios devem ser arbitrados na forma do art. 20, § 4º do CPC. Sentença alterada, neste aspecto. Reexame necessário parcialmente provido; improvido o recurso voluntário dos autores. (Apelação e reexame necessário nº 0053579-78.2012.8.26.0053 – São Paulo – Relator: Claudio Augusto

Pedrassi – 2ª Câmara de Direito Público – 22/10/2013 – 6619 – Unânime)

171) AÇÃO ORDINÁRIA – COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO E APOSENTADORIA – Aplicação da Súmula 85 do STJ, que se posicionou que nos presentes casos não ocorre a prescrição do fundo de direito, mas apenas a parcelar quinquenal – Ação ajuizada por pensionistas de ferroviários falecidos e ex-funcionários da extinta FEPASA – Pretensão voltada à extensão dos reajustes salariais de 9,44%, em razão do Acordo Coletivo de Trabalho celebrado em 2005, entre o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias Paulista e a FERROBAN – Impossibilidade – Enunciado nº 10 do CADIP estabeleceu a CPTM como paradigma para efeito de complementação e não a FERROBAN – Entendimento pacificado neste E. Tribunal de Justiça – Sentença de procedência da ação reformada. Reexame necessário e recurso de apelação da Fazenda Estadual providos. (Apelação e reexame necessário nº 0008574-67.2011.8.26.0053 – São Paulo – Relator: Leonel Costa – 5ª Câmara de Direito Público – 21/10/2013 – 16423 – Unânime)

172) FEPASA. EQUIDISTÂNCIA ENTRE CLASSES SALARIAIS – Pretensão deduzida por ferroviários aposentados da FEPASA objetivando seja observado o piso salarial, instituído para carreira inicial em Contrato Coletivo de Trabalho entre as classes – Impossibilidade – Ausência de previsão legal – Precedentes deste E. Tribunal. Apelo dos autores parcialmente provido apenas para anular a r. sentença. Reexame necessário e recurso de apelação da Fazenda Estadual providos, para julgar improcedente a ação. (Apelação e reexame necessário nº 0011486-37.2011.8.26.0053 – São Paulo – Relator: Leonel Costa – 5ª Câmara de Direito Público – 21/10/2013 – 16676 – Unânime)

173) INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Prisão Preventiva – Suposta prática do crime de Extorsão Mediante Sequestro – Absolvição por insuficiência de provas – Resultado do julgamento que demonstra o exercício do direito de ampla defesa – Exercício regular do poder de polícia que, mesmo diante de posterior absolvição do acusado, não gera ao Estado o dever de indenizá-lo – Precedentes STJ – Sentença de parcial procedência da ação reformada. Recurso de apelação da Fazenda Estadual provido, prejudicado o apelo do autor. (Apelação nº 0033524-86.2012.8.26.0577 – São Paulo – Relator: Leonel Costa – 5ª Câmara de Direito Público – 21/10/2013 – 16676 – Unânime)

174) SERVIDOR. PLEITO REVISIONAL DE PROVENTOS. QUINQUÊNIOS E SEXTA PARTE. FALTA DE INDICAÇÃO E DE PROVA DA DATA DA APOSENTADORIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. A EC nº 19/1998 derrogou o art. 129 da CESP-1989, de modo que a sexta parte adquirida após a vigência daquela Emenda constitucional não pode incidir sobre vencimentos integrais, circunstância que põe à mostra a indispensabilidade da prova da data de aquisição do versado benefício. De

toda a sorte, "não há direito adquirido a regime jurídico, sendo possível, portanto, a redução ou mesmo a supressão de gratificações ou outras parcelas remuneratórias, desde que preservado o valor nominal da remuneração" (Min. EROS GRAU, STF). A base de incidência da sexta parte, desde a vigência da EC nº 19/1998, é "o vencimento". O problema real remanescente está em dizer que coisa é o vencimento. Essa dificuldade é tributária da circunstância de que alguns aportes pecuniários, que a lei designa gratificações ou adicionais, constituem, na verdade, reajustes remuneratórios. E, nessa condição, integram o vencimento – Trata-se de prova indispensável, já à propositura e, depois, à decisão deste feito, a do termo do vintênio ensejador da sexta parte, porque, tanto seja posterior à eficácia da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a vantagem em foco deve calcular-se sobre o padrão remuneratório, pena de vulnerar-se a norma central do inciso XIV, art. 37, Constituição federal, com o aludido texto emendado. A pretensão de rever o ato de aposentadoria tem por termo inicial, para fins de fluência do prazo de prescrição, a data em que o direito se concedeu pela Administração Pública. De sorte que, ausente referência alguma à passagem para a inatividade, é de rigor a extinção da demanda, porque impossível, nos autos, verificar a eventual ocorrência de prescrição. Extinção do processo, sem julgamento de mérito de mérito, prejudicado o exame do recurso da autarquia paulista. Acolhimento do recurso da Fazenda pública paulista para, diante do reconhecimento de sua ilegitimidade passiva ad causam, condenar a autora no pagamento de verbas sucumbenciais em seu favor. (Apelação nº 0041773-26.2011.8.26.0071 – Bauru – Relator: Ricardo Dip – 11ª Câmara de Direito Público – 22/10/2013 – Unânime)

Contencioso Tributário-Fiscal

175) EXECUÇÃO FISCAL – Débito Fiscal decorrente de ICMS declarado e não pago – Processo extinto – Dois débitos em cobrança – Extinção de um deles com fundamento no artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil e outro com base no artigo 26 da Lei 6830/80 – Incabível a condenação da Fazenda Estadual ao pagamento da verba honorária ao patrono da executada – Inexistência de citação da executada – Recurso da Fazenda Estadual provido. (Apelação nº 9003087-80.2011.8.26.0014 – São Paulo – Relator: Maria Laura de Assis Moura Tavares – 5ª Câmara de Direito Público – 21/10/2013 – 11590 – Unânime)

176) AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS – PROGRAMA DE PARCELAMENTO ESPECIAL (PEP) – MANDADO DE SEGURANÇA – Decisão agravada que concedeu os benefícios da Justiça Gratuita à empresa autora, bem como deferiu a liminar pleiteada para que a Fazenda Estadual não adote os critérios de correção monetária com base na Lei Estadual nº 13.918/09, determinando ainda que a empresa seja incluída no Programa Especial de Parcelamento de débitos fiscais – Alegação de que o pedido de parcelamento de débito feito pela impetrante é expressamente vedado pelo Decreto nº 58.811/12 – Débito fiscal decorrente de desembaraço aduaneiro de mercadoria importada do exterior – Forma de liquidação exclusivamente em parcela única que foi revogada pelo Decreto 59.413/13 – Possibilidade de liquidação em até 120 parcelas – Liminar mantida, com observação quanto aos critérios de parcelamento trazidos pelo Decreto 59.413/13, permitindo-se ainda a incidência de juros de mora consoante a Lei 13.918/09, desde que respeitada a taxa SELIC como teto, nos termos do decidido pelo E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça – Precedentes – Decisão mantida – Recurso improvido, com observação. (Agravo de Instrumento nº 0120903-16.2013.8.26.0000 – São Paulo – Relator: Paulo Barcellos Gatti – 4ª Câmara de Direito Público – 14/10/2013 – 522 – Unânime)

177) AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRESCRIÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS – IPVA – Prescrição – Fazenda Estadual que após o ajuizamento da ação reconheceu a prescrição dos débitos de IPVA dos exercícios de 2003 a 2005 – Correta a r. sentença no tocante à condenação da ré no pagamento das verbas sucumbenciais, porquanto presente o interesse de agir no momento do ajuizamento da ação – Aplicação do princípio da causalidade. Verba honorária que deve ser reduzida. Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 0043493-04.2011.8.26.0564 – São Bernardo do Campo – Relator: Renato Delbianco – 2ª Câmara de Direito Público – 22/10/2013 – 3151 – Unânime)

178) APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. Embargante que foi autuada por realizar creditamento de ICMS oriundo da aquisição de mercadorias destinada a seu ativo fixo. Utilização indevida de créditos

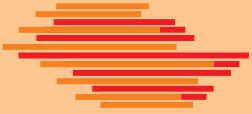
fiscais. Infração caracterizada. Demora de cerca de dois anos para a feitura do estorno. Valor devido, inclusive multa punitiva de 100%, mas em montante bem inferior ao pretendido pelo fisco inicialmente. Embargos procedentes apenas em parte. Reexame necessário e recurso da Fazenda Pública providos em parte. Recurso da empresa prejudicado. (Apelação nº 0.000.857-71.2010.8.26.0333 – Macatuba – Relator: José Luiz Germano – 2ª Câmara de Direito Público – 22/10/2013 – 15.870 – Unânime)

179) DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – PRECATÓRIO DIREITO DE CRÉDITO OBJETO DE CONTRATO DE CESSÃO – COMPENSAÇÃO COM DÉBITO DE ICMS CONSTITUÍDO CONTRA O CESSIONÁRIO – INADMISSIBILIDADE – A compensação prevista nas Emendas Constitucionais 62/2009 e 30/2000 envolve o crédito de precatório e o débito constituído pela Fazenda Pública contra o devedor originário, no caso, o cedente, pessoa natural, não se aplicando o benefício aos débitos constituídos contra o cessionário, pessoa jurídica, devedora do ICMS – Ademais, o ordenamento não ampara a compensação com créditos de natureza alimentar – Sentença reformada – Recurso Provido. (Apelação nº 0084233-25.2009.8.26.0224 – Guarulhos – Relator: Xavier de Aquino – 1ª Câmara de Direito Público – 24/09/2013 – 24722 – Unânime)

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515