

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

JANEIRO/FEVEREIRO 2013

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Expediente

Editorial	7
-----------------	---

Cursos e Eventos

Cursos do Centro de Estudos	9
Eventos em Parceria com outras instituições.....	9

Doutrina

Judicialização envolvendo contratos da Administração Pública do Estado de São Paulo – Contratos Administrativos; Administração Pública do Estado de São Paulo	11
---	----

Parecer da Consultoria Jurídica da Gestão Pública

REPOSIÇÃO DE VENCIMENTOS. DISPENSA. Prêmio de Incentivo à Qualidade – PIQ. Pagamentos indevidos em decorrência de lei superveniente que revogou os termos da anterior normatização da matéria. Equívoco da Administração. Boa-fé da servidora. Viabilidade da dispensa. Interpretação “sistemático-teleológica, de efeitos extensivos, do disposto no artigo 93 da Lei 10.261/68”, nos termos da orientação firmada pela Procuradoria Geral do Estado.....	29
--	----

Parecer da Procuradoria Administrativa

SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSOR. Aposentadoria Especial. Funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Inteligência do parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição da República. (Parecer não aprovado pelo Procurador-Geral do Estado).....	37
--	----

Ementário

Consultoria	57
Contencioso Geral.....	65
Contencioso Tributário-Fiscal.....	68

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador-Geral do Estado

Elival da Silva Ramos

Procurador-Geral do Estado Adjunto

José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Sílvia Helena Furtado Martins

Subprocurador-Geral da Consultoria

Adalberto Robert Alves

Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Fernando Franco

Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Eduardo José Fagundes

Corregedor-Geral

José Luiz Borges de Queiroz

Ouidoria

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, Lúcia de Faria Freitas, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Lucilia Aparecida dos Santos, Márcia Aparecida de Andrade Freixo, Maria Luciana de Oliveira Fachina Podval, Maria Rita Vaz de Arruda Corsini, Renato Peixoto Piedade Biccudo, Rosana Martins Kirschke, Sibebe 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

Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Camila Rocha Schwenck e Luiz Henrique Tamaki

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.

E se inicia o ano de 2013! É hora de olhar para trás, avaliar se as metas foram atingidas; olhar para frente, e traçar novas diretrizes de trabalho para superar as metas já atingidas.

No desempenho de nossas atribuições, sempre atentos à missão da promoção do aperfeiçoamento profissional dos procuradores e dos servidores desta instituição, o Centro de Estudos ofereceu 3.240 vagas, em 65 diferentes cursos, ao longo do ano de 2012, além das vagas disponibilizadas pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

O número de concessões de ajuda financeira, com a finalidade precípua de qualificação e atualização profissional, demonstrou evolução bastante satisfatória. Em 2012, 115 novos participantes ingressaram no programa de auxílio continuado de formação profissional. Atualmente, esse incentivo de aprimoramento das competências laborais contempla 213 integrantes de nossa instituição.

O programa pró-livro, ao lado do programa pró-software, tem mostrado resultados, certamente, encorajadores, ao melhorar as condições de trabalho para os integrantes de nossa carreira por meio da aquisição de livros e de softwares atualizados. Foram deferidos, somente em 2012, 1.579 pedidos de reembolsos no âmbito do pró-livro e 111, no do pró-software.

Não é demais destacar que em 2012 a PGE-SP inaugurou o diálogo interinstitucional entre as instituições que desempenham a Advocacia de Estado na América Latina. A iniciativa inédita, certamente, reuniu diversos chefes institucionais de países dessa região, os quais, em inúmeras palestras, puderam aportar experiências valiosíssimas aos colegas das carreiras de Advocacia Pública.

A área de divulgação do Centro de Estudos também realizou publicações importantes no âmbito da Advocacia Pública, com especial destaque para os Boletins bimestrais, a publicação da Legislação Paulista de Licitações e Contratos, as Revistas da Escola Superior PGE/SP – edições 2010 e 2011, a publicação do trabalho premiado do concurso “Prêmio O Estado em Juízo”, e a Revista PGE nº 73 e 74, série homenagens.

Há de se registrar a importante contribuição e responsabilidade da Comissão Editorial do Centro de Estudos que, com análise criteriosa e com o rigor costumeiro, desempenhou papel fundamental para os bons resultados logrados em 2012.

O acervo de nossa biblioteca foi enriquecido com a aquisição de 238 obras, além da captação de doações de livros junto a autores, editores e, sobretudo, a Biblioteca da Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo – Fórum Cível

Ministro Pedro Lessa – procedimentos que reforçaram, mais uma vez, o compromisso assumido de ampliação do acervo existente.

Feita esta rápida exposição a respeito das principais frentes de trabalho do Centro de Estudos, é hora de refletirmos um pouco a respeito do papel do Boletim PGE.

O principal fim deste instrumento de informação é fazer a colação de importantes manifestações intelectuais que refletem a interligação existente entre os pesquisadores do mundo acadêmico e a atuação dos advogados públicos, que têm demonstrado cada vez mais êxito na solução das questões que lhes são submetidas.

E sobre este desafio é que se debruça mensalmente a Comissão Editorial, de modo que selecione aquilo que, de fato, possa representar uma contribuição relevante à atuação dos colegas Procuradores do Estado. Daí a importância da remessa de material pelos colegas, de modo que viabilize o importante e rico intercâmbio de informações entre os profissionais que estão à frente da advocacia de Estado.

Nesta edição, o parecer PA nº44/2012 lavrado pelo colega Demerval Ferraz de Arruda Júnior, com a técnica que lhe é peculiar, desencadeia importante debate a respeito das expressões “exercício” e “efetivo exercício” na Constituição Federal, ao analisar a situação da aposentadoria especial de professores afetos ao regime do serviço público, pormenorizando reflexões sobre o princípio da valorização dos profissionais da educação escolar e a competência de cada ente político para estabelecer o regime jurídico de seus servidores.

Já o parecer CJ/SGP 157/2011 de autoria da colega Suzana Soo Sun analisa, por sua vez, a natureza jurídica da aposentadoria especial e a competência exclusiva da SPPREV para o ato de concessão deste benefício previdenciário, no âmbito do Estado de São Paulo.

Na seara acadêmica, temos o privilégio de contar com o artigo “A Judicialização envolvendo contratos da Administração Pública no Estado de São Paulo” de autoria do colega Luiz Fernando Roberto. Neste trabalho, são identificadas pelo autor as principais causas que levam à judicialização, em matéria de contratos da Administração Pública, no Estado de São Paulo, sendo aportada, inclusive, análise elucidativa de acórdãos recentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Ementário apresentado, ao final deste número, colaciona as interpretações normativas mais recentes relativas a temas atuais e afetos à Administração Pública.

Apresento, por fim, o desejo de que o ano de 2013 seja promissor e pleno de realizações. Os desafios certamente se renovam e a batalha pelo aprimoramento de nossa instituição, com muito zelo e comprometimento público, continua.

Muito obrigado a todos.

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Procuradora-Chefe do Centro de Estudos

Cursos do Centro de Estudos

18 a 27.02.13 – Curso de Adaptação à Carreira de Procurador do Estado.

28.02.13 – Aspectos do Programa Especial de Parcelamento – PEP.

Eventos em parceria com outras instituições

18 e 19.02.13 – III Jornada BRASILCON de Atualização do Código de Defesa do Consumidor, em parceria com o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon, com apoio da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, do Centro de Estudos da PGE e da Escola Superior do Ministério Público – ESMP.

Judicialização envolvendo contratos da Administração Pública do Estado de São Paulo

LUIZ FERNANDO ROBERT

Procurador do Estado

1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Equilíbrio econômico e financeiro. 4. Execução contratual. 5. Sanções por inexecução da contratada. 6. Rescisão contratual. 7. Anulação. 8. Conclusões. 9. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo identificar as principais causas que levam à judicialização em matéria de contratos da Administração Pública do Estado de São Paulo e, a partir da análise de acórdãos recentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, buscar elementos que permitam traçar um panorama de como a Corte decide estas ações.

Palavras-chave: Contratos Administrativos; Administração Pública do Estado de São Paulo; Judicialização; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

1. Introdução

Nos contratos em geral, a existência de partes com interesses diversos e contrapostos traz consigo uma relação potencialmente conflituosa. Nos contratos administrativos, a presença do Estado em um dos polos acentua essa tensão, porque o regime jurídico a que se submete a Administração Pública, com suas especificidades, acrescenta uma série de pontos de atrito entre os contratantes. A exigência de licitação, as restrições orçamentárias, a existência de interesses indisponíveis, a submissão aos diversos órgãos de controle e o exercício da autoridade pelo Poder Público são alguns exemplos que ilustram essa realidade.

Muitos dos conflitos surgidos em decorrência de contratos administrativos são levados ao Poder Judiciário, o que revela o interesse no estudo do fenômeno da judicialização neste campo.

Por judicialização, para os fins do presente estudo, deve-se entender a tendência ao aumento da interferência do Poder Judiciário em questões típicas dos outros Poderes da República. Como decorrência deste fenômeno – que no Brasil decorre do modelo de Constituição e de controle de constitucionalidade adotados – as ações judiciais passam a ser palco de discussão de matérias constitucionalmente reservadas ao Executivo ou ao Legislativo, fazendo com que o Judiciário acabe substituindo as esferas ordinárias de decisão política. Nesse sentido, ensina Luís Roberto Barroso¹:

“Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a Administração Pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.

Tal estudo se justifica tanto para identificar quais são os motivos que levam as partes de um contrato administrativo a juízo, quanto para entender como o Poder Judiciário se comporta em relação a esta matéria.

Dos motivos que levam as partes a acionar o Judiciário podem ser extraídas lições valiosas para ambas as partes, porque nos conflitos subjacentes às ações judiciais podem ser encontrados equívocos ou ilegalidades que merecem ser identificados e prontamente corrigidos. O aproveitamento dessa experiência, assim, é essencial para que seja evitada a repetição de erros já verificados e para a prevenção de desvios em contratações futuras.

Razões ainda mais claras justificam o trabalho de tentar entender como os juízes decidem essas questões. Uma vez judicializado o conflito, cabe unicamente ao Poder Judiciário fixar a interpretação jurídica que se tornará definitiva para o caso. Daí a importância de traçar um perfil dessas decisões na tentativa de conferir às partes contratantes parâmetros mínimos de segurança e de previsibilidade.

O presente trabalho, orientado por tais objetivos, procurou identificar os principais focos de judicialização envolvendo contratos da Administração do Estado de São Paulo e, a partir deles, entender como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem se pronunciado a respeito desses temas.

¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=16. Acesso em 5/3/2013.

2. Metodologia

No trabalho de pesquisa foram encontradas algumas dificuldades para obter dados precisos a respeito da judicialização envolvendo contratos administrativos no Estado de São Paulo. Inicialmente, a ideia era realizar uma pesquisa por assuntos no banco de sentenças das Varas da Fazenda Pública da Comarca da Capital com o intuito de identificar os mais atuais focos de conflitos em matéria de contratos administrativos. A partir dessa identificação, os dados encontrados seriam submetidos a uma nova pesquisa de jurisprudência por assuntos em segunda instância para uma análise dos fundamentos das decisões.

Ocorre que tanto o banco de sentenças quanto o sistema de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apresentaram problemas que não permitiram uma pesquisa confiável por assuntos. Isso porque a indexação de assuntos feita pelos sistemas mostrou-se pouco fiel à matéria buscada, o que gerou resultados distorcidos e dissociados da realidade.

Diante de tal dificuldade, o método foi alterado. A pesquisa foi feita apenas no banco de dados das Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pelo critério da “pesquisa livre”, mediante a utilização do termo “contrato administrativo”. O trabalho restringiu-se à classe da apelação, recurso que, por suas características processuais, permite uma visão geral dos elementos debatidos desde o início do processo. Ante o grande número de resultados obtidos, a análise foi limitada aos acórdãos registrados no ano de 2011 (de janeiro a outubro), o que também acabou atendendo ao intento de formular um panorama atual da jurisprudência da Corte sobre a matéria.

Dos cerca de 880 acórdãos selecionados por este método de pesquisa, foram separados manualmente os 136 que tinham pertinência com o objeto estudado². Esses julgados foram então agrupados de acordo com a matéria central debatida no processo.

Ainda que os processos muitas vezes tratem de mais de um tema e que a linha de raciocínio dos julgados mescle fundamentos relacionados com variadas matérias, foi buscado em cada acórdão o ponto central da controvérsia. A partir da identificação da matéria predominante em cada processo, as decisões foram classificadas e agrupadas sob os seguintes critérios: execução contratual, equilíbrio econômico-financeiro, sanções contratuais, rescisão e anulação.

Após a separação dos acórdãos de acordo com os fatos predominantes que originaram o litígio, foi efetuada uma análise das decisões em si. Nessas, o trabalho buscou identificar o resultado da tutela concedida e, em seguida, os fundamentos que levaram o Tribunal de Justiça a decidir.

2 Esta redução brusca no número de acórdãos efetivamente estudados se deve à circunstância de a maioria dos acórdãos sobre contratos administrativos estar relacionada com as Administrações Municipais.

O método empregado procurou, mediante a investigação dos fatos e dos interesses levados a juízo, criar condições para se entender quais são os principais focos de conflitos judiciais envolvendo os contratos administrativos paulistas. Além disso, pela análise dos posicionamentos do Tribunal de Justiça, notadamente dos fundamentos empregados pelos desembargadores, o trabalho buscou estabelecer alguns padrões e critérios orientadores da atividade judicial neste campo.

Assim, ainda que circunscrita a um universo de decisões limitado e a um período curto, a pesquisa procurou, mediante uma análise crítica dos elementos encontrados, esboçar um retrato atual e plausível da judicialização dos contratos da administração paulista, que passará a ser exposto nos itens a seguir.

3. Equilíbrio econômico-financeiro

O equilíbrio econômico-financeiro corresponde ao direito do contratado de manter a equação econômica estipulada inicialmente no pacto durante todo o período da execução. Tradicionalmente, este direito é apresentado pela doutrina como um contraponto à prerrogativa da Administração de alterar unilateralmente o contrato administrativo, o que revela o caráter potencialmente litigioso deste aspecto da relação. A previsão legal se encontra no art. 65, parágrafos 4º, 5º e 6º, da Lei nº 8.666/93, e seu espírito é bem sintetizado na obra de Hely Lopes Meireles³ nos seguintes termos:

“a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução dos lucros normais do empreendimento.”

No presente trabalho, sob o título equilíbrio econômico e financeiro, foram agrupadas as ações propostas com o intuito de obter um provimento judicial que incidisse sobre a equação econômica prevista no contrato. Esse critério abrange tanto os casos em que o Estado, em decorrência de mudanças legislativas, alterou unilateralmente os critérios de remuneração do contrato, quanto aqueles em que a contratada buscou reparação por uma suposta alteração do equilíbrio econômico da relação contratual.

Dos 136 acórdãos analisados pelo trabalho, 61 referiam-se ao equilíbrio econômico e financeiro, o que representa um percentual importante das ações judiciais estudadas. O grande número de ações relacionadas com este tema deve-se, principalmente, ao fato de o Tribunal de Justiça ter julgado no período estudado muitas ações originadas na época da estabilização econômica.

3 MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros: São Paulo, 35ª ed. P. 218.

Isso porque, em meados da década de 1990, com a implantação do Plano Real, houve grandes dificuldades de adaptação dos contratos administrativos à nova realidade econômica. As cláusulas contratuais da época traziam embutidos critérios de correção monetária e de juros em índices e periodicidade compatíveis com a expectativa inflacionária, o que gerou distorções a partir da contenção da corrente inflacionária.

Esses fatos suscitaram diversas discussões, tendo em vista que o Estado, diante da estabilização econômica, ora deixava unilateralmente de aplicar as cláusulas de correção monetária na periodicidade pactuada com base em pareceres interpretativos das alterações legislativas, ora pleiteava reparação por diferenças supostamente devidas em razão de pagamentos já feitos. As empresas, por seu turno, ainda que tivessem pactuado o contrato após a estabilização econômica, continuavam a pleitear a incidência da correção monetária com índices e periodicidade relativos ao período de inflação.

Afora os casos relacionados com a estabilização econômica, as ações propostas para pleitear reequilíbrio econômico e financeiro encontradas versavam sobre situações variadas nas quais as contratadas se deparavam com um custo não previsto ou não calculado na época da pactuação. Nestas ações, era comum a suscitação das teorias da imprevisão, da onerosidade excessiva, ou do fato do príncipe. O ponto comum a todas as ações era a tentativa de transferir esse custo adicional surgido no curso do cumprimento do contrato à Administração Pública.

Quanto aos resultados contidos nos julgados, notou-se que, dos 61 acórdãos estudados, em apenas 10 deles o reequilíbrio pretendido foi deferido. Desses 10 acórdãos, 7 continham decisões favoráveis ao particular e, em todos esses casos, o fundamento foi a intangibilidade do equilíbrio econômico financeiro do contrato⁴.

Nos 3 acórdãos em que foi deferido o pedido de alteração do equilíbrio econômico financeiro em favor da Administração Pública, o fundamento foi a constatação de ilegalidade nas cláusulas de correção monetária previstas no contrato⁵.

4 O posicionamento a respeito desse ponto ficou bem claro no julgamento da Apelação nº 0065673-33.2006.8.26.0000, de cujo acórdão constou: “a equação financeira do contrato administrativo estabelecida pelas partes entre encargos do contratado e retribuição da Administração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que não resulte indevida redução nos lucros normais do contratante ou enriquecimento ilícito da Administração”.

5 Exemplo claro desta posição é notada no acórdão da apelação nº 9060397-62.2006.8.26.0000, em que foi declarada a ilegalidade da correção monetária prevista no contrato pelos seguintes fundamentos: “É inegável que antes de tal período havia marcante pressão inflacionária, o que propiciava a todos os sujeitos a contrato com a Administração a apresentação de valores com incontestável expectativa de inflação, o que até certo ponto era justificável, tendo em vista a incerteza e a ilimitação percentual dos índices inflacionários. Então, é de ser entendido que a reportada Resolução SF/PGE nº 2/95, apenas regulamentou a previsão da Lei nº 9.069/95 (artigo 23, § 1.), uma vez que a situação financeiro-econômica a partir de normas “estabilizadoras” não toleram mais aquela expectativa de inflação, a qual causaria sim um desequilíbrio financeiro do contrato, implicando isto em refletir o que já vinha previsto da então Medida Provisória nº

Nos 51 demais acórdãos, a pretensão de alteração do equilíbrio econômico e financeiro foi rejeitada pelo Tribunal de Justiça. Dentre estes, 21 acórdãos expressaram decisões favoráveis à entidade contratada. Da análise dos fundamentos contidos nestas decisões, verificou-se que 10 delas foram baseadas na tese do ato jurídico perfeito⁶, 8 delas na falta de prova do pagamento a maior⁷ e 3 no “pacta sunt servanda”.

Por seu turno, dos 30 acórdãos decididos a favor da Administração Pública, 12 deles foram fundamentados no “pacta sunt servanda”⁸, 10 foram fundamentados na previsibilidade dos fatos que geraram o desequilíbrio alegado⁹, 5 foram decididos com base na falta de prova do desequilíbrio e 3 deles foram resolvidos com fundamento na falta de prova da onerosidade excessiva.

Dos dados obtidos, pode-se depreender que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo rejeitou a grande maioria das pretensões relacionadas com reequilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo. Dos acórdãos analisados, pode-se deduzir, ainda, que a solidez do conjunto probatório influencia no resultado dos processos, o que fica demonstrado pelo grande número de casos em que a pretensão é rejeitada com base na falta de prova do desequilíbrio econômico, ou da onerosidade excessiva. Além disso, o número de pedidos acolhidos com base em prova pericial¹⁰ (4 dos 7 decididos em favor do particular) também aponta nessa direção.

542/94 (artigo 21), convertida para a Lei nº 9.069/95. De fato, a amplitude de aplicação da mencionada Resolução decorre em boa parte do Decreto estadual nº 27.133/87, no que respeita a revisão de valores contratuais, sempre em prol do equilíbrio financeiro e econômico do contrato administrativo”.

6 A esse respeito, v. fundamentos da Apelação nº 9072406-22.2007.8.26.0000, em que foi decidido: “A lei nova não pode alterar relação jurídica já consumada, sob pena de ver-se violado o princípio da irretroatividade das leis, ferindo-se o direito adquirido e o ato jurídico perfeito”.

7 Nesse sentido, o acórdão da apelação nº 994.07.063872-7, de cuja ementa se lê: AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO ADMINISTRATIVO – CONVERSÃO MONETÁRIA URV/REAL – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – Pretensão de restituição de valor correspondente ao expurgo não efetuado da expectativa inflacionária embutida nos valores pactuados – Ausência de prova do efetivo pagamento a maior – Prescrição afastada. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido”.

8 Dessa posição, é exemplo o acórdão da Apelação nº 0132558-63.2005.8.26.0000, assim ementado: CONTRATO ADMINISTRATIVO – construção de conjunto habitacional – apresentação da proposta, na licitação, em cruzeiro real, que era a moeda vigente na ocasião – assinatura do contrato com o valor expresso já em real, porque na época era essa a moeda vigente – alegação de prejuízos decorrentes da conversão unilateral realizada pela ré – alegação, também, de prejuízos pela alteração do prazo de correção, de mensal, para anual, e por força de aditivos contratuais que elevaram o prazo de conclusão da obra em sete meses – concordância da autora com a conversão efetuada, tanto que assinou o contrato já com o preço na nova moeda – previsão de reajuste anual, e não mais mensal, por força da legislação então aplicável, que proibia o reajuste mensal – ausência de prejuízo com a prorrogação do prazo do contrato – ação procedente – recurso provido.

9 Por esse fundamento, foi decidida a Apelação nº 0048464-27.2001.8.26.0000, de cujo acórdão constou: “No caso dos autos, não se exsurtem acontecimentos extraordinários e imprevisíveis externos ao contrato que provocou deslocamento do sinalagma econômico inicialmente estabelecido. Eventual gravame experimentado pela autora configura-se como álea econômica ordinária, decorrente de má previsão, que não pode ser suportado pela Administração”.

10 Bem ilustra a importância da prova técnica a fundamentação da Apelação nº 0176407- 51.2006.8.26.0000:

Os acórdãos, ainda, indicam que a segurança jurídica e a força vinculante do contrato são valores relevantes para o Tribunal de Justiça, que deixou de acolher grande parte dos pedidos de alteração do equilíbrio econômico com fundamento no ato jurídico perfeito e no “pacta sunt servanda”. Também corrobora esta constatação a interpretação restritiva dada pela Corte ao art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93¹¹, que resultou na rejeição de grande parte dos pedidos baseados na teoria da imprevisão, do fato do príncipe ou do fato da Administração¹².

4. Execução contratual

O art. 66, da Lei nº 8.666/93, prevê que o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas da lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução. Dessa previsão legal são extraídos tanto o dever das partes de cumprir o contrato quanto o direito do prejudicado de pleitear uma reparação pelos danos sofridos em decorrência do descumprimento de alguma das cláusulas.

A execução é, efetivamente, uma das fases mais complexas do contrato administrativo¹³, o que comumente se traduz em diversos litígios entre contratada e Poder Público.

No critério execução contratual, o trabalho reuniu as ações judiciais em que os demandantes foram a juízo pleitear direitos supostamente originados do descumprimento de alguma obrigação contratual pela outra parte. Tais processos remetem aos casos em que a parte autora pretende um provimento judicial que obrigue a parte contrária a cumprir o que pactuou, ou, ainda, uma reparação por prejuízos decorrentes do alegado descumprimento.

“O laudo pericial acostado às fls. 331/344 é concludente pela ocorrência do prejuízo, o que ensejou o acerto da r. sentença guerreada. Ressalta-se, ainda, que a apelante não trouxe aos autos qualquer elemento capaz de apoucar a força probante da prova técnica, limitando-se a tecer argumentos genéricos”.

- 11 Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
(...)
d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.
- 12 Nesse sentido, foi decidido na Apelação nº 0008061-46.2004.8.26.0053: “a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos não deve entender-se como se fosse um “seguro” para a cobertura de déficits seja dos particulares, seja da Administração Pública”.
- 13 Marçal Justen Filho, por exemplo, cita diversos incidentes que podem ocorrer na fase de execução contratual, como a alteração dos prazos contratuais, a alteração das condições por ato unilateral da Administração, o inadimplemento da Administração, caso fortuito ou de força maior, fato de terceiro e a prorrogação do contrato. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Saraiva: São Paulo, 2ª ed. 2005. P. 374.

Foram analisados 37 acórdãos relacionados com este tema. Destes, 34 eram referentes à inexecução contratual pela Administração Pública e 3 à inexecução pela entidade contratada.

O maior número de ações propostas pelas contratadas justifica-se ante a existência de outros meios à disposição do Poder Público para coagir a entidade privada a cumprir o contrato ou para adaptá-lo a alguma circunstância nova surgida no curso da execução¹⁴.

Dentre as causas relacionadas com o descumprimento por parte da Administração Pública, chama atenção o número de ações geradas pela excessiva burocracia estatal. Das 34 ações propostas sob alegação de inexecução pela contratante, 24 eram fundamentadas na alegada existência de entraves burocráticos para o cumprimento da principal obrigação do ente estatal: o pagamento.

Essa circunstância, em alguns casos, ficou bem evidente nos acórdãos examinados, ante a expressa referência nesse sentido feita pelas decisões. Em outros, foi deduzida da ausência de justificativas pelo atraso no pagamento por parte da Administração Pública¹⁵.

Em todos os casos nos quais ficou comprovado o atraso no pagamento, a Administração Pública foi condenada a pagar os valores devidos conforme pactuado, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros moratórios¹⁶, o que evidentemente implicou graves prejuízos ao patrimônio público.

14 O número de ações propostas para reduzir ou anular sanções aplicadas pelo Poder Público – o que será examinado a seguir – demonstra que este é um método comumente utilizado para prevenir ou reprimir a inexecução da contratada.

15 No julgamento da Apelação Cível nº 9130797-67.2007.8.26.0000, ficaram evidentes tanto a falta de impugnação da Administração Pública quanto a burocracia no pagamento: “A ré, em sua contestação, admite que houve pagamento em atraso e apenas alega que a sua condenação não pode ultrapassar a quantia de R\$ 92.958,80 (fls. 229).

(...) a verificação do direito do credor, que tem por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito, pressupõe a emissão da fatura, com a atestação firmada pelo fiscal da obra, ou ainda, com a lavratura do termo circunstanciado previsto no artigo 73. O ato de liquidação finda precisamente com o despacho exarado pela autoridade competente, determinando que a despesa seja paga, como está no artigo 64 da Lei federal nº 4.320/64 (Jessé Torres Pereira Jr.).

Pois bem, a emissão da fatura, pressuposto da liquidação, estava condicionada à medição, a encargo do contratante. Aquilo que as partes contratantes chamam “medição” é precisamente um dos atos que integram o procedimento a que o Direito Financeiro brasileiro dá o nome de “liquidação de despesa”. Para estas verificações, a Administração tem o prazo de noventa dias a contar da data em que a contratada requer a medição (art. 73, b, e § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93)”.

16 Nesse sentido, foi decidido na Apelação nº 0022235-94.2003.8.26.0053: “Se o Poder Público contratante, confessadamente se descuidou de pagar no prazo convencional (cf. cláusula 68.7 das condições gerais às fls. 219) o valor da empreitada, consistente em obras e serviços de melhoramentos e pavimentação da estrada vicinal de ligação da Rodovia Presidente Castelo Branco (SP-280) aos municípios de Araçariguama e Piraporã do Bom Jesus, que mandou executar, comete ilícito contratual cuja reparação reclama ampla correção monetária, a partir do agravo patrimonial, sob pena de enriquecimento de uma das partes em detrimento da outra e consequente quebra da equação financeira do sinalagma”.

Além da burocracia, verificaram-se 5 casos em que a inexecução pela Administração Pública teve origem na conduta da contratada, como nos casos de falta de comprovação da regularidade fiscal, ou de existência de dívidas trabalhistas¹⁷. Nos demais acórdãos, a inexecução teve origem em causas diversas, não enquadráveis em nenhuma das duas anteriores.

Em 26 dos 34 acórdãos analisados, o Tribunal de Justiça limitou-se a determinar o estrito cumprimento do contrato. Em 4 acórdãos foi notado algum temperamento das cláusulas contratuais em prejuízo da Administração Pública¹⁸ e em apenas 1 acórdão o contrato foi flexibilizado em favor desta. Os demais casos foram resolvidos por saídas processuais, sem referência específica ao contrato, ou à legislação administrativa.

Na fundamentação dos acórdãos examinados, foi notado um estilo enxuto e conciso, com poucas divagações sobre princípios ou teorias doutrinárias. Na grande maioria dos casos, a argumentação jurídica foi circunscrita à enunciação das cláusulas contratuais e da legislação, o que revela a tendência do Tribunal de Justiça de ater sua atividade à garantia do estrito cumprimento das obrigações pactuadas pelas partes.

5. Sanções por inexecução da contratada

Como mencionado no início do trabalho, o contrato administrativo apresenta diversas peculiaridades capazes de gerar atritos entre contratante e contratado. Muitos desses pontos de atrito decorrem da posição de supremacia que a Administração Pública ocupa na relação contratual, da qual decorre uma série de prerrogativas. Conforme ensina Odete Medauar, “dentre as prerrogativas da Administração está a imposição de sanções ao contratado, por atraso ou inexecução total ou parcial do contrato (art. 58, IV), sem necessidade de pronunciamento de qualquer outro poder ou órgão”¹⁹.

17 Para ilustrar esta segunda hipótese, pode-se mencionar trecho do voto proferido na Apelação nº 0166923-41.2008.8.26.0000 em que foi observado: “o direito de glosar os pagamentos decorre de a apelada figurar como corré da apelante nas reclamações trabalhistas.

As reclamações trabalhistas ora existentes se originam na execução do referido contrato e, é lícito à SABESP sustar, reter ou glosar valores do consórcio, assim respeitando-se a cláusula 10.3”.

18 Exemplo dessa situação pode ser verificado no julgamento da Apelação nº 9161697-67.2006.8.26.0000, em que o Tribunal de Justiça determinou o pagamento pelo fornecimento de gases medicinais e pela locação dos respectivos cilindros em quantidade superior à contratada e em período posterior à vigência do contrato, pelos seguintes fundamentos: “mesmo que os serviços prestados à administração não se enquadrem na exceção legal de contratação verbal artigo 60 parágrafo único da Lei Federal nº 8.666/93 –, é verdade que face ao caráter emergencial dos pedidos e ao notório interesse social que cerca o produto em tela, viu-se a autora compelida a prosseguir com o fornecimento, mesmo sem previsão contratual. Nesse caso, a ausência de lastro contratual não pode exonerar o Poder Público do dever de indenizar a autora pela entrega dos produtos aos hospitais do Estado, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública”.

19 MEDAUAR Odete. Direito Administrativo Moderno, 17ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 250.

Essa prerrogativa deu origem ao terceiro tema mais comum nos acórdãos examinados. De fato, a discussão sobre as sanções aplicadas pela Administração Pública em decorrência da inexecução contratual pela entidade contratada foi objeto de 25 dos 136 acórdãos examinados.

Nessas ações, as empresas objetivavam a declaração da nulidade, ou, ainda, a redução das sanções. Essas, por seu turno, referiam-se à multa, à suspensão do direito de contratar ou à declaração de inidoneidade. Além das ações propostas pela contratada, alguns acórdãos vistos foram prolatados em ações propostas pelo ente público com o objetivo de executar civilmente a sanção imposta. Nesses casos, a questão da validade da penalidade aparecia de forma incidental, como argumento de defesa da entidade sancionada.

Das 25 decisões estudadas, 17 foram favoráveis à Administração Pública. Ou seja: nesses casos, o Tribunal de Justiça entendeu serem perfeitamente válidas as sanções aplicadas. Para tanto, o fundamento mais comum encontrado nos acórdãos foi simplesmente a previsão de tal faculdade no contrato ou na lei.

Nesse ponto, em 11 dos 17 acórdãos favoráveis à Administração Pública, o raciocínio dos desembargadores foi estritamente formal, limitando-se a fundamentar a manutenção da sanção na autorização legal e contratual²⁰.

Além disso, nos outros 6 acórdãos favoráveis ao Poder Público, a par das referências à previsão legal ou contratual, os desembargadores mencionaram a observância, pela entidade sancionadora, do devido processo legal²¹.

Apenas 3 dos acórdãos foram totalmente favoráveis à entidade contratada, acarretando a declaração da nulidade da sanção aplicada. Desses 3 acórdãos, 2 foram decididos com fundamento na inobservância do devido processo legal²² e 1 na desproporcionalidade da pena aplicada.

20 A título de exemplo, veja-se o decidido na Apelação com Revisão nº 994.08.160388-1, cuja ementa é a seguinte: “A discussão a respeito de serviços contratados e prestados em parte, permitem a contratante a aplicação de apenamento, cuja previsão decorre de lei e é regulamentada no contrato entre as partes”.

21 Ilustrando esse posicionamento, segue o que foi decidido na Apelação Cível n: 990.10.497690-1: “Deveras, durante a esfera administrativa, a autora fora devidamente cientificada, tendo oportunidade para se defender, inclusive por meio de recurso (fls. 203 e seguintes).

Desse modo, somente após o devido processo legal, com o pleno exercício do direito de defesa por parte da recorrente, é que a autoridade manteve a penalidade aplicada, corretamente fundamentada e lastreada nos robustos elementos de convicção acostados ao feito.

Frise-se que, a autora acompanhou todos os atos do procedimento em apreço, com acesso irrestrito aos documentos e provas carreadas ao expediente, tudo em estrita observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa”.

22 A esse respeito, manifestou-se a Corte no julgamento da Apelação nº 0001800-31.2005.8.26.0053: “No caso em tela, após a constatação das irregularidades na execução do contrato, a autora simplesmente aplicava a multa prevista na Cláusula Nona, item 9.13, do referido contrato, emitindo Notas de Débito para que a ré efetuasse o pagamento em 5 (cinco) dias.

Em outras palavras, a apelante era punida de forma imediata, inclusive com retenção de parte do pagamento devido pelo Metrô, sem qualquer possibilidade de defesa ou justificativa prévia, a fim de evitar aquelas penalidades. Ora, a ausência de oportunidade de defesa na esfera administrativa configura flagrante ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o que não se pode admitir”.

Por fim, em 5 acórdãos a decisão foi parcialmente favorável à contratada, o que acarretou a atenuação da penalidade aplicada. O fundamento comum a todos estes acórdãos foi a inobservância da proporcionalidade na cominação da sanção²³.

Dos dados encontrados, pode-se dizer que também em matéria de sanções contratuais, o Tribunal de Justiça tem uma posição de muita reverência em relação à vontade expressa no contrato. Na maioria dos casos analisados, a decisão foi favorável à manutenção da penalidade e o fundamento mais encontrado nos acórdãos foi a existência de expressa cláusula autorizando a imposição de pena. Além disso, como visto, os desembargadores consideram, com frequência, a observância do devido processo legal na esfera administrativa e a proporcionalidade da sanção.

6. Rescisão contratual

Na lição de Odete Medauar, rescisão é “a cessação da eficácia do contrato antes de encerrado o término de seu prazo de vigência”²⁴. O art. 79 da Lei nº 8.666/93 prevê três hipóteses de rescisão: a rescisão unilateral pela Administração, a rescisão amigável e a rescisão judicial.

Em linhas gerais, a rescisão unilateral pela Administração Pública pode se dar nos casos de inexecução do contratado ou por razões de interesse público. A rescisão amigável, por seu turno, é aquela feita com anuência da Administração e do contratado, por meio de um termo de distrato no qual são estipulados os direitos e obrigações das partes. A rescisão judicial, finalmente, é a promovida por determinação judicial em ação proposta com este objetivo (normalmente pelo particular, em face do descumprimento de obrigações contratuais cometidas à Administração).

Entre os acórdãos estudados, foram encontrados 9 relacionados com a rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública. Dessas 9 decisões, 7 se referiam a rescisão decorrente da inexecução da contratada e 2 a rescisão fundada no interesse público.

23 Nesse sentido, foi decidido na Apelação nº 9118020-79.2009.8.26.0000, cuja ementa é a seguinte: “Contrato administrativo Multa contratual – Retardamento na execução de serviços de construção de prédios escolares Possibilidade de aplicação, a teor das condições gerais do edital, do contrato por expressa disposição e do sistema regulatório das sanções administrativas aplicáveis Lei 8.666/93, art. 86 Redução, todavia, do grau máximo em que fixada Admissibilidade sob pena de violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade”.

24 MEDAUAR Odete. Direito Administrativo Moderno, 17ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 259.

No exame dos acórdãos, foi adotado o critério da fixação ou não de indenização pelos desembargadores em favor do requerente, a fim de constatar eventual abuso por parte do Poder Público no exercício do seu direito de rescindir o contrato.

Como adiantado, a legislação confere à Administração Pública a prerrogativa de rescindir unilateralmente o contrato em caso de inexecução por parte da contratada ou em caso de interesse público (indenizando o particular caso não haja culpa deste)²⁵. Assim, a pesquisa procurou investigar a ocorrência de abuso no exercício desta faculdade pelo exame da imposição ou não de indenização pelo tribunal em favor do requerente. Isso porque a fixação de indenização pela via judicial pressupõe a constatação de um equívoco da Administração Pública, seja porque esta imputou indevidamente falta à contratada, seja porque não indenizou o particular quando deveria fazê-lo.

Das 9 ações examinadas, em apenas 3 foi notada a fixação de indenização em favor da contratada. Nos 6 demais acórdãos, não foi fixada qualquer indenização, o que permite inferir que, na visão do Tribunal de Justiça, na maioria dos casos em que o Poder Público rescinde unilateralmente o contrato administrativo, exerce de forma regular essa prerrogativa.

Na fundamentação dos acórdãos, verifica-se que, também nesta matéria, o Tribunal de Justiça tende a realizar uma interpretação restrita do texto legal, muitas vezes limitando a fundamentação jurídica à enunciação da legislação pertinente e das cláusulas contratuais.

Além disso, tanto na apuração da inexecução, quanto na fixação da indenização, pareceu ter especial relevância a prova da inexecução²⁶ e dos prejuízos alegados, sem os quais a tendência da corte é rejeitar o pedido reparatório²⁷.

25 Esse critério também decorre da leitura conjunta do art. 78, com o art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

26 A importância da realização de prova pericial em caso de rescisão fica bem demonstrada no acórdão da Apelação nº 9110565-39.2004.8.26.0000, em que o relator observa: "A perícia de engenharia apurou que a obra, no seu projeto original, tinha o total de 10.227 metros. Depois de efetuados os ajustes, o Contrato nº 211/95 apresentou o total de 10.290,42 metros de coletores (fls. 274).

Do total, a perícia apurou que a autora executou 9.199,15 metros, pendendo de execução 1.091,27 metros. Para a nova licitação (nº 5446/99 – reabilitação do Coletor) a extensão da obra é de 1.191,79 metros (incluída nela a Estação Elevatória).

Logo, diante dos quantitativos, nota-se que a autora não concluiu a obra, restando pendente a execução de 1.091,27 metros relativos ao Contrato nº 211/95".

27 Tanto a objetividade da fundamentação, quanto a relevância da prova ficaram evidentes na Apelação nº 9117562-67.2006.8.26.0000, na qual foi observado: "Por primeiro, convém observar que o contrato firmado pelas partes, em sua cláusula oitava, remete à observância da Lei Federal nº 8.666/93 e Lei Estadual nº 6.544/89, em caso de rescisão contratual. (...) Contudo, a despeito da benesse referida no parágrafo anterior, sobressai inequivocadamente o dever do ente público à indenização dos prejuízos sofridos pelo contratado, desde que este não tenha agido com culpa. (...) Todavia, apesar do amparo jurídico conferido ao particular em casos tais, forçoso convir que, a despeito ainda da ausência de culpa por parte da contratada para a rescisão contratual unilateralmente levada a efeito pela Administração Pública, olvidou-se a apelante da necessária comprovação dos prejuízos para o ressarcimento que se pleiteia, exigência legal do qual não cuidou a interessada de demonstrar".

7. Anulação

Conforme entendimento sedimentado na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos. No campo dos contratos administrativos, esse enunciado foi transposto para a lei pelo art. 59 da Lei nº 8.666/93, que regula o conteúdo e os efeitos da declaração de nulidade na matéria. Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸:

“A Administração Pública, estando sujeita ao princípio da legalidade, tem que exercer constante controle sobre seus próprios atos, cabendo-lhe o poder-dever de anular aqueles que contrariam a lei; é prerrogativa que alguns chamam de autotutela e que não deixa de corresponder a um dos atributos dos atos administrativos, que diz respeito à sua executoriedade pela própria Administração.”

De 136 acórdãos estudados, 4 faziam referência à anulação do contrato. Da análise dos fundamentos fáticos que ensejaram a propositura das ações, verificou-se que, em todos os casos, a causa da nulidade do contrato administrativo foi a apuração de alguma irregularidade na fase de licitação pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

A constatação revela que a licitação é objeto de intensa fiscalização por parte dos órgãos de controle e, além disso, que eventuais falhas no procedimento licitatório colocam o contrato administrativo em uma situação de constante insegurança jurídica.

Quanto ao resultado das decisões, foi notado que, em 3 dos 4 acórdãos, o Tribunal de Justiça invalidou a anulação do contrato. Em todas as decisões, o fundamento da corte foi a inobservância do devido processo legal na apuração administrativa que resultou na anulação do contrato²⁹.

Das decisões depreende-se uma preocupação do Tribunal de Justiça em garantir à entidade contratada o direito de participar dos processos administrativos de verificação de legalidade que possam influir em sua esfera de direitos.

28 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 261.

29 A título de exemplo, veja-se o decidido na Apelação nº 0114929-71.2008.8.26.0000: “O processo administrativo TC nº 754/009/04 é efetivo processo administrativo de controle, revisando os atos administrativos e anulando os eivados de vícios, sempre respeitado o direito adquirido, como apregoa a Súmula nº 473 do STF

Ora, como todo procedimento administrativo, exige-se a concessão do direito de defesa aos interessados e, repita-se, não se pode afastar o interesse da autora, já que a questão envolve direito por ela adquirido através da licitação em que se sagrou vencedora, bem como o contrato administrativo dela resultante.

Evidente, portanto, o impacto direto à economia e ao direito da autora, que possui interesse subjetivo em intervir e acompanhar o feito. Contudo, não foi chamada, não pode intervir e, muito menos, exercer direito de defesa e contraditório nos autos”.

Os direitos à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal parecem ter grande importância para os desembargadores neste ponto, o que ficou evidenciado na frequente referência à Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal³⁰ notada nos acórdãos.

8. Conclusões

A análise do conjunto de elementos reunidos pela pesquisa permitiu estabelecer uma breve descrição dos principais fatos que têm levado à judicialização dos contratos da Administração Pública Paulista.

A partir desses fatos, foram identificados alguns padrões que serviram para apontar como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decide tais temas e, o que é mais importante, por quais fundamentos o faz.

E os fundamentos encontrados nos acórdãos revelam que, nesta matéria específica, o tribunal tem tido uma atuação confirmatória. Em todos os temas pesquisados, percebe-se uma grande reverência dos desembargadores à vontade expressa nos contratos e à legislação pertinente. A fundamentação concisa e sempre remissiva às cláusulas contratuais é característica dos acórdãos, que criam muito pouco e, na maioria das vezes, se limitam a determinar o estrito cumprimento do que foi pactuado pelas partes.

Na matéria estudada, apesar de sua franca judicialização, não foi verificado o ativismo judicial, notório em outras áreas, como, por exemplo, nas ações de medicamentos (nas quais o Tribunal de Justiça claramente administra o patrimônio público³¹), ou, ainda, nas ações de servidores públicos (nas quais

30 Tal referência é encontrada no acórdão da Apelação nº 9218534-74.2008.8.26.0000, em que foi observado: "(...) a empresa contratada, ora autora, sequer foi notificada sobre a existência do referido procedimento administrativo e, sendo assim, o acórdão ora questionado fere os princípios do contraditório e da ampla defesa previstos nos incisos LIV e LV do art. 5º da Carta Magna, bem como na própria Lei Complementar nº 709, 14.1.93, artigo 51, que garante: "Em todos os processos submetidos ao Tribunal de Contas será assegurada ampla defesa ao responsável ou interessado". Isso porque a decisão do TCE afeta diretamente o direito de titularidade da autora, com eventuais prejuízos em sua esfera patrimonial e/ou moral.

Ademais, editou o Supremo Tribunal Federal Súmula Vinculante nº 3 a qual assim dispõe: "Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão".

31 V. os fundamentos do acórdão prolatado na Apelação nº 0005949-19.2010.8.26.0272: "O Réu afirmou que *"O medicamento pleiteado na exordial não integra os protocolos clínicos do SUS, e estão fora do grupo de medicamentos ambulatoriais fornecidos pela Secretaria de Estado da Saúde"* (fls. 46), mas não indicou medicamentos efetivamente disponíveis à paciente na Rede Pública, com igual eficiência; tão somente asseverou, genericamente, que o Estado fornece tratamento integral aos pacientes oncológicos nos CACON's e UNACON's. Outrossim, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a falta de previsão orçamentária e a Lei de Diretrizes Orçamentárias, ou mesmo o fato de os medicamentos ou insumos não constarem da lista de padronizados pelo Estado ou Município, não podem ser invocadas como escusa para deixarem de fornecer o medicamento

a corte assume flagrantemente uma função legislativa³²).

Essa constatação é importante porque, nas análises jurisprudenciais mais recentes, tem sido notado que, muito comumente, a judicialização vem acompanhada do denominado ativismo judicial. Nesses casos, além da transferência do campo da discussão de questões políticas ao Judiciário, o que ocorre é uma ultrapassagem dos limites da própria função jurisdicional, que acaba sendo descaracterizada. A esse respeito, discorre Elival da Silva Ramos³³, ao propor um conceito para o fenômeno:

“Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”

Ante os conceitos expostos e a análise das decisões trazidas, pode-se inferir que o grande número de acórdãos indica uma tendência à judicialização da matéria, mas o conteúdo dos acórdãos revela um posicionamento pouco ativista do Poder Judiciário Paulista nesse campo específico.

As referências nos acórdãos ao conceito de ato jurídico perfeito e à força obrigatória do contrato também evidenciam o destaque dado pelas decisões à segurança jurídica, ao passo que a importância conferida pelo tribunal à solidez do conjunto probatório revela objetividade nas decisões, muitas vezes vinculadas às ponderações técnicas da perícia.

Em matéria de anulação e de imposição de multas às contratadas, é marcante a menção nas decisões do princípio do devido processo legal, conceito que é prestigiado pela constante exigência de respeito ao contraditório e ao direito de defesa nos processos tendentes à tomada de decisões potencialmente prejudiciais à contratada.

prescrito. Na verdade, impõem-se providências para atualização dos protocolos e aquisição dos medicamentos mediante regular e prévia licitação. A inércia prejudica o cidadão de todas as maneiras, beneficiando apenas o mau administrador”.

32 Bom exemplo é o caso das ações em que o Tribunal defere uma revisão geral anual, com base em interpretação do art. 37, X, da Constituição Federal. Sobre o assunto, decidiu-se na Apelação nº 0217399.83.2008.8.26.0000: “Fica a ré obrigada a pagar aos autores a diferença existente entre os valores já pagos aos servidores públicos municipais e aquela que deveria lhe ter sido paga se aplicada à revisão anual, a partir de 1º de fevereiro de 1997 a janeiro de 2004, ano a ano, respeitada a prescrição quinquenal, aplicando-se o índice apurado pelo INPC que melhor reflete a inflação, cumulativamente, sem prejuízo da incidência da correção monetária até a data do completo pagamento”.

33 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, 2ª ed. P. 116/117.

Esse é, pois, o panorama criado a partir dos elementos examinados no trabalho. Dessa reunião de dados, espera-se que possam ser extraídos elementos úteis à compreensão de como têm funcionado, concretamente, os contratos da Administração Pública do Estado de São Paulo e de como o Tribunal de Justiça Paulista tem se posicionado a respeito da matéria.

A análise das questões que estão sendo levadas ao Judiciário e do modo como são decididas essas ações revela mais do que um simples retrato de casos passados. A correta interpretação dos fatos e fundamentos jurídicos contidos nas decisões permite, além da elaboração de um padrão da atuação judicial, a identificação de erros e acertos na conduta das partes envolvidas no contrato.

O estudo da dinâmica da judicialização nesse campo, portanto, não se volta apenas para a constatação de fatos pretéritos, mas para a construção de uma experiência que projeta soluções para o futuro e pode ser utilizada para o aperfeiçoamento das relações entre o Poder Público e os particulares.

Luiz Fernando Robert
Procurador do Estado

9. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008dez2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=16. Acesso em 5/3/2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR Odete. Direito Administrativo Moderno, 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Acórdãos (todos disponíveis em www.tj.sp.gov.br): Apelação nº 0065673-33.2006.8.26.0000; Apelação nº 9060397-62.2006.8.26.0000; Apelação nº 9072406-22.2007.8.26.0000; apelação nº 994.07.063872-7; Apelação nº 0132558-63.2005.8.26.0000; Apelação nº 0048464-27.2001.8.26.0000; Apelação nº 0176407- 51.2006.8.26.0000; Apelação nº 0008061-46.2004.8.26.0053; Apelação nº 9130797-67.2007.8.26.0000; Apelação nº 0022235-94.2003.8.26.0053; Apelação nº 0166923-41.2008.8.26.0000; Apelação nº 9161697-67.2006.8.26.0000; Apelação nº 994.08.160388-1; Apelação nº 990.10.497690-1; Apelação nº 0001800-31.2005.8.26.0053; Apelação nº 9118020-79.2009.8.26.0000; Apelação nº 9110565-39.2004.8.26.0000; Apelação nº 9117562-67.2006.8.26.0000; Apelação nº 0114929-71.2008.8.26.0000; Apelação nº 9218534-74.2008.8.26.0000; Apelação nº 0005949-19.2010.8.26.0272; Apelação nº 0217399.83.2008.8.26.0000.

PROCESSO: SGP nº 123063/2011 (SF/GDOC 23657-816276/2011)

INTERESSADO: SILVANA CAROTENUTO CASTRO

ASSUNTO: DISPENSA DA REPOSIÇÃO DE VALORES

Parecer CJ/SGP nº 135/2012

Ementa: REPOSIÇÃO DE VENCIMENTOS. DISPENSA. Prêmio de Incentivo à Qualidade - PIQ. Pagamentos indevidos em decorrência de lei superveniente que revogou os termos da anterior normatização da matéria. Equívoco da Administração. Boa-fé da servidora. Viabilidade da dispensa. Interpretação “*sistemático-teleológica, de efeitos extensivos, do disposto no artigo 93 da Lei 10.261/68*”, nos termos da orientação firmada pela Procuradoria Geral do Estado. Precedentes: despacho do Procurador-Geral do Estado no Parecer PA-3 nº 155/02, despacho da Subprocuradora-Geral do Estado – Área de Consultoria, ao analisar o Parecer PA nº 212/05 e Pareceres PA nº 241/05, nº 28/2007, nº 37/2007, nº 75/2007, nº 132/2009 e nº 32/2010.

1. Cuida-se de requerimento relativo à dispensa de reposição de valores indevidamente recebidos, a título de Prêmio de Incentivo à Qualidade, por SILVANA CAROTENUTO CASTRO, segundo solicitação de fls. 2/3.

2. Conforme se depreende dos elementos dos autos, a interessada, classificada e em exercício na Diretoria da Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), era beneficiária do Prêmio de Incentivo à Qualidade, instituído pela Lei Complementar nº 804, de 21/12/95 e alterada sucessivamente pelas LC nº 831/97, nº 887/2000, nº 952/2003, nº 1003/2006 e nº 1027/2007.

3. Segundo informação acostada às fls. 22/24, a interessada vinha usufruindo de “*constante licença-saúde, desde que a JUCESP passou a integrar a Sefaz*”, e o recebimento da referida gratificação, embora afastada, tinha como supedâneo o artigo 3º c.c. artigo 5º, §3º, da LC 804/95, correspondente ao percentual mínimo previsto no parágrafo único do artigo único das Disposições Transitórias desse mesmo diploma.

4. Contudo, com o advento da Lei Complementar nº 1.122/2010, que, em seu artigo 43, inciso II, teria revogado, a partir de 1º/6/2010, o parágrafo único

do artigo único da Disposição Transitória da LC nº 804/95, bem como os termos da nova Resolução nº 89, de 15/9/2010, que revogou por completo a anterior normatização a respeito da matéria, concluiu o Parecer CJ/SF nº 0641/2011 que a interessada não mais faria jus ao recebimento do PIQ (fls. 11/21).

5. Sucedeu-se, assim, o requerimento da interessada no sentido da dispensa de reposição dos valores recebidos indevidamente “considerando-se o período em que recebi de boa-fé (de junho a dezembro de 2010) e data do parecer, 8/7/2011...”, invocando-se, ainda, os Pareceres PA 232/2003 e 320/2009, bem como os termos do Despacho Normativo do Governador de 31/1/1986 (fls. 2/3).

6. A d. Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, por meio do Parecer CJ/SF nº 1051/2011, manifestou-se contrariamente à pretensão, sob o fundamento da vedação do enriquecimento ilícito no nosso ordenamento, não sendo escusável o desconhecimento da lei, além de não ser o caso de aplicação do Despacho Normativo do Governador de 31/1/1986, cujo pronunciamento foi acolhido pela Chefia daquele órgão jurídico (fls. 25/29).

7. Acolhendo a sugestão final do pronunciamento jurídico do órgão preopinante, entendeu por bem o Sr. Secretário da Fazenda encaminhar os autos, nos termos do artigo 2º do Decreto nº 53.325/2008, para decisão final do Titular desta Pasta.

8. Recebidos os autos pela UCRH, previamente à manifestação conclusiva, solicitou a juntada do informe relativo ao período e valores recebidos a maior pela interessada, o que foi providenciado pelo DDPE, da Secretaria da Fazenda, conforme se confere às fls. 38 do expediente (Informação nº 855/DSD-01).

9. Sobreveio, assim, a Informação UCRH nº 366/2012, por meio da qual manifestou-se o órgão desta Pasta pela *viabilidade* da dispensa de reposição dos valores, entendendo deva “ser aplicado, por extensão, o artigo 93 da Lei nº 10.261/68”, com suporte nos Pareceres PA nº 75/2007, CJ/SGP nº 254/2008 e AJG nº 0296/2008 (fls. 40/44).

10. Considerando, contudo, a opinião divergente externada pelo órgão jurídico preopinante, propôs a oitiva desta Consultoria Jurídica, o que foi acolhido pela Coordenadora daquela unidade (fls. 45).

É o relatório. Opino.

11. Na Administração, a regra é a reposição de vencimentos recebidos a maior. Há, contudo, duas normas postas que permitem *dispensa expressa* desta reposição. Estão elas no artigo 93 do Estatuto do Servidor Público Civil Estadual e no Despacho Normativo do Governador de 31/1/86, vazadas nos seguintes termos:

Artigo 93 - Será declarada sem efeito a promoção indevida, não ficando o funcionário, nesse caso, obrigado a restituções, salvo na hipótese de declaração falsa ou omissão intencional.¹

DNG de 31/1/86, publicado no DOE de 1º/2/86: No processo G.G. nº 2.191/74 c/aps. (...), em que é interessado José Quirino de Almeida, sobre dispensa de reposição ao erário, de importância recebida de boa-fé, posteriormente considerada indevida, por alteração do critério jurídico: *Diante dos elementos de instrução destes autos, bem como da manifestação da Assessoria Técnico-Legislativa e do Parecer nº 10/86, da Assessoria Jurídica do Governo, decido, em caráter normativo, autorizar os Secretários de Estado, ouvidas a Secretaria da Administração e a Procuradoria Geral do Estado, desde que provada a boa-fé do funcionário ou servidor, a dispensar a reposição da vantagem paga e posteriormente considerada indevida em virtude de alteração do critério jurídico pelo órgão competente.*

12. As hipóteses gerais que autorizam a dispensa de reposição de vencimentos são promoção indevida e alteração de critério jurídico para pagamento da vantagem², quando houver boa-fé do servidor em ambos os casos. O caso concreto não se subsume a nenhuma dessas duas hipóteses normativas.

13. Todavia, conforme apontado pela UCRH, a Procuradoria Geral do Estado já se posicionou de forma favorável à interpretação sistemático-teleológica de efeitos extensivos da norma veiculada no artigo 93, da Lei 10.261/68, no bojo do *Parecer PA nº 75/2007* (e outros precedentes), tendo concluído que caso haja falha da Administração Pública, conjugada com a boa-fé do servidor beneficiado, admite-se a dispensa da reposição das vantagens indevidamente percebidas. Confira-se os termos da ementa do citado pronunciamento:

“ATO ADMINISTRATIVO - INVALIDAÇÃO. Interessada teve invalidados os 1º e 4º ATS e Sexta-Parte, concedidos indevidamente, em virtude de ter sido computado, *por erro da Administração*, no seu atual cargo período trabalhado na condição de Professor III-ACT simultaneamente ao exercício do então cargo de Professor I. Pedido de dispensa de reposição dos valores indevidamente percebidos a título de ATS e Sexta-Parte. Matéria examinada no Parecer CJ/SE nº 125/2007, que propôs o deferimento do pedido, pela aplicação do DNG de 31/01/86 e em face da boa-fé da

1 Vide, nesse mesmo sentido, a Súmula 03, da Procuradoria Geral do Estado: “Fica dispensado da reposição de vencimentos o funcionário de boa-fé, indevidamente promovido, havendo anulação do ato administrativo correspondente”.

2 Nos termos da orientação geral traçada, a respeito do tema, no Parecer PA nº 103/2004 (parecerista Dra. Maria Lucia Pereira Muioli): “19. Verifica-se, assim, que a dispensa de reposição ao erário de importância recebida de boa-fé, posteriormente considerada indevida, por alteração do critério jurídico, pressupõe a coexistência de três condições, a saber: a) pagamento de vantagem concedida pelo órgão competente, que a considerou devida; b) posterior alteração, pelo órgão competente, do entendimento jurídico que embasava o pagamento da vantagem, em razão da qual a mesma passou a ser tida como indevida e c) prova da boa-fé do funcionário ou servidor que a percebeu.”

interessada (artigo 93, do EFP e da Súmula nº 03 da PGE). Manifestação da UCRH com proposta da oitiva desta Especializada, sobre a possibilidade de se aplicar, na espécie, as conclusões do Parecer PA nº 241/2005. *As questões de dispensa de reposição que não se enquadrem especificamente na disposição do artigo 93 do Estatuto (Súmula nº 3, PGE) e na orientação fixada no DNG de 31/01/86, devem ser solucionadas, desde que comprovada a boa-fé do servidor, mediante a interpretação sistemático-teleológica, de efeitos extensivos, do disposto no artigo 93 da Lei nº 10.268/68 (Precedentes: PA-3 nº 115/2002; PA nº 383/2003; PA nº 413/2004 e PA nº 212/2005). Pelo deferimento do pedido à luz dos precedentes invocados. Proposta de retorno dos autos à origem, para as providências cabíveis.” (g.n.)*

14. Com efeito, tal orientação vigora desde o *Parecer PA-3 nº 155/2002*, no qual o Sr. Procurador-Geral do Estado aprovou-o apenas em parte, *desaprovando justamente o ponto em que apontava a necessidade de reposição de vencimentos:*

“Deixo de acompanhar a Especializada no que tange à reposição de valores aos cofres públicos, caso comprovada a boa-fé do servidor e à vista da orientação fixada no Memo AJG 44/96, de 3.12.96, já acolhida pelo Chefe do Poder Executivo (cf. cópia anexa), no sentido de que ‘a reposição é de rigor toda vez que o beneficiário da remuneração estiver de má-fé, podendo o aplicador lançar mão de interpretação sistemático-teleológica, de efeitos extensivos, do artigo 93 do Estatuto. Fica, assim, afastada a incidência do antes invocado princípio geral de Direito Comum, em razão da existência de norma mais adequada à solução da “quaestio” na legislação administrativa estadual.

Nesse caso, a competência para isentar o servidor é do Governador do Estado.”

15. A alteração do entendimento vigente na Procuradoria Geral do Estado fica clara no despacho proferido pela Subprocuradora-Geral do Estado - Área de Consultoria, por ocasião da chancela ao *Parecer PA nº 212/2005*.

15.1. Após inicialmente consignado aprovação ao seu teor, no sentido do indeferimento do pedido de dispensa de reposição, por inaplicáveis a Súmula Administrativa nº 3 e o Despacho Normativo do Governador de 31 de janeiro de 1986, solicitou aquela autoridade, em seguida, o retorno dos autos para registrar que “a posição ali sufragada não refletia o entendimento dominante na PGE, nos termos em que este restou cristalizado quando da parcial aprovação, pela chefia da Instituição, do *Parecer PA nº 413/2004*.”

15.2. Em arremate, consignou:

“(...) Neste último despacho, que ora junto por cópia, ficou consignado que a reposição de vencimentos indevidamente recebidos é de rigor não só quando o servidor obrar de má-fé, mas, ainda, quando tampouco sua boa-fé estiver evidenciada, particularmente em hipóteses de omissão inescusável.

No caso em exame, a servidora auferiu vantagem pecuniária **expressamente concedida** pela Administração mediante Apostila de Enquadramento de fl. (...). Parece-

-me, pois, inequívoca sua **boa-fé** entre essa data e 29.10.2004, quando sobreveio retificação após a Secretaria da Fazenda identificar equívoco (...).”

15.3. Assim, considerando que no caso tratado no Parecer PA nº 212/05 a boa-fé despontava inequívoca, opinou pela dispensa de reposição:

“(...) Daí aplicar-se aqui, mediante interpretação sistemático-teleológica, de efeitos extensivos, o disposto no artigo 93 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado.”

16. No mesmo ano de 2005, também o Parecer PA nº 241/2005 opinou pela dispensa de reposição, à vista da boa-fé da beneficiada, mencionando que tal orientação fora referendada pelo Sr. Governador do Estado no processo em que se deu o despacho governamental: SAA-1062/90, interessado Sidney Junqueira, em que proferido o parecer AJG 791/2001.

17. A mesma orientação vem sendo reiterada, como se confere nos *Pareceres PA nº 28/2007, 37/2007 e 75/2007*, este último do qual extraído o excerto transcrito na manifestação da UCRH. Podemos ainda citar pronunciamentos mais recentes, nessa mesma esteira, dentre os quais os *Pareceres PA nº 132/2009 e nº 32/2010*³.

18. Impõe-se, pois, para a aplicação da “interpretação sistemático-teleológica, de efeitos extensivos, do disposto no artigo 93 da Lei nº 10.268/68” nas questões de dispensa de reposição⁴, a presença de dois requisitos: a falha da Administração Pública, conjugada com a inequívoca boa-fé do servidor beneficiado.

19. No caso vertente, depreende-se que os pagamentos foram realizados por *equívoco da Administração*, como fica evidente na manifestação de fls. 22/23, cujo trecho se destaca:

“A partir da vigência da Resolução SF nº 89/2010 (01/06/2010), considerando que a servidora não foi avaliada sequer uma única vez desde o momento em que passou a ter seu exercício nesta Pasta, não poderia ela ter percebido o PIQ. *Porém, que por um lapso foi informado o percentual de 75% no arquivo enviado à Prodesp, o que gerou pagamento indevido no trimestre avaliatório de junho a agosto de 2010 (...)*” (destaquei)

20. Já no tocante ao segundo quesito, acompanho o entendimento manifestado pela UCRH. De fato, da instrução dos autos, resta claro que foi a interessada que provocou a Administração, em 7 de janeiro de 2011, mediante a reclamação de que não estaria percebendo o PIQ, sobrevivendo, após, pronunciamento jurídico pela inexistência do direito à gratificação (fls. 2). Assim, entendo *evidenciada a boa-fé da interessada* que percebeu *contra legem* referida gratificação durante o pe-

³ Da lavra das pareceristas Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi e Maria Fátima Gaieski, respectivamente.

⁴ Desde que não encontrem solução nas hipóteses específicas da disposição do artigo 93 do Estatuto (Súmula nº 3, PGE) e na orientação fixada no DNG de 31/1/86.

ríodo de junho a dezembro de 2010, não se lhe podendo apontar erro inescusável pelo desconhecimento da lei.

21. Destarte, com o devido respeito ao entendimento manifestado pelo órgão jurídico preopinante, entendo que o caso destes autos subsume-se à orientação da Procuradoria Geral do Estado, já aprovada, repito, pelo Sr. Governador do Estado (no Processo SAA-1062/90, interessado Sidney Junqueira, em que proferido o parecer AJG 791/2001), reproduzida na ementa do Parecer PA nº 75/2007:

“As questões de dispensa de reposição que não se enquadrem especificamente na disposição do artigo 93 (Súmula nº 3, PGE) e na orientação fixada no DNG de 31/01/86, devem ser solucionadas, desde que comprovada a boa-fé do servidor, mediante interpretação sistemático-teleológica, de efeitos extensivos, do disposto no artigo 93 da Lei 10.261/68”.

22. Tendo em vista o artigo 2º do Decreto nº 53.325, de 15/8/08⁵, que atribui ao Secretário de Gestão Pública a competência para decidir os pedidos de dispensa de reposição de servidores ativos ou inativos da Administração Centralizada, os autos encontram-se em condições de serem alçados à sua deliberação.

É o parecer, que submeto à superior consideração.

CJ/SGP, 24 de julho de 2012.

SUZANA SOO SUN LEE
Procuradora do Estado

5 “Artigo 2º - Fica atribuída ao Secretário de Gestão Pública competência para decidir pedidos de dispensa de reposição de vencimentos ou proventos, formulados por servidores ativos ou inativos da Administração Centralizada, observada a orientação da Procuradoria Geral do Estado. Parágrafo único - O disposto no “caput” deste artigo não se aplica a pedidos alusivos a quantias recebidas de boa-fé e consideradas indevidas por alteração de critério jurídico”.

De acordo com as conclusões do Parecer CJ/SGP nº 135/2012. Encaminhe-se à Chefia de Gabinete para as providências de sua alçada.

CJ/SGP, em 24 de julho de 2012.

MARY CHEKMENIAN

Procuradora do Estado Chefe

Governo do Estado de São Paulo (Casa Civil)
Centro de Documentação e Arquivo - CDA
DESPACHOS NORMATIVOS DO GOVERNADOR (1986)
DESPACHO NORMATIVO DO GOVERNADOR, DE 31-01-1986

No processo GG-2.191-74 c/aps. GG-3.145-76, SENA-216-79, SENA-344-75, SF-2.135-75, GG-1.707-68, GG-1.288-70, PGE-26.513-65-SJ, SJ-172.581-79, SJ-173.008-79, PGE-63.068-79-SJ, SJ-162.478-78, SJ-91.901-70, auts. pro- vs. 450-93 e 200-84 do PGE-26.513-65-SJ, em que é interessado José Quirino de Almeida, sobre dispensa de reposição ao erário, de importância recebida de boa-fé, posteriormente indevida, por alteração do critério: “Diante dos elementos de instrução destes autos, tem como da manifestação da Assessoria Técnico-Legislativa e do parecer 10-86, da Assessoria Jurídica do Governo, decido, em caráter normativo, autorizar os Secretários de Estado, ouvidas a Secretaria da Administração e a Procuradoria Geral do Estado, desde que provada a boa-fé do funcionário ou servidor, a dispensar a reposição de vantagem paga e posteriormente indevida em virtude de alteração do critério jurídico pelo órgão competente⁶.”

DOE Seção I, 01/02/1986, p. 2

6 Este é o ato Despacho Normativo do Governador de 31-1-1986, mencionado no parecer.

PROCESSO: PGE nº 18487-391310/2012 (OFÍCIO APEOESP nº 16/2012)

PARECER: PA nº 44/2012

INTERESSADO: SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: **SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSOR. Aposentadoria Especial.** Funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Inteligência do parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição da República. Efetivo Exercício. Expressão que, no contexto do dispositivo, está a afastar apenas o cômputo de tempo de exercício de funções não compreendidas entre aquelas a que se refere a norma constitucional. Princípio da valorização dos profissionais da educação escolar. Competência de cada ente político para estabelecer o regime jurídico de seus servidores. Possibilidade de que, sem frustrar a finalidade evidente da norma que garante a aposentadoria especial, o legislador ordinário preveja situações de afastamento que possam ser consideradas de efetivo exercício para todos ou alguns efeitos. Licença para tratamento de saúde que, nos termos do artigo 81, II, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968), conta-se como tempo de efetivo exercício para efeito de aposentadoria e disponibilidade. Faltas médicas que, consoante o artigo 4º da Lei Complementar Estadual nº 1.041, de 14 de abril de 2008, conta-se como tempo de efetivo exercício para idêntico efeito.

Consideram-se de efetivo exercício, para efeito da aposentadoria especial prevista no parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição da República, os dias em que o professor esteve afastado do serviço em virtude de licença para tratamento de saúde e faltas médicas, desde que, ao tempo do afastamento, o profissional do ensino estivesse exercendo as funções a que alude a norma constitucional.

1. Em ofício dirigido ao Procurador-Geral do Estado, o Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo – APEOESP expôs que, à conta de “equivocada interpretação” da lei, a Coordenadoria de Gestão de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Educação não tem considerado como efetivo exercício, para fins de aposentadoria especial dos professores, os “períodos de licenças médicas e faltas médicas”. Solicitou, assim, audiência para tratar do assunto (fls. 2).

2. Instado a informar pela Chefia de Gabinete do Procurador-Geral (fls. 3), o Centro de Vida Funcional do Departamento de Administração de Pessoal da Secretaria da Educação explicou que, de fato, a partir de meados de março de 2012, a São Paulo Previdência –SPPREV passou a devolver os processos únicos de contagem de tempo em que as faltas médicas e as licenças-saúde eram tidas como efetivo exercício. Segundo o órgão de pessoal, a autarquia de previdência agiu bem, porque só podem ser considerados como de efetivo exercício os afastamentos previstos no artigo 78 do Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968), ao passo que o artigo 81, II, da mesma lei garante apenas que se contem os dias de falta médica e de licença-saúde como tempo de contribuição. Por fim, o órgão asseverou que os afastamentos previstos nos artigos 64 e 65 do Estatuto do Magistério Paulista (Lei Complementar nº 444, de 27 de dezembro de 1985) também não podem ser reputados como efetivo exercício (fls. 4/8).

3. O Coordenador de Gestão de Recursos Humanos da Pasta informou, em acréscimo, que as discussões sobre os requisitos da aposentadoria especial de professor sempre se concentraram no local do serviço e no tipo de função desempenhada pelo agente, e que, por isso, não tem “clareza de que a administração, sempre, (...) tenha se preocupado em excluir da contagem de tempo de serviço e/ou contribuição, todos os períodos da carreira em que esse profissional, que inclusive conta com atuação diferenciada constitucionalmente reconhecida, tenha necessitado se afastar em razão de problemas com a sua saúde, seja por meio de faltas médicas abonadas ou de licença para tratamento de saúde legalmente concedida” (fls. 13/14).

4. Assim instruídos, os autos seguiram à Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral (fls. 16), que, de seu turno, determinou a oitiva desta Especializada (fls. 17).

Opinamos.

5. Há quase 20 anos, esta Procuradoria Administrativa produziu o Parecer PA-3 nº 70/1993¹, em que, ao móvel de interpretar o *caput* do artigo 41 da Carta de 1988, que, em sua redação primitiva, já tratava de requisito temporal para a aquisição de estabilidade pelos servidores nomeados por concurso público² –, tomou a expressão *efetivo exercício* ali empregada como sinônimo de *exercício real* das funções assumidas com a investidura.

1 De autoria do Procurador do Estado Carlos Ari Sundfeld e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 30 de junho de 1993.

2 Texto original do *caput* do artigo 41 da Constituição: 1988: “Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.”

6. A partir dessa premissa, o parecer construiu a tese de que os afastamentos do servidor durante o período estágio probatório, como regra geral, não poderiam ser contados para efeito do perfazimento dos dois anos (hoje, três) que a Constituição exigia como condição para a estabilidade. À regra escapariam as ausências reputadas “normais”, como dias de descanso, feriado e de férias, eventos comuns a todos os servidores; não, contudo, os eventos “específicos a certos servidores ou derivados de situações eventuais”, como licenças ou afastamentos em virtude de casamento, falecimento de parentes, acidente ou doença, maternidade, paternidade, serviço militar, atividade política, prêmio por assiduidade, trato de interesses particulares, desempenho de mandato classista, afastamento de cônjuge, afastamento para servir a outro órgão ou atividade, exercício de mandato eletivo etc.

7. O ponto de distinção colocou-se, pois, entre afastamentos que poderiam, pela presumida vontade do legislador constituinte, ser vistos como *real, efetivo* exercício do cargo e aqueles que, contingentes ou excepcionais, não se incluiriam no domínio da norma. O recurso à literalidade do texto, em que se confiou a mais não poder como método seguro de interpretação, estaria a apontar para a eloquência do adjetivo *efetivo* e, com isso, a desautorizar equiparações legais entre exercício e afastamento que procurassem sofismar a exigência constitucional, em si clara e suficiente.

8. De tais equiparações, tolerou-se, entretanto, a do artigo 78 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, porque, segundo se disse textualmente no parecer, “a Constituição não exigia fosse de efetivo exercício o tempo computado para aposentadoria, adicional por tempo de serviço e outros direitos que motivaram a definição legal”. No que tocava à aquisição de estabilidade, todavia, a expressão *efetivo exercício* estava lá, às escâncaras, na cabeça do artigo 41 da Lei Fundamental, a interditar ao legislador ordinário toda incursão no terreno da ficção, ou, enfim, a impedir que “contrariasse a realidade” (*verbis*), chamando de exercício o que exercício não era.

9. O parecerista não atinou com o fato de que, para uma modalidade especial de aposentadoria, a Constituição já, àquela época, exigia tempo de *efetivo exercício*. Professores aposentavam-se, então, “aos trinta anos de *efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais*”, como previa a alínea “b” do inciso III do artigo 40. Nada, entretanto, que comprometesse a qualidade da peça opinativa, que, é de convir, propusera-se a resolver problema diverso, o do estágio probatório, em relação ao qual as conclusões extraídas faziam todo o sentido. No final das contas, estava-se a reagir – e com raro engenho de raciocínio – a uma só questão: como poderia ser avaliado pela Administração o servidor que passasse boa parte do curto período inicial do vínculo com o cargo afastado de suas funções, em exercício apenas fictício?

10. O remédio funcionou bem, até demais; o tempo passou, a Constituição foi-se alterando, o emprego da expressão *efetivo exercício* viu-se multiplicar no texto constitucional e, ainda hoje, não importa em que contexto ocorram, leem-se aquelas duas palavras com o mesmo sentido que lhes deu o Parecer PA nº 70/1993. Numa das últimas vezes em que a Procuradoria Administrativa foi chamada a falar sobre o assunto, deduziu-se com perfeita coerência a ilação de que o tempo de licença para tratamento de saúde, que já não se computa no período de estágio probatório, igualmente não pode ser considerado para efeito da aposentadoria voluntária do servidor que também dependa, na letra da Carta, de requisito temporal de *efetivo exercício*. Referimo-nos ao Parecer PA nº 274/2006³, que confirmou a tradição desta Especializada em interpretar, invariavelmente, a expressão constitucional em questão como sinônimo de exercício real, seja quais forem os fins a que ela esteja apensada.

11. Agora, nesse previsível crescendo de derivações práticas de uma interpretação gramatical fixada há duas décadas, vem à baila o problema específico da aposentadoria especial dos professores, que têm de comprovar, como se sabe, “*exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio*” (artigo 40, parágrafo 5º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998) se quiserem passar à inatividade com idade e tempo de contribuição reduzidos em cinco anos em relação à regra geral da aposentadoria voluntária com proventos integrais.

12. A levarmos adiante, como até aqui se fez, a postura filológica que tem orientado as manifestações desta Especializada a respeito do tema, teríamos de concluir que não apenas a licença para tratamento de saúde ficaria de fora da contagem do tempo para que os mestres se aposentassem pela regra especial; de fora, também, estariam os afastamentos em razão de licença-prêmio, licença-gestante, licença-paternidade, nojo, gala, faltas abonadas e outros que, de igual modo, não se amoldassem àquela visão severa de *efetivo exercício*. Não nos poderia socorrer nem mesmo o Estatuto dos Funcionários Públicos, que, pela ótica do Parecer PA nº 70/1993, estaria a conspirar acintosamente, pelo caminho do artifício ou do jogo de palavras, contra a letra cristalina da Constituição.

13. Apesar da força dos argumentos que nos precederam, não é assim que enxergamos. Nada nos remove a impressão de que a finalidade do estágio probatório foi o que determinou o entendimento sobre *efetivo exercício* fixado no Parecer PA nº 70/1993. A noção de que se trata de um período de teste do servidor,

3 De autoria da Procuradora do Estado PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 8 de março de 2007.

que a Emenda Constitucional nº 19/1998 mais tarde viria a chancelar⁴, deve ter sido cardeal para a afirmação que efetivo significa real, muito embora o parecer a tenha habilmente sonogado como premissa e revelado apenas como conclusão⁵.

14. *Efetivo* não significa apenas real. Aliás, esse nem é seu significado mais conspícuo. *Efetivo* é o que, *real ou não*, produz ou exprime efeitos. Também pode significar o que, *real ou não*, atinge objetivos, funciona normalmente, é satisfatório ou aceitável ou bem-sucedido. Todas essas acepções registram-nas o Dicionário Houaiss da língua portuguesa e, com isso, queremos dizer que o parecer, conquanto afirmasse atender precipuamente à “literalidade” da norma constitucional, baseou-se numa *escolha* – ainda que informada – do intérprete.

15. Alteram-se as condições, é natural que mude a escolha. Não estamos mais diante do estágio probatório, de seu exíguo prazo, da necessidade de que o servidor seja avaliado no dia a dia de trabalho até que possa, finalmente, adquirir estabilidade em seu cargo. O olhar tem de ser novo; a solução, diversa. Não há interpretação da Constituição que independa do problema concreto, já ensinava o jurista alemão Konrad Hesse.

16. Que exige a Constituição para que o professor possa aposentar-se com requisitos temporais reduzidos? Que tenha efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. **Com isso a Carta repele o exercício de qualquer outra função, e só.** O adjunto adnominal “*das funções de magistério (...)*”, de nítido papel especificativo, é chave para a compreensão do parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição e, deveras, é fundamentalmente sobre essa expressão que a doutrina e a jurisprudência têm-se debruçado em todos esses anos, ainda quando afirmam, vez por outra, que *efetivo* tem o sentido de *real*: **a contraposição faz-se entre o exercício da docência e o de outras funções e, não, entre o exercício da docência e afastamentos que, em sua ampla maioria, constituem direitos de qualquer professor de acordo com o respectivo estatuto**⁶.

4 Referida emenda constitucional alterou a redação do artigo 41 da Carta, que passou a exigir em parágrafo 4o, como condição para a aquisição de estabilidade, “*a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade*”. Além disso, o artigo 28 da mesma emenda, regra transitória, referiu-se expressamente ao “*estágio probatório*” dos servidores que então atravessavam o período descrito no *caput* do artigo 41.

5 Assim se afirmou no parecer: “Nessas condições, a literalidade do dispositivo parece conduzir à ideia de que a finalidade do prazo de dois anos anteriores à aquisição da estabilidade previsto no artigo 41, *caput* é de permitir a avaliação concreta do desempenho funcional do servidor (...)” (item 6, trecho final).

6 O Supremo Tribunal Federal tem deixado patente essa contraposição, ao decidir, por exemplo, que “A expressão ‘*efetivo exercício em funções de magistério*’ (CF, art. 40, III, ‘b’) contém a exigência de que o direito a aposentadoria especial dos professores só se aperfeiçoa quando cumprido totalmente este especial requisito temporal no exercício das específicas funções de magistério, excluída qualquer outra” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 178, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgada em 22 de fevereiro de 1996, g.n. No mesmo sentido: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 528.443, Relator Ministro

17. Na verdade, se conseguirmos esquivar-nos daquela concepção peculiar que serviu, ainda que muito bem, à exegese do artigo 41 da Carta Magna, veremos de olhos bem abertos que, em nossa tradição jurídica, a regra tem sido a do emprego da expressão *efetivo exercício* para designar, além do exercício *real* ou *de fato*, quaisquer situações funcionais hábeis a produzir todos ou alguns dos efeitos jurídicos que o exercício de uma função pública comumente acarreta, tais como o direito à remuneração e à contagem de tempo de serviço para fins os mais variados⁷. É corriqueira nos estatutos a substituição da noção de simples exercício pela de efetivo exercício, com a óbvia finalidade de evitar que certos direitos conquistados pelo servidor público que importem o afastamento do serviço (v.g. o direito à licença-prêmio) não comprometam a aquisição de outros direitos decorrentes da relação profissional (v.g. o direito à aposentadoria).

18. Se é assim, nossa conjectura aponta na direção de que também o legislador constitucional, à parte a situação peculiar do estágio probatório, valeu-se deliberadamente de um conceito elástico, apto a açambarcar outras situações além do mero exercício real das atribuições do cargo, conforme as viesse prever a lei. No mais das disposições da seção da Constituição que trata dos servidores públicos, o emprego do adjetivo *efetivo* à frente do substantivo *exercício* parece-nos ter tido justamente a finalidade contrária daquela objetivada no *caput* do artigo 41: repelir, com o socorro de uma expressão já consagrada pelo uso na legislação, interpretações pretensamente literais do texto constitucional que apoucassem os direitos ali previstos.

19. Validam essa tese duas observações, uma de ordem particular e outra de caráter geral. No que concerne especificamente aos professores, a Constituição enunciou no artigo 206 o **princípio da valorização dos profissionais da educação escolar**⁸, que, embora preordenado pelo texto normativo à ministração do ensino, termina por

Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 16 de novembro de 2010). A Súmula 726 daquela Corte, a propósito, prescreve que para efeito de aposentadoria especial de professores não se computa o “tempo de serviço prestado fora da sala de aula” (g.n.), e não, absolutamente, qualquer tempo que o servidor passe fora da sala de aula, como o tempo de afastamento em virtude de licença-prêmio ou de licença para tratamento de saúde.

7 Na época em que a Constituição foi promulgada, estava em vigor há mais de 35 anos o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos da União, instituído pela Lei Federal nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, que, à semelhança do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, empregava aquela expressão sempre que tivesse de abranger, além do exercício de fato, outros a que a lei atribuisse consequências como se de fato fossem. De acordo com a lei federal, por exemplo, vencimento era “a **retribuição pelo efetivo exercício do cargo correspondente ao padrão definido em lei**” (artigo 119, g.n.) e não apenas a retribuição pelo exercício de fato. A nova lei definidora do regime jurídico dos servidores públicos da União - Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - repetiu esse emprego em regras como as que concedem ao servidor exonerado o direito à indenização de férias não usufruídas “na proporção de um doze avos por mês de **efetivo exercício**, ou fração superior a quatorze dias” (artigo 78, parágrafo 3º, incluído pela Lei Federal nº 8.216, de 13 de agosto de 1991, g.n.).

8 “**Art. 206.** O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) V - valorização dos profissionais da educação escolar; garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;”

orientar a compreensão de todas as normas jurídicas relativas a esses trabalhadores, como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas”⁹. Dessarte, entre conceder à expressão *efetivo exercício* o sentido de *exercício real*, de molde a limitar o direito à aposentadoria especial dos professores, e tomar aquela locução com sentido mais amplo, que, **igualmente compatível com o texto**, confira maior efetividade ao direito previsto na norma¹⁰, parece-nos preferível – e com larga vantagem – a segunda opção.

20. Apropriamo-nos, nesse ponto, da lúcida censura feita por Maria Sylvia Zanella di Pietro a outras interpretações estritas do mesmo enunciado constitucional:

“Parece extremamente contraditório que, quando a Constituição, pela primeira vez, resolve inserir, como princípio constitucional a ser obrigatoriamente observado no ensino público, o da valorização dos profissionais do ensino, o alcance do dispositivo fique sensivelmente reduzido por uma interpretação restritiva do artigo 40, § 5º.”¹¹

21. E rejeitamos, por inconciliáveis com a amplitude do princípio constitucional, exegeses do parágrafo 5º do artigo 40 da Carta que se suportem apenas numa imaginada intenção do constituinte de compensar os professores pelo desgaste causado pelo exercício *real* das funções do magistério¹². Conforme observou o Ministro Cezar Peluso no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de ação direta de inconstitucionalidade em que se interpretava o mesmo dispositivo constitucional, “O problema é de valorização da atividade. Nós estamos partindo do pressuposto – e parece que isso fica subjacente, inconscientemente subjacente – de que a Constituição atribui aos professores um benefício particular quanto à aposentadoria, porque – e talvez seja essa a explicação de usarem guarda-pó – trabalham de sol a sol, com a enxada na mão!... Os trabalhadores rurais, do ponto de vista do desgaste físico, sofrem muito mais do que qualquer professor. E por que esses profissionais não recebem da Constituição o mesmo

9 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 53.

10 O princípio da máxima efetividade, como descrito por Gomes Canotilho, significa que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (*Direito constitucional e teoria da constituição*, ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000, p. 1224).

11 *Aposentadoria especial. Aplicação aos integrantes do quadro do magistério*. Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 2, nº 22, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PD10006.aspx?pdiCntd=2855>>. Acesso em 25 de julho de 2012.

12 Interpretações desse jaez parecem puramente arbitrárias. Como sustentava FRIEDRICH MÜLLER ao negar a autonomia da interpretação teleológica, “a suposição de uma ‘ratio’ que não pode ser comprovada sob nenhum outro aspecto da concretização, desqualifica-se enquanto ‘valoração’ ou ‘ponderação’ subjetiva descolada da norma” (*Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3a ed., apud ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 172).

tipo de benefício? Porque não se trata de valorizar o desgaste físico e psicológico, mas de valorizar uma função importante, como diz o art. 205, de uma atividade que faz parte da dignidade humana, porque é condição necessária para o desenvolvimento das virtualidades da pessoa. Isto é, uma pessoa que não receba educação não se desenvolve como pessoa e, portanto, não adquire toda a dignidade a que tem direito, e a educação, portanto, é, nesse nível, tão importante, que quem se dedique a ela como professor recebe do ordenamento jurídico um benefício correspondente.”¹³

22. Já no que toca aos servidores públicos em geral – esta é a segunda observação a que aludimos –, não nos escapa a ideia de que, ao atribuir à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para instituir o regime jurídico de seus servidores (artigo 39 da Constituição, redação original) por lei de iniciativa do Chefe do Executivo (artigo 61, parágrafo Iº, II, “c”), o constituinte relegou a cada ente político a tarefa de disciplinar a vida funcional desses agentes e, conseqüentemente, de dar os contornos de uma faceta essencial dessa vida, que é o *exercício*. Dispõe o legislador ordinário, pois, de um espaço razoável para fixar em que consiste o exercício e o que pode ser a ele equiparado, porque também apto a produzir efeitos, isto é, *efetivo*.

23. Não é a mesma situação de outros termos do texto constitucional que há muito vinham expressando um sentido unívoco, vulgar ou cientificamente assentido; ou de conceitos sobre os quais a Constituição peremptoriamente vedou qualquer interferência legislativa, como, em matéria de aposentadoria de servidores, o de *tempo de contribuição*. Repare-se: não se acha na Carta, a respeito do tempo de *efetivo exercício*, disposição semelhante à do parágrafo 10 do artigo 40, que proíbe à lei “estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”.

24. Dirão que o legislador constitucional não poderia ter exprimido – nas disposições concernentes ao estágio probatório e à aposentadoria especial dos professores, ou mesmo à aposentadoria voluntária dos servidores em geral – ideias diferentes pelo uso de uma mesma palavra ou expressão. A objeção, contudo, não se sustenta. Primeiro, porque, conforme certa vez observou o Ministro Sydney Sanches, “muito embora a teoria do Direito Constitucional aponte para a correção dos termos pousados nas constituições, ante o alto grau de elaboração e análise a que foi submetido o texto, não se haverá olvidar que o nosso processo constituinte foi feito de maneira bastante insatisfatória e atravancada, apesar do longo período elaborativo, legando à Norma Suprema o infeliz apelido de ‘colcha de retalhos’. Deve ser visto com devida cautela

13 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772, Relator Ministro CARLOS BRITTO, Relator para o Acórdão Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgada em 29 de outubro de 2008.

o critério interpretativo de conceder muita importância ao uso dos termos, haja vista a frequência com que usou-se um termo por outro na Constituição Federal”¹⁴.

25. Depois, quando o assunto é interpretação da Constituição, é preciso colocar em perspectiva os métodos tradicionais de hermenêutica jurídica de origem civilista. De certa forma, já antecipava esse movimento, ainda no século XIX, o constitucionalista norte-americano Joseph Story, que, como nos ensina Paulo Bonavides, rechaçava interpretações que, até de modo pedante, enxergassem o texto constitucional como palco de “exercícios ou torneios de acuidade filosófica ou perquirição judicial”¹⁵. Na visão de Story, o que se deveria alcançar era uma *interpretação razoável*, pela qual as palavras fossem tomadas nas acepções que melhor se coadunassem com os objetivos evidentes da Constituição, sem rigorismos que desprezassem as motivações do povo e se contrariassem os princípios e valores que este elegeu. Cumpriria, pois, “recusar ou invalidar por molesta toda interpretação literal tendente a apoucar ou frustrar a importância atribuída àqueles fundamentos espirituais da realidade constitucional”¹⁶. Nenhuma regra uniforme de hermenêutica poderia ser aplicada ao texto constitucional sem que comportasse, bem por isso, modificações em sua aplicação a determinadas cláusulas.

26. Um dos dogmas clássicos de interpretação que Story criticou foi precisamente aquele segundo o qual as mesmas palavras do texto têm de exprimir idêntica ideia. Na lição do jurista, que encontrou apoio na doutrina do Juiz MARSHALL – pedimos licença para traduzir o excerto:

“(...) não é de maneira alguma uma regra correta de interpretação compreender a mesma palavra com o mesmo significado, em qualquer lugar que ocorra no mesmo instrumento. Não segue, nem lógica nem gramaticalmente, que porque uma palavra é achada em determinada contextura na constituição, com um sentido definido, o mesmo sentido deve ser consequentemente adotado em qualquer outra contextura em que a palavra ocorra. Isso seria supor que os constituintes sopesaram apenas a força de palavras soltas, como filólogos ou críticos, e não de orações e objetos inteiros, como estadistas e pensadores práticos. E ainda assim nada tem sido mais comum que submeter a constituição a essa análise estreita e perniciosa. Homens de mentes engenhosas e sutis, que buscam simetria e harmonia na linguagem, ao encontrarem na constituição uma palavra usada em certo sentido, o qual se encaixa em sua teoria favorita para interpretá-la, fizeram desse um padrão pelo qual medir seu uso em qualquer outra parte do instrumento. Estenderam-no assim, por assim dizer, sobre a cama de

14 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 378, RTJ 143:27, *apud* LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 6a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 131.

15 PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 25a ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 470.

16 PAULO BONAVIDES, *op. cit.*, pp. 470-1.

Procusto, aparando seu significado, quando parecia amplo demais a seus propósitos, e esticando-o, quando parecia muito curto. Portanto o distorceram até as formas mais antinaturais, e aleijaram-no, onde haviam procurado apenas lhe ajustar as proporções de acordo com as próprias opiniões. Foi muito bem observado pelo Sr. Juiz Marshall, no caso *Nação Cherokee vs. o Estado da Geórgia*, que ‘como foi dito, as mesmas palavras não têm necessariamente o mesmo significado ligado a elas quando encontradas em partes diferentes do mesmo instrumento. Seu significado é controlado pelo contexto. Isto é indubitavelmente verdadeiro. Na linguagem comum, a mesma palavra tem vários sentidos; e o sentido específico, com que é empregada em qualquer sentença, deve ser determinado pelo contexto’ (...)¹⁷

27. Logo, no contexto em que a expressão *efetivo exercício* é achada no parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição da República, cujo núcleo de sentido está na natureza das “funções desempenhadas pelo professor (*funções de magistério*)” e não na forma desse desempenho (que importa ao estágio probatório do artigo 41), **é-nos permitida interpretação que a identifique com o efetivo exercício de que tratam leis definidoras do regime jurídico desses servidores e a desidentifique, apenas, com o efetivo exercício de funções diferentes das enunciadas no dispositivo**¹⁸. De acordo com essa hipótese, coube ao legislador de cada ente da federação integrar a norma fundamental pelo adensamento de seu conteúdo normativo até o limite permitido pelo texto, pois “É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas”¹⁹.

28. Voltemos nossa atenção, por isso, à legislação do Estado de São Paulo, cujo Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968), aplicável subsidiariamente aos integrantes do Quadro de Magistério por força do artigo 96 do Estatuto do Magistério Paulista (Lei Complementar nº 444, de 27 de dezembro de 1985), estabelece serem de *efetivo exercício* afastamentos em virtude de férias, casamento, falecimento de parentes, serviços obrigatórios por lei, licença à funcionária gestante, licença-paternidade, licença-prêmio, além de outros motivos arrolados no artigo 78.

17 *Commentaries on the Constitution of the United States; with a preliminary review of the constitutional history of the colonies and states, before the adoption of the constitution*, volume I, book III. Boston: Hilliard, Gray and Company; Cambridge: Brown, Shattuck and Co, 1833, § 454. Texto integral em inglês disponível em <http://www.constitution.org/fis/fis_000.htm>, acesso em 23 de julho de 2012.

18 Sobre o que se compreende nas “funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio”, confira-se o Parecer PA nº 61/2010, de nossa autoria, aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 1º de junho de 2010; e o Parecer PA nº 150/2011, da lavra da Procuradora do Estado PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN, aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 25 de junho de 2012.

19 LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 133.

29. Percebamos ainda mais: segundo o artigo 81, II, do mesmo diploma, constitui *efetivo exercício* para efeito de aposentadoria e disponibilidade o tempo de licença para tratamento de saúde²⁰. Aqui, a lei não diz expressamente *efetivo exercício*, mas, no rastro do artigo 78, é exatamente disso que trata, até porque apenas os dias de efetivo exercício podem ser computados na apuração do tempo de serviço (artigo 77, parágrafo 1º). A distinção é apenas aquela percebida por Régis Fernandes de Oliveira:

“A lei especifica o que se deve entender por efetivo exercício, contando-se o tempo de afastamento, para todos os efeitos legais (art. 78), em virtude dos motivos constantes dos incisos que serão analisados.

.....
 Vimos os casos em que o tempo de serviço, apesar do afastamento, é computado para todos os efeitos de lei, com a restrição mencionada no art. 79 e seu parágrafo único. **Agora, alguns artigos determinam a contagem do tempo de serviço, limitando, porém, seus efeitos.**

.....
 Contar-se-á o tempo de serviço **para efeito de disponibilidade e aposentadoria** quando do afastamento para a prestação de serviços junto a entidades paraestatais e serviços públicos de natureza industrial (art. 81, inciso I), bem como a licença para tratamento de saúde (inciso II).”²¹

30. Satisfaz-se por intermédio da lei, concluímos o pressuposto temporal da aposentadoria especial do professor que queira ver computado o tempo de licença para tratamento de saúde. Não se trata, como erroneamente se tem dito, de simples tempo de contribuição, requisito constitucional desconhecido pelo legislador do estatuto e insuscetível de equiparação legal por força da proibição contida no parágrafo 10 do artigo 40 da Constituição, mas, sim, de tempo de *efetivo exercício*, que vive e revive na Constituição da República em disposições como a do parágrafo 5º do citado artigo.

31. O mesmo raciocínio pode ser desenvolvido em relação à falta médica. A lei que atualmente disciplina a matéria – Lei Complementar Estadual nº 1.041, de 14 de abril de 2008 – dispõe que as ausências do servidor em virtude de consulta, exame ou sessão de tratamento de saúde, comprovadas na forma e até os limites ali previstos, “*serão computadas (...) para fins de aposentadoria e disponibilidade*” (artigo 4º). Novamente, embora a lei não diga, está a cuidar de tempo de efetivo exercício, segundo o conceito do Estatuto, apenas com efeitos limitados à aposentadoria e à disponibilidade. É, aliás, o que prescrevia de modo mais enfáti-

20 “Artigo 81 - Os tempos adiante enunciados serão contados: (...) II - para efeito de disponibilidade e aposentadoria, o de licença para tratamento de saúde.”

21 O funcionário estadual e seu estatuto: comentários sobre a Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, Estado de São Paulo. São Paulo: Editora Max Limonad, 1975, pp. 97 e 100, g.n.

co o diploma que antes tratava do assunto: “Serão considerados de efetivo exercício (...) para fins de aposentadoria e disponibilidade” (artigo 4º da Lei Complementar nº 883, de 17 de outubro de 2000, revogada).

32. Evidentemente, a contagem como efetivo exercício dos dias de afastamento em virtude de licença para tratamento de saúde e de falta médica pressupõe que o professor se haja afastado de funções **que possam ser enquadradas, de acordo com a norma constitucional garantidora da aposentadoria especial, entre as funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.** Essas funções, não é demais lembrar, compreendem aquelas de direção, coordenação e assessoramento pedagógico exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades por professores anteriormente investidos em cargos e funções-atividades docentes, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772²². Em sendo outras as funções de que se deu o afastamento, não existirá o direito ao cômputo.

33. Por todo o exposto, nossa proposta vai no sentido de recomendar aos órgãos estaduais competentes, nomeadamente a Coordenadoria de Gestão de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Educação, a Diretoria de Benefícios de Servidores Públicos da São Paulo Previdência e a Unidade Central de Recursos Humanos da Secretaria de Gestão Pública, que considerem de efetivo exercício e, portanto, contem para efeito da aposentadoria prevista no parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição da República os dias em que o professor esteve afastado em virtude de licença para tratamento de saúde e falta médica, desde que, ao tempo do afastamento, o profissional do ensino estivesse exercendo as funções a que alude a norma constitucional.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 31 de julho de 2012.

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

22 V. nota 18, *supra*.

PROCESSO: PGE nº 18487-391310/2012 (Ofício APEOESP nº 16/2012)
INTERESSADO: SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
PARECER: PA nº 44/2012

De acordo com a conclusão a que chegou o Parecer PA nº 44/2012, no sentido de apontar que o “efetivo exercício” exigido pelo artigo 40, § 5º, da Constituição Federal, na aposentadoria especial de professor, não se confunde com o “efetivo exercício” previsto no artigo 41, *caput*, do texto constitucional ao se referir à estabilidade do servidor público ocupante de cargo efetivo ao fim do estágio probatório. Assim, a licença-saúde e as faltas médicas não impedem o professor de se aposentar aos 30 (trinta) anos de efetivo exercício **de funções de magistério**, nem a professora de fazê-lo aos 25 (vinte e cinco) anos.

Como explicitado no parecer, o “efetivo exercício” é uma qualificação que se refere à função de magistério. A referência é pertinente porque muito se discutiu o tipo de atividade que caracterizaria função de magistério e ensejaria a redução do tempo de serviço para fins de aposentadoria. A controvérsia culminou com a edição da Adi 3.772 (Rel. Min. Carlos Britto, j. 29.10.2008) que entendeu que os professores exercentes de funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico igualmente fariam jus à aposentadoria especial. Assim, na norma constitucional em foco, “efetivo” está se referindo a funções de magistério e não a “exercício”.

Tanto assim é, que já no Parecer PA nº 5/2006, de autoria de Antônio Joaquim Ferreira Custódio, o autor ressaltava o sentido da expressão “efetivo exercício”, invocando a interpretação estrita que a ela dá o Supremo Tribunal Federal. O exemplo então trazido pelo parecerista era justamente em matéria de aposentadoria especial de professor, na medida em que na Adi 178-7-RS o STF decidira que “a expressão efetivo exercício em funções de magistério (...) contém exigência de que o direito à aposentadoria especial dos professores só se aperfeiçoa quando cumprido totalmente este especial requisito temporal no exercício das específicas funções de magistério, excluída qualquer outra”.

Note-se que o bem-elaborado Parecer PA nº 70/93 (Parecerista Carlos Ari Sundfeld) aponta como elemento primordial para fundamentar a interpretação que faz, a razão de ser da norma constitucional então examinada (*caput* do artigo 41 da CF, que já exigia à época, como continua hoje a exigir, determinado tempo de “efetivo exercício” no serviço público para que o servidor adquira estabilidade). Dessa forma, entendeu que o constituinte exigiu tempo de efetivo exercício no serviço público porque considerou necessária a existência de um tempo de real prestação de uma atividade para que se pudesse avaliar a pertinência da concessão da estabilidade ao servidor.

Na aposentadoria especial de professor, no entanto, o que existe na norma constitucional é o intuito de valorizar a atividade docente, como exposto no parecer em exame.

Como se vê, porque as normas constitucionais em foco, art. 40, § 5º, e art. 41, *caput*, têm finalidade diversa, diferente deve ser a interpretação de seus termos.

Esse aspecto da questão, por si só, parece suficiente para afastar a aplicação do conceito de “efetivo exercício” na forma delineada no Parecer PA nº 70/93, às situações de aposentadoria especial de professor.

Ocorre que o parecer em exame vai além, para admitir que o legislador ordinário preveja situações de afastamento que possam ser consideradas de “efetivo exercício” para todos ou alguns efeitos desde que não frustre a finalidade evidente da norma (itens 22 e 23 da peça opinativa). Afirma também que *“o legislador constitucional, à parte a situação peculiar do estágio probatório, valeu-se deliberadamente de um conceito elástico, apto a açambarcar outras situações além do mero exercício real das atribuições do cargo, conforme as viesse prever a lei. No mais das disposições da seção da Constituição que trata dos servidores públicos, o emprego do adjetivo efetivo à frente do substantivo exercício parece-nos ter tido justamente a finalidade contrária daquela objetivada no caput do artigo 41: repelir, com o socorro de uma expressão já consagrada pelo uso na legislação, interpretações pretensamente literais do texto constitucional que apoucassem os direitos ali previstos”* (item 18 da peça opinativa).

Essas premissas, se admitidas como corretas, tornariam pertinente a aplicação do Parecer PA nº 70/93 unicamente às situações que envolvam o estágio probatório, em contradição com as orientações já fixadas e aprovadas pela Chefia da Instituição nos Pareceres PA nºs 5/2006 (Parecerista Antônio Joaquim Ferreira Custódio) e 274/2006 (Parecerista Patrícia Ester Fryszman). Nessas peças opinativas, considerou-se que as referências contidas nos artigos 40, § 1º, III, da CF, art. 6º, III, da EC 41/2003, e art. 3º, II, da EC 47/2005, que exigem “efetivo exercício” para implemento de determinadas condições para a aposentadoria voluntária do servidor público, deveriam ser consideradas de acordo com a mesma diretriz exegética emanada do Parecer PA nº 70/93.

Os argumentos alinhavados pelo Parecer PA nº 44/2012 em exame não abalam a diretriz já sedimentada na Procuradoria Geral do Estado de que quando a Constituição Federal, ao tratar dos servidores públicos, se utiliza da expressão “efetivo exercício”, ela o faz no sentido de dar uma qualificação especial ao tempo. A tese exposta no Parecer PA nº 44/2012 anula o texto constitucional ao não respeitar a diferenciação entre “exercício” e “efetivo exercício” em todas as situações em que a expressão é utilizada.

Com a devida vênia do ilustre parecerista, não há elementos que consintam essa autorização.

O fato de os entes da Federação terem competência para instituir o regime jurídico de seus servidores não significa que possa o legislador estadual, para as situ-

ações em que o constituinte exige “efetivo exercício”, afastar essa exigência ao criar situações fictas que a descaracterizem. As regras infraconstitucionais de contagem de tempo são válidas quando não conflitam com o texto constitucional, como é curial. Assim, não há qualquer óbice a que o legislador ordinário considere como de efetivo exercício situações fictas para finalidades que são indiferentes ao texto constitucional (para concessão de adicionais temporais, por exemplo). Não poderá criar hipóteses fictas, no entanto, para fim de aposentadoria, **nas situações em que o constituinte exigiu comprovação de “efetivo exercício”**.

O sempre lembrado Hely Lopes Meirelles acentua que os Estados-membros da Federação, por força de sua autonomia constitucional, têm competência para organizar e manter seus servidores. No entanto, por óbvio, as “disposições estatutárias ou de outra natureza (...) não podem contrariar o estabelecido na Constituição da República como *normas gerais de observância obrigatória* pela Administração direta e indireta, conforme o caso, na organização do seu pessoal e dos respectivos regimes jurídicos”. Acrescenta o autor que a partir da Constituição de 1967 os dispositivos constitucionais pertinentes ao servidor público passaram a ser “normas de observância obrigatória em todas as esferas administrativas, situação mantida pela atual Constituição da República”¹. Com efeito, o artigo 40 da atual Constituição, ao disciplinar as regras de aposentadoria, vincula a elas União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Desde a época da Constituição anterior o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o texto constitucional estrutura “um sistema sobre o funcionário público, em geral, estabelecendo direitos e garantias, e condições de sua efetividade” e, que por ele, “o Estado e, conseqüentemente, os Municípios, estão adstritos à sua observância, tanto quanto a União, **sendo-lhes defeso, no regime vigente, ampliar ou restringir os institutos, enquanto e no quanto configurados no texto constitucional**”². Nesse mesmo acórdão, deixou o STF assentado que fora “do âmbito dessa imposição das normas constitucionais e da legislação federal explicitante, rege o princípio da autonomia estadual, sob o crivo dos poderes remanescentes, e o Estado poderá conceder vantagens maiores a seus funcionários, desde que em matéria que não seja objeto de delimitação na Lei Maior”. Especificamente, no caso concreto em exame, decidiu o STF que não poderia o legislador local reduzir o tempo de serviço para aposentadoria, o que de fato aconteceria se fosse reconhecida a validade de legislação estadual que admitira a contagem de determinado tempo de serviço privado. Assentou-se no acórdão que “as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço para aposentadoria”, sujeitavam-se a regramento uniforme nacional.

1 *Direito Administrativo Brasileiro*. 36a ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 455-456.

2 Pleno, RP 983, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 22.8.1979, DJ 21.9.1979.

Nos dispositivos constitucionais antes mencionados (art. 40, § 1º, III, da CF, art. 6º, III, da EC 41/2003, e art. 3º, II, da EC 47/2005) subjaz a existência de um motivo determinante para que o legislador constitucional exija tempo de real exercício de serviço público e não de mero transcurso de tempo de contribuição, para que se perfaça o direito à aposentadoria. Nesses casos, soma-se à exigência de tempo de contribuição o transcurso de um certo interregno temporal em que haja o “efetivo exercício” no serviço público e/ou no cargo. Ou seja, de todo o tempo a ser cumprido para a aposentação, uma parte dele deve ser transcorrido em real contato com a atividade pública. Entender-se que o efetivo exercício nada mais é do que o exercício normal seria esvaziar a norma, reconhecendo que o legislador constitucional utilizou palavras inúteis. Na verdade, o constituinte fez uma distinção entre “tempo de exercício” e “tempo de efetivo exercício”. No primeiro caso, admitiu o mero transcurso de um tempo, pela simples evolução do calendário. No outro, exigiu a comprovação de um exercício real, um tempo que não admite acréscimos fictícios pelo legislador infraconstitucional. Ao contrário do que se argumenta, não precisa o constituinte deixar expressa essa vedação. Basta que ela decorra lógica e transparente do contexto normativo.

Se assim é, se o constituinte fez essa distinção, não pode o legislador ordinário desqualificá-la, considerando de “efetivo exercício” para a finalidade apontada pelo texto constitucional um tempo que, de fato, não tem essa qualificação. Como apontado com percuciência no Parecer PA nº 70/93, se o legislador infraconstitucional qualificou um tempo como de efetivo exercício é porque, na realidade, o tempo não tem essa característica.

Essa diretriz comporta a exceção tratada no parecer, na medida em que a expressão “efetivo exercício” utilizada no art. 40, § 5º, não tem, necessariamente, a mesma conotação da expressão utilizada em outras normas do texto constitucional. O “efetivo exercício”, aqui, se refere às funções de magistério, de tal forma que exige o constituinte que o professor, para fazer jus à redução de tempo, tenha se dedicado a atividades docentes, ainda que no curso desse interregno temporal venha a se afastar para tratamento de saúde ou em falta médica.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado – Consultoria, com proposta de aprovação da conclusão a que chegou o Parecer PA nº 44/2012, nos termos acima limitados, no que se refere à extensão de seus fundamentos.

São Paulo, 15 de agosto de 2012.

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

PROCESSO: GDOC nº 18487-391310/2012
INTERESSADO: SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - APEOESP
ASSUNTO: MAGISTÉRIO. LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE E FALTA MÉDICA. EFETIVO EXERCÍCIO.

Aparto-me das conclusões alcançadas no Parecer PA nº 44/2012 por entender que os períodos de licença para tratamento de saúde e faltas médicas não devem ser considerados como de “efetivo exercício”, para os fins do disposto no artigo 40, § 1º, III, e § 5º, da Constituição Federal.

Em que pese a robustez da argumentação do Parecerista subscritor da peça opinativa em comento, penso que deve remanescer, em relação aos dois dispositivos constitucionais em foco, a orientação jurídica há muito traçada pela Procuradoria Geral do Estado acerca do significado da expressão “efetivo exercício”, que foi destacada pela Chefia da Procuradoria Administrativa¹, quando de sua parcial concordância com o Parecer PA nº 44/2012 (fls. 71/76).

No que se refere ao termo “efetivo exercício”, constante da redação do artigo 40, § 1º, III, da Constituição Federal, nada tenho a acrescentar à manifestação da Chefia da PA.

Já no que se refere ao “efetivo exercício” das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (artigo 40, § 5º, da CF/88), penso que a ele deve ser atribuído o mesmo sentido daquele.

Ou seja, tanto numa quanto noutra situação o “efetivo exercício” deve ser entendido como exercício real/de fato²², até porque, como bem ensinava Celso Bastos, salvo raríssimas exceções, a termos idênticos deve ser atribuído o mesmo significado:

1 *“Essas premissas, se admitidas como corretas, tornariam pertinente a aplicação do Parecer PA nº 70/93 unicamente às situações que envolvam o estágio probatório, em contradição com as orientações já fixadas e aprovadas pela Chefia da Instituição nos Pareceres PA nºs 5/2006 (Parecerista Antônio Joaquim Ferreira Custódio) e 274/2006 (Parecerista Patrícia Ester Fryszman). Nessas peças opinativas, considerou-se que as referências contidas nos artigos 40, § 1º, 111, da CF, art. 6º, III, da KC 41/2003, e art. 3º, II, da EC 47/2005, que exigem ‘efetivo exercício’ para implemento de determinadas condições para a aposentadoria voluntária do servidor público, deveriam ser consideradas de acordo com a mesma diretriz exegética emanada do Parecer PA nº 70/93.*

Os argumentos alinhavados pelo Parecer PA nº 44/2012 em exame não abalam a diretriz já sedimentada na Procuradoria Geral do Estado de que quando a Constituição Federal, ao tratar dos servidores públicos, se utiliza da expressão ‘efetivo exercício’, ela o faz no sentido de dar uma qualificação especial ao tempo. A tese exposta no Parecer PA nº 44/2012 anula o texto constitucional ao não respeitar a diferenciação entre ‘exercício’ e ‘efetivo exercício’ em todas as situações em que a expressão é utilizada”.

2 Ainda que essa não seja a melhor acepção da palavra “efetivo”, como bem anotado no parecer em análise.

“b) A termos idênticos, utilizados por diferentes normas, se deve atribuir o mesmo significado, salvo raríssimas exceções, quando se tratem de situações diversas, embora o vocábulo utilizado seja o mesmo.

Como se pode facilmente deduzir, este enunciado combina critérios de interpretação tradicionais, no caso o gramatical e o sistemático, vislumbrando-se ainda uma preponderância do elemento teleológico na exceção contida ao final do enunciado. É certo ainda que o mesmo ocorrerá com alguns outros enunciados que se seguem, e que o leitor facilmente identificará. O pressuposto do qual parte este enunciado é o de que não há, na linguagem constitucional, e não deveria haver mesmo, polissemia. Como acentua Usera, no máximo cada termo poderá possuir uma larga variedade de significados, mas nunca alcançará uma polissemia absoluta, porque isto, como parece claro, invalidaria a própria função da linguagem como instrumento de particularização. Contudo, não se aplicará esta proposição naqueles casos nos quais, evidentemente, haja motivos suficientes para atribuir diversidade de conteúdo a termos idênticos. Isso ocorrerá sempre que o mero contexto linguístico, de que ora se trata, seja insuficiente para apreender o significado do termo empregado. As alternâncias de significado da mesma palavra, no mesmo texto, devem ser justificadas, daí a validade da regra.

Eis aqui um caso muito notório, em que a regra não se aplica em todo o rigor: a palavra lei. Na Constituição, ela é empregada em diversos sentidos, só apuráveis no contexto sistêmico das regras, e tendo em vista sua finalidade própria.”³

Na esteira da lição acima transcrita, não me parece razoável considerar que o Constituinte⁴ tenha utilizado em duas passagens – **do mesmo artigo** – o termo “efetivo exercício” com diferentes significados, não podendo o intérprete, pois, assim fazê-lo.

Tampouco deve ser interpretado o princípio insculpido no artigo 206, inciso V, da CF/88, com o elastério pretendido no Parecer PA nº 44/2012. Apesar da baixa densidade normativa dos princípios, não me parece que possa aquele há pouco mencionado espriar-se a ponto de influenciar a interpretação da regra gizada no artigo 40, § 5º, da Carta da República.

Dito isso, elevem-se os autos ao Senhor Procurador-Geral do Estado, com proposta de não aprovação do Parecer PA nº 44/2012.

SubG.Cons., 28 de dezembro de 2012.

ADALBERTO ROBERT ALVES
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA GERAL

3 Bastos, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 189/190.

4 Mesmo considerando que, inicialmente, no artigo 40 da Constituição Federal somente foi utilizada (pelo Constituinte Originário) a expressão “efetivo exercício” em relação aos professores; foi com a Emenda Constitucional nº 20 (obra, portanto, do Poder Constituinte Derivado) que se estendeu essa expressão para os demais serviços públicos.

PROCESSO: GDOC nº 18487-391310/2012
INTERESSADO: SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - APEOESP
ASSUNTO: MAGISTÉRIO. LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE E FALTA MÉDICA. EFETIVO EXERCÍCIO.

Nos termos da manifestação do Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, deixo de aprovar o Parecer PA nº 44/2012.

Expeça-se ofício ao Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo – APEOESP, instruído com cópia da peça opinativa e manifestações subsequentes.

Dê-se ciência, por intermédio das Consultorias Jurídicas que servem as Pastas, à Unidade Central de Recursos Humanos - UCRH, da Secretaria de Gestão Pública, Secretaria da Educação e São Paulo Previdência - SPPREV.

GPG, 3 de janeiro de 2013.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Ementas Consultoria

1) **SERVIDOR PÚBLICO.** Direitos e vantagens. Licença para tratamento de saúde. Contagem como tempo de efetivo exercício para efeito de aposentadoria. Inviabilidade. Exceção: aposentadoria especial dos professores (artigo 40, parágrafo 5º, da Constituição da República). Precedentes: **Pareceres PA-3 nº 70/1993, PA nº S/2006, PA nº 274/2006 e PA nº 44/2012.** Ressalva de entendimento pessoal divergente. Proposta de manutenção, **em caráter excepcional**, dos atos concessivos de aposentadoria para os quais a consideração do tempo de licença para tratamento de saúde como tempo de efetivo exercício haja sido determinante, desde que ausentes indícios de má-fé dos respectivos beneficiários. Atos praticados com base em interpretação razoável da lei. Ponderação entre os princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica.

Salvo para efeito da aposentadoria especial docente, o tempo de licença para tratamento de saúde não pode ser considerado tempo de efetivo exercício nas hipóteses em que o ordenamento constitucional o exige para a inativação do servidor.

(Parecer PA nº 50/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjueto em 4.1.2013).

2) **SERVIDOR PÚBLICO.** Vantagens pecuniárias. Diárias. Inteligência do artigo 8º do Decreto Estadual nº 48.292, de 2 de dezembro de 2003. Autorização dos Secretários de Estado ou do Procurador-Geral do Estado para recebimento, a título de diárias, de quantia que supere a metade da retribuição mensal do servidor. Necessidade de que o ato administrativo preceda o deslocamento. Inobservância dessa regra, na espécie. Regresso dos servidores à respectiva sede. Requisito procedimental faltante, a impedir que o Secretário da Segurança Pública validamente autorize o recebimento das diárias. Peculiaridades da Pasta que, na visão de sua Consultoria Jurídica, estão a dificultar a observância do decreto nesse ponto. Proposta de encaminhamento dos autos ao Governador do Estado, que poderá, a juízo de conveniência e oportunidade, autorizar o recebimento das diárias nos casos concretos registrados nos autos e determinar a formação de expediente legislativo tendente à alteração do decreto em questão.

(Parecer PA nº 70/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjueto em 16.1.2013).

3) **SERVIDOR PÚBLICO.** Direitos e vantagens. Aposentadoria voluntária. Contagem de tempo. Afastamentos previstos no Estatuto dos Funcionários Públicos e em outros diplomas legais.

Efetivo exercício. Efetivo exercício no serviço público. Efetivo exercício no cargo. Tempo no cargo. Tempo de carreira. Efetivo exercício das funções de magistério. Consulta formulada em tese. Necessidade de verificação dos casos concretos. Intervenção prematura da Procuradoria Administrativa. Proposta de que a Administração volte a formular suas dúvidas jurídicas caso a caso, à medida que se depare com cada problema concreto.

(Parecer PA nº 56/2012 – Não aprovado, devolvidos os autos para a São Paulo Previdência – SPPREV, por intermédio de sua Consultoria Jurídica, pelo Subprocurador-Geral do Estado Área da Consultoria Geral em 21.1.2013).

4) IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO EM AÇÃO MOVIDA POR MILITAR CONTRA A FAZENDA, COM DECISÃO FAVORÁVEL. SITUAÇÃO EM QUE O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PODE VIR A ACARRETAR REMUNERAÇÃO EM VALOR NOMINAL INFERIOR AO RECEBIDO ANTERIORMENTE. POSSIBILIDADE. Alcance da norma prevista no artigo 37, inciso XV da Constituição Federal. Norma que impede a Administração de reduzir a remuneração de seus servidores, mas sem o condão de impedir o cumprimento da coisa julgada. A Administração está adstrita ao cumprimento de decisão judicial transitada em julgado, ainda quando, eventualmente, esse cumprimento venha a acarretar remuneração

de servidor ou militar, em valor nominal inferior ao recebido, antes desse cumprimento.

(Parecer PA nº 35/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adju-
nto em 22.1.2013).

5) ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ORGANIZAÇÃO. CARGO TRANSFERÊNCIA. O comando contido no artigo 3º, VIII, “c”, do Decreto nº 56.635, de 01/01/2011, determinando a transferência da Coordenadoria de Recursos Hídricos da Secretaria do Meio Ambiente para a Secretaria de Saneamento e Recursos Hídricos, “com seus bens móveis, equipamentos, cargos, funções-atividades, direitos, obrigações e acervo”, abrange a transferência, nos termos do art. 54 da L.C. nº 180/78, da SMA para a SSRH, dos cargos integrantes da carreira de Especialista Ambiental que, na data da publicação do decreto, estivessem lotados naquela Coordenadoria. A edição, pelo Governador do Estado, de decreto com tal conteúdo, não extravasa os limites da competência que lhe é conferida pelo artigo 47, XIX, “a”, da Constituição Estadual.

(Parecer PA nº 65/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adju-
nto em 22.1.2013).

6) LICITAÇÃO. EDITAL. TIPO TÉCNICA E PREÇO. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. Empate. Direito de preferência. Artigo 44, da Lei Complementar Federal nº 123/2006. Possibilidade. Microempresas e empresas de pequeno porte podem participar de licitações

do tipo técnica e preço. Necessidade de classificação, previamente, da proposta técnica apresentada por estas empresas para, quando da comparação das propostas de preço, no caso de empate, ser exercido o direito de preferência previsto no artigo 44, da LC nº 123/2006.

(Parecer PA nº 69/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto em 22.1.2013).

7) SERVIDOR PÚBLICO. Procurador do Estado. Direitos e vantagens. Férias. Interrupção por licença-paternidade. Gozo oportuno do quinquídio coincidente, respeitada a prescrição quinquenal. Estorno do terço constitucional, para pagamento quando do efetivo gozo da fração de férias. Precedentes: Pareceres PA nº 176/1984, nº 35/1985, nº 114/1989, nº 27/1992, nº 55/1992, nº 364/1995, nº 288/2006 e nº 112/2009. *Como afirmado no Parecer PA nº 112/2009, “Na concomitância de licenças e afastamentos, havendo impossibilidade legal e material do exercício do direito, o gozo de férias fica postergado para momento oportuno. (...) E quando da fruição, a vantagem pecuniária correspondente há de ser paga”.*

(Parecer PA nº 71/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto em 22.1.2013).

8) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. VANTAGEM RECEBIDA INDEVIDAMENTE. REPOSIÇÃO. Adicional de insalubridade indevidamente percebido entre a data da homologação do laudo que considerou inexistente a insalubridade e o ato determinando a cessação da vantagem, com retroação à

data da homologação do laudo. Inaplicabilidade do Despacho Normativo do Governador de 31.01.86, por não ter havido “alteração do critério jurídico” quanto ao tema. Entendimento prevalente na PGE no sentido da viabilidade de dispensa de reposição dos valores indevidamente percebidos com fundamento em interpretação sistemático-teleológica, de efeitos extensivos, do disposto no artigo 93 da Lei nº 10.261/68, face à boa-fé dos interessados. Em se decidindo ser dispensável a reposição, poderá ser autorizada a restituição aos interessados dos valores que já houverem sido descontados em seus contracheques a esse título (cf. Parecer PA-3 nº 105/2001). Competência do Secretário de Gestão Pública para deliberar sobre a matéria – art. 2º do Decreto nº 53.325/2008.

(Parecer PA nº 76/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto em 22.1.2013).

9) SERVIDOR PÚBLICO. Professor e Diretor de Escola. Renúncia ao cargo e aos proventos de Professor de Educação Básica II. Enquadramento. Pedido de ascensão do nível IV para o nível V. Lei Complementar nº 836/1997, alterada pela Lei Complementar nº 958/2004. Evolução funcional. Cômputo do tempo de serviço não concomitante no cargo de Professor de Educação Básica II ao de Diretor de Escola. Necessidade de análise, pela Administração, do cumprimento do período de interstício exigido pelo artigo 22, da Lei Complementar nº 836/97, para fins de evolução funcional. (Parecer

PA nº 139/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto em 22.1.2013).

10) CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. Análise da recepção da Lei Estadual nº 10.403, de 6 de julho de 1971 pela Constituição Federal de 1988 e pela Constituição Estadual de 1989. A composição do Conselho Estadual de Educação e o prazo do mandato dos Conselheiros fixados no artigo 5º da Lei Estadual nº 10.403/71 não afrontam qualquer norma da Constituição Federal ou da Constituição Estadual, pelo que foram recepcionados pela nova ordem constitucional.

(Parecer PA nº 74/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto em 23.1.2013).

11) VANTAGEM PECUNIÁRIA. LEI DE GUERRA. Lei Estadual nº 5.135/59.

Decreto Estadual nº 34.646/59. Procurador do Estado aposentado. Benefício concedido. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 337/82 e PA-3 nº 291/89. Requerimento de pagamento da diferença de verba honorária entre o Nível IV e o Nível V, por ter-se jubilado no último nível da carreira. Impossibilidade. Benefício restrito à parte fixa dos vencimentos, não incidindo sobre a verba honorária, cujo fundo pagador tem destinação específica, elencada, *numerus clausus*, no artigo 55, da Lei Complementar Estadual nº 93/74 e alterações posteriores. Precedente: Parecer PA-3 nº 339/95.

(Parecer PA nº 73/2012 – Aprovado parcialmente pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto em 23.1.2013).

12) ÓRGÃO DE DELIBERAÇÃO COLETIVA. MANDATO. RECONDUÇÃO.

Interessado que, por ser suplente, foi designado para integrar, como membro titular, o Conselho de Curadores da Fundação SEADE, em complementação ao mandato do Conselheiro titular dispensado no mesmo ato; em seguida, foi designado, em recondução, para integrar, como membro e para um mandato de cinco anos, o Conselho de Curadores da aludida Fundação. Inviável a nova recondução pretendida, a teor de dispositivo da lei que criou a Fundação, dispondo que “o mandato dos membros do Conselho de Curadores e dos respectivos suplentes será de 05 (cinco) anos, renovável por uma só vez”. Analogia com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 14, § 5º, da Constituição Federal, quando do julgamento do RE nº 366.488-3.

(Parecer PA nº 02/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 31.1.2013).

13) FÉRIAS. MÉDICOS E DEMAIS PROFISSIONAIS COM QUALIFICAÇÃO EM RADIOLOGIA.

Artigo 5º, inciso II da Lei estadual nº 6.039/61. Aplicação desde que se encontrem lotados em Unidades que trabalhem com Radiologia e estejam em contato com raios X ou substâncias radioativas, em caráter habitual. (Parecer PA nº 147/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 1.2.2013).

14) AGENTE PÚBLICO. Policial militar. Folha de pagamento. Conversão

em pecúnia de dias de licença-prêmio. Desconto de imposto de renda retido na fonte pela Administração. Restituição determinada por sentença concessiva de mandado de segurança. Devolução na própria folha de pagamento ou por meio de precatório. Questão examinada no precedente Parecer PA nº 84/2010, que concluiu pela inexistência de providências a cargo da Administração porque inexistente o trânsito em julgado da sentença, reputada esta, no mais, inexequível. Desaparecimento, a esta altura, do objeto da dúvida que desencadeou o expediente, em virtude do ulterior provimento do recurso *ex officio* e da consequente denegação da segurança antes concedida. Exame de questões genéricas relativas à viabilidade jurídica e à forma de restituição, por força de mandados de segurança, de importâncias indevidamente descontadas pela Administração, com vistas a uma uniformização de procedimentos. Inviabilidade. Necessidade de que se instaure fundada discussão sobre o tema, a partir de situações concretas experimentadas pela Administração. Ausência de uma amostra confiável dessas situações, não obstante sucessivas diligências. Proposta de restituição dos autos à Subprocuradoria Geral do Estado – Consultoria. (Parecer PA nº 81/2011 demonstra, com sólida fundamentação fática, que a matéria tratada no expediente ainda não está em condições de ser alçada à chefia da Procuradoria Geral do Estado, para decisão de caráter geral. Arquite-se o presente, aguardando-se nova mani-

festação. Pelo Subprocurador-Geral do Estado Área da Consultoria Geral em 5.2.2013).

15) AGENTE PÚBLICO MILITAR.

Componente da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Reforma *ex officio* decorrente de agregação por invalidez ou incapacidade física temporária para o serviço ativo, completado o tempo mínimo de serviço exigido para a inatividade a pedido (artigo 29, III, “c”, do Decreto-lei Estadual nº 260, de 29 de maio de 1970). Indenização de licença-prêmio não usufruída (artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 1.048, de 10 de junho de 2008). Possibilidade. Hipótese de inativação do militar que pode ser equiparada à aposentadoria por invalidez permanente dos agentes públicos civis, para esse efeito. Distinção de regimes jurídicos. Finalidade da norma em apreço.

A aposentadoria por invalidez permanente a que se refere o artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 1.048/2008 tem correlação, na peculiar disciplina dos militares estaduais, com certas formas de inatividade que, não constituindo penalidade, são igualmente involuntárias, imprevistas e definitivas. É esta, afinal, a finalidade precípua da norma em questão: indenizar agentes que se viram, inopinada e inocentemente, alijados do serviço sem perspectiva de retorno, e que, por causa disso, não puderam nem poderão usufruir a licença-prêmio a que teriam direito.

(Parecer PA nº 24/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 6.2.2013).

16) MULTAS. COORDENADORIA DE DEFESA AGROPECUÁRIA DA SECRETARIA DE AGRICULTURA E ABASTECIMENTO. Artigo 12 da Lei estadual nº 10.478/99. Forma de aplicação da UFESP. Os débitos oriundos de Autos de Infração devem pagos, até o vencimento, com base no valor da UFESP da data do Auto de Infração. Se pagos após o vencimento, devem ser acrescidos de juros e correção monetária até a data do efetivo pagamento. (Parecer PA nº 149/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 7.2.2013).

17) AGENTE PÚBLICO. Servidor Público. Exercício de função-atividade. Afastamento para o exercício, havido de forma ininterrupta, de mandato eletivo. Retorno à função. Contagem do tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento (artigo 38, IV, da Constituição da República). Aquisição do direito às férias e ao respectivo abono constitucional. Precedentes: Pareceres PA nº 347/1995 e nº 73/1998. Aplicação das disposições do Estatuto do Funcionário Público atinentes à matéria aos servidores admitidos sob o regime da Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974. Despacho normativo do Governador de 22.11.1979. Não ocorrência, na espécie, da prescrição quinquenal da pretensão do gozo de férias. Impossibilidade material de afastamento, para o descanso anual, do servidor que já se encontrava afastado. Lapso prescricional não iniciado, senão quando cessado o afastamento e nascida a pretensão.

Proposta de deferimento do pleito formulado nos autos.

De acordo com os precedentes Pareceres PA nº 347/1995 e nº 73/1998, o servidor público afastado para o exercício, havido de forma ininterrupta, de mandato eletivo pode obter o deferimento, quando regressado ao posto de que se distanciou, do gozo de férias relativas aos anos de afastamento, com o recebimento do respectivo abono constitucional.

Com amparo na Resolução PGE-11, de 09/02/2007, aprovo o Parecer PA nº 104/2011, acolhido pela i. Chefia da Procuradoria Administrativa (fl.69). (Parecer PA nº 104/2011 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado Área da Consultoria Geral em 13.2.2013).

18) BONIFICAÇÃO POR RESULTADOS. CONVOCAÇÃO PARA PARTICIPAÇÃO EM TRIBUNAL DO JÚRI. LEI COMPLEMENTAR Nº 1.078/2008. Lei que instituiu a Bonificação por Resultados com critérios diversos do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado no que se refere a ausências que podem ser consideradas como dias de efetivo exercício. A Bonificação por Resultados é inteiramente diversa dos vencimentos dos servidores, possui características próprias e é regida por lei especial. Dias de ausência de servidora por motivo de convocação para o Tribunal do Júri não considerados como de efetivo exercício para fins de recebimento da Bonificação. Possibilidade. (Parecer PA nº 31/2011 – Nos termos da manifesta-

ção do Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral deixo de aprovar o Parecer P A n° 31/2011 e fixo entendimento no sentido de que devem ser considerados como de efetivo exercício, para fins de recebimento da “Bonificação por Resultados”, os dias em que o servidor prestar serviço de júri, ausentando-se, por essa razão, do exercício de suas funções. Parecer não Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 14.2.2013).

19) MEIO AMBIENTE. Infração administrativa. Natureza administrativa do ilícito definida em razão da autoridade competente para impor a correspondente sanção. Regime jurídico administrativo. Inaplicabilidade de disposições do regime penal sobre imputabilidade. Cabimento da imposição de sanção administrativa ao menor de 18 anos de idade. Distinção entre imposição e execução da sanção. Limite entre regime jurídico administrativo e regime de direito privado. Ilícito civil que não se confunde com o administrativo que lhe precedeu. Responsabilidade civil indireta (de terceiros), nos termos estabelecidos pelo Código Civil. Inexistência de violação do princípio constitucional da pessoalidade da pena (precedente: Parecer PA n° 11/2006).

“A idade não tem qualquer influência nas transgressões administrativas. Basta, aqui, a capacidade para entender o caráter da infração, dispensando a exigência da maioridade penal”. Já em se tratando da efetivação de sanções administrativas, sobretudo as pecuniárias, há que saber onde se situam as extremas entre o regime

jurídico administrativo e o regime de direito privado. Se existem hipóteses em que o primeiro está hábil a respaldar a satisfação integral da Administração, que pode assim compelir materialmente o administrado, há outras situações nas quais, insuficiente o regramento derogatório e exorbitante do direito comum, o segundo regime prepondera. Este o caso da execução de multas administrativas ambientais não solvidas espontaneamente pelo infrator, que se orienta segundo preceitos de responsabilidade civil e admite, por conta disso, a sujeição de terceiros à pretensão estatal.

(Parecer PA n° 68/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 19.2.2013).

20) CONVÊNIO. ADITAMENTO. PERÍODO ELEITORAL. Conduta vedada pelo artigo 73, VI, ‘a’, da Lei n° 9.504/97 aos agentes públicos. Transferência voluntária de recursos do Estado ao Município, mediante convênio. Eleição de Governador no primeiro turno das eleições. Possibilidade de aditamento do termo de ajuste, em virtude do encerramento do pleito no âmbito estadual.

(Parecer PA n° 76/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 19.2.2013).

21) CONSTITUCIONAL. AGENTE PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. Fixação pelo Estado de São Paulo, para o valor das aposentadorias e pensões concedidas pelo regime próprio de previdência social, do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime

geral de previdência social. Possibilidade restrita àqueles que ingressaram no serviço público a partir da data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. Instituição compreendida como processo que se estende da criação do regime pela lei à autorização de operação do plano de benefícios concedida pelo órgão regulador e fiscalizador federal. Inteligência do artigo 40, parágrafos 14 a 16, da Constituição da República. Interpretação conforme a Constituição do artigo 1º, parágrafo 1º, e do artigo 3º da Lei Estadual nº 14.653, de 22 de dezembro de 2011. Simples autorização genérica, contida nesses dispositivos legais, para que o Poder Executivo venha, oportunamente, a impor a limitação do valor dos benefícios do regime próprio ao teto do regime geral e a admitir a adesão de servidores ao regime complementar. Invalidez de disposições do Comunicado Conjunto CC/SF/SGP nº 1, de 3 de fevereiro de 2012, e de preceitos do regulamento do plano de benefícios “PREVCOM RP”. Impossibilidade de retroação dos efeitos da adesão ao plano de benefícios à data anterior à publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar. Ingresso no serviço público como entrada em exercício. Investidura como ato complexo.

Dentre o universo dos agentes públicos estaduais que se submetem ao regime de aposentadorias e pensões do artigo 40 da

Constituição da República, sujeitam-se ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social e assim contribuem dentro desse mesmo limite exclusivamente os que venham a entrar em exercício no serviço público a partir de 21 de janeiro de 2013, aos quais se faculta a adesão ao regime de previdência complementar com possibilidade de efeitos financeiros retroativos à data do exercício, contanto que exista previsão no regulamento do plano de benefícios correspondente. (Parecer PA nº 7/2013 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 22.2.2013).

22) MEIO AMBIENTE. MULTA AMBIENTAL. PRESCRIÇÃO.

Proposta de adequação da orientação firmada pela Procuradoria Geral do Estado, no Parecer PA nº 138/2009, à Súmula nº 467 do Superior Tribunal de Justiça, para constar que o ajuizamento da execução da multa ambiental estadual deve se dar em até cinco anos depois de findo o processo administrativo sancionatório respectivo, independentemente da data de sua inscrição na Dívida Ativa do Estado.

Deve ser mantida a orientação firmada quando da aprovação do Parecer PA nº 138/2009, que afastou a aplicação dos artigos 21 a 23 do Decreto Federal 6.514, de 22.7.2008, aos processos estaduais relativos à infração ambiental. (Parecer PA nº 127/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 22.2.2013).

Contencioso Geral

23) RECURSO – Embargos de declaração – Alegação de omissão e/ou contradição – Desacolhimento – Não está o órgão julgador subjugado às partes, obrigado a examinar todas as normas citadas bem como todos os argumentos invocados – Suficiência da fundamentação, em razão da qual não se acolhia a tese esposada no recurso – Rediscussão de matéria já julgada, emprestando-lhes evidente efeito infringente – Inviabilidade – Embargos rejeitados. (Embargos de Declaração nº 0150671-21.2012.8.26.0000/50002 – São José dos Campo – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Paulo Magalhães da Costa Coelho – 14/12/2012 – 24360 – Unânime)

24) CUSTAS – Despesas processuais – Porte de remessa e retorno – Recurso protocolizado no penúltimo dia do prazo com recolhimento de tais valores no dia seguinte – Possibilidade – Deserção afastada – Recurso conhecido. (Agravo de Instrumento nº 0234765-33.2011.8.26.0000 – Santo André – 16ª Câmara de Direito Público – Relator: Cyro Ricardo Saltini Bonilha – 18/12/2012 – 16619 – Unânime)

25) RESCISÓRIO – Violação de literal disposição de lei – Inocorrência – Alegada vulneração da garantia constitucional da irredutibilidade salarial – Descabimento – Decisão revidenda que indeferiu pedido de restabelecimento do pagamento de gratificação

que, por não contar com respaldo em lei, fora suprimida dos vencimentos da autora – Ausência de direito adquirido à incorporação de verba ilegal – Ação rescisória julgada improcedente. (Ação Rescisória nº 0363173-76.2010.8.26.0000 – Taquaritinga – 5º Grupo de Direito Público – Relator: Aroldo Mendes Viotti – 03/12/2012 – 23627 – Unânime)

26) DANO MORAL – Desconto indevido de valores na conta corrente da autora – Devolução dos valores – Ausência de repercussão do evento danos – Inocorrência de dano moral – Mero dissabor incapaz de gerar direito ao recebimento de indenização – Sentença reformada – Recurso da autora desprovido e provido o do réu. (Ação Rescisória nº 0927737.5/0-00 – São José dos Campos – 8º Grupo de Direito Público – Relator: Ricardo Graccho – 18/12/2012 – 8304 – Unânime)

27) EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – Transação judicial – Homologação – Descumprimento da obrigação de fazer – Incidência de multa e obrigações não especificadas – Necessidade do inadimplemento ser descrito e demonstrado, para que se cogite da exigência da multa diária – Exceção de pré-executividade acolhida, para reconhecer a nulidade do início da fase de execução da multa – Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 0130766-30.2012.8.26.0000 – Sorocaba – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Claudio Augusto Pedrassi – 19/02/2013 – 4731 – Unânime)

28) COISA JULGADA – Limites objetivos – Desapropriação – Indenização – Execução de diferença de precatório anterior – Pretensão do Departamento de Estradas de Rodagem (DER), fundamentada nas sucessivas inovações legislativas e recentes entendimentos jurisprudenciais de refazimento dos cálculos, bem como impedir o levantamento ou determinar a reversão dos valores pagos a maio – Inviabilidade – Juros calculados e pagos nas parcelas quitadas – Hipóteses não contempladas pelo artigo 35 da Resolução nº 115/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – Impugnação abstrata desacompanhada de cálculos detalhados – Pretensão injustificada – Reverência à segurança jurídica, coisa julgada material e ato jurídico perfeito – Hipótese diversa daquela que deu origem à Súmula Vinculante nº 17 do Supremo Tribunal Federal – Extinção da ação pelo pagamento – Artigo 794, Inciso I, do Código de Processo Civil – Recurso desprovido. (Apelação nº 0000004-54.1978.8.26.0472 – Porto Ferreira – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: Raymundo Amorim Cantuária – 15/01/2013 – 20393 – Unânime)

29) CERCEAMENTO DE DEFESA – Inocorrência – Desnecessidade da dilação probatória pretendida – Vício do julgamento, cuja fundamentação tomou como base processo administrativo anulado – Anulação que não retira a essência dos documentos que o instruíram – Vício formal na composição da Comissão Processante –

Intempestividade do recurso de um dos réus – Comprovação de interposição no prazo correto – Preliminares rejeitadas. (Apelação nº 0000531-92.2001.8.26.0118 – Cananeia – 6ª Câmara de Direito Público – Relator: Decio Leme de Campos Júnior – 31/01/2013 – 18786 – Não consta)

30) EXECUÇÃO FISCAL – Penhora – Indicação de bens – Insurgência contra decisão que rejeitou seguro-garantia para fins de assegurar o juízo – Matéria é regida por legislação própria – Lei nº 6830/80 – Bem indicado que não consta do rol previsto no artigo 9º desse diploma legal – Caso em que apenas a fiança bancária que garanta o valor integral da execução e com validade até a extinção do processo executivo pode ser aceita como forma de garantia da dívida tributária – Seguro-garantia, ademais, com prazo determinado – Inadmissibilidade – Recurso desprovido. (Agravamento de Instrumento nº 0241120-25.2012.8.26.0000 – São Paulo – 9ª Câmara de Direito Público – Relator: José Maria Câmara Júnior – 30/01/2013 – 4839 – Unânime)

31) TUTELA ANTECIPADA – Requisitos – Obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada (realização de obras emergenciais para combater processo erosivo do solo em área, de propriedade da agravante, próxima às torres de transmissão da Eletropaulo) – Medida de urgência deferida pelo juízo “*a quo*” – Subscrição de Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental pela agravante reconhecendo

irregularidades em suas obras – Impossibilidade de se afastar a relação entre sua conduta e o risco de ruína das torres de transmissão de energia elétrica – “*Fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*” – Existência – Presença de Interesse público que autoriza a concessão de medidas assecuratórias da continuidade do fornecimento de energia elétrica – Deferimento da liminar (artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil – Cabimento – Decisão agravada reformada apenas para reduzir o valor da multa diária cominada – Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento nº 0204255-03.2012.8.26.0000 – Itapevi – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia – 21/01/2013 – 5223 – Unânime)

32) PETIÇÃO INICIAL – Inépcia – Não caracterização – Requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil – Observância – Necessidade – Hipótese em que a generalidade da narrativa dos fatos atribuídos aos réus não impediu o exercício da defesa pelos demandados – Matéria fática esclarecida – Preliminar rejeitada. (Apelação nº 0009458-76.2004.8.26.0624 – Tatuí –

13ª Câmara de Direito Público – Relator: Ricardo Mair Anafe – 30/01/2013 – 13937 – Unânime)

33) RECURSO – Embargos de declaração – Alegação de omissão e contradição – Omissão em relação ao artigo 13 do Código de Processo Civil e contradição, entre a afirmativa de que inexistente o recurso de apelação por falta de assinatura e, por outro lado, declarar sua intempestividade – Acolhimento – Necessidade de se dar oportunidade à embargante, de suprir a irregularidade sanável, de falta de assinatura das razões de apelação – Petição recursal está regularmente firmada pelo procurador da municipalidade recorrente – Caso, ademais, de tempestividade da petição apresentada – Embargos declaratórios acolhidos, com efeito modificativo. (Embargos de Declaração nº 0062870-67.2012.8.26.0000/50000 – Leme – 14ª Câmara de Direito Público – Relator: Rodrigo Lobato Junqueira Enout – 22/01/2013 – 13637 – Unânime)

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Boletim Informativo da Seção de Direito Público, Janeiro e Fevereiro de 2013.

Contencioso Tributário-Fiscal

34) IMPOSTO – Circulação de Mercadorias e Serviços – Ação anulatória de débito fiscal – Pretensão ao creditamento de ICMS decorrente de operação de compra de mercadorias de empresa posteriormente declarada inidônea – Elemento subjetivo de boa-fé e lisura da operação mercantil comprovados nos autos – Mercadorias entregues na sede da compradora pela própria vendedora, com as respectivas notas fiscais – Pagamento comprovado pela quitação dos boletos bancários e duplicatas emitidas em razão do negócio de compra e venda – Declaração de inidoneidade da empresa alienante bem posterior à transação – Ação anulatória julgada procedente – Recurso provido para este fim, determinada a anulação do auto de infração e imposição de multa. (Apelação nº 0044007-35.2011.8.26.0053 – São Paulo – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Francisco Antonio Bianco Neto – 03/12/2012 – 7198 – Unânime)

35) IMPOSTO – Circulação de Mercadorias e Serviços – Auto de infração – Anulatória – Lavratura em razão do não lançamento do valor do imposto a ser complementado por sujeição passiva por substituição tributária – Operação realizada por valor superior ao presumido – Previsão pela Lei Paulista de restituição caso a operação se realize por valor inferior ao presu-

mido e exige complementação caso a operação se realize por valor superior ao presumido – Anulatória improcedente – Recurso não provido. (Apelação nº 0005378-10.2008.8.26.0566 – São Carlos – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Maria Laura de Assis Moura Tavares – 03/12/2012 – 8667 – Unânime)

36) CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – Imposto – ISSQN – Competência para o recolhimento do tributo – Dúvida subjetiva do contribuinte – Ausência de fundamento para consignatória – Inexistência de comprovação do local de prestação do serviço e de dupla exigência do tributo – Carência da ação – Preliminar acolhida – Extinção mantida – Recurso da autora não provido e adesivo da Municipalidade provido. (Apelação nº 0791224.5/5-00 – São Paulo – 14ª Câmara de Direito Público – Relator: Rodrigo Lobato Junqueira Enout – 13/12/2012 – 13300 – Unânime)

37) IMPOSTO – Circulação de Mercadorias e Serviços – Auto de infração – Vendas simuladas – Impossibilidade de escrituração do crédito – Ausência de recolhimento – Impossibilidade de compensação – Embargos à execução rejeitados – Autuação subsistente – Recurso provido. (Apelação / Reexame Necessário nº 0004747-61.2007.8.26.0191 – Poá – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Urbano Ruiz – 21/01/2013 – 15551 – Unânime)

38) JUROS – Moratórios – Débito fiscal – Taxa de juros de mora introduzida pela Lei Estadual nº 13918/09 para correção dos débitos de ICMS – Legalidade – Incidência da taxa SELIC como índice de correção monetária e juros de mora até a entrada em vigor da referida Lei Estadual nº 13918/09 – Fixação, a partir daí, da nova norma para correção dos débitos tributários – Declaratória de inexistência de relação jurídica tributária julgada improcedente – Recurso desprovido. (Apelação nº 0011390-85.2012.8.26.0053 – São Paulo – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Sérgio Jacintho Guerrieri Rezende – 28/01/2013 – 36828 – Unânime)

39) EXECUÇÃO FISCAL – Embargos – ISS oriundo de autos de infração – Empresa com sede em São Paulo que prestou serviços no município de Vinhedo – Autuação pela Municipalidade de São Paulo, pelo não recolhimento do imposto a este município – Inadmissibilidade – Fato gerador do ISS que ocorreu no local da prestação de serviço – Cobrança que compete ao ente público em cujos limites territoriais ocorre a efetiva prestação de serviços – Autos de infração anulados – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – Sentença que rejeitou os embargos e julgou improcedente a ação declaratória reformada – Recurso provido. (Apelação nº 9000055-09.2006.8.26.0090 – São Paulo – 18ª Câmara de Direito Público – Relator: Roberto Martins de Souza – 28/02/2013 – 15433 – Unânime)

40) JUROS MORATORIOS – Imposto de renda – “Não é o ‘nomen juris’, mas a natureza jurídica da verba que definirá a incidência tributária ou não – O fato gerador de incidência tributária sobre renda e proventos, conforme dispõe o artigo 43 do Código Tributário Nacional, é tudo que tipificar acréscimo ao patrimônio material do contribuinte” – (EResp nº 979.765, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, 2008, Rel. Mauro Campbell Marques) – De natureza indenizatória, assim qualificada tanto no regime do atual Código Civil (artigo 404), como também no do Código de 1916 (artigo 1061) – Mas é igualmente indubitável que o seu pagamento, por não se destinar à cobertura de qualquer espécie de dano emergente, acarreta necessariamente um real acréscimo ao patrimônio material do credor – Sendo assim, impõe-se a conclusão de que o pagamento de juros moratórios tipifica o fato imponible descrito no artigo 43 do Código Tributário Nacional” (EResp nº 1.227.133-RS, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, 28-9-2011, voto do Ministro Teori Zavascki) – No entanto, os juros moratórios, ainda que representem um acréscimo patrimonial e sejam, em tese, tributados, guardam com o principal uma relação de acessoriedade, a significar que a isenção do principal se estende aos juros moratórios sobre eles incidentes – Hipótese em que a tributação dos juros dependerá da tributação do principal, a ser vista na elabora-

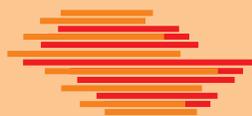
ção do cálculo – Agravo provido para definir a base de cálculo do imposto de renda, nos termos do acórdão, e condenar os agravantes por litigância de má fé. (Apelação / Reexame Necessário nº 0594541.4/1-00 – São Paulo – Câmara Especial de Meio-Ambiente – Relator: Ricardo Cintra Torres de Carvalho – 13/12/2012 – AI-3078/12 – Unânime)

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Boletim Informativo da Seção de Direito Público, Janeiro e Fevereiro de 2013.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

