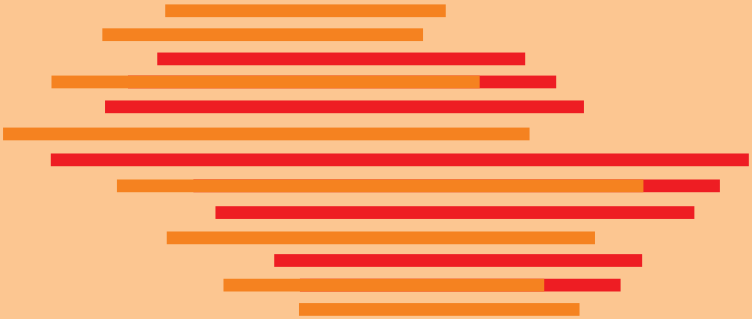
BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

MARÇO/ABRIL 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. 2 - março/abril 2013

Sumário

Expediente

Editorial 7

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

Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional
SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DA FICHA LIMPA. Servidor público que, ocupando cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, foi condenado, em segunda instância judicial, pela prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92.. 13

Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado do Meio Ambiente
MEIO AMBIENTE. Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA. Consulta. Conselheiro representante das entidades ambientalistas nomeado Secretário Municipal de Meio Ambiente. Impossibilidade de manter-se como representante junto ao Colegiado. Violação da divisão paritária de assentos. Conflito de interesses. Princípio da moralidade. Necessidade de nova eleição ... 31

Parecer da Procuradoria Administrativa
SERVIDOR TRABALHISTA. APOSENTADORIA. Proposta de modificação da exegese agasalhada até o momento pela Procuradoria Geral do Estado, passando-se a entender que a aposentadoria espontânea do empregado não implica a extinção automática do contrato de trabalho, ainda que se trate de servidor celetista ou empregado público da Administração centralizada, de autarquia ou fundação pública 39

Ementário
Consultoria 69
Contencioso Geral 77
Contencioso Tributário-Fiscal 80

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

Assessoria

Adriano Vidigal Martins, Alexandre Aboud, Ana Maria Oliveira Toledo Rinaldi, Bruno Maciel dos Santos, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Daniel Smolentzov, Denis Dela Vedova Gomes, Elaine Vieira da Motta, Eric Ronald Januario, Fabio Trabold Gastaldo, Flávia Della Coletta Depiné, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Igor Bueno Peruchi, Lucia de Faria Freitas, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Lucilia Aparecida dos Santos, Márcia Aparecida de Andrade Freixo, Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval, Maria Rita Vaz de Arruda Corsini, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosana Martins Kirschke, Sibele Ferrigno Poli Ide Alves, Telma de Freitas Fontes, Valéria Luchiari Magalhães, Vera Lucia Gonçalves Barbosa, Vinicius Teles Sanches, Virgílio Bernardes Carbonieri

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 e
Mirian Kiyoko Murakawa

Escola Superior da PGE

Diretora
Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-diretora
Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial
Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Camila Rocha Schwenck, Carla Pedroza de Andrade, Cláudia Garcia Grion, Eduardo Luiz de Oliveira Filho, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Luiz Henrique Tamaki

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
sac@imprensaoficial.com.br
livros@imprensaoficial.com.br
www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 900 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.

O PROJETO ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

A ESPGE tem obtido gradual sucesso dos projetos implantados, todos estabelecidos por uma grande equipe, composta pelo Conselho Curador, Diretoria, Equipes dos Coordenadores dos Cursos, Monitores e alunos. Pontualmente, pode-se apresentar, de forma sintética, as metas atingidas e planos para o futuro:

1. Destaca-se o reconhecimento da excelência das atividades desenvolvidas, com a obtenção do recredenciamento pelo Conselho Estadual de Educação, após uma rigorosa vistoria, com a análise dos projetos dos Cursos, Corpo Docente, Equipes Acadêmica e Administrativa, infraestrutura física e escrituração formal dos dados oficiais (2011).

2. Outra grande conquista foi o lançamento da Revista da Escola Superior (RESPGE), com respeito aos padrões CAPES/Qualis, como, por exemplo, Comissão Editorial com representantes de várias instituições acadêmicas, nacionais e internacionais, avaliação dos trabalhos pelo processo duplo-cego *(double blind review)*. As edições estão disponíveis nas versões impressa e eletrônica, no site *www.pge.sp.gov/escolasuperior*.

3. Quanto aos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu,* o objetivo tem sido sempre aperfeiçoá-los. O calendário de atividades não tem como meta a abertura, em série, de novos cursos, mas, sim, reestruturá-los para oferecer um projeto diferenciado, específico para atender aos fins da Advocacia Pública. Não é demais lembrar que a convivência acadêmica reforça laços profissionais e de amizade em nossa carreira.

3.1. Houve a abertura de duas novas classes do Curso de Direito do Estado, Turmas 2010/2011 e 2012/2013, com foco em aprofundar os estudos dos novos institutos das áreas do Direito Constitucional e Administrativo, que vão desde as novas teorias hermenêuticas no âmbito da interpretação da Constituição, a temas desafiadores, como Políticas Públicas e alteração dos paradigmas dos contratos no setor público.

3.2. O Curso de Direito Processual Civil, Turma 2011/2012, estabeleceu um novo paradigma, por meio de parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU), sucesso que possibilitou o aprofundamento do estudo com enfoque na atividade estatal, enriquecido pelo compartilhar das experiências interinstitucionais. Distinção deve ser dada também ao fato de a parceria ter possibilitado a transmissão via internet, ao vivo, de várias aulas.

3.3. O Curso de Direito Tributário foi aprimorado com a ampliação do foco na área do Direito Financeiro, justamente, com base nas avaliações do Corpo Docente e dos ex-alunos, os quais apontaram a importância da disciplina na atual dinâmica do Direito.

3.4. O Curso de Direitos Humanos, Turma 2011/2012, inovou ao partir de uma parceria com a Escola da Secretaria da Administração Penitenciária, a qual custeou todo o projeto, gerenciado pela ESPGE. O desafio foi intenso, com enfoque no estudo do aprimoramento das políticas públicas com viés na concretização dos Direitos Fundamentais. A proposta educacional visa conscientizar e preparar o agente público para ser proativo, exercendo sua função de maneira proba e responsável e, assim, reduzir os litígios e ações de responsabilidade.

3.5. Foi criado Curso de Especialização de Direito Ambiental, Turma 2011/2012, com enfoque multidisciplinar, o qual teve como linha condutora o estudo do papel da atividade estatal como principal agente de preservação do meio ambiente.

3.6. Destaque especial merecem as atividades desenvolvidas pelos Coordenadores das Disciplinas Didática, Metodologia e Filosofia, com a excelência mensurada pela satisfação expressa dos alunos.

4. Quanto aos Cursos de Extensão, sobressaíram as atividades internacionais e as parcerias com as demais Escolas de Governo. É importante destacar ter a PGE ajudado a criar e a organizar os eventos, com a participação dos procuradores não só como ouvintes, mas, também, como palestrantes, revelando a importância da carreira na área técnica e acadêmica. Destacam-se assim:

4.1. O *Curso Luso-Brasileiro de Direito Regulatório* foi um importante marco histórico, considerando a conjunção da atualidade do tema, a parceria com a EAGU, EMAG, além da inédita parceria com a Faculdade de Lisboa, que trouxe o contraponto doutrinário e prático internacional.

4.2. Nas áreas dos Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, a distinção fica com os *Cursos:* ***(a)*** *de Qualidade na Educação e Desenvolvimento Social* (2012) e o *Curso Justiça pela Qualidade na Educação – Educação pela Qualidade na Democracia* (2013). A importância destes projetos deve-se ao fato de ambos terem reunido várias Escolas, como a EPM, ESMP, EDEPE, PGE, FDUSP e a Cátedra da UNESCO, fato que deu dimensão internacional, com a presença de Professores de várias partes do mundo, todos pensando em como ajudar a melhorar o sistema educacional brasileiro; **(b)** *Curso Propriedade Intelectual e a Indústria de Medicamentos*, em parceria com o Consulado Americano, muito elucidativo quanto aos mecanismos de atuação da indústria mundial de medicamentos (2010); **(c)** *Curso Advocacias Públicas e os Tribunais de Contas* (2013), o primeiro a reunir as Escolas das três esferas da Federação; **(d)** *Curso sobre Meios Consensuais de Solução de Conflitos e Arbitragem* na esfera pública, que trouxe alternativas para criar espaços de deliberação para desenlace de contendas, entre os vários setores estatais, dos

diversos níveis da federação, evitando-se, assim, de preferência, o ajuizamento de diversas ações (2012).

5. Por fim, frise-se a inauguração de duzentas aulas abertas, através do Centro de Estudos, possibilitando a todos os procuradores do Estado a participação em aulas específicas.

6. A ESPGE tem uma importante missão Institucional, a qual deve ter como meta cumprir sua incumbência constitucional, prevista no artigo 39, § 2.º, que é manter a escola de governo para aperfeiçoamento dos servidores públicos, com enfoque na celebração de convênios ou contratos entre os entes federados, visando, no nosso caso em particular, congregar a Advocacia Pública e os diversos órgãos de gestão.

7. Por fim, merece ser feito especial registro ao trabalho desenvolvido pela Comissão Editorial na elaboração deste Boletim e das Revistas do Centro de Estudos, sempre com a escolha rigorosa e objetiva do material a ser publicado, considerando que os documentos são avaliados sem a identificação do(a) autor(a). O processo de seleção exige muito estudo e profundos debates técnicos com o fim de produzir publicações voltadas a dar efetivo suporte aos Procuradores do Estado em suas atividades diárias. Com especial admiração e respeito agradecemos a todos pela oportunidade de aprender tanto e pela amável convivência, na pessoa de sua coordenadora, Chefe do Centro de Estudos, Mariângela Sarrubbo Fragata e toda equipe, Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Camila Rocha Schwenck, Carla Pedroza de Andrade, Claudia Garcia Grion, Eduardo Luiz de Oliveira Filho, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin e Luiz Henrique Tamaki.

7.1. Nesse contexto, destacamos o rico material deste periódico, como os Pareceres sobre a atual questão da exoneração do servidor público, em cargo de comissão, com fundamento em improbidade administrativa, diante da Lei da Ficha Limpa, e outro sobre a questão paritária de assentos na composição do CONSEMA; por fim, essencial é conhecer o teor do Parecer da Procuradoria Administrativa, o qual formula a modificação de entendimento da PGE sobre a questão dos efeitos da aposentadoria de servidor trabalhista no contrato de trabalho.

PATRICIA ULSON PIZARRO WERNER
Diretora da ESPGE

MARILY DINIZ DO AMARAL CHAVES
Vice-Diretora da ESPGE

Cursos do Centro de Estudos

18.03 – Curso de Adaptação à Área da Consultoria Geral – palestra "Aspectos Gerais das Licitações e a Atuação do Tribunal de Contas".

26.03 – Curso de Adaptação à Área da Consultoria Geral – palestra "Direito Constitucional Administrativo".

03.04 – Curso de Adaptação à Área da Consultoria Geral – palestra "Aspectos Gerais das Licitações".

10.04 – Curso de Adaptação à Área da Consultoria Geral – palestra "Dispensa e Inexigibilidade de Licitação".

17.04 – Curso de Adaptação à Área da Consultoria Geral – palestra "Registro de Preços".

24.04 – Curso de Adaptação à Área da Consultoria Geral – palestra "Pregão Eletrônico – Noções Teóricas".

26.04 – Treinamento do Sistema de Protocolo Único – GDOC.

Eventos do Centro de Estudos

18 e 26.04 – Workshop Saúde Pública – As Ações por Medicamentos e a Assistência Farmacêutica do SUS – parceira com a Subprocuradoria Geral do Contencioso Geral e apoio do Centro de Estudos da PGE.

Eventos em parceria com outras instituições

18 a 21.03 – 8º Congresso Brasileiro de Pregoeiros – em parceria com o Instituto Negócios Públicos do Brasil – Estudos e Pesquisas na Administração Pública – INP Ltda.

21.03 – I Programa de Desenvolvimento e Liderança – Módulo I – em parceria com o SENAC São Paulo.

25, 27.03 e 01.04 – I Programa de Desenvolvimento e Liderança – Módulo II – em parceria com o SENAC São Paulo.

03 e 04.04 – III Congresso Nacional de Gestão Pública – CONAGESP – em parceria com LNG Organização de Eventos LTDA. ME.

08, 29 e 30.04 – Treinamento da utilização do Sistema PGE-NET – em parceria com a SOFTPLAN.

08, 10 e 12.04 – I Programa de Desenvolvimento e Liderança – Módulo III – em parceria com o SENAC São Paulo.

10 a 12.04 – Encontro Nacional de Procuradorias Fiscais – em parceria da Associação dos Procuradores do Rio Grande do Sul em Porto Alegre.

15, 17 e 19.04 – I Programa de Desenvolvimento e Liderança – Módulo IV – em parceria com o SENAC São Paulo.

22 e 23.04 – IX Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras – em parceira com o Instituto Brasileiro de Direito Publico – IBDP.

22, 23 e 24.04 – Treinamento da utilização do Sistema de Execução Fiscal (workflow) – em parceria com a SOFTPLAN.

24, 25 e 26.04 – Treinamento da utilização do Sistema de Execução Fiscal (agenda) – em parceria com a SOFTPLAN.

Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional

PROCESSO: OFÍCIO Nº 4054/2012 – PJPP-CAP Nº 471/2012 – 6ª PJ
PARECER Nº: 1441/2012
INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL
ASSUNTO: SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DA FICHA LIMPA. Servidor público que, ocupando cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, foi condenado, em segunda instância judicial, pela prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92. Decisão que, embora não transitada em julgado, condenou o servidor, dentre outras sanções, à suspensão dos direitos políticos. Solicitação, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, de informações quanto à conduta a ser adotada pela Administração Estadual em face desta condenação, em razão do disposto no Decreto Estadual nº 57.970/2012, que determina a exoneração de servidores que, ocupantes de cargo em comissão, vierem a se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas em lei federal. Determinação que, de fato, encontra respaldo no artigo 111-A da Constituição Estadual. Imposição legal, portanto, de exoneração de qualquer servidor que, ocupando cargo em comissão, venha a ser considerado inelegível. Necessidade, todavia, de definição das situações que conduzem, efetivamente, à inelegibilidade, nos termos da legislação federal. Matéria prevista no artigo 14 da Constituição Federal. Inelegibilidade que poderá decorrer das seguintes situações: I – inocorrência de alguma das condições de elegibilidade previstas no artigo 14, § 3º, da Constituição Federal; II – reconhecimento da inalistabilidade ou do analfabetismo, conforme o artigo 14, § 4º, da Constituição Federal; III – ocorrência de alguma das situações previstas no artigo 14, § 7º, da Constituição Federal; IV – incidência de alguma das hipóteses de inelegibilidade previstas em lei complementar específica, a teor do artigo 14, § 9º, da Constituição Federal. Lei Complementar Federal nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) que, editada com fundamento no artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, traz, dentre os casos de inelegibilidade, o decorrente de condenação *"à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato*

doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena". Mera condenação à suspensão dos direitos políticos que não tem o condão de conduzir, neste momento, à inelegibilidade, na medida em que exigido o trânsito em julgado da sentença condenatória. Exigência decorrente do artigo 20 da Lei Federal nº 8.429/92, bem como do entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADC nº 29/DF. Exoneração, consequentemente, que somente seria exigida caso a condenação do servidor fosse enquadrada em alguma das situações previstas na Lei Complementar Federal nº 135/2010. Prescindibilidade, neste caso, do trânsito em julgado, que já foi objeto de declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADC nº 29/DF. Hipótese, contudo, que, no entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, não se adequa à previsão do artigo 1º, inciso I, alínea *"l"*, da Lei Complementar Federal nº 64/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar Federal nº 135/2010. Existência de inúmeros julgados do Tribunal Superior Eleitoral que reconhecem que a inelegibilidade prevista na aludida norma exige que o ato de improbidade administrativa tenha sido doloso, e que dele tenha decorrido lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. Ausência de qualquer destas características que, no entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, impede o reconhecimento da inelegibilidade. Existência, todavia, de divergência em âmbito doutrinário, entendendo-se que o enriquecimento ilícito, previsto na norma que impõe a inelegibilidade, poderia ser próprio ou de terceiros, sendo pressuposto na hipótese de lesão ao erário. Definição, portanto, do dever de exonerar o servidor, nos termos previstos no Decreto Estadual nº 57.970/2012, que depende do posicionamento a ser perfilhado pela Administração. Decisão, de todo modo, que compete ao Sr. Governador do Estado de São Paulo, por ser o cargo em comissão, por natureza, de livre exoneração.

1. Vêm os autos a esta Consultoria Jurídica para que se manifeste quanto à conduta a ser adotada pelo Sr. Secretário de Planejamento e Desenvolvimento Regional em relação ao Ofício nº 4054/2012, encaminhado pela Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, do Ministério Público do Estado de São Paulo, noticiando a instauração do Inquérito Civil nº 471/2012 e solicitando informações do Titular desta Pasta quanto às providências que seriam adotadas pela Administração (fls. 01).

2. Na portaria que determinou a instauração do inquérito civil, relata-se que o Sr. I.O, servidor público exercendo cargo em comissão junto a esta Secretaria de Estado, teria sido condenado, em segunda instância judicial, à perda de função pública por ato de improbidade administrativa, mas, independentemente deste fato, continuaria exercendo, de forma comissionada, cargo de coordenação da comissão de acompanhamento de contratos de parcerias público-privadas (fls. 02/04).

3. Neste contexto, em razão da determinação constante do Decreto Estadual nº 57.970/2012, que veda a nomeação para cargos em comissão de pessoas que tenham sido condenadas por improbidade administrativa por decisão de órgão colegiado, foi instaurado o aludido inquérito civil, solicitando-se as informações versadas neste expediente.

4. Solicitação semelhante foi encaminhada, por intermédio do Ofício nº 4056/2012, ao Sr. I.O (fls. 07), que apresentou recurso administrativo contra a deflagração do procedimento (fls. 21/29), sustentando que a condenação que lhe foi imposta pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não se enquadraria nas hipóteses de inelegibilidade previstas em lei federal, não ensejando, consequentemente, a aplicação da determinação de exoneração, nos termos do Decreto Estadual nº 57.970/2012.

5. O recorrente alegou, em apertada síntese, que a decisão judicial teria reconhecido que o ato, embora tido como de improbidade administrativa, não teria sido praticado com dolo, nem mesmo causado lesão ao erário ou sequer enriquecimento ilícito do recorrente, do que não seria aplicável a hipótese de inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea *"l"*, da Lei Complementar Federal nº 64/90.

6. Juntou-se aos autos, ainda, cópia da peça inicial da ação civil pública que ensejou a condenação (fls. 30/61), da contestação apresentada pelo Sr. I.O (fls. 62/92), da sentença judicial em primeira instância (fls. 93/109), da apelação interposta pelo servidor (fls. 110/140), do memorial apresentado previamente ao julgamento colegiado (fls. 141/150), do acórdão do julgamento em segunda instância (fls. 151/171), e, por fim, dos embargos de declaração apresentados pelo servidor (fls. 172/183).

7. Sob tais circunstâncias, foram os autos encaminhados a esta Consultoria Jurídica, por solicitação do Sr. Chefe de Gabinete (fls. 184), juntando-se aos autos, posteriormente, Ofício encaminhado pela Sr. Secretária-Adjunta de Planejamento e Desenvolvimento Regional ao Ministério Público do Estado de São Paulo, solicitando dilação do prazo indicado para a prestação de informações, em razão da complexidade da matéria (fls. 185).

É o relatório. Opino.

8. Conforme relatado, os autos foram trazidos à apreciação deste órgão jurídico para que indique a conduta a ser adotada pela Administração com relação à situação jurídica de servidor público que, ocupando cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, foi condenado, em segunda instância judicial, pela prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92.

9. Pois bem. Quanto a este aspecto, observo que a Constituição do Estado de São Paulo, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 34/2012, determina:

> *"Artigo 111-A – É vedada a nomeação de pessoas que se enquadram nas condições de inelegibilidade nos termos da legislação federal para os cargos de Secretário de Estado, Secretário-Adjunto, Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral do Estado, Defensor Público Geral, Superintendentes e Diretores de órgãos da administração pública indireta, fundacional, de agências reguladoras e autarquias, Delegado-Geral de Polícia, Reitores das universidades públicas estaduais e ainda para todos os cargos de livre provimento dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário do Estado".*

10. Nos termos da Constituição Estadual, portanto, a nomeação a cargo em comissão é vedada nas situações em que reconhecida alguma hipótese de inelegibilidade, sendo esta definida de acordo com o disposto em legislação federal.

11. Não é diferente, quanto a este aspecto, o que dispõe o Decreto Estadual nº 57.970/2012 – editado para regulamentar, exatamente, o artigo 111-A da Constituição Estadual –, determinando:

> *"Artigo 1º – Fica vedada a nomeação para o provimento de cargos em comissão, bem como a designação ou contratação para o preenchimento de funções ou empregos de confiança, no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional, de pessoas que se enquadrem nas hipóteses de inelegibilidade previstas em lei federal.*
>
> *§ 1º – Não impedirá a nomeação, designação ou contratação de que trata este artigo a decisão judicial que, mesmo tendo sido proferida por órgão colegiado, ainda não produza efeitos ou cuja eficácia tenha sido suspensa.*
>
> *§ 2º – O órgão jurídico da Secretaria de Estado, autarquia ou fundação interessada se pronunciará, em caso de dúvida, sobre o enquadramento nas hipóteses a que alude o "caput" deste artigo.*
>
> *(...)*
>
> *Artigo 3º – Os titulares de cargos em comissão e os ocupantes de funções ou empregos de confiança, no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional, deverão comunicar por escrito a seus superiores hierárquicos, no prazo de até 30 (trinta) dias contados da respectiva ciência, real ou legalmente presumida, a superveniência:*

I – de enquadramento em qualquer das hipóteses de inelegibilidade prevista em lei federal;

II – da instauração de processos administrativos ou judiciais cuja decisão possa importar em inelegibilidade, nos termos de lei federal.

Parágrafo único – O superior hierárquico adotará providências administrativas:

1. na hipótese do inciso I deste artigo, para a exoneração, cessação da designação ou rescisão do contrato de trabalho, conforme o caso;

2. na hipótese do inciso II deste artigo, para a comunicação do fato ao órgão correicional competente ou à Corregedoria-Geral da Administração, da Casa Civil, para fins de acompanhamento, se for o caso.

12. Note-se que, para além da vedação à nomeação, para cargos em comissão, de pessoas tidas por inelegíveis, proibição esta que decorre diretamente da Constituição Estadual, o Decreto Estadual nº 57.970/2012 estabelece, ainda, em seu artigo 3º, inciso I, c.c. o seu parágrafo único, *"1"*, que os titulares de cargos em comissão que, supervenientemente, vierem a ser enquadrados em qualquer das hipóteses de inelegibilidade prevista em lei federal, deverão ser exonerados, por determinação do superior hierárquico.

13. A inelegibilidade, destarte, não apenas torna ilegal a nomeação, mas, adicionalmente, impõe a própria exoneração do servidor supervenientemente tido por inelegível.

14. É, portanto, sob tais parâmetros que se cinge a presente consulta, observando-se, por oportuno, que o próprio artigo 1º, § 2º, do Decreto Estadual nº 57.970/2012 reconhece a competência desta Consultoria Jurídica para indicar a eventual inelegibilidade, dispondo que o *"órgão jurídico da Secretaria de Estado, autarquia ou fundação interessada se pronunciará, em caso de dúvida, sobre o enquadramento nas hipóteses a que alude o "caput" deste artigo"*.

15. Ressalto, todavia, que, conforme decorre das próprias premissas já expostas, a exoneração de servidor ocupante de cargo em comissão somente será legalmente exigida nas hipóteses em que, nos termos da legislação federal, for reconhecida a inelegibilidade deste servidor.

16. Imprescindível, assim, que se definam as situações que conduzem, efetivamente, à inelegibilidade, nos termos previstos na legislação federal.

17. Quanto a este aspecto, observo que a inelegibilidade – enquanto vedação ao exercício dos direitos políticos passivos (*ius honorum*) – encontra respaldo na Constituição Federal, especialmente em seu artigo 14, que inaugura o Capítulo referente aos direitos políticos.

18. Do disposto no artigo 14 da Constituição Federal, podem ser arroladas as seguintes hipóteses de inelegibilidade:

a) inocorrência de alguma das condições de elegibilidade previstas no artigo 14, § 3º, da Constituição Federal, a saber: (i) a nacionalidade brasileira; (ii) o pleno exercício dos direitos políticos; (iii) o alistamento eleitoral; (iv) o domicílio eleitoral na circunscrição; (v) a filiação partidária; (vi) a idade mínima exigida para o cargo pretendido.

b) reconhecimento da inalistabilidade ou do analfabetismo, conforme o artigo 14, § 4º, da Constituição Federal, sendo inalistáveis, conforme o § 2º deste mesmo artigo, os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos;

c) ocorrência de alguma das situações previstas no artigo 14, § 7º, da Constituição Federal, vale dizer, a relação de parentesco, por consanguinidade ou afinidade, com Chefe de Poder Executivo, no território de jurisdição deste, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição;

d) incidência de alguma das hipóteses de inelegibilidade previstas em lei complementar específica, a teor do artigo 14, § 9º, da Constituição Federal.

19. Para a hipótese versada nestes autos, assumem especial relevância as situações retratadas no artigo 14, § 3º, inciso II – exigência de pleno exercício dos direitos políticos – e no artigo 14, § 9º, que veio a ser regulamentada pela Lei Complementar Federal nº 64/90, recentemente alterada pela Lei Complementar Federal nº 135/2010.

20. Necessário, em suma, identificar se a condenação judicial em segunda instância em desfavor do Sr. I.O foi suficiente para impor a sua inelegibilidade, quer por lhe suprimir o pleno exercício dos direitos políticos, quer em razão da incidência de alguma das hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei Complementar Federal nº 64/90.

21. Assentadas tais premissas, passo, primeiramente, à análise da incidência de eventual inelegibilidade decorrente do artigo 14, § 3º, inciso II, da Constituição Federal.

22. Quanto a este ponto, observo que a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação nº 9152050-53.2003.8.26.0000, reconheceu que a conduta praticada pelo servidor I.O configurou ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92, impondo-lhe, dentre as sanções previstas no artigo 12, inciso II, deste mesmo diploma legal, as penalidades de *"perda da função pública"* e de *"suspensão dos direitos políticos, por cinco anos"* .

23. Tal decisão, de acordo com os documentos acostados aos autos, não transitou em julgado, tendo sido oferecidos embargos de declaração além de indicada a intenção de interposição de recurso aos Tribunais Superiores.

24. Necessário, nestes termos, identificar se a condenação à suspensão dos direitos políticos, imposta por órgão colegiado, tem o condão de conduzir à inelegibilidade do acusado, ainda que previamente ao trânsito em julgado.

25. Oportuno ressaltar, neste ponto, que a Constituição Federal, em seu artigo 15, inciso V, reconhece a possibilidade de que condenação por improbidade administrativa tenha como consequência a suspensão dos direitos políticos, suspensão esta que, conforme já exposto, tem como resultado a inelegibilidade do apenado, por lhe faltar a condição de elegibilidade prevista no artigo 14, § 3º, inciso II.

26. Entretanto, não obstante estas considerações, é certo que o artigo 20 da Lei Federal nº 8.249/92 reconhece, expressamente, que *"a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória"*.

27. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, traçou o entendimento segundo o qual a declaração de inelegibilidade não poderia ser confundida com a suspensão dos direitos políticos, na medida em que este constitui sanção, ao contrário daquela, e, exatamente em razão desta peculiar natureza da inelegibilidade, seria possível a sua aplicação independentemente do trânsito em julgado da sentença condenatória. Veja-se, a respeito, os seguintes excertos do julgado:

> *"A interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais impõe que seja a mencionada norma cotejada com o art. 15, incisos III e V, que trata dos casos de suspensão e perda dos direitos políticos, envolvendo não apenas o ius honorum (direitos políticos passivos, isto é, o direito de candidatar-se e eleger-se), como também o ius sufragii (direitos políticos ativos – em síntese, o direito de eleger). A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos e, portanto, não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos.*
>
> *Ora, se é certo – como, de fato, é – que a inelegibilidade contempla apenas o ius honorum e não o ius sufragii, por que teria cuidado o constituinte reformador de permitir ao legislador complementar instaurar hipótese de inelegibilidade em que se considerasse a vida pregressa do candidato, se o art. 15 já prevê a suspensão de direitos políticos em virtude de condenação definitiva em processo criminal ou por improbidade administrativa?*
>
> *Nessa ordem de ideias, impende concluir que o art. 14, § 9º em sua redação hoje vigente, autorizou a previsão legal de hipóteses de inelegibilidade decorrentes de decisões não definitivas, sob pena de esvaziar-lhe o conteúdo".*
>
> *(...)*
>
> *Quando a LC 135/2010 estabelece como causa de inelegibilidade a condenação, por órgão judicial colegiado, em ação de improbidade administrativa (alínea "l" do inciso I do art. 1º),*

por exemplo, ela inevitavelmente assume um caráter retroativo. Essa retroatividade, poder-se-ia dizer, insere-se, pelo menos, na categoria dogmática da retroatividade mínima, podendo assumir até mesmo contornos de retroatividade máxima.

Isso porque ela incide sobre a garantia, já assegurada aos cidadãos antes de seu advento, de que a sanção de suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da ação. Dessa forma, ela repercute diretamente sobre os recursos processuais já interpostos e seus respectivos efeitos. Ela tem o condão, inclusive, de afastar o obrigatório efeito suspensivo do recurso em ação de improbidade administrativa".

28. Em outra oportunidade, quando do julgamento da ADPF nº 144, asseverou-se:

"(...) não se ignora que o julgamento de procedência da ação civil de improbidade administrativa também se qualifica como causa de suspensão dos direitos políticos (CF, art. 15, V), observados, no entanto, para esse efeito, os termos estabelecidos no art. 37, § 4º, da Constituição, que dispõe que 'Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos (...), na forma e gradação previstas em lei (...)'. A regra constitucional em questão, implementada e desenvolvida pela Lei nº 8.429/92, outorgou, ao legislador comum, a possibilidade de disciplinar as condições em que se dará, uma vez julgada procedente a respectiva ação civil, a privação temporária dos direitos políticos do 'improbus administrador'.

O legislador, no desempenho dessa verdadeira delegação constitucional, prescreveu, de modo plenamente legítimo, que a suspensão dos direitos políticos, nos processos civis instaurados por improbidade administrativa, efetivar-se-á 'com o trânsito em julgado da sentença condenatória' (art. 20, 'caput')*.*

A Lei de Improbidade Administrativa, dessa maneira, em atenção ao princípio da segurança jurídica (que tem, na formação da coisa julgada, a causa visível de sua concretização), condicionou a adoção daquela medida restritiva de direitos políticos, à existência de uma situação juridicamente consolidada que representa – tal a importância de que se revestem os direitos políticos em nosso sistema constitucional – uma garantia de preservação de sua integridade*".*

29. Imperioso, em consequência, o reconhecimento de que, quer em razão da determinação expressa da Lei Federal nº 8.429/92, em seu artigo 20, quer em decorrência do entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a suspensão dos direitos políticos, enquanto pena, somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da decisão judicial condenatória. Até este momento, não pode ser suprimida a condição de elegibilidade representada pelo pleno exercício dos direitos políticos.

30. É, aliás, o mesmo entendimento defendido em sede doutrinária[1]:

"(...) não se pode confundir a pena de suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação por ato de improbidade administrativa com a inelegibilidade prevista na Lei Complementar nº135/2010. Lá, se trata de pena, aqui, é requisito. Lá (Lei de Improbidade), se pune a conduta lesiva ao patrimônio público, aqui (Lei da Ficha Limpa), se previne, evitando que pessoas que poderão vir a lesionar o patrimônio público alcancem os cargos públicos.

Para simplificar a questão, se inelegibilidade fosse pena, a lei não contemplaria como inelegíveis os parentes das autoridades a que faz alusão o § 3º do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, já que, em tese, ninguém pode ser condenado se não concorrer para o ato de outrem, como bem posto no inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal.

Isso sem falar dos analfabetos, inelegíveis por imposição da própria Constituição Federal, mesmo que não tenham concorrido para tal. Qual seria o motivo de tal pena? Não seria o analfabeto uma vítima? Qual o bem jurídico protegido por essa inelegibilidade? As respostas para essas perguntas não serão razoáveis ao se entender que inelegibilidade é pena".

31. Por estes motivos, não sendo imposta a exoneração do servidor I.O em razão da aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos pelo órgão colegiado, resta apenas, neste momento, apreciar a hipótese de inelegibilidade decorrente da Lei Complementar Federal nº 64/90, com a redação conferida pela Lei Complementar Federal nº 135/2010.

32. Esta última – conhecida como Lei da Ficha Limpa – foi editada com fundamento no artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, trazendo, dentre os casos de inelegibilidade, o decorrente de condenação "à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de *8 (oito) anos após o cumprimento da pena*", nos termos do novel artigo 1º, inciso I, alínea *"l"*, da Lei Complementar Federal nº 64/90.

33. Quanto a este aspecto, é importante observar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADC nº 29/DF), que não existe qualquer incompatibilidade com a Constituição Federal a norma que reconhece a eficácia de decisão judicial proferida por órgão colegiado, mas ainda não transitada em julgado, para os fins de conduzir à inelegibilidade do condenado, na medida em que o princípio da presunção de inocência seria aplicável, exclusivamente, às condenações criminais, com o que não se confunde a restrição do direito político passivo (*ius honorum*) decorrente da inelegibilidade.

34. De fato, consta do acórdão do Supremo Tribunal Federal:

1 Edson de Resende CASTRO *et alli*, *Ficha Limpa: Lei Complementar nº 135, de 4.6.2010: interpretada por juristas e membros de organizações responsáveis pela iniciativa popular*, Bauru, SP: EDIPRO, 2010, p. 172.

*"2. **A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância** ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 3. **A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal** deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos **efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal**".*

35. Entendo, portanto, que, caso a condenação sofrida pelo servidor I.O pudesse ser enquadrada em alguma das hipóteses previstas no artigo 1º da Lei Complementar Federal nº 64/1990, não haveria qualquer impedimento ao reconhecimento de sua inelegibilidade – e, portanto, à determinação de sua exoneração do cargo em comissão –, sendo irrelevante, para estes fins, o trânsito em julgado da decisão.

36. Observo, todavia, que a interpretação do artigo 1º, inciso I, alínea *"l"*, da Lei Complementar Federal nº 64/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar Federal nº 135/2010, não se encontra, até este momento, pacificada, sendo possível identificar duas vertentes interpretativas;

37. Uma primeira interpretação, capitaneada pelo Tribunal Superior Eleitoral, propala o entendimento segundo o qual a inelegibilidade prevista naquela norma somente deveria ser reconhecida caso o ato de improbidade tivesse sido doloso e, ademais, dele tivesse decorrido lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito.

38. Em outras palavras, sob tal entendimento, não basta, para caracterizar a improbidade, que o ato tenha sido julgado, em órgão colegiado, como ímprobo, sendo imprescindível, ademais, a comprovação de que este mesmo órgão colegiado reconheceu a presença dos três demais requisitos: dolo, enriquecimento ilícito e lesão ao erário.

39. Ausente qualquer destes requisitos, não seria possível o reconhecimento da inelegibilidade.

40. É, note-se, o que se depreende dos seguintes acórdãos:

AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, inciso I, "l" DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. INTEMPESTIVIDADE REFLEXA. PRELIMINAR. NÃO ACOLHIMENTO. ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO

AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. SIMULTANEIDADE. INEXISTÊNCIA. INELEGIBILIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. 1. Não acolhimento da preliminar de intempestividade reflexa do recurso ordinário, uma vez que os embargos de declaração foram opostos no Tribunal a quo no tríduo legal. 2. A incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1°, I, "l", da LC n° 64/90, com redação dada pela LC n° 135/2010, pressupõe condenação do candidato à suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. 3. No caso, o candidato foi condenado por ato de improbidade que importou apenas violação aos princípios da Administração Pública, não incidindo, por isso, a inelegibilidade do art. 1º, I, "l", da LC n° 64/90. 4. Agravo regimental não provido. (TSE – AgRg no RO n° 3811-87.2010.6.26.0000 – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 15/12/2010).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. VERIFICAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INELEGIBILIDADE. ART. 1°,I,"l", DA LC N° 64/90. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. INOCORRÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ART. 1°, I, "d", DA LC N° 64/90. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ABUSO APURADO EM SEDE DE AIME. DESPROVIMENTO. 1. In casu, *a decisão do Tribunal de Justiça local que condenou o agravado por improbidade administrativa não foi juntada aos autos com a inicial da impugnação ao seu registro de candidatura, mas tão somente após a apresentação de contestação por parte do impugnado, sobre a qual não foi oportunizado manifestar-se. É flagrante, portanto, o prejuízo acarretado à sua defesa, cuja plenitude deve ser preservada, de acordo com os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. 2. Nos termos da alínea "l" do inciso I do art. 1° da LC n° 64/90,* ***para a incidência da causa de inelegibilidade nele prevista, é necessária não apenas a condenação à suspensão de direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa, mas, também, que tal ato tenha importado lesão ao patrimônio público, bem como enriquecimento ilícito.*** *3. Conforme assentado por esta Corte nos autos do RO n° 3128-94/MA, para que haja a incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1°, I, "d", da LC n° 64/90, a condenação por abuso deve ser reconhecida pela Justiça Eleitoral por meio da representação de que trata o art. 22 da LC n º 64/90, não incidindo quando proferida em sede de recurso contra expedição de diploma ou ação de impugnação a mandato eletivo, hipótese dos autos. 4. Agravo regimental desprovido. (TSE – AgRg no RO n° 3714-50.2010.6.13.0000 – Rel. Min. Marcelo Ribeiro – j. 08/02/2011).*

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. INELEGIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR N° 135/2010 ÀS ELEIÇÕES 2010. ***CONDENAÇÃO COLEGIADA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 1°,*** *I, "l"* ***DA LEI COMPLEMENTAR N° 64/90. NECESSIDADE DE PRÁTICA DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE QUE IMPORTE, SIMULTANEAMENTE, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO CANDIDATO E LESÃO AO ERÁRIO****. ARTS. 90 E 10 DA LEI N° 8.429/92. PROVIMENTO. 1. A aplicação da Lei Complementar n° 135/2010 às Eleições 2010 não importa violação ao art. 16 da*

Constituição Federal por se tratar de norma de direito eleitoral material, que não altera, portanto, o processo eleitoral. Precedentes. 2. A inelegibilidade não constitui pena, mas, sim, requisito a ser aferido pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura, razão pela qual a ela não se aplicam os princípios constitucionais atinentes à eficácia da lei penal no tempo. Precedentes. 3. A Lei Complementar n° 135/2010 atende ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, porquanto resultou da ponderação de tal princípio com o da moralidade e probidade para o exercício do mandato eletivo, considerada a vida pregressa do candidato. Precedente. 4. ***O ato de improbidade capaz de autorizar a incidência da causa de inelegibilidade do art. 1°, I, l, da Lei Complementar n° 64/90 deve caracterizar-se por conduta do candidato de «auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida» (art. 9º, caput, da Lei n° 8.429/92) para a prática de ato que cause «perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres» do erário (art. 10, caput, da Lei n° 8.429/92).*** *5. Recurso ordinário provido. (TSE – RO n° 2293-62.2010.6.26.0000 – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 26/05/2011).*

41. Ora, sob tais premissas, parece claro que, adotando-se o entendimento fixado pelo Tribunal Superior Eleitoral, não seria possível o reconhecimento da inelegibilidade do servidor I.O, na medida em que este foi condenado, em órgão colegiado, exclusivamente pela prática do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92.

42. O artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, como é cediço, refere-se, estritamente, aos atos de improbidade administrativa capazes de causar lesão ao erário – como, aliás, decorre da expressa literalidade do dispositivo legal e da seção na qual este se encontra inserido.

43. Quanto a este ponto, não assiste razão ao servidor em sua alegação de que teria sido afastada, pela decisão colegiada, a ocorrência de lesão ao erário (fls. 24/25).

44. De um lado, porque o trecho extraído do acórdão, grifado pelo servidor às fls. 25, não indica que o Tribunal de Justiça tenha concluído pela ausência de lesão ao erário, demonstrando, exclusivamente, que não foi aplicada a sanção de *"ressarcimento ao erário"*, prevista no artigo 12, inciso II, da Lei Federal nº 8.429/92.

45. De outro lado, e considerando-se que a fundamentação do acórdão, como mera razão de decidir, não possui qualquer eficácia jurisdicional, não integrando, portanto, o comando do acórdão, sequer se revelaria útil perquirir quais foram os argumentos esposados pelo Tribunal de Justiça quanto à ocorrência de lesão ao erário, na medida em que, proferindo-se a condenação ao ato de improbidade previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92 – o que, de fato, constitui o dispositivo da decisão judicial –, resta pressuposta, *ipso iure*, a ocorrência de lesão ao erário.

46. Ressalvada esta questão, entretanto, observo que a decisão condenatória do Tribunal de Justiça (fls. 151/171), condenando o servidor pela prática de ato de improbidade administrativa, não menciona, em momento algum, a ocorrência de enriquecimento ilícito, do servidor ou de terceiros.

47. Reitero, quanto a este ponto, o já afirmado anteriormente, no sentido de que o artigo 10 da Lei Federal nº 8.429/92 refere-se, exclusivamente, à prática de atos ensejadores de lesão ao erário, sendo as hipóteses de enriquecimento ilícito, próprio de terceiros, previstas no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa.

48. No que diz respeito, do mesmo modo, à exigência de que a conduta tenha sido dolosa, perfilho, especificamente, o entendimento manifestado por Douglas de Melo Martins[2], segundo o qual:

> *"O conceito de dolo ganha, aqui, contornos próprios, de conteúdo tipicamente eleitoral. O que interessa ao intérprete é verificar se era esperável do condenado por improbidade que praticasse o ato segundo contornos diversos dos observados no julgado que lastreia a inelegibilidade. Exigência maior do que essa defraudaria o próprio espírito da lei, que em nenhum momento pretendeu favorecer a elegibilidade de pessoas declaradas ímprobas por um órgão jurisdicional colegiado.*
>
> *No caso da aplicação da Lei da Ficha Limpa, que tem o fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato, a inserção da condicionante do dolo deve ser interpretada tendo em vista o seu desiderato.*
>
> *Naturalmente, a inserção do dolo como condicionante para a inelegibilidade nas condenações por ato de improbidade administrativa (alínea "l"), ou os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa (alínea "g") foi só para excluir administradores que evidentemente nada tinham a ver com a causa da rejeição das contas".*

49. De todo modo, ainda que reconhecida, no caso, a existência de conduta dolosa, entendo que, em se adotando o entendimento esposado pelo Tribunal Superior Eleitoral, o fato de ter sido o servidor condenado, exclusivamente, pela prática de uma das condutas versadas no artigo 10 da Lei Federal nº 8.429/92, sem a condenação, concomitantemente, por ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º deste mesmo diploma legal, impediria, por consectário lógico, o reconhecimento da inelegibilidade do servidor, à falta de um dos requisitos essenciais a esta consequência: o enriquecimento ilícito, próprio ou de terceiros.

50. Esta é, como já ressaltado, uma das possibilidades interpretativas.

51. Há, entretanto, uma segunda interpretação, em âmbito doutrinário, ao artigo 1º, inciso I, alínea *"l"*, da Lei Complementar Federal nº 64/1990, apresentando-se a divergência à tese encampada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

---

2 CASTRO, *op. cit.*, p. 174.

52. Defende-se, nesta vertente interpretativa, que o enriquecimento ilícito previsto na Lei Complementar Federal nº 64/1990 poderia ser próprio ou de terceiros, bastando, para tanto, que o egresso indevido de recursos do erário tenha ocasionado, de alguma forma, o ingresso indevido destes mesmos recursos no patrimônio de quem não lhes faria jus.

53. Neste sentido, a opinião de Douglas de Melo Martins[3], para quem:

> *"(...) a lei considera irrelevante discutir se da improbidade decorreu o enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro, sendo bastante o reconhecimento de que qualquer valor, por menor que seja, tenha deixado ilicitamente o Erário para ingressar nos cofres de algum particular (pessoa física ou jurídica).*
>
> *O desvio ético do administrador que implica o enriquecimento ilícito de terceiro é tão lesivo para a Administração quanto o que beneficia o próprio administrador ímprobo. Assim, por exemplo,* ***a outorga de obra ou de uso de bem público por particular segundo forma vedada pela lei importa, sempre, em enriquecimento ilícito decorrente de ato de improbidade, sendo certa a inelegibilidade daquele que se houve nessa ilicitude sempre que esse fato reste reconhecido por um órgão colegiado. O mesmo se pode dizer em relação a todas as demais formas de improbidade, sempre que delas decorra qualquer prejuízo material para a Administração****".*

54. Evidente, portanto, a divergência interpretativa existente em relação ao artigo 1º, inciso I, alínea *"l"*, da Lei Complementar Federal nº 64/1990, em especial quanto à exigência – ou não – de expressa demonstração de que, do ato de improbidade, tenha decorrido, concomitantemente, enriquecimento ilícito e lesão ao erário.

55. Em face desta divergência, entendo que não compete a esta Consultoria Jurídica defender qualquer das posições existentes, mas, ao revés, apresentar ao Sr. Governador do Estado de São Paulo, autoridade competente para tomar a decisão versada neste expediente, as posições – doutrinárias e jurisprudenciais – existentes, bem como as consequências de cada uma delas, não sendo lícito a este órgão jurídico sobrepor-se à competência atribuída ao Sr. Governador do Estado para definir, no caso, qual o posicionamento a ser perfilhado pela Administração.

56. Há, conforme ressaltado, argumentos jurídicos capazes de conferir embasamento a ambas as interpretações, sendo certo, nesta situação, que o dever de exonerar o servidor, nos termos previstos no Decreto Estadual nº 57.970/2012, depende da interpretação a ser conferida ao artigo 1º, inciso I, alínea *"l"*, da Lei Complementar Federal nº 64/1990.

---

3 CASTRO, *op. cit.*, p. 175.

57. De todo modo, tendo-se em vista que o cargo exercido pelo servidor I.O, em comissão, possui, por natureza, a característica de ser de livre exoneração, de forma que, caso for este o posicionamento adotado pelo Sr. Governador do Estado, a exoneração do servidor não precisaria, sequer, estar embasada por considerações jurídicas, sendo suficiente, se o caso, questões de ordem política.

58. Por fim, as conclusões alcançadas no presente parecer podem ser resumidas nos seguintes pontos:

a) O artigo 111-A da Constituição Estadual, c.c. o Decreto Estadual nº 57.970/2012, impõe a exoneração de qualquer servidor que, ocupando cargo em comissão, venha a ser considerado inelegível, nos termos da legislação federal;

b) A Constituição Federal, em seu artigo 14, arrola, dentre as hipóteses de inelegibilidade, a decorrente da perda de alguma das condições de elegibilidade (artigo 14, § 3º), além da oriunda da incidência de alguma das hipóteses de inelegibilidade previstas em lei complementar específica (artigo 14, § 9º);

c) a condenação do servidor I.O à suspensão dos direitos políticos, enquanto elemento representativo da perda de condição de elegibilidade, não tem o condão de conduzir, neste momento, à inelegibilidade, na medida em que exigido o trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 20 da Lei Federal nº 8.429/92 e decisão do Supremo Tribunal Federal – ADC nº 29/DF);

d) incidência, de outro lado, de alguma das hipóteses previstas na Lei Complementar Federal nº 64/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar Federal nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) que já seria suficiente para determinar a exoneração, por não ser necessário, neste caso, o trânsito em julgado (Supremo Tribunal Federal – ADC nº 29/DF);

e) entendimento do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que a conduta do servidor I.O não se adequaria à previsão do artigo 1º, inciso I, alínea *"l"*, da Lei Complementar Federal nº 64/90, sob o argumento de que tal inelegibilidade exige que o ato de improbidade administrativa tenha sido doloso, e que dele tenha decorrido não apenas lesão ao patrimônio público, mas, igualmente, enriquecimento ilícito;

f) entendimento em âmbito doutrinário, de outro lado, segundo o qual o enriquecimento ilícito poderia ser próprio ou de terceiros, sendo pressuposto nas hipóteses de lesão ao erário;

g) definição do dever de exonerar o servidor que, em consequência, depende do posicionamento a ser perfilhado pela Administração;

h) possibilidade, de qualquer forma, de que o Sr. Governador do Estado, caso assim entenda, exonere o servidor *ad nutum*, por ser o cargo em comissão, por natureza, de livre exoneração.

É o parecer, s.m.j.

CJ-SPDR, em 16 de agosto de 2012

THIAGO MESQUITA NUNES
Procurador do Estado

PROCESSO: OFÍCIO Nº 4054/2012 – PJPP-CAP Nº 471/2012 – 6ª PJ
INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL
ASSUNTO: SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DA FICHA LIMPA.

Aprovo o Parecer CJ-SPDR nº 1441/2012 que, em síntese, concluiu: (i) o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou que o servidor I.O, ocupante de cargo em comissão, praticou ato de improbidade definido no inciso VIII, do artigo 10 da Lei Federal nº 8.429/92; (ii) houve intenção manifesta de interpor recurso dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, na medida em que contra a aludida decisão foi interposto embargos de declaração; (iii) o artigo 20 da Lei Federal nº 8.249/92 determina expressamente que "a *perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória*" e, no mesmo sentido, tem entendido o Supremo Tribunal Federal[4]; (iv) logo, em decorrência da condenação pela Lei Federal nº 8.249/92 **no momento**, o servidor não está inelegível enquanto a decisão judicial não transitar em julgado; (v) entretanto, o assunto deve ser apreciado em face da Lei Complementar Federal nº 64/90, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa; (vi) o artigo 1º, inciso I, alínea "l" do aludido diploma legal federal tipifica como caso de inelegibilidade "*a suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 08 (oito) anos após o cumprimento da pena*"; (vii) este dispositivo legal comporta duas vertentes de interpretação. O Tribunal Superior Eleitoral tem entendido que para caracterizar a inexigibilidade de um candidato é necessário haver a condenação à suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. O servidor I.O foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por ato de improbidade previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92, ou seja, por lesão ao patrimônio público, mas não por enriquecimento ilícito; (viii) a segunda corrente interpretativa, que é doutrinária, entende que inelegibilidade decorre de todas as formas de improbidade, sempre que houver lesão ao Erário, sendo irrelevante se houve enriquecimento ilícito para o agente ou para terceiros.

4 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29 e ADPF nº 144

Em adendo, acrescento que a interpretação mais restritiva dada pelo Tribunal Superior Eleitoral, que exige a condenação simultânea por ato de improbidade que importe em lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, tem contornos tipicamente de direito eleitoral e objetiva restringir as hipóteses de suspensão de direitos políticos.

Por outro lado, a exegese doutrinária, ao entender que a inelegibilidade decorre de todas as formas de improbidade que importem lesão ao Erário, sendo despiciendo o enriquecimento ilícito do agente, buscou o espírito da Lei da Ficha Limpa, que pretendeu extirpar da vida pública aquelas pessoas que foram consideradas ímprobas por um órgão jurisdicional colegiado.

Neste contexto, a Administração deverá oficiar ao Ministério Público informando a posição externada pela Consultoria Jurídica desta Pasta e comunicando que a autoridade competente para a exoneração do cargo em comissão – no caso, o Chefe do Executivo – poderá se filiar a uma das correntes interpretativas vigentes para o caso em análise.

Encaminhe-se este expediente à Chefia de Gabinete.

CJ-SPDR, em 16 de agosto de 2012.

MARIA CHRISTINA TIBIRIÇÁ BAHBOUTH
Procuradora do Estado
Chefe da Consultoria Jurídica

Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado do Meio Ambiente

PROCESSO: SMA nº 15.681/2012
INTERESSADO: CONSEMA – CONSELHO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE
ASSUNTO: Processo de requerimento de esclarecimentos sobre atos administrativos ou normativos – fundação de conselho representante de entidades ambientalistas no CONSEMA versus nomeação para assumir secretaria de meio ambiente de município.

Parecer CJ/SMA nº 099/2013

MEIO AMBIENTE. Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA. Consulta. Conselheiro representante das entidades ambientalistas nomeado Secretário Municipal de Meio Ambiente. Impossibilidade de manter-se como representante junto ao Colegiado. Violação da divisão paritária de assentos. Conflito de interesses. Princípio da moralidade. Necessidade de nova eleição.

1. Trazem os autos consulta formulada pelo Sr. Secretário Executivo do Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA –, por meio do Despacho Especial CONSEMA nº 065/2012, sobre a possibilidade de um Secretário Municipal, recém-nomeado, manter-se como representante das entidades ambientalistas junto ao Colegiado – fl. 40.

2. Reproduzo o Despacho Especial CONSEMA nº 065/2012, como parte do presente relatório:

Visto.

2. Juntadas cópias da Lei 13.507/2009, do Decreto 55.087/2009, do Regimento Interno do CONSEMA e dos Decretos de 17-8-2012 (Cf. fls. 04-39).

3. O conselheiro Marcos Lopes Couto, eleito regularmente e designado para representar as entidades ambientalistas no CONSEMA, informa ter sido nomeado secretário municipal de meio ambiente do Município de Caraguatatuba (Cf. fls. 03) e consulta se a assunção dessa nova função no Executivo municipal o impediria de continuar como conselheiro do CONSEMA representando as entidades ambientalistas cadastradas na Secretaria do Meio Ambiente.

4. Encaminhe-se à d. consultoria jurídica da Casa, por meio da Chefia de Gabinete, para manifestação.

É o breve relatório. Opino.

3. Enfrentando diretamente a questão posta à análise, parece haver **claro impedimento a que o Sr. Marcos Lopes Couto, atual Secretário Municipal do Meio Ambiente de Caraguatatuba, permaneça no CONSEMA na qualidade de representante das entidades ambientalistas**.

4. Entretanto, a solução para este impasse não encontra resposta direta na legislação de regência, o que impõe a utilização de técnicas de hermenêutica para enfrentá-la, sobretudo por meio da busca do elemento finalístico das normas incidentes na matéria.

5. Pois bem, a Lei Estadual nº 13.507/2009, ao disciplinar o CONSEMA, estabelece sua composição básica e a forma de condução dos representantes das entidades ambientalistas, nos seguintes termos:

(...)

Artigo 7º – O Plenário do CONSEMA ***terá composição paritária*** *entre órgãos e entidades governamentais e não governamentais do Estado e será integrado, na forma estabelecida em regulamento, por 36 (trinta e seis) membros e seus respectivos suplentes, na seguinte conformidade:*

I – O Secretário do Meio Ambiente, que o presidirá;

II – 17 (dezessete) representantes de órgãos e entidades governamentais;

III – 18 (dezoito) representantes de entidades não governamentais, sendo seis eleitos por entidades ambientalistas.

Parágrafo único – Somente poderão eleger representantes as entidades ambientalistas constituídas há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil, desde que comprovem atuação efetiva na defesa ou preservação do meio ambiente, com regular cadastro junto à Secretaria do Meio Ambiente.

6. E o Decreto Estadual nº 55.087/2009, ao regulamentar a lei, dispõe:

Artigo 12 – O Plenário do CONSEMA terá composição paritária entre órgãos e entidades governamentais do Estado de São Paulo e não governamentais, com sede neste Estado, e será integrado por 36 (trinta e seis) membros e seus respectivos suplentes, na seguinte conformidade:

I – O Secretário do Meio Ambiente, que o presidirá;

II – 17 (dezessete) representantes de órgãos e entidades governamentais, sendo:

(...)

III – 18 (dezoito) representantes de entidades não governamentais, sendo:

(...)

m) 6 (seis) representantes eleitos pelas entidades ambientalistas.

§ 1º – Somente poderão eleger representantes as entidades ambientalistas constituídas há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil, desde que comprovem atuação efetiva na defesa ou preservação do meio ambiente, com regular cadastro junto à Secretaria do Meio Ambiente.

§ 2º – Os cadastros de entidades ambientalistas e de entidades sindicais dos trabalhadores do Estado de São Paulo serão organizados e administrados pela Coordenadoria de Educação Ambiental da Secretaria do Meio Ambiente.

(...)

7. A legislação paulista seguiu o modelo federal, utilizado para o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. O Colegiado nacional possui composição paritária, com a divisão de seus assentos entre representantes de órgãos e entidades governamentais de um lado e representantes de entidades não governamentais de outro – Decreto Federal nº 99.274/1990.

8. Como aponta Paulo Affonso Leme Machado:

A ideia do órgão colegiado, como já foi dito, merece elogios. Parte do pressuposto que a decisão não será monocrática e sem discussão. Entretanto, só com a participação de pessoas e entidades situadas fora dos quadros oficiais é que se vitaliza um órgão colegiado administrativo. Doutra forma será a monótona repetição de uma mesma linha político-administrativa, numa afinação que desconhece outros pontos de vista, com prejuízos contínuos para os interesses do ambiente e da saúde humana. É evidente que o poder de decisão sempre permanecerá com aqueles que estejam ocupando os postos estatais, mas não se deixará de, pelo menos, ouvir e ponderar conceitos independentes, que poderão ser diferentes ou os mesmos, o que, então, confirmaria a adequação da política ambiental oficial[1].

9. Em verdade, estas normas materializam um princípio do Direito Ambiental, reconhecido por alguns como **princípio da participação** ou **princípio democrático**.

O princípio democrático assegura aos cidadãos o direito de, na forma da lei ou regulamento, participar das discussões para a elaboração das políticas públicas ambientais e de obter informações dos órgãos públicos sobre matéria referente à defesa do meio ambiente e de empreendimentos utilizados de recursos ambientais e que tenham significativas repercussões sobre o ambiente, resguardando o sigilo industrial[2].

9.1. Este princípio fundamenta a existência de diversos instrumentos colocados à disposição da sociedade civil em geral, como, por exemplo, a ação civil pública, a ação popular, a recente lei de acesso a informação (Lei Federal nº 12.527/2011), dentre outros. Porém, uma das principais decorrências é o *"direito*

1 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 172.

2 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental.* 12ª ed. Rio de Janeiro: 2010, p. 26.

de opinar sobre as políticas públicas"[3], integrando órgãos colegiados, como é o caso do CONSEMA.

10. Por outro lado, as normas vigentes não vedam expressamente que um representante de entidade ambientalista assuma cargo na Administração Direta – de qualquer ente da Federação. A Deliberação CONSEMA nº 06/1996 disciplina impedimentos de conselheiros para atuar em processos administrativos específicos, mas nada diz sobre as condições de permanência na função em casos de incompatibilidade.

11. Contudo, duas razões basilares nos levam a afirmar que há, na situação colocada em exame, impossibilidade de um Secretário Municipal, recém-nomeado, manter-se como representante das entidades ambientalistas junto ao CONSEMA.

12. Em primeiro lugar, acabaria por concretizar-se clara deturpação da lógica **paritária** de representação junto ao CONSEMA. Embora o interessado tenha assento como representante das entidades ambientalistas (cota não governamental), seria impossível aferir sua isenção em situações concretas, diante do cargo público ocupado. Restaria caracterizado claro conflito de interesses, pois as matérias tratadas são de relevância sensível para os Municípios paulistas.

12.1. A importância da participação de Municípios junto a órgãos colegiados como este é imensa, sobretudo por envolver interesses diretamente relacionados à municipalidade. Tanto é assim que possuem representação junto ao CONSEMA – um representante da Associação Paulista de Municípios (artigo 12, inciso II, alínea c, do Decreto Estadual nº 55.087/2009) – e junto ao CONAMA – oito representantes dos Governos Municipais que possuam órgão ambiental estruturado e Conselho de Meio Ambiente com caráter deliberativo (artigo 5º, inciso VII, do Decreto Federal nº 99.274/1990).

12.2. Manter o Sr. Marcos Lopes Couto no Conselho, significaria, na prática, que os Municípios passariam a ter dois representantes (contrariando a determinação normativa) e, principalmente, que estaria quebrada a divisão igualitária efetuada pela lei (entidades governamentais ficariam com maioria, ainda que indiretamente).

13. Em segundo lugar, caracterizado o conflito de interesses, como restou demonstrado, é imperativo do **princípio da moralidade**, amparado em dispositivo constitucional expresso (artigo 37, *caput,* da Constituição Federal), o desligamento do Sr. Marcos Lopes Couto. Todos os agentes da Administração (en-

3 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental.* 12ª ed. Rio de Janeiro: 2010, p. 26.

tendidos de forma ampla, de modo a abarcar representantes em conselhos de políticas públicas) devem *"atuar na conformidade de princípios éticos"*[4]. Necessitam, portanto, não só *"averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto"*[5].

13.1. Certo é que conceitos como estes – "ética", "moral", "honestidade" – são absolutamente abertos e passíveis das mais variadas interpretações e valorações; porém, o constituinte optou por inserir referência expressa na Constituição, atribuindo a padrões morais, inequivocamente, certa carga de normatividade. Deu concretude a estes postulados e impôs sua observância à Administração em geral.

13.2. Por certo, a aferição de sua violação dependerá de um exame individualizado, de cada caso posto a análise, a depender dos fatos e do intérprete. Entretanto, na situação em exame, a admissão de um Secretário Municipal como representante das entidades ambientalistas parece representar clara violação a padrões comuns de ética e boa gestão dos interesses públicos. O desvirtuamento da finalidade legal, por meio de artifícios como este, significa evidente afronta ao princípio da moralidade.

14. Solucionada a questão colocada, restará ao CONSEMA realizar **nova eleição, somente para o período restante**[6], consoante orientação já firmada no Parecer CJ/SMA nº 564/2012, proferido no Processo SMA nº 5.335/2012, ao qual sugerimos consulta. Naquela orientação, em síntese, afirmamos que as eleições recaem sobre pessoas e não sobre entidades – possuem assento no CONSEMA **representantes eleitos** pelas entidades ambientalistas e não as próprias entidades. Em caso de vacância do cargo, não há possibilidade de indicação de novo membro pela entidade, mas é medida cogente a realização de novas eleições[7].

14.1. Embora não tenhamos avançado especificamente na questão do suplente, parece que sua situação não altera a orientação então firmada.A função do suplente vem definida de forma bastante clara no Regimento Interno do Colegiado (Deliberação CONSEMA nº 05/2010) e tem um nítido viés de **substituição eventual**, em sessões plenárias[8]. As normas de regência não atribuem ao

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 27ª ed. São Paulo: Malheiros: 2010, p. 119.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23.

6 Nos termos do artigo 13, § 2º, do Decreto Estadual nº 55.087/2009.

7 Neste ponto, afastamos o disposto no artigo 14, § 5º, do Regimento Interno (Deliberação CONSEMA nº 05/2010), por entender que a regra cuida das situações nas quais há **indicação** de membros pelas entidades. No caso específico das **entidades ambientalistas** não há efetivamente uma indicação, mas uma **eleição**. A legitimidade dos representantes decorre não de ato unilateral, mas de pleito promovido entre os entes.

8 Deliberação CONSEMA nº 05/2010: "Artigo 20 – Caso o membro titular esteja impedido de comparecer à reunião plenária do Conselho, deverá, antecipadamente, comunicar isto ao seu respectivo suplente".

suplente a assunção da titularidade em caso de vacância, pelo contrário, impõe nova designação para o período restante[9]. No caso de conselheiros indicados, esta designação será efetivada a partir de nova escolha pela entidade representada. No caso de conselheiros eleitos, para esta designação será realizada **nova eleição**, **cabendo ao suplente substituir o titular em eventuais sessões, até finalização do processo.**

15. É o parecer, que submeto à apreciação superior.

Consultoria Jurídica, 04 de fevereiro de 2013.

LUCAS DE FARIA RODRIGUES
Procurador do Estado

9 Nos termos do artigo 14, § 2º, do Regimento Interno do CONSEMA.

PROCESSO: SMA nº 15.681/2012
INTERESSADO: CONSEMA – CONSELHO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE
ASSUNTO: Processo de requerimento de esclarecimentos sobre atos administrativos ou normativos – fundação de conselho representante de entidades ambientalistas no CONSEMA versus nomeação para assumir secretaria de meio ambiente de município.

De acordo com o Parecer CJ/SMA nº 099/2013.

Encaminhe-se à Secretaria Executiva do CONSEMA, por meio da d. Chefia de Gabinete.

CJ/SMA, aos 09 de março de 2013.

SÍLVIA HELENA NOGUEIRA NASCIMENTO
Procuradora do Estado
Chefe da Consultoria Jurídica

PROCESSO: IAMSPE nº 15403/08 (GDOC nº 18488-61327/2009)
APENSOS: 1 - Ofício SPPREV nº 048/2008 (GDOC nº 765826/2008)
2 - GDOC nº 18488-422747/2008 (Int. UCRH)
3 - Of. P-120/07 (Cia. do Metropolitano de SP) – GDOC nº 18488-249702/2007
4 - Ofício Fundação Casa GP 550/08 (GDOC nº 18487-447280/2008)
PARECER: PA N° 042/2012
INTERESSADO: VÍVIAN HOSSNE DE GODOY
ASSUNTO: SERVIDOR TRABALHISTA. APOSENTADORIA. Proposta de modificação da exegese agasalhada até o momento pela Procuradoria Geral do Estado, passando-se a entender que a aposentadoria espontânea do empregado não implica a extinção automática do contrato de trabalho, ainda que se trate de servidor celetista ou empregado público da Administração centralizada, de autarquia ou fundação pública.

1 – Às fls. 20 a 22 dos presentes autos consta Manifestação do Procurador do Estado Coordenador dos Serviços Jurídicos do IAMSPE datada de 26/01/2009, encaminhando os autos à Subprocuradoria Geral da Área de Consultoria, nos seguintes termos:

"(...) em 15.12.2008 recebi da Dra. VÍVIAN HOSSNE DE GODOY (Procuradora de Autarquia) comunicação de sua **aposentadoria** junto ao (...) INSS, conforme correspondência que **recebera** no mês de novembro de 2008. Comunicou-me, também, que **optou pela continuidade da prestação de serviços,** pois foi informada pelo CRH/IAMSPE no sentido de **que 'os servidores do IAMSPE ao se aposentarem podem optar pelo desligamento ou continuidade de trabalho'** (f. 4).

Vez que esse procedimento e orientação do CRH/IAMSPE são **contrários** ao entendimento e orientação exarados no Parecer PA n° 202/2007, (...) aprovado pelo D. Procurador-Geral do Estado, (...) solicitei ao CRH/IAMSPE que informasse a respeito (f. 5).

.....

O CRH do IAMSPE não respondeu ao questionamento (...)

.....

Os documentos de fls. 11 e fls. 15/16 revelam que o CRH/IAMSPE desde março/2008 **deixou de observar a orientação contida no Parecer PA nº 202/2007**.

(...) para evitar a possibilidade de posicionamentos divergentes (...), solicito dessa D. Subprocuradoria Geral da Área de Consultoria orientação **quanto à continuidade ou não da observância** da orientação e entendimento contidos no retrocitado parecer." (grifos do original).

2–O expediente referido no cabeçalho como Apenso nº 1 inicia-se com o ofício de fls. 2/3, firmado em 30/10/2008 pelo então Diretor-Presidente da São Paulo Previdência.

O oficiante relata que, "com a edição da Lei Complementar nº 1.058/08, foi instituído o Plano de Carreiras, de Empregos Públicos e Sistema Retributório para os empregados da São Paulo Previdência, e concretizadas contratações de servidores sob o regime jurídico da CLT, enquadrados no Subquadro de Empregos Públicos em Confiança (SQEP-C), de conformidade com disposições do inciso II, do artigo 8º do mencionado dispositivo legal".

Ante tal circunstância, solicita ao Procurador-Geral do Estado "análise e manifestação quanto aos procedimentos a serem adotados pela São Paulo Previdência em relação aos servidores ocupantes de funções em confiança e que venham a se aposentar, voluntariamente, pelo INSS".

3 – O expediente aludido no cabeçalho como Apenso nº 2 inicia-se (fls. 02/14) com cópia do Parecer GPG nº 11/2008[1], no qual se assentaram as seguintes premissas e conclusões:

– "O parecer PA 64/07, (...) aprovado pelo Procurador-Geral do Estado, em 02.05.07, em resposta a indagação formulada (...) *[por]* autarquia estadual, (...) conclui que a aposentadoria voluntária do empregado público é motivo para a extinção automática do contrato de trabalho. A readmissão do empregado público aposentado dependeria de nova realização de concurso público, caso contrário deveria ser (...) *[desligado]* do serviço público".

– Diversamente das autarquias – que "são pessoas jurídicas de direito público, submetidas aos mesmos princípios constitucionais e administrativos (...) da Administração Pública Direta – (...) as sociedades de economia mista e empresas públicas possuem o mesmo regramento jurídico de empresas privadas, nos termos do artigo 173, § 1º, II, da CF, notadamente direitos trabalhistas".

– A aposentadoria acarreta o rompimento do vínculo funcional ou empregatício "para o funcionário público ou empregado público de pessoa jurídica de direito

1 Subscrito pelo Dr. JOSÉ ROBERTO DE MORAES, em 29 de fevereiro de 2008, e aprovado pela Chefia da Instituição, em 17 de março do mesmo ano.

público da Administração Direta ou Indireta", a teor dos artigos 58 e 59 da Lei Complementar nº 180/78, que incluem a aposentadoria entre as causas de vacância dos cargos e funções-atividade. A lei complementar em questão não abrange, porém, os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista.

– "O PARECER 64/2007 (...) deve ser interpretado restritivamente. A sua incidência deve se limitar apenas aos empregados das pessoas de direito público do Estado."

– "Por meio da Medida Provisória 1.596-14/97, foram introduzidos os §§ 1º e 2º ao artigo 453 da CLT. Essa Medida Provisória foi convertida na Lei 9.528, de 10.12.97".

– "A extinção do contrato de trabalho em razão de aposentadoria voluntária foi introduzida na CLT sem lei complementar, em descompasso com o artigo 7º, I da CF. Sendo assim, o STF, ao julgar a ADIN 1.721-3, declarou inconstitucional o § 2º, do artigo 453 da CLT (...)".

"Outrossim, na ADIN 1.770-4, o STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 453 da CLT (...)"

(...) A ADIN 1721-3 teve como parâmetro o **empregado particular**. A aposentadoria não extinguiria automaticamente o contrato de (...) *[trabalho]* para o particular, que poderia auferir a aposentadoria do INSS e o salário da ativa. E o empregador, caso entendesse demitir o seu empregado aposentado, deveria pagar as verbas rescisórias (v.g. multa de 40% do FGTS)".

"Em decorrência dos julgamentos das ADINS, a Orientação Jurisprudencial 177 do TST, que considerava extinto o contrato de trabalho após aposentadoria espontânea, foi cancelada".

"As decisões do Pretório Excelso *[RE 463.629, ELLEN GRACIE e Recl. 5215, CARLOS BRITTO]* dão sinalizações (...) de que o empregado da sociedade de economia mista e empresa pública se aproxima do empregado particular, principalmente no que concerne à ausência de rompimento do vínculo de trabalho com a aposentadoria voluntária".

O TST, por meio da Súmula nº 363, proclamou ser **nula** a contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, por encontrar óbice no artigo 37, II e § 2ᵉ da Carta Magna. "Entretanto, não se vislumbra ofensa à Súmula (...), porquanto não houve a extinção do contrato de trabalho originário e nova contratação, uma vez que a relação jurídica laboral se manteve ininterrupta *ab initio*."

Com base nesses fundamentos, conclui o parecerista que "**a aposentadoria de empregado de sociedade de economia mista e empresa pública não é causa de extinção do contrato de trabalho**, razão pela qual inexiste óbice jurídico para que

empregados aposentados da SABESP, sociedade de economia mista estadual, participem do Plano de Demissão Voluntária".

3.1 – Ao tomar ciência do Parecer acima sintetizado, a Unidade Central de Recursos Humanos, às fls. 16/18, formula consulta nos seguintes termos:

> "Existe entendimento na Administração Estadual, de que a aposentadoria do servidor contratado pelo regime CLT faz cessar o vínculo empregatício nesse regime. Tal entendimento *[externado no Parecer PA-3 nº 39/94]* (...) gerou o Comunicado CRHE nº 6, de 20, publicado em 21/06/95, que assim dispõe:
>
> 'a aposentadoria do servidor contratado pela Consolidação das Leis do Trabalho faz cessar o vínculo empregatício neste regime, ficando nova contratação sujeita à aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos e apresentação de parecer favorável da Comissão Permanente de Acumulação de Cargos – CPAC.'
>
> Todavia, (...) foi traçada nova orientação sobre o assunto (...) concluindo que a aposentação voluntária dos servidores de sociedades de economia mista e de empresas públicas não rompe o vínculo empregatício (...)
>
> (...) entendemos necessária a oitiva da Consultoria Jurídica desta Pasta no sentido de esclarecer *[qual orientação se deve adotar em relação aos]* (...) empregados celetistas de Autarquias e Fundações."

3.2 – A Chefia da Consultoria Jurídica da Secretaria de Gestão Pública, ao final da Cota de fls. 40/44, submete o assunto à Subprocuradoria Geral do Estado – Área de Consultoria "tendo em vista a relevância da matéria, a amplitude de sua repercussão e a necessidade de orientação jurídica clara da Unidade Central de Recursos Humanos do Estado".

3.3 – Já no âmbito da PGE, o Núcleo de Empresas e Fundações lança a Manifestação de fls. 46 a 54, datada de 26 de setembro de 2008, na qual destaca o seguinte, a propósito da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

> "O TST editou nova Orientação Jurisprudencial 361, publicada no Diário da Justiça de 20, 21 e 23.05.08:
>
> '**A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem o direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.**'
>
> Hoje, a questão está totalmente superada no Tribunal Superior do Trabalho. A jurisprudência é pacífica quanto à inexistência de rompimento de contrato de trabalho com a aposentadoria para qualquer tipo de trabalhador. (...)"

3.4 – Tal manifestação não chegou a ser apreciada pelas Instâncias superiores da PGE.

4 – O expediente referido no cabeçalho como Apenso nº 3 é inaugurado pelo ofício de fls. O1-B, endereçado pelo Presidente da Companhia do Metropolitano de São Paulo ao Secretário de Estado dos Transportes Metropolitanos em 08/03/2007 e assim redigido:

> "Conforme Orientação Jurisprudencial – OJ nº 177, do Tribunal Superior do Trabalho, havia entendimento no sentido de que a aposentadoria de empregado não obrigava o empregador a efetuar o pagamento da multa de 40% (...) sobre o saldo existente no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, até a data da jubilação.
>
> Todavia, em virtude das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede das (...) ADINs nºs 1770 e 1721 (...), aquela OJ, em recente pronunciamento do TST, restou revogada.
>
> Assim, considerando que a Companhia do METRÔ, até setembro/2006, não vinha efetuando o pagamento do montante equivalente à multa do FGTS, referente ao período entre a admissão e a aposentadoria, aos empregados jubilados, à vista da nova decisão do TST resta em aberto a questão quanto ao posicionamento a ser adotado por esta Companhia.
>
> Destarte, (...) *[solicitamos]* o encaminhamento deste à Procuradoria Geral do Estado, com o fim de ser analisada a questão colocada e emitido Parecer (...)"

4.1 – Em resposta à consulta formulada, a então Subprocuradora-Geral da Área Consultiva se reporta ao Parecer PA nº 064/2007, aprovado pela Chefia da Instituição (cf. fls. 80).

4.2 – O Presidente da Companhia do Metropolitano de São Paulo, no entanto, encaminha novo ofício ao Secretário de Estado dos Transportes Metropolitanos (fls. 136), com o seguinte teor:

> "Em razão da divergência de entendimentos entre os pareceres PA-064/2007 e GPG-11/2008, ambos aprovados pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado (...), solicitamos de Vossa Excelência ofício à Procuradoria Geral do Estado para que se manifeste sobre qual dos pareceres se aplica a esta Companhia."

4.3 – Já na esfera da Procuradoria Geral do Estado, foi produzida em 17/07/2008 pelo Núcleo de Empresas e Fundações a peça opinativa de fls. 140/149, na qual se conclui que "como a aposentadoria não é causa de extinção do vínculo de emprego para empregado da Companhia do Metropolitano – Metrô, o percentual de 40% do FGTS deve incidir sobre todo o período (antes e após a aposentadoria)".

4.4 – Também esta Manifestação não foi apreciada pelas autoridades superiores da PGE.

5 – O expediente referido no cabeçalho como Apenso nº 4 inicia-se com ofício endereçado em 17/06/2008 pela Presidente da Fundação CASA ao Procurador-Geral do Estado, cujo teor é o seguinte:

"A Fundação CASA, em atendimento à orientação da PGE/SP, iniciou procedimento para o desligamento dos funcionários aposentados. Vários processos já foram concluídos e outros estão em andamento.

Alguns funcionários entraram com Mandado de Segurança e obtiveram a segurança para o fim de 'determinar a sua reintegração imediata no emprego'.

Adveio, agora, a Orientação Jurisprudencial OJ 361 do TST *[reproduzida no item 3.3] (...)*

Embora aludida orientação apenas consolide entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e já analisado pela PGE/SP, submeto a questão à apreciação de Vossa Senhoria."

5.1 – Já na esfera da Procuradoria Geral do Estado, foi proferido o Parecer GPG nº 22/2008[2], assim ementado:

"EMPREGADO PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA – APOSENTADORIA ESPONTÂNEA – INEXISTÊNCIA DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – DESNECESSIDADE DE PRESTAR NOVO CONCURSO PARA PERMANECER NO CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é pacífica no sentido de que a aposentadoria não rompe o vínculo de emprego. Orientação Jurisprudencial 361 do TST. O Supremo Tribunal Federal entende que a aposentadoria não é motivo de extinção do contrato de trabalho. Inconstitucionalidade dos §§ 1° e 2° do artigo 453 da CLT, declarada nas ADINS 1770-4 e 1721-3 – proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º, I, da Constituição Federal). Inaplicável a súmula 363 do TST. A LC 180/78 não pode restringir direitos trabalhistas de empregados públicos da Administração Indireta. O empregado público aposentado poderá perceber simultaneamente salário e proventos do INSS."

5.1– O Parecer em causa não chegou, porém, a ser apreciado pela Chefia da Instituição.

6 – Nas páginas finais **do presente expediente e de todos os que estão a ele apensados**, o Sr. Subprocurador-Geral da Área de Consultoria, já no ano de 2012, solicita desta Especializada análise e parecer sobre as questões neles debatidas, tendo em vista, inclusive, que "tanto o Parecer GPG nº 11/2008 quanto as (...) manifestações do Núcleo de Empresas e Fundações da PGE *[não apreciadas pela autoridade superior]* agregam elementos que ensejam nova reflexão acerca das questões jurídicas relacionadas à aposentação do empregado público".

Relatados, passamos a opinar.

7 – As conclusões do Parecer PA nº 64/2007 (subscrito pelo Dr. LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em

2 *Subscrito pelo DR. JOSÉ ROBERTO DE MORAES*

02/05/2007) foram assim sintetizadas na manifestação da então Subprocuradora-Geral da Área de Consultoria:

> "Diante das decisões proferidas nas ADIns nº 1.721-3 e nº 1.770-4, questiona-se, neste expediente, se permanece em vigor a orientação administrativa de que a aposentadoria do servidor público celetista implica a automática extinção do contrato de trabalho.
>
> Os Pareceres PA nºs 212/2006 e 273/2006, cujas conclusões foram endossadas pela Chefia da Procuradoria Administrativa opinaram pela manutenção da orientação vigente nesta Instituição, considerando que os fundamentos da decisão da ADIn nº 1.770-4, constantes dos votos proferidos pelo Ministro Joaquim Barbosa (relator) e Ministro Marco Aurélio (Voto vencido) ainda não estavam disponíveis.
>
> Com a juntada aos autos de cópia do inteiro teor do acórdão prolatado pela Suprema Corte na ADIn nº 1.770-4, foi exarado o Parecer PA nº 64/2007, cujas razões acolho e ora as sintetizo.
>
> Preliminarmente, é mister salientar que a Procuradoria Geral do Estado, ao defender que a aposentadoria voluntária rompe o vínculo laboral, sendo inviável a sua continuidade para o empregado público sem a realização de concurso, jamais embasou sua tese nos §§ 1º e 2º do artigo 453 da CLT, e as ADIns nºs 1721-3 e 1770-4 cuidaram especificamente da inconstitucionalidade destes parágrafos.
>
> Ao contrário, o *caput* do artigo 453 da CLT c.c. o artigo 37, inciso II da Constituição Federal que fundamentaram a diretriz fixada pela Procuradoria Geral do Estado restaram inabalados. Nesse sentido, na Reclamação nº 3401, o Ministro Cézar Peluso cassou a liminar concedida, valendo-se do julgamento do Agr-Recl nº 3.940 (rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 23/02/2006) ao decidir que 'a interpretação do *caput* do art. 453 da CLT ou o teor da OJ 177-SDI-l-TST não ofende a autoridade dos acórdãos das ADIns nºs 1770 e 1721. E não ofende porque não tem a decisão reclamada arrimo expresso nos §§ lº e 2º do art. 453 da CLT, recentemente declarados inconstitucionais. Sendo assim, qualquer discussão sobre o *caput* do art. 453 da CLT e da OJ nº 177-SDI-l-TST transpõe os limites da via processual eleita. É reiterada a jurisprudência – nesse sentido: RCL 4350, rel. Min . Joaquim Barbosa, DJ de 22/06/2006, RCL 4129, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ dc 30/05/2006, RCL 2789, rel. Min. Celso dc Mello, DJ de 07/04/2006'.
>
> *(...) [Ademais]* os empregados públicos, regidos pela CLT, são também servidores públicos, sendo a eles aplicáveis as disposições da Lei Complementar nº 180/78 (...) Os artigos 58 (inciso V) e 59 (inciso IV) da LC nº 180/78 determinam que a vacância do cargo ou da função-atividade decorrerá da aposentadoria."

7.1 – Outrossim, no Parecer PA nº 202/2007 (firmado pela signatária do presente e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 05/09/2007), respondeu-se à consulta do INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE na forma resumida na ementa a seguir transcrita:

> "Entendimento pacífico no âmbito da PGE (e.g. Pareceres PA-3 nºs 39/94, 270/94, 235/95, 28/98, 97/99, 248/99, 121/2001) no sentido de que a aposentadoria implica

a ruptura do vínculo jurídico entre o servidor/empregado e a Administração Pública, de modo que a readmissão ou recontratação do inativo somente pode ocorrer se for ele aprovado em concurso público – Solicitação de reexame da matéria ante as decisões do STF que julgaram procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade nºs 1.721-3 e 1.770-4 – Orientação aprovada (Parecer PA nº 64/2007) no sentido de que o teor de tais decisões judiciais não constitui fundamento suficiente para determinar a alteração do entendimento jurídico perfilhado pela PGE."

8 – Ao aprovar parcialmente o Parecer PA nº 025/2010[3], em 01/11/2010, o então Procurador-Geral do Estado assim se manifestou:

"Há mais de quinze anos foi expedido o Comunicado CRHE-6, de 20.6.1995, orientando as entidades da Administração Pública Estadual a desligarem de seus quadros os empregados públicos que se aposentaram voluntariamente.

.....

(...) Não existindo, até o momento, decisão do Supremo Tribunal Federal que abarque a situação específica dos servidores celetistas da administração direta, das autarquias e das fundações, entendo que não é prudente alterar a orientação vigente em relação a essas entidades, corroborando, nessa parte, o entendimento defendido no Parecer em análise. **Observo, porém, que no âmbito das empresas estatais paulistas prevalece a orientação contida no Parecer GPG 11/2008.**

Neste sentido, **aprovo parcialmente o Parecer PA nº 25/2010**, dando-se ciência deste Parecer à Subprocuradoria Geral do Estado – Área do Contencioso Geral, com proposta de divulgação às unidades."

9 – Portanto, **no tocante às empresas públicas e sociedades de economia mista**, a questão se encontra pacificada no âmbito da Procuradoria Geral do Estado: a Chefia da Instituição, de forma expressa, **afastou o entendimento até então preconizado por esta Procuradoria Administrativa e aprovou o Parecer GPG nº 11/2008**, no qual se concluiu que "**a aposentadoria de empregado de sociedade de economia mista e empresa publica não é causa de extinção do contrato de trabalho**".

10 – Todavia, no tocante aos empregados públicos da **Administração Direta, autarquias e fundações públicas**, foram emitidos pelo Núcleo de Empresas e Fundações da PGE os pareceres acima mencionados, não apreciados pela autoridade superior, e que preconizam a alteração do entendimento até aqui adotado pela Instituição.

10.1 – A mais abrangente dessas peças opinativas é o Parecer GPG nº 22/2008, cujos argumentos serão objeto de análise a seguir.

3 Subscrito pela Dra. CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES

11 – O Parecer em causa assim introduz a matéria que pretende deslindar:

"A orientação administrativa que vigora na Procuradoria Geral do Estado é no sentido de que a aposentadoria do empregado público de autarquia e fundação pública é causa de extinção automática do contrato de trabalho. A permanência desse empregado dependeria de novo concurso e o contrato seria nulo, nos termos da Súmula 363 do TST. Os pareceres PA 64/2007 e PA 202/07, ambos aprovados pelo Procurador-Geral do Estado, consolidaram esse entendimento.

Contudo, recentemente sobreveio a Orientação Jurisprudencial 361 do Tribunal Superior do Trabalho, publicada no Diário da Justiça de 20, 21 e 23.05.08:

'A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem o direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.'

.....

Entendemos que os pareces PA 64/2007 e PA 202/2007 devem ser reavaliados, face à jurisprudência em sentido oposto.

Hoje, a questão está totalmente superada no Tribunal Superior do Trabalho. A jurisprudência é pacífica quanto à inexistência de rompimento de contrato de trabalho com a aposentadoria para qualquer tipo de trabalhador, independente da natureza jurídica (pública ou privada) do empregador (...)"

11.1 – Hodiernamente, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é **absolutamente assente** no sentido apontado no Parecer reproduzido. A título **meramente exemplificativo**, colacionamos os seguintes acórdãos – todos recentes – que perfilham tal exegese:

- Recurso de Revista n° TST-RR-53240-12.2007.5.02.0022, em que é Recorrente MAURO ALVES DOS SANTOS e Recorrida **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP** – Recurso provido, v.u., Quarta Turma, Rel. Min. FERNANDO EIZO ONO, j. 23/05/2012;

- Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.° TST-AIRR-229700-94.2008.5.02.0060, em que é Agravante **INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – IAMSPE** e Agravado JOSÉ BENEDITO DE MORAES – Agravo improvido, v.u., Quarta Turma, Rel. Min. MARIA DE ASSIS CALSING, j. 20/06/2012;

- Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.° TST-AIRR-172900-96.2007.5.02.0087, em que é Agravante **FUNDAÇÃO CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO AO ADOLESCENTE – FUNDAÇÃO CASA-SP** e Agravada LUZIA DE JESUS FRANCO – Agravo improvido, v.u., Quarta Turma, Rel. Min. MARIA DE ASSIS CALSING, j. 06/06/2012;

- Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-52800-09.2009.5.02.0034, em que é Agravante **HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO** e Agravada AUDEILZA FERNANDES DE SÁ AMORIM – Agravo improvido, v.u., Segunda Turma, Rel. Min. RENATO DE LACERDA PAIVA, j. 30/05/2012;

- Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-140000-67.2009.5.15.0042, em que é Agravante **HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DE RIBEIRÃO PRETO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO** e Agravada MARIA MAGDA ZACCARO –Agravo improvido, v.u., Quarta Turma, Rel. Min. VIEIRA DE MELLO FILHO, j. 16/05/2012.

A seguir será transcrita parte da fundamentação deste último aresto, por abordar a questão discutida sob distintos aspectos jurídicos e por reportar-se a diversos precedentes do TST:

> "A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADI's nºs 1.721-3 e 1.770-4, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, a aposentadoria espontânea não é mais causa extintiva da relação de emprego.
>
> Nesse contexto, esta Corte Superior editou a Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1, que dispõe:
>
> **APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS SOBRE TODO O PERÍODO. DJ 20, 21 e 23.05.2008. A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.**
>
> Logo, o acórdão recorrido, ao manter a condenação do agravante ao pagamento da indenização de 40% sobre o FGTS, ao fundamento de que a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho, registrando, ainda, que a reclamante permaneceu prestando serviços após a jubilação, está em consonância com a jurisprudência da Corte (...)
>
> Registre-se, ainda, que não há ofensa ao art. 37, § 2º, da Constituição Federal, ou contrariedade à Súmula nº 363 desta Corte, na medida em que a prestação dos serviços após a jubilação, seja por empregado da Administração Pública Indireta, seja por servidor público celetista, não está condicionada à prévia aprovação em concurso público.
>
> Nesse sentido, os precedentes:
>
> **APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - CONCURSO PÚBLICO - DESNECESSIDADE. A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADIN's nºs 1.721-3 e 1.770-4, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 453 da CLT, a aposen-**

tadoria espontânea não é mais causa extintiva da relação de emprego (Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1 desta Corte). A continuidade na prestação dos serviços após a jubilação não está condicionada à prévia aprovação em concurso público, não tendo, por esse motivo, pertinência a alegação de nulidade do período posterior à aposentadoria. Agravo de instrumento e recurso de revista providos. (RR - 3141-02.2010.5.02.0000, Relator: Ministro Milton de Moura França. Data de Julgamento: 11/05/2011, 4ª Turma. Data de Publicação: 20/05/2011)

RECURSO DE EMBARGOS.

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADIN Nos 1721-3 E 1770-4. O Excelso Supremo Tribunal Federal, julgando a Adin nº 1721-3 e a Adin nº 1770-4, firmou posicionamento no sentido de que o contrato de trabalho permanece íntegro mesmo com a aposentadoria espontânea do trabalhador. Assim, não havendo a ruptura contratual pela jubilação do empregado, tem-se, na verdade, um único contrato de trabalho, não se configurando a nulidade do período posterior à aposentadoria espontânea, por ausência do concurso público de que trata o inciso II do artigo 37 da Carta Magna e a Súmula nº 363 do c. TST, que somente é exigido quando do ingresso do servidor nos quadros da Administração Pública Direta ou Indireta. Embargos conhecidos e providos. (Ac. SDI-1, E-ED-RR-636564/2000, Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT - 26/06/2009)

EMBARGOS - CONTRATO NULO - AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO APÓS A APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - EFEITOS. 1. Em face do cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 177 da SBDI-1 pelo C. Tribunal Pleno, na sessão do dia 25 de outubro de 2006, esta C. Subseção, harmonizando-se com a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, passou a consagrar a tese de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1). 2. Nesse contexto, não há falar em nulidade do segundo vínculo laboral, por ausência de concurso público, visto que fundada na equivocada premissa de que a aposentadoria espontânea do Autor extinguiu a relação de emprego. Embargos conhecidos e providos. (Ac. SDI-1, E-ED-RR- 120428/2004-900-04-00, Rel. Maria Cristina Peduzzi, DEJT - 22/05/2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRATO NULO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE EMPREGOS PÚBLICOS. O STF, por ocasião do julgamento das ADINs 1.721/DF e 1.770/DF, declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1.º e 2.º do art. 453 da CLT, concluindo que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho. Não havendo a extinção do contrato de trabalho pelo advento da aposentadoria espontânea, não há de se cogitar a nulidade do contrato de trabalho firmado após a jubilação sem a prévia aprovação em concurso público. Assim sendo, não há de se falar em afronta aos arts. 37, *caput*, II, XVI e XVII, da

Constituição Federal, e 453, *caput* e § 1.º, CLT ou divergência jurisprudencial. Agravo de Instrumento não provido. (Ac. 4ª Turma, AIRR - 102840-.2008.5.06, Rel. Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT - 16/04/2010)

RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EMPREGADA DE AUTARQUIA PÚBLICA MUNICIPAL. INTERPRETAÇÃO ADOTADA PELO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO LABORATIVA APÓS O JUBILAMENTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO. APLICAÇÃO DA OJ-361-SBDI-1-TST. REINTEGRAÇÃO . A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. (...). Assim, partindo do pressuposto de que a contratação é una, e não houve solução de continuidade na prestação laboral, não há como se exigir aprovação em concurso público para que o reclamante continue a trabalhar para o mesmo empregador (art. 37, II, da Constituição Federal). Tampouco se cogita da nulidade dessa contratação (Súmula 363/TST). Precedente da SBDI-1 . Recurso de revista não conhecido. (Ac. 6ª Turma, RR -1544/2001-065-02-00, Min. HORÁCIO SENNA PIRES, DEJT -14/08/2009).

Já o artigo 37, § 10 da Constituição Federal, apenas veda a percepção simultânea de aposentadoria decorrente dos artigos 40 (servidores titulares de cargo efetivo) ou 42 (membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) e 142 (membros das Forças Armadas), que são submetidos ao regime próprio de previdência, não alcançando os empregados públicos celetistas aposentados pelo Regime Geral da Previdência.

Finalmente, a matéria de que trata o art. 37, XVI e XVII, da CF/88, não tem pertinência com a lide, na medida em que trata da vedação de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, e não de cumulação de proventos de aposentadoria com remuneração.

Nesse sentido precedentes desta Corte:

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. CUMULAÇÃO DE PROVENTOS DO REGIME GERAL COM REMUNERAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO.

POSSIBILIDADE. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1 da Corte, a aposentadoria espontânea não é causa da extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral. Por outro lado, é entendimento absolutamente pacífico neste Tribunal Superior do Trabalho que o artigo 37, em seus incisos XVI e XVII, da Constituição Federal, não veda a acumulação de salários com proventos de aposentadoria, mas apenas a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, referindo-se aos vencimentos e salários dos servidores públicos em atividade. Acrescenta-se que os arts. 37, § 10, 40, 42 e 142 da Constituição Federal, ao vedarem a acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, têm como premissa que a remuneração respectiva se origina da mesma

fonte pagadora, não alcançando, assim, as situações em que o custeio dos proventos de aposentadoria é feito pelo regime geral da Previdência Social. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 131400-62.2008.5.02.0492, Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Data de Julgamento: 26/10/2011, 2ª Turma. Data de Publicação: 04/11/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. CUMULAÇÃO DE PROVENTOS COM REMUNERAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO. De acordo com jurisprudência reiterada desta Corte, a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1/TST). Incidência do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333/TST. Por sua vez, incólume o art. 37, XVI e XVII, da CF/88, que veda a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas. Não tratam de acumulação de proventos de aposentadoria e remuneração. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR- 148900-96.2009.5.09.0659, Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 11/03/2011).

COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARANÁ (SANEPAR) - IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM SALÁRIOS - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DIRETA DO ART. 37, XVI E XVII, DA CF. 1. O art. 37, XVI e XVII, da CF, trata de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, fazendo clara referência aos funcionários em atividade. O § 10 do aludido dispositivo constitucional veda a percepção simultânea de remuneração de cargo, emprego e função pública com proventos de aposentadoria decorrentes, exclusivamente, dos arts. 40, 42 e 142 da CF. 2. A Reclamada sustenta que, não obstante o atual entendimento de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, permanece a impossibilidade constitucional de acúmulo de proventos de aposentadoria e vencimentos, pois o Reclamante continuou a perceber salários juntamente com os proventos de aposentadoria. 3. A decisão regional não afrontou o art. 37, XVI e XVII, da CF, na medida em que não se trata da mesma hipótese dos autos, tendo em vista que o Reclamante passou a receber proventos decorrentes de aposentadoria, e o dispositivo constitucional em questão trata de vedação ao acúmulo de cargo, função e emprego público, e não da percepção simultânea de proventos de aposentadoria com remuneração de emprego público. Agravo de instrumento desprovido. (TST-AIRR-2146540-72.2006.5.09.0009,7ª. Turma. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 26.6.2009)

- (...). ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS - Não se trata, no caso, de acumulação de cargos públicos, empregos e funções, mas da possibilidade de acumular proventos decorrentes de benefício da aposentadoria com o vencimento de cargo ou emprego público. Ausência de violação dos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição Federal. Recurso não conhecido. (TST-RR-565/2001-001-16-00.5, 3ª Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 4.5.2007)"

12 – Destaca o subscritor do Parecer GPG 22/2008 que, até a data da emissão daquele parecer (19/06/2008), o Supremo Tribunal Federal ainda não havia proferido

"julgamento de mérito acerca do tema quando a empregadora assume a condição de pessoa jurídica de direito público da Administração Indireta".

12.1 – Em pesquisas, encontramos apenas dois acórdãos[4] que se enquadram nos parâmetros estabelecidos no parágrafo precedente, **ambos da Primeira Turma**, a saber:

a) EMB. DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 756.861 - Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Embargante: **DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA - DAEE**-j. 01/02/2011 - A Turma decidiu, por maioria de votos, em converter os embargos de declaração em agravo regimental e, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento.

Do relatório e voto proferido pela I. Ministra no aresto em pauta, constou:

"Alega o Embargante que 'a v. decisão recorrida se furtou em examinar questão fundamental ao deslinde da controvérsia, pois existe decisão do Supremo Tribunal Federal indicando que o decidido na ADI 1.721 e 1.770 não se aplica a empregado público de autarquias, como é o caso da recorrente (Reclamação 5.215, Rel. Ministro Carlos Britto, DJ 01/08/2007)'

Requer que, 'em virtude dos aspectos supraexplicitados, (...) seja sanada a omissão da v. decisão embargada de modo a ser apreciada a natureza jurídica da autarquia empregadora, assim como os reflexos decorrentes da vedação constante do artigo 37, incisos XVI, XVII e parágrafo 10 da CF/88'

.....

Razão jurídica não assiste ao Agravante."

Como ressaltado na decisão agravada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que a aposentadoria espontânea somente dá causa à extinção do contrato de trabalho se ocorrer o encerramento da relação empregatícia. Ao contrário, a dizer, havendo continuidade de trabalho, não há que se falar em extinção do contrato.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

'EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (AI 533.610-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 24.8.2007).

'EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Admissibilidade. Aposentadoria espontânea. Contrato de trabalho. Não extinção. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo Regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em

4 Não consideramos decisões monocráticas.

jurisprudência assente na Corte" (AI 590.009-AgR, Rel. Min. Cézar Peluso, Segunda (Turma, DJ 2.3.2007).'

Ficou decidido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 29.6.2007, que o exercício regular de um direito (na espécie vertente, a aposentadoria espontânea) não pode ocasionar efeitos mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave pelo empregado. No seu voto, o Relator asseverou que 'não há fundamentação jurídica para deduzir que a concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador deva extinguir, instantânea e automaticamente, a relação empregatícia'.

Os argumentos do Agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional."

b) AG. REG. no RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 487.734 – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Agravante **INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE** – j. 13/10/2009 – Negado provimento ao agravo regimental, v.u.. Do julgado em tela, destacamos:

"Alega o Agravante que (...) 'não é possível inferir da decisão exarada desta E. Corte na ADI 1.770 que a mantença, nos quadros da administração, de funcionário aposentado voluntariamente, percebendo proventos e vencimentos, sem prestar concurso, seja regular, seja à vista do disposto no *caput* do artigo 37 da CF, seja à vista do disposto em seu inciso II'

.....

Razão jurídica não assiste ao Agravante.

.....

Como assentado na decisão agravada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que a aposentadoria espontânea somente dá causa à extinção do contrato de trabalho se ocorrer o encerramento da relação empregatícia. Ao contrário, a dizer, havendo continuidade de trabalho, não há que se falar em extinção do contrato.

.....

Ademais, não há que se falar em nulidade do contrato de trabalho posterior à aposentadoria por ausência de concurso público, pois não ocorreu ruptura da relação de trabalho inicial. Nesse sentido: RE 449.420, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 14.10.2005."

13 – No Parecer GPG 22/2008 consignou-se, ainda:

"Pelas pesquisas realizadas, encontramos a Reclamação 5215, rel. Ministro CARLOS BRITTO, decisão publicada no DJ de 01.08.2007, que faz a distinção de empregados públicos de autarquias e empresas estatais:

"(...) **o pedido da reclamante também deve ser tido por manifestamente incabível. E isto pode ser constatado pelo esclarecimento do conteúdo das decisões deste Supremo Tribunal Federal nas ADI's 1.721 e 1.770. Nesta, a Corte declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 453 da CLT, o qual trata tão somente da readmissão do empregado público que se aposentar. Já na ADI 1.721, este Supremo Tribunal deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do § 2º do artigo 453 da CLT, que impõe a extinção do vínculo empregatício de quem se aposenta proporcionalmente. Ora bem, a situação jurídica dos representados pela reclamante é bem diversa da tratada pelos dispositivos legais objeto das ADI's 1.721 e 1.770. Primeiro porque a reclamante não se desincumbiu do ônus de comprovar que os representados foram aposentados por tempo de contribuição proporcional e, segundo, porque eles - os representados - ocupavam empregos públicos em pessoas administrativas (autarquia) e não em empresas estatais, como referido pelo § 1º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho. Nessa ampla moldura, nego seguimento à reclamação, restando prejudicado o pedido de medida liminar.'**

Na Reclamação 3648, rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, ao apreciar o pedido formulado por Elaine Skorzenski Gonçalves dos Santos, contra ato administrativo do Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza, autarquia estadual. A decisão parece também fazer distinção de empregados públicos de autarquias e sociedades de economia mista (e empresas públicas):

'**No caso dos autos, a decisão reclamada não aplicou o § 1º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, pois a reclamante não é empregada de sociedade de economia mista ou empresa pública. Não haveria, assim, descumprimento do que decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.770.'**

Contudo, nas duas decisões monocráticas não está declarada expressamente a ocorrência de rompimento do vínculo laboral com a aposentadoria espontânea no caso de autarquias ou fundações públicas. É importante ressaltar que as decisões não enfrentam o *meritum causae*, mas apenas analisam a suposta violação ao acórdão proferido na ADIN 1.770."

13.1 - Embora inicialmente tivéssemos divisado nas decisões mencionadas[5] um indício de que a jurisprudência da Suprema Corte poderia vir a ser modificada, tal suposição não se mostrou exata.

13.2 - Com efeito, tais decisões efetivamente "não enfrentam o *meritum causae*". Diversamente, fundam-se no entendimento, hoje pacificado no âmbito do Pretório Excelso no sentido de que a **eficácia vinculante** das decisões proferidas em ações de controle abstrato de constitucionalidade abrange **apenas a parte dispositiva** do julgado, **não abrangendo os seus motivos determinantes**.

5 Hoje há inúmeras decisões no mesmo sentido, no âmbito do STF.

A propósito do tema, no acórdão em que o Plenário do STF, por votação unânime, negou provimento ao AG. REG. na RECLAMAÇÃO 2.990-5 (rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 16/08/2007), a exegese prevalente foi assim explicitada:

> "EMENTA: I. Reclamação. Ausência de pertinência temática entre o caso e o objeto da decisão paradigma. Seguimento negado.
>
> II. Agravo regimental. Desprovimento. Em recente julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade (RCL 2475-AgRJ. 2.8.07).
>
> .....
>
> Neguei seguimento à reclamação ante a ausência de pertinência entre o caso e o objeto da ação direta paradigma.
>
> Insiste-se, no agravo regimental, no cabimento da via eleita.
>
> .....
>
> No mérito, mantêm-se válidos os fundamentos da decisão agravada, que transcrevo:
>
> A ADIn 1.797-PE impugnou a Decisão Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (Recife-PE), proferida em Sessão de 15 de janeiro de 1998.
>
> A sentença reclamada é do Juízo de Direito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte que, apesar da semelhança da matéria, conversão do valor dos vencimentos dos servidores públicos de cruzeiro real para URV, não guarda identidade com o ato normativo impugnado na ADIn 1.797. O que, é certo, não inviabiliza o reexame da sentença reclamada pela via do controle difuso de constitucionalidade, mas, por outro lado, impede o conhecimento do caso concreto pela via estreita da Reclamação: a reclamação não substitui recursos previstos no Código Processo Civil, nem se pode presumir que, se interposto o recurso cabível, o juízo de primeiro grau insistirá na orientação adotada (v.g., Recl. 2741, Pertence, DJ 18.08.2004).'
>
> Em recente julgamento (2.8.07), na Rcl. 2475, o Plenário rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade."

14 - Consignou-se ainda no Parecer GPG 22/2008 que "as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.770-4 e 1.721-3 reforçam o entendimento de que a aposentadoria não rompe o vínculo de emprego".

14.1 - No julgamento da ADIn nº 1.770-4 (rel. Min. JOAQUIM BARBOSA), o Plenário do STF, em 11/10/2006, por maioria de votos, julgou inconstitucional o § 1º do artigo 453 da CLT, na redação dada pelo artigo 3º da Lei nº 9.528, de 10/12/1997. É o seguinte o teor do dispositivo cuja inconstitucionalidade foi declarada:

> "Art. 453 -
> § 1º - Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida a sua readmissão desde que atendidos os requisitos cons-

tantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público."

14.1.1 - O acórdão em questão foi assim ementado:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. (...) INCONSTITUCIONALIDADE.

.....

É inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quer porque se funda na ideia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício. Ação conhecida quanto ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo 3º da mesma Lei 9.528/1997, para declarar sua inconstitucionalidade."

14.2 - De sua parte, a ADIn 1.721 foi julgada procedente pelo Plenário do STF, por maioria de votos, em 11/10/2006 (rel. Min. CARLOS BRITTO).

O dispositivo objeto da ação, desta feita, foi o § 2º do artigo 453 da CLT, introduzido pelo artigo 3º da Lei nº 9.528, de 10/12/1997 e assim redigido:

"Art. 453 -.....

§ 2º - O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício."

14.2.1 - O acórdão respectivo está assim ementado:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da "relevância e urgência" dessa espécie de ato normativo.

2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, *caput* e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e a do artigo 10 do ADCT, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade.

3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente) .

4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador.

5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum.

6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.

7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97."

15 - Após o julgamento das duas referidas ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade, a jurisprudência do STF se tornou **pacífica e reiterada** no sentido de que a aposentadoria espontânea do empregado não tem por efeito a rescisão do contrato de trabalho.

Como **mero exemplo** de tal diretriz jurisprudencial, trazemos à colação os seguintes arestos:

- RECURSO EXTRAORDINÁRIO 463.629-8 - Rel. Min. ELLEN GRACIE - Segunda Turma - provido o recurso, v.u. - j. 14/11/2006:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA TRABALHISTA. ART. 453 DA CLT. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PELA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho ao art. 453 da CLT, segundo a qual a aposentadoria espontânea do empregado importa na ruptura do contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial nª 177 da SDI-1), viola o postulado constitucional que veda a despedida arbitrária, consagrado no art. 7º, I, da Constituição Federal.

2. Precedentes: ADI 1.721-MC, ADI 1.770-MC e RE 449.420.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido."

- AG. REG. no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 605.501 - Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Primeira Turma - negado provimento ao agravo, v.u. - j. 02/12/2010:

"EMENTA:.....

IV - Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho quando o empregado continua trabalhando na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Interpretação diversa viola a garantia constitucional contra a despedida arbitrária. Precedentes.

(...)"

- AG. REG. no AGRAVO DE INSTRUMENTO 590.009 - Rel. Min. CÉZAR PELUSO - Segunda Turma - negado provimento ao agravo, v.u.-j. 06/02/2007:

"EMENTA: RECURSO Extraordinário. Admissibilidade. Aposentadoria espontânea. Contrato de trabalho. Não extinção. Jurisprudência assentada. ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo Regimental improvido.Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte."

- RECURSO EXTRAORDINÁRIO 449.420 - Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Primeira Turma - provido o recurso, maioria - j. 16/08/2005:

"EMENTA: Previdência social: aposentadoria espontânea não implica, por si só, extinção do contrato de trabalho.

1.Despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I): viola a garantia constitucional o acórdão que, partindo de premissa derivada de interpretação conferida ao art. 453, *caput*, da CLT (redação alterada pela L. 6.204/75), decide que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário.

2. A aposentadoria espontânea pode ou não ser acompanhada do afastamento do empregado de seu trabalho: só há readmissão quando o trabalhador aposentado tiver encerrado a relação de trabalho e posteriormente iniciado outra; caso haja continuidade do trabalho, mesmo após a aposentadoria espontânea, não se pode falar em extinção do contrato de trabalho e, portanto, em readmissão.

3. Precedentes (ADIn 1.721-MC, Ilmar Galvão, RTJ 186/3; ADIn 1.770, Moreira Alves, RTJ 168/128)."

- Emb. Decl. no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 497.370 - Rel. Min. CELSO DE MELLO - Segunda Turma - emb. decl. conhecidos como agravo e improvido este - v.u. - j. 13/11/2007:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO -EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - EXTINÇÃO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO - CONSEQUÊNCIA QUE NÃO RESULTA, NECESSARIAMENTE, DA OUTORGA DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM QUESTÃO - MAGISTÉRIO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - REMESSA DOS AUTOS AO E. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, PARA EFEITO DE CONCLUSÃO DO JULGAMENTO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A aposentadoria espontânea, por si só, não causa, necessariamente, a extinção do contrato individual de trabalho, pois, havendo continuidade em sua execução, inexiste ruptura do vínculo laboral, tornando-se impróprio, desse modo, falar-se em readmissão, apenas suscetível de reconhecimento, se o trabalhador aposentado houver encerrado, em caráter definitivo, a precedente relação de trabalho e iniciado outra, na empresa, em momento posterior ao da concessão do benefício previdenciário em referência. Precedentes.

Afastada a premissa de ocorrência, no caso, de extinção do contrato individual de trabalho, cabe, à Justiça do Trabalho (TST), concluir o julgamento da causa, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes."

16 - A propósito do artigo 59 da Lei Complementar nº 180, de 12 de maio de 1978, que, em seu inciso IV, elenca a **aposentadoria** dentre as causas de **vacância** das funções-atividades, sustenta o Parecer GPG 22/2008 que:

"(...) a LC 180/78 não pode restringir direitos trabalhistas dos empregados públicos da Administração Pública Indireta. O próprio Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que a extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea constitui restrição ao direito do trabalhador, previsão que somente poderia ser inserida no ordenamento jurídico por lei complementar federal (artigo 7º, I, da CF). (...) Os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal e na Consolidação das Leis de Trabalho não podem ser restringidos por legislação estadual.

Maria Sylvia Zanella di Pietro entende que os empregados públicos dos Estados e Municípios não podem sofrer restrições em matéria de Direito do Trabalho por lei estadual:

"Os da segunda categoria (empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público) são contratados sob regime da legislação trabalhista, que é aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal, não podem Estados e Municípios derrogar outras normas da legislação trabalhista, já que não têm competência para legislar sobre Direito do Trabalho, reservada privativamente à União (art. 22, I, da Constituição). Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título III, da Constituição'. ("Direito Administrativo", Editora Atlas, 2006, 19º, Edição, pg. 502)."

16.1 - Endossamos inteiramente tais conclusões, inclusive por estarem em conformidade com entendimento há muito perfilhado no âmbito da PGE (Parecer PA-3 nº 348/94).

17 - Por fim, consigna-se no Parecer GPG nº 22/2008:

"(...) resta enfrentar a questão acerca da cumulação de salário do empregado público da ativa com proventos de aposentadoria.

É preciso distinguir se os proventos de aposentadoria são decorrentes de vínculo estatutário ou de vínculo celetista.

O artigo 37, XVI, XVII e parágrafo 10 da Constituição Federal estabelecem:

.....

Parágrafo 10 - É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do artigo 40 ou dos artigos 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

O artigo 37, parágrafo 10, da Constituição Federal proíbe a cumulação de proventos de aposentadoria decorrentes do artigo 40 (servidores públicos), 42 (militares dos Estados) e 142 (militares das Forças Armadas) com cargo, emprego ou função pública.

Portanto, o empregado público em atividade, de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista, não poderá acumular seu salário da ativa com proventos de aposentadoria decorrentes de vínculo estatutário (...), exceto quando os cargos forem acumuláveis na forma da Constituição (inciso XVI), os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

.....

Quando os proventos de aposentadoria forem decorrentes de vínculo celetista, o empregado público poderá acumular com o salário da ativa. O artigo 37, parágrafo 10 faz apenas alusão aos artigos 40, 42 e 142. Não menciona os artigos 201 e 202 da Constituição Federal. Se não incluiu, excluiu. Nada obsta que, ao se aposentar espontaneamente, receba cumulativamente o salário da ativa e os proventos de aposentadoria do INSS. (...)"

17.1 - Embora concordemos com tal exegese, que, de resto, vem sendo há anos sufragada no âmbito da PGE, o fato é que **não localizamos qualquer acórdão em que o Supremo Tribunal Federal haja proferido decisão a propósito do assunto.**

17.2 - Existem, é certo, decisões monocráticas em ambos os sentidos. A **título meramente exemplificativo**, mencionamos, no sentido da **proibição da percepção cumulativa** de aposentadoria paga pelo INSS e salário decorrente de emprego público, o AI 700.804, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 27/11/2009, publ. 16/12/2009.

17.3 - Em sentido coincidente com o entendimento da PGE,- ou seja, da **inexistência de tal vedação**- destacamos o RE 387269, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 04/11/2004, publ. 17/12/2004, no qual se consignou:

".....

(...) Como consta em bom vernáculo no texto constitucional, 'é vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração'. Vale dizer que (...) a glosa diz respeito à acumulação de proventos decorrentes da aposentadoria como servidor público, considerado o regime

específico e remuneração do novo cargo. A recorrida aposentou-se pelo regime geral de previdência social, não havendo, assim, a impossibilidade de assumir novo cargo. Pouco importa que haja sido servidora do Município. À luz do texto constitucional, cumpre perquirir a fonte dos proventos, que iniludivelmente, não está nos cofres públicos."

17.4 - De qualquer sorte, parece-nos difícil sustentar a tese da inacumulabilidade de aposentadoria paga pelo INSS e salário decorrente de emprego público, tendo em vista especialmente que tal exegese não se coaduna com a letra do dispositivo constitucional sob comento, conforme bem demonstrado na decisão monocrática reproduzida.

18 - Diante de todo o exposto, consideramos que: (i) a jurisprudência dos tribunais superiores encontra-se pacificada em sentido contrário à tese que vem sendo sustentada pelo Estado; (ii) não vislumbramos fundamentos para tentar reverter a tendência jurisprudencial consolidada.

19 - Assim sendo, temos a propor a modificação da exegese agasalhada até o momento pela Procuradoria Geral do Estado, passando-se a entender que a aposentadoria espontânea do empregado não implica extinção automática do contrato de trabalho, ainda que se trate de empregado público da Administração centralizada, de autarquia ou fundação pública.

19.1 - Se acolhida tal proposta, deverá ser alterado o Comunicado CRHE nº 6, de 20, publicado em 21/06/95, reproduzido no item 3.1.

20 - De qualquer sorte, tendo em vista a natureza da matéria aqui tratada, consideramos indispensável a manifestação da Área do Contencioso Geral previamente à submissão do assunto ao Procurador-Geral do Estado.

É o parecer, à elevada consideração superior.

São Paulo, 29 de junho de 2012.

PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN
Procuradora do Estado - Nível IV
OAB/SP nº 71.361

PROCESSO: IAMSPE nº 15403/2008 (GDOC nº 18488-61327/2009)
Ofício SPPREV nº 48/2008 (GDOC nº 18487- 765826/2008)
GDOC nº 18488-422747/2008
Of. P-120/2007 (GDOC nº 18488-249702/2007)
Of. Fundação Casa GP 550/2008 (GDOC 18487-447280/2008)
INTERESSADO: VÍVIAN HOSSNE DE GODOY
PARECER: PA nº 42/2012

De acordo em parte com o Parecer PA nº 42/2012. Discute-se nos processos referenciados se deve ser alterada a orientação da Procuradoria Geral do Estado acerca do rompimento do vínculo de trabalho entre a Administração Direta e Autarquias e os servidores regidos pela CLT quando de suas aposentadorias. Essa orientação está fixada desde a edição do Parecer PA nº 140/93[1] e foi mantida nos Pareceres PA nº 64/2007[2] e 202/2007[3], mesmo após a publicação dos acórdãos das Adis 1.770-4 e 1.721-3.

Com relação aos servidores celetistas das empresas públicas e sociedades de economia mista, o Parecer GPG nº 11/2008[4] e o Despacho do Procurador- Geral do Estado que aprovou apenas parcialmente o Parecer PA 25/2010[5], fixaram a orientação de que nesses casos não há rompimento do vínculo quando da aposentadoria.

Em consequência, tendo em vista que não vislumbra a ilustre parecerista argumentos com força suficiente para alterar a jurisprudência dos tribunais superiores, propõe que a PGE reconheça que a aposentadoria não é causa de extinção do contrato de trabalho, razão pela qual não há ofensa ao artigo 37, II, da CF (regra do concurso público) em caso de continuidade da prestação laboral após a aposentação, sem solução de continuidade.

Como afirmado no despacho da Subprocuradoria da Consultoria que aprovou o Parecer PA nº 64/2007, a orientação fixada de que a aposentadoria espontânea é causa de rompimento do vínculo celetista firmado com pessoas jurídicas de direito público não se assentava nos §§ 1º e 2º do artigo 453 da CLT, declarados inconstitucionais pelo STF nas Adis 1.770-4 e 1.721-3, mas, sim, no *caput* do mesmo artigo 453 da CLT e no artigo 37, II, da CF. Ocorre que a tese do Estado,

1 *Parecerista Carlos Ari Sundfeld.*

2 *Parecerista Luiz Francisco T. Avolio.*

3 *Parecerista Patrícia Ester Fryszman.*

4 *Parecerista José Roberto de Moraes.*

5 *Parecerista Célia Almendra Rodrigues.*

que sempre foi polêmica, não tem sido sufragada pelos Tribunais, embora ainda continue a ser defendida em Juízo.

A bem da verdade, a norma do artigo 453, *caput*, não é inequívoca no sentido de dispor acerca do desfazimento do vínculo laboral como consequência da aposentadoria voluntária. A exegese preconizada pelo Estado é possível, mas não é a única que decorre do texto da lei e não tem sido respaldada pelos Tribunais Superiores, notadamente pelo TST. Ademais, essa exegese ganhava força com a redação dos §§ 1° e 2° do dispositivo da CLT que tiveram, no entanto, sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Pretório Excelso.

O mais recente parecer desta Procuradoria Administrativa, PA n° 25/2010, parcialmente aprovado, entende ser o caso de aguardar acórdão que diretamente enfrente os argumentos preconizados pelo Estado. Embora ainda sejam escassas decisões do STF que tenham claramente decidido a questão em face da Administração Direta e Autárquica, o fato é que as decisões até aqui proferidas não são indicativas de que a tese do Estado tenha seguidores no Pretório Excelso. Ao contrário, a jurisprudência sinaliza para a proteção contra a despedida arbitrária.

Ademais, ainda que em acórdão relativo a entidade com personalidade jurídica de direito privado, a Segunda Turma do STF, em decisão relatada pela Ministra Ellen Gracie e citada no parecer em exame, enfrenta diretamente o argumento relativo ao *caput* do art. 453 da CLT, deixando expresso que: "Cumpre referir, de outra parte, que o *caput* do aludido art. 453 da CLT segue a mesma sorte dos parágrafos. Com efeito, ao vedar o cômputo do tempo de serviço ao empregado que se aposentou espontaneamente, mas depois readmitido, pressupõe esse dispositivo legal que a inativação voluntária constitui causa de ruptura do pacto laboral, o que entra em choque com o postulado constitucional da proibição da despedida arbitrária (art. 7°, I, da CF/88), nos termos da orientação firmada por este Supremo Tribunal nas citadas ações diretas." Em seu voto, também o Ministro Sepúlveda Pertence faz referência ao artigo 453, ***caput,*** da CLT para afastar a interpretação preconizada pelo Estado (RE 463.629).

O Parecer PA n° 42/2012 igualmente colaciona acórdãos da Primeira Turma que sinalizam no mesmo sentido, ao repisarem o argumento de que a aposentadoria espontânea não implica a ruptura do contrato de trabalho.

Ademais, em acórdão publicado após a edição do Parecer PA n° 25/2010, a Primeira Turma do STF, em sede de Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n° 756.861, tendo como embargante o DAEE, autarquia do Estado de São Paulo, voto da Ministra Cármen Lúcia, ao confrontar-se diretamente com os argumentos que têm sido repetidos pelo Estado de São Paulo, reiterou seu convencimento no sentido de que "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que a aposentadoria espontânea somente dá causa à

extinção do contrato de trabalho se ocorrer o encerramento da relação empregatícia. Ao contrário, a dizer, havendo continuidade de trabalho, não há que se falar em extinção do contrato." (j. 1/2/2011, DJ 4/3/2011).

Em reforço, anote-se que o argumento de que a continuidade da relação de emprego não pode subsistir após a aposentadoria, pois afrontaria a regra do art. 37, § 10, da CF, contraria orientação já firmada pelo Procurador-Geral do Estado. Com efeito, a Procuradoria Administrativa tem sustentado que a vedação de acumulação de vencimentos e aposentadoria não atinge os aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social, à luz do que expressamente dispõe o artigo 37, § 10, da CF. Nesse sentido, o Parecer PA n° 190/1999[6]. Sobre esse aspecto, aponta o parecer a existência de decisões monocráticas do STF nos dois sentidos. Endossa-se, no entanto, a conclusão do subitem17.4 da peça opinativa em exame, no sentido de que é "difícil sustentar a tese da inacumulabilidade de aposentadoria paga pelo INSS e salário decorrente de emprego público, tendo em vista (...) que tal exegese não se coaduna com a letra do dispositivo constitucional sob comento".

Assim, salvo se a douta Procuradoria Geral do Estado da Área do Contencioso Geral apontar a existência de eventuais recursos pendentes de apreciação, o que evidenciaria a pertinência de se aguardar o desfecho deles, endossa-se o entendimento de que deve ser alterada a orientação jurídica trilhada pelo Estado desde a aprovação dos Pareceres PA n° 140/93 e n° 39/1994 e dos que os seguiram, observadas, no entanto, as disposições da LCE n° 180/1978.

Com efeito, no que se refere ao argumento que embasou o Parecer PA n° 64/2007 no sentido de que o artigo 59, IV, da LCE n° 180/1978 arrola a aposentadoria como causa de vacância da função, invoca o Parecer PA n° 42/2012 os fundamentos do Parecer GPG n° 22/2008 para, adotando-os, sustentar que não pode o Estado-membro da Federação, por meio de legislação própria, negar direitos garantidos na CLT a todos os trabalhadores que têm sua relação laboral por ela regida.

Ocorre que, neste tópico, com a devida vênia da ilustre parecerista, entendo que a conclusão a que chegou o parecer em exame merece reparo.

E que se o Estado-membro da Federação não pode reduzir direitos assegurados pela CLT aos servidores por ela regidos, como é entendimento sedimentado nesta Procuradoria Administrativa, não menos certo que pode o Estado reger as questões atinentes à forma de vacância de seus cargos, empregos e funções.

Ao tratar desse tema, a LCE 180, de 12 de maio de 1978, aplicável aos servidores da Administração Direta e das Autarquias do Estado (art. 1º), dispôs no

6 *Parecerista Antônio Joaquim Ferreira Custódio.*

artigo 59, inc. IV, que a aposentadoria é causa de "vacância da função-atividade". Se assim é, a aposentadoria do servidor junto ao INSS produz efeitos jurídicos na relação por ele mantida com o Poder Público. Nessa hipótese, não está o Estado reduzindo direitos dos celetistas, mas apenas impondo a ele mesmo uma restrição. Oportuna a lição de José dos Santos Carvalho Filho, que bem assenta a sutileza da distinção:

> "Desejando admitir servidores pelo regime de contratação, deverão, como regra, obedecer à disciplina da CLT. O que nos parece legítimo, porém, é que tais pessoas editem lei na qual se imponham à própria Administração autolimitações quanto aos poderes atribuídos pela CLT ao empregador em geral, como, por exemplo, fixando os casos em que a Administração rescindirá o contrato. Aqui não haverá criação de norma de direito do trabalho, mas mera diretriz funcional, em que as regras mais se assemelham àquelas pactuadas diretamente no instrumento contratual, em plena conformidade com os preceitos da legislação trabalhista[7]." (sem destaque no original).

A consequência de não poder o Estado-membro negar direitos trabalhistas a seus servidores contratados pela CLT é que, na hipótese em exame, a rescisão do contrato de trabalho dos empregados da Administração Direta e das Autarquias não alcançados pela garantia constitucional da estabilidade[8], levará o Estado a pagar todas as verbas rescisórias devidas.

Assim sendo, tendo em vista o teor da LCE 180/1978, não é faculdade do servidor que se aposenta perante o RGPS optar se deseja ou não dar continuidade ao vínculo de trabalho. Deve ser desligado da relação de emprego mantida com a Administração Direta ou Autárquica, sendo-lhe garantido o pagamento das verbas rescisórias. Apenas aquelas situações em que o servidor tiver direito à estabilidade, repita-se, ensejariam o direito de opção.

Se aprovado o entendimento proposto no Parecer PA nº 42/2012 com o aditamento ora apontado, alterada estará a orientação anteriormente fixada nos Pareceres PA 140/93, 39/94, 270/94, 235/95, 28/98, 97/99, 248/99, 121/2001, 64/2007, 202/2007 e 25/2010.

---

7 *Manual de Direito Administrativo. 25a Ed. São Paulo: Atlas, 2012.*

8 *Sobre a estabilidade do servidor celetista, oportuna a consulta ao Parecer PA n° 106/2010. O entendimento consolidado na Procuradoria Geral do Estado é que, excetuada a estabilidade anômala prevista no artigo 19 do ADCT, o servidor celetista não tem direito à estabilidade, especialmente os admitidos após a EC n° 19/98, que deu nova redação ao artigo 41 da CF. Assim, a menos que o servidor celetista da Administração Direta ou autárquica tenha adquirido a estabilidade anômala, nos termos do ADCT da CF vigente, ou tenha decisão judicial que lhe assegure essa condição, deverá, ao se aposentar voluntariamente, ser desligado do serviço público. É bem verdade que a situação dos admitidos antes da EC n° 19/98 mediante concurso público, considerando a jurisprudência do STF, enseja atenção especial do Estado, no sentido de reverter a tendência jurisprudencial.*

Reitere-se que os servidores celetistas das empresas públicas e sociedades de economia mista continuam com sua situação regrada pelo Parecer GPG nº 11/2008.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado – Consultoria, com proposta de aprovação parcial do Parecer PA nº 42/2012 e prévia oitiva da Subprocuradoria Geral da Área do Contencioso Geral, nos termos antes apontados.

São Paulo, 20 de julho de 2012.

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

Processo: GDOC 18488-61327/2009 (acompanham 18487-447280-2008; 18487765826-2008; 18488-249702-2007; 18488-422747-2008)
Interessado: VÍVIAN HOSSNE DE GODOY
Assunto: APOSENTADORIA E DESLIGAMENTO. ORIENTAÇÃO DO CRH QUANTO À OPÇÃO DO SERVIDOR PELA CONTINUIDADE OU TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO

FDCD

1. Coloco-me de acordo com as razões do parecer PA n° 42/2012 que, partindo da jurisprudência consolidada nos tribunais superiores, concluiu que *"a aposentadoria espontânea do empregado não implica a extinção automática do contrato do trabalho, ainda que se trate de empregado público da Administração centralizada, de autarquia ou fundação pública."* [1]

2. Nesse sentido, afasto-me do entendimento abraçado no despacho aditivo à peça jurídico-opinativa em análise, a despeito do brilhantismo dos argumentos, que é próprio da i. Chefia da Especializada.

3. Com proposta de aprovação integral do Parecer PA 42/2012, submeto o presente à análise superior do Senhor Procurador-Geral do Estado.

Subg., 04 de março de 2013.

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

1 Trecho destacado do item 19 da peça jurídico-opinativa em análise.

Processo: GDOC 18488-61327/2009 (acompanham 18487-447280-2008; 18487765826-2008; 18488-249702-2007; 18488-422747-2008)
Interessado: VIVIAN HOSSNE DE GODOY
Assunto: APOSENTADORIA E DESLIGAMENTO. ORIENTAÇÃO DO CRH QUANTO À OPÇÃO DO SERVIDOR PELA CONTINUIDADE OU TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO.

1. Aprovo o Parecer PA n° 42/2012, pelos seus próprios fundamentos, com o que fica alterada a orientação jurídica até então adotada pela Procuradoria Geral do Estado, externada mais recentemente nos Pareceres PA n° 64/07, n° 202/07 e n° 25/2010.

2. Expeça-se cópia do parecer às Consultorias Jurídicas para ciência da orientação jurídica ora fixada.

3. Dê-se ciência deste à Subprocuradoria do Contencioso Geral para divulgação às Unidades.

4. Cumpridas as medidas preconizadas, restitua-se o presente à Secretaria da Gestão Pública, com trâmite pela Consultoria Jurídica e Unidade Central de Recursos Humanos, para alteração do Comunicado CRHE n° 6, de 20, publicado em 21/06/95[1].

GPG, em 7 de março de 2013.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador-Geral do Estado

1 Expedido em razão da aprovação, pelas instâncias superiores da PGE, do parecer PA-**3** n° **39/94, nessa** oportunidade também alterado.

Ementas Consultoria

41) FUNDO ESPECIAL. FUNDO DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO – FUNCET. Lei nº 93, de 27/12/1972, alterada pela Lei nº 13.874, de 23/10/2009. Decretos nºs 50.930, de 30/06/2006 e 58.326, de 24/08/2012. Concessão de crédito sem encargos (sem juros), em caso de pagamento tempestivo. Inexistência de previsão legal atribuindo tal competência ao Conselho de Orientação, incumbido, apenas, de orientar e aprovar a captação e aplicação dos recursos do FUNCET, nos termos do artigo 4º, da lei que o criou. Necessidade de alteração legislativa. Artigo 27, da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal. (Parecer PA nº. 072/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 20.03.2013).

42) CONVÊNIO. Parque Tecnológico. Construção em terreno alheio. Possibilidade. Não incidência dos artigos 25 e 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal. É possível o Estado construir em terreno alheio desde que, no instrumento de ajuste a ser celebrado com o proprietário do imóvel, estejam integral e plenamente protegidos e resguardados os investimentos que serão realizados pelo Poder Público. Os artigos 25 e 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal cuidam da transferência de recursos financeiros e não de bens. A transferência das acessões realizadas pelo Estado em terreno alheio depende de lei: inciso IV do artigo 19 da Constituição do Estado de São Paulo e o § 2º do artigo 105 da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. Sugestão de realização de estudos pela Procuradoria Administrativa sobre o artigo 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal depois de manifestação de órgãos técnicos do Estado. (Parecer PA nº 116/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 20.03.2013).

43) LICITAÇÃO. REGISTRO DE PREÇOS. PREGÃO. Recusa da licitante vencedora em assinar a ata de registro de preços. Artigo 7°, da Lei federal n° 10.520/02. Artigo 15, 11, e § 4°, da Lei federal nº 8.666/93. Artigo 20, do Decreto estadual nº 47.945/03. Resolução SS nº 26/90. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (Parecer PA nº 010/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 28.03.2013).

44) VANTAGENS PECUNIÁRIAS. SERVIDOR TRABALHISTA. Fundação pública, com empregados regidos pela CLT. Exercentes de funções gratificadas aquinhoados – sem prejuízo da respectiva gratificação – com com-

plemento salarial. Portaria abolindo os complementos salariais. Disposição transitória garantindo aos servidores que faziam jus ao benefício quando editada a Portaria a continuidade de sua percepção, enquanto continuassem preenchendo as condições que ensejaram seu deferimento, ou até a eventual implantação de Plano de Cargos e Salários. **Caso reste assentada a legalidade de instituição da vantagem** no âmbito da FDE, disto decorrerá a higidez da regra transitória questionada, ante o teor do art. 468 da CLT e da Súmula 51 do TST. Porém, **vindo a ser colhidos elementos que demonstrem a ilegalidade** da instituição do complemento salarial, **a supressão da vantagem não afrontará as garantias do direito adquirido e da irredutibilidade de salários,** pois dos atos nulos da Administração não se originam direitos. Proposta de apuração de **eventuais** irregularidades relacionadas à contratação de escritório de advocacia e à forma de concessão de vencimentos e vantagens aos empregados da fundação. (Parecer PA nº 028/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 28.03.2013).

45) SERVIDOR PÚBLICO. LEI N° 500/74. Quadro da Secretaria da Fazenda. Licença-prêmio. Direito reconhecido por decisão judicial. Averbação. Aposentadoria. Pedido de conversão em pecúnia, nos termos do artigo 14 e parágrafos, da Lei Complementar nº 1.079/2008. Despacho Normativo do Governador, publicado em 23/11/2011, estendendo aos servidores admitidos sob o regime da Lei nº 500/74, os efeitos das decisões judiciais que reconheceram a tais agentes o direito à licença-prêmio. Possibilidade. (Parecer PA nº 031/2012 – Aprovado parcialmente pelo Subprocurador- Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 02.04.2013).

46) LICITAÇÃO. REGISTRO DE PREÇOS. PREGÃO. Habilitação de três licitantes para a fase de lances. Presença, entre eles, de empresas integrantes do mesmo grupo econômico, na condição de controladora e controlada. Discussão sobre a possibilidade de desclassificação dessas empresas. Caso concreto que se encontra *sub **judice***. Análise, em tese. Exame do artigo 3° da Lei de Licitações, em especial dos princípios da igualdade, competitividade e sigilo das propostas. Em licitação realizada na modalidade pregão, a existência de apenas três licitantes na fase de lances, sendo um deles controlado por outro participante, retira dessa fase o necessário elemento competitivo, porque empresa controladora e empresa controlada não competem entre si. (Parecer PA nº 67/2011 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 03.04.2013).

47) SERVIDOR PÚBLICO. REGIME JURÍDICO DA LEI N° 500/74. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. Lei Complementar nº 180/78. Concessão do 1º ATS com agregação de tempo de serviço celetista prestado junto à autarquia Hospital do Servidor

Público Municipal. Impossibilidade. Contagem do 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º ATS's carregando a ilegalidade. Prescrição administrativa e judicial para revisão dos atos referentes aos cinco primeiros ATS's. Artigo 10, I, da Lei Estadual nº 10.177/98. Invalidação administrativa do 6º e 7º ATS's, garantindo-se ao servidor amplo direito de defesa e contraditório. Possibilidade. Precedente: Parecer PA nº 46/2012. Acertamento do tempo de serviço formador de quinquênios, de acordo com os limites legais. Viabilidade. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 251/93 e PA nº 81/2010. Sexta-parte. Concessão por decisão judicial. Coisa julgada. Artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Decadência do prazo para propositura de ação rescisória. Precedente: Parecer PA-3 nº 390/94. Extensão dos efeitos das decisões que reconheceram o direito à sexta-parte aos servidores regidos pela Lei nº 500/74, pelo Despacho Normativo do Governador de nº 22, publicado em 23/11/2011. (Parecer PA nº 018/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 11.04.2013).

48) CONCURSO PÚBLICO. MÉDICOS DA SECRETARIA DA SAÚDE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 598099, SUBMETIDO AO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI ALTERANDO A JORNADA DE TRABALHO PREVISTA NO EDITAL. Salvo situações excepcionais, necessárias, imprevisíveis, graves e posteriores à publicação do edital do concurso de ingresso, devidamente motivadas e passíveis de controle pelo Poder Judiciário, a Administração Pública não pode mais dispor sobre a própria nomeação dos candidatos aprovados até o número de vagas nele previsto. Em consequência, a nomeação dos aprovados até o número de vagas previsto no edital passou a constituir direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Em caso de superveniência de lei, alterando normas previstas no edital de concurso, devem prevalecer as novas disposições legais, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (Parecer PA nº 22/2013 – Aprovado parcialmente pelo Procurador-Geral do Estado em 16.04.2013).

49) SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. Lei Estadual nº 12.635, de 6 de julho de 2007, que regula o local da instalação de "postes que dão sustentação à rede elétrica", determinando a gratuidade da sua remoção. INCONSTITUCIONALIDADE. Competência da União para legislar privativamente sobre energia elétrica (art. 22, IV, da Constituição Federal) e para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica (art. 21, XII, "b", da Constituição Federal). Violação, tam-

bém, do artigo 175, par. único, do texto constitucional. A competência para regrar a prestação do serviço público é da esfera federativa detentora da qualidade de poder concedente. Existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Possibilidade de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade. Minuta de petição inicial de ADI, a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal. Pedido de medida cautelar, suspensiva da execução do ato normativo impugnado, na medida em que o Poder Executivo do Estado de São Paulo pode vir a ser compelido a dar andamento a essa lei e/ou vir a sofrer eventuais consequências pela sua postergação. (Parecer PA n° 51/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 16.04.2013).

50) COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. CTEEP. Pedido de ressarcimento de valores pagos em razão de execução de sentença que condena o Estado de São Paulo e a empresa. **Parecer PA n° 187/2010.** Não apresentado acordo formalizado entre a CESP e empregados. Imprescindível para atestar que a empresa não dispôs sobre direitos envolvendo o benefício da complementação de aposentadoria. Elementos complementares que não propiciam solução positiva do pleito.
Restitua-se novamente à origem, para fins de complementação, conforme Parecer PA nº 110/2011 e despacho da Chefia da Procuradoria Administrativa. (Parecer PA n° 110/2011 – Não aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 17.04.2013).

51) TRIBUTÁRIO. TAXA. COLETA DE LIXO. Serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Exame da legislação do Município de Salto Grande à vista da Súmula Vinculante nº 19, do Supremo Tribunal Federal. Dispositivos legais de que emanam múltiplas regras-matrizes de incidência tributária. Possibilidade de composição de regra-matriz que tem em sua hipótese (descritor), exclusivamente, a utilização, efetiva ou potencial, do serviço de coleta de lixo. Prescrição de base de cálculo peculiar a essa hipótese tributária, porque destinada, aquela, a mensurar o fato descrito nesta. Inconstitucionalidade da lei municipal apenas na parte em que associa o tipo tributário *taxa* a serviços públicos insuscetíveis de dividirem-se em prestações individualizadas, tais qual a iluminação pública. Problema da juridicidade da cobrança transferido, no caso dos autos, para a esfera do lançamento tributário. Necessidade de exame das notificações de lançamento para que se verifique em que medida o agente competente para a prática do ato ateve-se à regra-matriz de incidência da taxa que tem amparo constitucional.
Como a lei municipal é em tese apta a fazer irromper um laço obrigacional tributário exclusivamente do fato da utilização, efetiva ou potencial, do serviço público da coleta de lixo, o *problema da juridicidade da cobrança retratada nestes autos transfere-se do campo hipotético da*

norma tributária em sentido estrito para a esfera concreta da norma individual inserida na ordem jurídica pelo lançamento. É necessário verificar em que medida o enunciado produzido pelo agente municipal competente para lançar o tributo satisfaz as condições traçadas pela norma geral e abstrata que define a incidência fiscal. (Parecer PA nº 25/2013 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 18.04.2013).

52) FÉRIAS. Viabilidade de gozo de férias adquiridas no anterior vínculo e indeferidas por absoluta necessidade de serviço. Pagamento do terço remuneratório. Necessidade de regularização da situação funcional da interessada que, em razão de equívoco administrativo, usufruiu indevidamente de período de férias de 15 (quinze) dias. Proposta de diligência para complementação da instrução do expediente. Restitua-se o presente ao Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo – IMESC, para complementação da instrução. (Parecer PA nº 19/2013 – Não aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 19.04.2013).

53) PENSÃO POR MORTE. MILITAR. União homoafetiva. Possibilidade. Interpretação conforme a Constituição do art. 8º, inciso I da Lei nº 452/74, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.013/2007, de modo a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Necessidade de análise dos requisitos previstos no artigo 14 do Decreto nº 52.860/2008. (Parecer PA nº 121/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 19.04.2013).

54) ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. AUTARQUIAS DE REGIME ESPECIAL. Licitações encetadas pela SPPREV e pela ARTESP visando à contratação de serviços de assistência médico-hospitalar e/ou ambulatorial, procedimentos clínicos, cirúrgicos e obstétricos, atendimentos de urgência e emergência, exames complementares e serviços auxiliares aos seus empregados celetistas. Artigo 128 da Constituição Estadual. Impossibilidade. Inexistência de lei específica outorgando este benefício. Precedentes: Parecer PA-3 nº 197/2001 e PA nº 146/2010. (Parecer PA nº 14/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 23.04.2013).

55) SERVIDOR PÚBLICO. Empregado público. Fundação instituída e mantida pelo Poder Público. Dispensa sem justa causa. Reintegração determinada pela Justiça do Trabalho com fundamento no artigo 41 da Constituição da República. Emprego permanente extinto por decreto do Chefe do Executivo. Reintegração em emprego de confiança com atribuições semelhantes. Inviabilidade. Impossibilidade de divisão de atribuições do emprego entre dois ocupantes, como sugerido no expediente. Incompatibilidade do regime de livre admissão e dispensa do emprego em comissão com a garantia de estabilidade que foi judicialmente

conferida ao empregado. Hipótese de disponibilidade remunerada com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até o aproveitamento do servidor em outro emprego público. Recomendações diversas ao órgão jurídico da fundação, tendo em vista a inadequação do enunciado da Súmula nº 390, I, do Superior Tribunal do Trabalho ao ordenamento constitucional vigente. (Parecer PA nº 03/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 23.04.2013).

56) SERVIDOR PÚBLICO. LEI 500/74. LICENÇA-PRÊMIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PELO DESPACHO NORMATIVO DO GOVERNADOR DE 22/11/2011. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. Interrupção da fruição da licença-prêmio em virtude de aposentadoria voluntária, formulado antes da averbação do direito estendido pelo DNG. Pedido de indenização. Tempestividade. Precedentes: Aditamento da Subprocuradora-Geral do Estado – Área da Consultoria ao Parecer PA nº 164/2008; PA nº 224/2008. No mérito, pelo indeferimento. A inviabilização da continuidade do gozo da licença-prêmio não decorreu de ato da Administração, mas do pedido de aposentadoria voluntária feito pelo *interessado*, que não exerceu retratação do seu pedido de jubilação até a fruição completa dos dias de licença-prêmio averbados em seu favor. Falta de amparo legal para o deferimento do pedido. (Parecer PA nº 15/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 23.04.2013).

57) CONCURSO PÚBLICO. QUADRO DO MAGISTÉRIO. Convocação dos candidatos para curso específico de formação. Lei Complementar nº 1.094, de 16/07/2009. Concessão de bolsa auxílio. Decreto nº 56.002, de 12/07/2010. Acúmulo com bolsa concedida pelo CNPq e pela FAPESP. Referidas entidades permitem, com exigências, a acumulação de bolsas. Necessidade dos candidatos que recebem a bolsa auxílio prevista no artigo 7º, da LC nº 1.094/2009 consultarem seus respectivos orientadores para obterem autorização para a acumulação, sob pena de cessação da concessão da bolsa de estudos de pós-graduação nestas entidades de fomento. Inexiste vedação, no âmbito da norma complementar estadual, à referida acumulação. Obrigação de cumprimento, pelo candidato, da carga horária concernente ao curso de formação específica, terceira e última etapa do concurso para provimento de cargos do Quadro do Magistério, da Secretaria de Estado da Educação, de caráter eliminatório. (Parecer PA nº 145/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 25.04.2013).

58)VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Observadas as formalidades legais, não há óbice a que os servidores designados para desempenhar a função de serviço público de Corregedor e também designados para exercer função de direção de um dos Grupos Correcionais da Corregedoria Geral da Administração percebam, cumulativamente, a "gratificação *pro labore*" prevista no ar-

tigo 18 da L.C. nº 1080/2008 e o "*pro labore*" previsto no artigo 28 da Lei nº 10.168/68. (Parecer PA nº 062/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 25.04.2013).

59) CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. TETO REMUNERATÓRIO. Tribunal de contas. Órgão situado no âmbito do Poder Legislativo. Inteligência do artigo 37, XI, e 71, *caput,* da Constituição da República. Poder Legislativo composto tanto do órgão constitucionalmente incumbido, com exclusividade, do exercício das funções de poder político – o Congresso Nacional – como do órgão técnico que, mesmo sem subordinação, concorre para esse exercício no que diz respeito à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades da Administração Pública. Existência de subordinação ou de tutela administrativa como critério insuficiente para aferir se um órgão com assento constitucional está integrado na estrutura de determinado Poder de Estado. Distinção, no ponto, entre funções de Estado e funções administrativas. Remuneração dos servidores do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo limitada ao subsídio mensal, em espécie, dos Deputados Estaduais, por aplicação direta da regra constitucional que prevê, nos Estados-Membros, tetos distintos no âmbito de cada Poder. Exceção: Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, que têm como limite máximo de subsídio o dos Desembargadores do Tribunal de Justiça. Inteligência dos artigos 73, § 30, e 75, da Constituição da República. Equiparação do regime jurídico desses agentes públicos ao dos membros do Poder Judiciário no que concerne às garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens.
A remuneração dos servidores do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não pode exceder o *subsídio mensal, em espécie, dos Deputados Estaduais.* (Parecer PA nº 24/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 29.04.2013).

60) CONTAGEM DE TEMPO. ADICIONAL QUINQUÊNIO. SERVIDOR TRABALHISTA. A natureza transitória do vínculo funcional, por si, não obsta ao pagamento, aos contratados para ocupar emprego integrante do Subquadro de Empregos Públicos em Confiança do Quadro de Pessoal da SPPREV, do adicional quinquenal previsto no inciso I do artigo 11 da LC nº 1.058/2008, nem à contagem, para esta finalidade, de tempo de serviço anteriormente prestado ao Estado de São Paulo e suas autarquias. Precedente Parecer PA nº 142/2011. (Parecer PA nº 053/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 29.04.2013).

61) CONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO. SÚMULA Vinculante nº 13 – Entendimento aprovado no âmbito da PGE, no sentido de que: a) as nomeações anteriores à Súmula Vinculante nº 13 não se tornaram inválidas por força do seu advento. No entanto, "as situações jurídicas conti-

nuativas derivadas de tais nomeações acabaram do mesmo modo proscritas a partir da data em que o ato passou a comportar cumprimento obrigatório." Por isso, há dever da Administração de "exonerar, motivadamente, os servidores" em questão; b) descabe a notificação prévia ao servidor que será exonerado. Como o nomeado em comissão jamais adquire direito à permanência no cargo, descabe falar-se em decadência ou prescrição do direito do Estado à sua exoneração. A investidura em cargo em comissão constitui sempre provimento originário, ainda que haja o nomeado exercido anteriormente outro cargo de provimento em comissão: os cargos de provimento em comissão, por sua natureza, são sempre cargos isolados.

Precedentes: Parecer PA nº 001/2013, ainda pendente de apreciação pelas Instâncias superiores; Pareceres P A nºs 189/2009, 72/2010 e 184/2010; Manifestações opinativas da Subprocuradoria Geral da Área de Consultoria. (Parecer PA nº 08/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 30.04.2013).

Contencioso Geral

62) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. Ausência de identidade entre o titular do certificado digital usado para assinar o documento e o nome do advogado indicado como autor da petição. Recurso inexistente. – A assinatura eletrônica destina-se à identificação inequívoca do signatário do documento. Desse modo, não havendo identidade entre o titular do certificado digital usado para assinar o documento e o nome do advogado indicado como autor da petição, deve esta ser tida como inexistente, haja vista o descumprimento do disposto nos arts. 1º, § 2º, III e 18, da Lei 11.419/2006 e nos arts. 18, § 1º, e 21, I, da Resolução nº 1, de 10 de fevereiro de 2010, do Superior Tribunal de Justiça. – Agravo não conhecido. (AgRg nos Embargos de Divergência em Resp nº 1.256.563 – MG (2012/0105888-1) – Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Brasília (DF) - 17/10/2012 - Unânime).

63) APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SINDICATO DOS PROFESSORES. Ação proposta visando à equalização de regime, em beneficio de parte da categoria, mas em detrimento de outra fração – A legitimidade do sindicato como substituto processual de parte da categoria guarda liame estreito com o ideário comum de seus integrantes, sendo defeso, pois, a propositura da ação em favor de alguns e detrimento de outros, por força do rompimento substancial do referido ideário – Ilegitimidade *ad causam* reconhecida – Processo julgado extinto sem resolução de mérito. Dá-se provimento ao recurso interposto. (Apelação nº 0003390-67.20110.8.26.0053 – Comarca de São Paulo – Relator: Ricardo Anafe – São Paulo – SP – 19/09/2012 – Unânime)

64) RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. Servidor público. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Base de cálculo de vantagens pessoais. Efeito cascata: proibição constitucional. Precedentes. Impossibilidade de redução dos vencimentos. Princípio da irredutibilidade dos vencimentos. Recurso ao qual se dá parcial provimento. (Recurso Extraordinário nº 563.708 – MS – Relatora Ministra Cármen Lúcia – Brasília, 6 de fevereiro de 2013 – Não unânime)

65) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. 1. Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público contra a Fazenda Pública, objetivando a intervenções em Cadeia Pública. Precariedade das instalações e superlotação. Demanda julgada extinta sem julgamento de mérito. Recurso do autor buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Causa madura. Incursão do Poder Judiciário em esfera de critérios de conveniência e oportunidade que só ao Poder Executivo

incumbe deliberar. Recurso desprovido para julgar improcedente a Ação Civil Pública. 2. Recurso provido para o afastamento da sentença extintiva e, adentrando no mérito da pretensão, por força do art. 515, § 3º do CPC, julgá-la improcedente. (Apelação nº 0164513-44.2007.8.26.0000 – São Roque – Relator: Nogueira Diefenthäler – 01/08/2011).

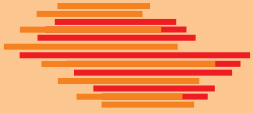
66) VISTOS. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO promoveu ação civil pública com pedido de liminar contra o ESTADO DE SÃO PAULO alegando, em síntese, que o Centro de Detenção Provisória de Praia Grande, de responsabilidade do requerido, conta com uma população carcerária que varia entre 1.100 e 1.220 detentos, mas por motivos não esclarecidos os quatro médicos lotados no referido estabelecimento deixaram de prestar atendimento médico aos presos, muitos dos quais necessitam de prescrição de medicamentos controlados, outros de isolamento em razão da doença que os acomete e outros, ainda, necessitam de medicação assistida e essa situação está pondo em risco não só a vida e a integridade física dos detentos, mas de toda a população carcerária, sem que o Estado demonstre disposição de resolver o problema a curto prazo e com a urgência que o caso requer, motivo pelo qual foi promovida esta ação visando à prestação de atendimento médico por, no mínimo, oito horas diariamente no Centro de Detenção Provisória de Praia Grande, incluindo a área de psiquiatria, com imposição de multa para o caso de descumprimento. A liminar foi deferida, mas por decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento interposto pela Fazenda, a mesma foi cassada. Na contestação, a Fazenda explicou que nunca se furtou em prestar atendimento médico aos detentos, quer nas dependências do Centro de Detenção, quer no Pronto-Socorro de Praia Grande e que os quatro cargos de médico do Centro Prisional estavam preenchidos, mas dois dos profissionais estavam de licença médica, outro de licença-prêmio e outro que não comparecia ao trabalho e que respondeu a procedimento administrativo, até que dois deles requereram exoneração e outro foi afastado por força de decisão administrativa disciplinar. Contudo, o Estado promoveu abertura de concurso público, mas o número de vagas não foi preenchido na totalidade para atender à demanda estadual. De todo modo, todos os esforços estão sendo feitos para que os presos recebam atendimento médico da melhor forma possível, não sendo verdadeira a afirmação de que o direito constitucional à saúde está sendo desrespeitado. É o relatório. FUNDAMENTO E DECIDO. O feito comporta julgamento antecipado, não havendo necessidade de dilação probatória. É indiscutível a falta de profissionais da área médica para atendimento exclusivo e contínuo no Centro de Detenção Provisória de Praia Grande, fato esse admitido pela Fazenda em sua contestação. Contudo, afirmou também que estão

sendo feitos esforços para que os detentos recebam atendimento da melhor forma possível, até mesmo com deslocamentos para o pronto-socorro da cidade. O Estado reconhece a gravidade da situação, tanto que providenciou a abertura de concurso público e tomou providências para que os detentos fossem atendidos no pronto-socorro da cidade, minimizando o problema. Contudo, em que pese a caótica situação do sistema prisional do Estado, o fato é que o Egrégio Tribunal de Justiça deixou claro que "a política penitenciária não pode ser objeto de interferência do Poder Judiciário...". Vale dizer: cabe ao Executivo, dentro de seu poder discricionário, analisar a conveniência e a oportunidade em adotar as medidas para mudar a situação relatada na inicial e admitida, ainda que em parte, pelo Estado na contestação. Portanto, improcede a ação, na medida em que não cabe ao Judiciário determinar o que o Executivo deva fazer dentro de sua esfera de atuação, poisdeve ser respeitado aqui o princípio republicano da separação dos poderes, cujas decisões devem ser respeitadas pelos demais poderes da República. Inviável, portanto, o acolhimento da ação. POSTO ISTO, JULGO IMPROCEDENTE a ação promovida pelo Ministério Público contra o Estado de São Paulo. (Processo nº 0016269-61.2011.8.26.0477 – P.R.I.C. Praia Grande – SP – Juiz: Enoque Cartaxo de Souza – Praia Grande, 28/02/2013).

Contencioso Tributário-Fiscal

67) PENSIONISTA DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – CONVERSÃO DE PROVENTO PARA URV – PRESCRIÇÃO – Fenômeno que atinge o fundo do direito – Padrão monetário vigente a partir da Lei Federal 8.880/94 – Limite quinquenal a partir dessa vigência – Recurso provido. (Apelação nº 0037947-46.2011.8.26.0053 – Comarca de São Paulo – Relator: Borelli Thomaz – São Paulo – SP – 27/03/2013 – Unânime).

68) SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – Conversão de vencimentos e proventos pela URV. Inviabilidade da pretensão. Inaplicabilidade da legislação invocada. Não comprovação de preenchimento dos requisitos a tanto necessários. Ação improcedente. Recurso Provido. (Apelação Reexame Necessário nº 0002372-64.2011.8.26.0024 – Comarca de Andradina – Relator: Evaristo dos Santos – São Paulo – SP – 15/04/2013).



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515