# BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515

# CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

NOVEMBRO/DEZEMBRO 2012

# BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

# CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.pge.sp.gov.br - BOLETIM CEPGE, v. 36 - n. 6 - novembro/dezembro 2012

# Sumário

*Editorial* ..... 3

*Cursos e Eventos*
Cursos do Centro de Estudos ..... 7
Eventos do Centro de Estudos ..... 7
Eventos em parceria com outras instituições ..... 7

*Peças e Julgados*
Agravo de Instrumento – Processo Civil – Ausência de concessão de tutela antecipada – Meio Ambiente – Desnecessidade de EIA/RIMA para licenciamento ambiental – discricionariedade da Administração Pública – Matéria de fundo própria do mérito da ação. ..... 9

*Parecer da Consultoria Jurídica da Gestão Pública*
APOSENTADORIA ESPECIAL. Ação mandamental. Dúvidas suscitadas no âmbito administrativo quanto ao cumprimento de decisão judicial. Natureza jurídica da aposentadoria especial. Espécie de aposentadoria Voluntária. Hipótese distinta dos autos. Inaplicabilidade das regras dispostas nos art. 228 c.c o art. 222, inc. III, da Lei nº 10.261/68. Impossibilidade de retroação dos efeitos. Artigo 37, §10 da Constituição Federal. Competência exclusiva da SPPREV para o ato de concessão do benefício previdenciário. Possibilidade de convalidação. Artigos 10 e 11 da Lei Estadual nº 10.177/98 ..... 31

*Parecer da Procuradoria Administrativa*
EMPREGADO PÚBLICO – CARREIRA – CONCURSO PÚBLICO – Tendência jurisprudencial no sentido da inviabilidade jurídica de contratação – mesmo precedida de concurso público de empregados em nível superior ao estabelecido em PCS como inicial da carreira, por empresas estatais. Recomendação, embasada nessa inclinação da jurisprudência, de ser excluída de PCS apresentado por sociedade de economia mista a previsão de futura contratação de empregados em tais condições. (Parecer não aprovado pelo Procurador-Geral do Estado) ..... 41

*Ementário*
Consultoria ..... 61
Contencioso Geral ..... 64
Contencioso Tributário-Fiscal ..... 66

# Expediente


## Procuradoria-Geral do Estado

**Procurador-Geral do Estado**
*Elival da Silva Ramos*

**Procurador-Geral do Estado Adjunto**
*José Renato Ferreira Pires*

**Procuradora do Estado Chefe de Gabinete**
*Silvia Helena Furtado Martins*

**Subprocurador-Geral da Consultoria**
*Adalberto Robert Alves*

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

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

**Corregedor-Geral**
*José Luiz Borges de Queiroz*

**Ouvidoria**
*Maria Rita Vaz de Arruda Corsini*

## Assessoria

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

## Conselho da PGE

*Elival da Silva Ramos (Presidente), José Luiz Borges de Queiroz, Adalberto Robert Alves, Fernando Franco, Eduardo José Fagundes, Celso Alves de Resende Junior, Marcus Vinicius Armani Alves, José Ângelo Remédio Junior, Vanderlei Ferreira de Lima, Mirian Gonçalves Dilguerian, Marcelo Grandi Giroldo, Maria de Lourdes D'Arce Pinheiro, Vera Wolff Bava Moreira e Luciano Corrêa de Toledo.*

## 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 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 1405-902– 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.

# Editorial

É com imensa satisfação que escrevo o Editorial desta edição do Boletim do Centro de Estudos da PGE. Primeiramente, porque como membro de sua Comissão Editorial desde abril de 2011, tenho a oportunidade de acompanhar de perto o minucioso trabalho de leitura e seleção dos artigos, peças, pareceres e acórdãos que, em virtude de sua atualidade, qualidade e relevância para a carreira, servirão de material de apoio e consulta para os Procuradores em suas mais diversas áreas de atuação.

Outro motivo de grande satisfação é a oportunidade de divulgar aos colegas um pouco mais sobre a Unidade da qual eu tenho a honra de ser Chefe desde julho de 2012: a Procuradoria do Patrimônio Imobiliário – "PPI".

A PPI é uma Unidade do Contencioso Geral altamente especializada, cuja atribuição é representar o Estado de São Paulo nas ações que envolvam direito ambiental e imobiliário que tramitam na Capital e na Grande São Paulo, em qualquer grau de jurisdição. Também atuamos nas ações ambientais e imobiliárias propostas nas Procuradorias Regionais, a partir do ingresso de recursos no Tribunal de Justiça até a elaboração dos recursos para os Tribunais Superiores, que posteriormente serão acompanhados pela Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília. Por fim, representamos judicialmente as autarquias nas ações que envolvam direito ambiental e imobiliário na Capital, em qualquer grau de jurisdição, e acompanhamos os processos originários da Grande São Paulo e do Interior em fase recursal. As autarquias que aparecem com maior frequência em nossos processos são o DAEE – Departamento de Águas e Energia Elétrica; o DER – Departamento de Estradas de Rodagem; o IPESP – Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo; e o DAESP – Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo, entre outras.

Internamente, o trabalho da PPI é dividido entre duas Subprocuradorias, de acordo com o critério da especialização. A 1ª Subprocuradoria é responsável pelo contencioso ambiental, enquanto a 2ª Subprocuradoria atua no contencioso imobiliário.

As ações que predominam e demandam maior dedicação dos Procuradores da 1ª Subprocuradoria – Ambiental – são as Ações Civis Públicas e Ações Populares. Essas ações podem envolver os mais diversos temas em direito ambiental, tais como: (I) licenciamento ambiental de obras e empreendimentos públicos, como o RODOANEL, a construção de presídios e unidades da Fundação CASA, a duplicação da Marginal Tietê, ou ainda de obras e empreendimentos privados; (II) poluição do ar, do solo ou das águas, como o conhecido caso da ação civil

pública da flotação do Rio Pinheiros; (III) tombamento de bens de valor histórico, cultural, arquitetônico, artístico ou turístico; (IV) identificação e remediação de áreas contaminadas; (V) ações civis públicas de improbidade administrativa, quando há interesse do Estado em defender o ato administrativo praticado pelo agente estatal que figura como réu, entre outras.

A 1ª Subprocuradoria também atua na defesa do Estado em ADINs contra leis estaduais e municipais relacionadas à matéria ambiental, como, por exemplo, as recentes ADINs referentes à distribuição gratuita de sacolas plásticas em estabelecimentos comerciais; à proibição da queima da palha de cana-de-açúcar; à modificação de Unidades de Conservação sem realização de EIA/RIMA, etc.

Pode-se destacar, ainda, dentre outras ações, um grande volume de desapropriações diretas ou indiretas, amigáveis (menos comuns) ou judiciais, relativas a bens indispensáveis à proteção ambiental ou decorrentes da criação de Unidades de Conservação, tanto na fase de conhecimento quanto na de execução; ações de execução de Termos de Compromisso de Recuperação Ambiental firmados por particulares ou outros entes públicos com a Secretaria de Estado do Meio Ambiente ou com a CETESB; defesa dos atos administrativos praticados por agentes públicos em ações anulatórias de atos administrativos, inclusive nas ações anulatórias de Auto de Infração Ambiental e Imposição de Multa; e propositura de ações rescisórias e anulatórias (*querelas nullitatis*) em matéria ambiental, objetivando rescindir decisões transitadas em julgado para rever condenações exorbitantes ou identificar outras irregularidades processuais, como, por exemplo, nas indenizações milionárias pagas nos processos de desapropriação indireta decorrentes da criação do Parque Estadual da Serra do Mar.

Já a 2ª Subprocuradoria – Imobiliário, por sua vez, tem como "carro-chefe" a representação do Estado e das autarquias nas ações de desapropriação direta e indireta, amigáveis (menos frequentes) ou judiciais, exceto em matéria ambiental, tanto na fase de conhecimento quanto na de execução. Nesse sentido, é importante destacar que a 2ª Subprocuradoria acaba de assumir um grande desafio, pois será responsável pelo ajuizamento e posterior acompanhamento das quase 3.000 (três mil) ações de desapropriação necessárias para a implementação do Trecho Norte do RODOANEL Mário Covas.

O Contencioso Imobiliário da PPI também promove ações discriminatórias de terras devolutas do Estado e legitimação de posse, providenciando a expedição de títulos de domínio e de incorporação ao patrimônio do Estado das que se encontrarem vagas ou livres de posse legítima e propõe sua destinação; ajuíza ações possessórias de qualquer natureza e reivindicatórias para reaver bens próprios estaduais, exceto de natureza ambiental; defende a SPPREV nas ações de revisão contratual e cobrança que tenham como objeto a carteira imobiliária do IPESP; atua nas ações de revogação de doação de imóveis por descumprimento de encargo; defende o DER nas ações que tenham por objeto a discussão da legalidade

da taxa cobrada para utilização das faixas de domínio nas rodovias estaduais; defende o Estado e as autarquias nas ações individuais e coletivas que tenham como finalidade o reconhecimento da concessão de direito real de uso para fins de moradia; atua nas ações referentes à taxa de acesso e painéis de publicidade em rodovias estaduais e propõe ações rescisórias e anulatórias, dentre outras atribuições.

Com a perspectiva de implementação, ainda no ano de 2013, de novos projetos e importantes políticas públicas na área ambiental, além de grandes empreendimentos na área imobiliária, a atuação da PPI tende a crescer e ganhar cada vez mais relevância.

Uma importante conquista atingida no final do ano passado foi o retorno do nosso Laboratório de Geoprocessamento, indispensável para a organização de dados e informações relativos à gestão e ao monitoramento do patrimônio imobiliário e ambiental do Estado, bem como à ampliação do seu cadastro patrimonial.

Após essa breve introdução à Unidade que me acolheu desde a minha saída da extinta Procuradoria de Assistência Judiciária – PAJ, despeço-me dos colegas com a certeza de que, nas próximas páginas, desfrutarão da leitura de um valioso material!

ADRIANA RUIZ VICENTIN
Procuradora do Estado Chefe
Procuradoria do Patrimônio Imobiliário

## Cursos do Centro de Estudos

**06 a 08.11 –** Curso "Gestão de Materiais/Serviços e Siafisico".

**09.11 –** Seminário sobre Parcerias Público-Privadas.

**21.11–** Palestra "Aspectos polêmicos da arbitragem de litígios que envolvem o Estado".

**27.11–** Curso "Da execução contra a Fazenda Pública e pagamento de débitos decorrentes de condenações judiciais".

**03 a 07.12 –** Curso "Treinamento do Sistema de Protocolo Único – GDOC".

**03 a 07.12 –** Curso SIAFEM

## Eventos do Centro de Estudos

**08 a 09.11 –** 4º Encontro de Procuradores do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal.

**21 a 23.11 –** 8ª Reunião Técnica dos Engenheiros da PGE

**23.11–** I Fórum de Chefes de Unidade e de Subprocuradoria da Área do Contencioso Geral.

## Eventos em parceria com outras instituições

**01.06 a 09.11 –** 2º Curso de Aperfeiçoamento e Prática Forense para Estagiários da Procuradoria Judicial – 2012, em parceria com a Procuradoria Judicial e apoio do Centro de Estudos/PGE.

**27.09 a 01.11** – AutoCAD 2012 Básico – Projetos em 2D, em parceria com o SENAC – Consolação.

**18.10 a 01.11–** Curso como gerenciar a compra? Contrato como instrumento de controle e eficiência e eficácia no contexto de compras na Administração Pública, em parceria com a FUNDAP.

**26.10 a 07.12 –** Curso: Português Corporativo (com foco no "kaizen" textual), em parceria com o Colégio Politécnico de Sorocaba – FEPS – Fund. Educacional Politécnica de Sorocaba.

**06 a 09.11 –** 16.º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública, 4.º Congresso Sul-Americano de Direito do Estado e 10.º Congresso Brasileiro do Magistério Superior de Direito Ambiental, em parceria com o IBAP – Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

**19 a 21.11 –** XXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em parceria com o IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 592.540.5/6-00**

A **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, pela Procuradora do Estado, infra-assinada, nos autos do **RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO**, interposto por **HUGO EVARISTO BENEDINI E OUTROS**, em curso frente a esta Egrégia Câmara, vem, respeitosa e oportunamente, ante V. Exa., oferecer a anexa **CONTRAMINUTA**, rogando se digne admiti-la, terminando o seu processamento, para todos os fins de direito, rogando, ainda, que nas futuras publicações, conste o nome da **Dra. Rosana Martins Kirschke, OAB/SP 120.139**, Procuradora do Estado responsável pelo acompanhamento do presente nesta Superior Instância.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

De Ribeirão Preto para São Paulo, em 15/12/2006.

ANA PAULA ANDRADE BORGES DE FARIA
PROCURADORA DO ESTADO
OAB nº.154738

**Agravadas: SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO e GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A**

**Agravantes: HUGO EVARISTO BENEDINI e OUTROS**

**Juízo: 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO**

**Processo nº 867/06 – Ação Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo**

**CONTRAMINUTA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 592.540.5/6-00**

**EGRÉGIO TRIBUNAL,**
**COLENDA CÂMARA,**

Insurgem-se os Agravantes contra a r. decisão interlocutória proferida nos autos da AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO, Processo

nº. 867/06, em curso perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto, nos termos da qual, o MM. Juiz "a quo" houve por bem INDEFERIR O PLEITO DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA pretendida pelos Agravantes para **suspender os efeitos do ato administrativo impugnado**, ou, ***alternativamente,* suspender os processos** nºs. 10.242/05, 10.244/05, 10.248/05, 10.249/05, 10.245/05 e 10.246/05 (em curso perante a 1ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto) **e os respectivos mandados de imissão na posse** expedidos naqueles autos, nos quais a empresa GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A postula a instituição de servidões de passagem de gasoduto pelas propriedades dos Agravantes.

Na prática, pretendem os Agravantes a suspensão da execução da obra de implantação do gasoduto, objeto do contrato de concessão de serviço público CSPE 002/99, celebrado entre o ESTADO DE SÃO PAULO e a GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA LTDA. (atual GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A), também Agravada.

Sustentam, para tanto, que o procedimento administrativo que culminou com a expedição da licença ambiental autorizando a realização da obra estaria maculado por nulidade insanável, ante a dispensa de EIA/RIMA.

Sem razão, contudo:

**1 - PRELIMINARMENTE:**

**1.1 – DA AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PARA REGULAR INSTAURAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO**

Pelo teor da fotocópia da petição inicial apresentada pelos Agravantes, constata-se que demanda é promovida em face da empresa GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A em litisconsórcio passivo com a SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, órgão público destituído de personalidade jurídica, ou de personalidade judiciária que, a toda evidência, não pode ser validamente indicado como parte em uma relação processual **(ANEXO I).**

Logo, forçoso é concluir que falta pressuposto de regular instauração e desenvolvimento do processo, pois, a demanda não foi corretamente formulada pelos Autores, ora Agravantes, afigurando-se inconteste a nulidade processual que constitui óbice insuperável ao conhecimento da pretensão recursal deduzida.

**1.2 – DA ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM"**

Não bastasse a apontada nulidade, é certo que os Agravantes buscam junto ao Poder Judiciário a tutela de um interesse difuso, sem que figurem, porém, no rol dos legitimados ativos da Lei da Ação Civil Pública.

De fato, afirmam os Agravantes que a obra de implantação do gasoduto seria potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente e, por tal motivo, considerando a ausência de apresentação do EIA/RIMA previamente ao

início das atividades, teria ocorrido violação à exigência legal estatuída para proteger o meio ambiente, contaminando por vício insanável todo o procedimento administrativo de licenciamento ambiental.

Evidencia-se, assim, que os Agravantes pretendem tutelar interesse difuso cujo objeto é indivisível e os titulares indetermináveis, a saber, o direito de todos e cada um de nós ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para cuja tutela não possuem legitimidade ativa "ad causam".

Em tal esteira, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> "**O direito a integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo,** dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, **a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social.** Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, **os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais,** consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade." (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/95). No mesmo sentido: RE 134.297, 22/09/95.
>
> **(grifamos)**

É certo que a Lei Maior atribui legitimidade ao cidadão para pleitear judicialmente a nulidade de atos administrativos lesivos ao meio ambiente, através da ação popular. Entretanto, a ação promovida pelos Agravantes não é ação popular e nem pode ser transmudada em ação popular, pois, a petição inicial não está instruída com a prova de estarem os Agravantes no pleno gozo dos direitos políticos.

Destarte, o Agravo de Instrumento não merece ser conhecido por falta de legitimidade ativa "ad causam" dos Agravantes.

## 1.3 – DO INTERESSE RECURSAL – AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE DA TUTELA POSTULADA

Por outro lado, considerando que os Agravantes postulam como pedido único e principal, no bojo do processo do qual se originou o presente Agravo de Instrumento, um provimento jurisdicional declaratório de nulidade de ato administrativo, segue não ser cabível que pretendam a concessão da tutela antecipada postulada nesta sede recursal.

Isto porque, os efeitos eventuais e futuros de uma sentença favorável aos Agravantes não albergarão a paralisação das obras do gasoduto, efeito que só poderia ser alcançado se em cumulação de pedidos, os Agravantes houvessem deduzido pretensão inibitória da ação do Poder Público.

Não foi o que ocorreu, sendo, pois, impraticável antecipar efeitos de um provimento jurisdicional que sequer foi postulado.

Ademais, como consta nos itens 60/62 da contraminuta apresentada pela primeira Agravada, a empresa GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A, os mandados de imissão na posse dos imóveis de propriedade dos Agravantes, expedidos nos processos de desapropriação, foram cumpridos, e parte significativa da obra já foi concluída, logo, a concessão da tutela antecipada na forma requerida pelos Agravantes não terá efetividade no mundo fenomênico.

Deveras, como, segundo informa a GÁS BRASILIANO, parcela da obra está executada, se lesão ao meio ambiente existiu, a mesma está concretizada, competindo aos Agravantes, se realmente tivessem legitimidade ativa "ad causam", postular a reparação do dano ao meio ambiente e não a anulação do procedimento administrativo que já exauriu seis efeitos.

Consequentemente, os Agravantes não têm interesse recursal, por ausência de necessidade e de adequação da via eleita.

**Assim é que, diante das preliminares argüidas, requer a Agravada seja negado conhecimento ao recurso.**

Nada obstante, não sendo este o entendimento de Vossas Excelências, é indubitável que, no mérito, a pretensão recursal não merece acolhimento.

## 2 – QUESTÃO DE ORDEM – DA NECESSIDADE DE REUNIÃO DE PROCESSOS PARA JULGAMENTO CONJUNTO

Antes, porém, de adentrar ao cerne da controvérsia posta, é imperioso esclarecer o seguinte:

O presente **Agravo de Instrumento nº. 592.540.5/6-00** foi interposto contra decisão interlocutória proferida no processo nº. 867/06, em curso perante a 1ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto que indeferiu o pedido de tutela antecipada postulado pelos Agravantes para suspender a obra do gasoduto na cidade de Ribeirão Preto.

Ocorre que, existe outro **Agravo de Instrumento, nº. 592.571.5/7-00**, questionando a r. decisão proferida no processo nº. 986/06, em curso perante a 1ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto, ***que está apensado ao processo nº. 867/06,*** diante da identidade de pedidos e causa de pedir (conexão objetiva) – **(ANEXO II).**

O objetivo desse segundo Agravo de Instrumento é idêntico ao do presente recurso, a saber, suspender a execução da obra do gasoduto na cidade de Ribeirão Preto **(ANEXO III).**

Portanto, e no intuito de prevenir decisões contraditórias, **requer a ora Agravada a reunião dos feitos para julgamento conjunto.**

Ressalva feita, passamos à demonstração da falta de fundamento jurídico da pretensão deduzida pelos Agravantes:

**3 – DO MÉRITO**

**3.1 – DOS FATOS**

A GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A é a concessionária de serviço público de distribuição de gás canalizado responsável pela cobertura da área correspondente à região Noroeste do Estado de São Paulo, abrangente dos Municípios de Ribeirão Preto, Bauru, São José do Rio Preto, Araçatuba, Marília, Presidente Prudente, Barretos e Franca.

Nesta qualidade, para cumprir as exigências constantes nas cláusulas do contrato de concessão de serviço público CSPE 02/99 firmado com o ESTADO DE SÃO PAULO, a empresa GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A adotou as providências cabíveis no sentido de obter junto ao órgão estadual competente a licença ambiental para a consecução das obras do gasoduto.

Para tanto, apresentou à Secretaria Estadual do Meio Ambiente do Estado de São Paulo o **Relatório Ambiental Preliminar – RAP** previsto pela Resolução SMA nº. 42/94, o qual foi devidamente submetido à análise do Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental – DAIA.

Considerando não se tratar de empreendimento capaz de gerar ***significativo impacto ambiental***, o Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental – DAIA, da Secretaria Estadual do Meio Ambiente – SMA, com fundamento na Resolução SMA nº. 42/94, dispensou a elaboração do EIA/RIMA para a expedição da **Licença Prévia (LP)**, necessária na *"fase preliminar do planejamento de atividade, contendo requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, observados os planos municipais, estaduais ou federais de uso do solo"* (Art. 19, I, Decreto Federal n. 99.274/90).

Tendo a GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A cumprido as exigências constantes nos termos da Licença Prévia (LP) emitida pelo órgão estadual de licenciamento competente (DAIA), a concessionária de serviço público foi contemplada, em seguida, com a **Licença de Instalação (LI)**, que autorizou o início da implantação do empreendimento, *"de acordo com as especificações do Projeto Executivo aprovado"* (Art. 19, II, Decreto Federal nº. 99.274/90).

Assim é que, como afirmado no item 20 da contraminuta apresentada pela empresa GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A *"as obras já foram parcialmente executadas, notadamente aquelas relativas à rede secundária"*.

Porém, os Agravantes, na condição de proprietários dos imóveis afetados pela servidão administrativa de passagem do gasoduto, não se conformam com

a situação e comparecem a esta Egrégia Corte para postular a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, **requerida e denegada em primeira instância**, a fim de paralisar as obras do gasoduto na cidade de Ribeirão Preto, sob o argumento de que o procedimento de licenciamento ambiental implementado na forma da Resolução SMA nº. 42/94 seria inconstitucional por haver dispensado o EIA/RIMA, ao arrepio da Resolução CONAMA nº. 01/86.

Entretanto, não existe qualquer inconstitucionalidade veiculada pela Resolução SMA nº. 42/94. Senão vejamos:

## 3.2 – DA LEGALIDADE DA RESOLUÇÃO SMA 42/94 E DA LICENÇA DE INSTALAÇÃO EXPEDIDA

A Constituição Federal preceitua que:

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

IV – exigir, **na forma da lei**, para instalação de obra ou atividade potencialmente **causadora de significativa degradação do meio ambiente,** estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

(...)"

**(grifamos)**

Portanto, segundo a dicção constitucional, ***a obrigatoriedade do Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EIA, na forma da lei, só existirá para a instalação de obra potencialmente*** **causadora de significativa degradação do meio ambiente,** competindo ao legislador federal, no exercício da competência concorrente prevista no artigo 24, da Lei Maior, veicular os critérios e procedimentos que determinarão a exigência ou dispensa do EIA/RIMA para as variadas hipóteses exigentes do licenciamento ambiental.

A legislação federal referida já existia quando da promulgação da Constituição da República, a saber, a Lei Federal nº. 6.938/81, recepcionada pela nova ordem constitucional, em que pese ter sofrido inúmeras alterações legislativas, sob a égide da Lei Maior. A dita lei regula a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins, e os mecanismos de formulação e aplicação.

Na disciplina do licenciamento ambiental diz a Lei nº. 6.938/81, na redação dada pela Lei nº. 7.804/89, que:

"Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ***dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do*** Sistema Nacional do Meio Ambiente ***– SISNAMA,*** e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis."

**(grifamos)**

Nos termos expressos do artigo 6º, V, da Lei nº. 6.938/81, dentre os órgãos que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA estão as Secretarias Estaduais do Meio Ambiente como órgãos seccionais *"responsáveis pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental"*.

Portanto, a Secretaria Estadual do Meio Ambiente, ao conceder a licença ambiental ao empreendimento de instalação do gasoduto, agiu nos estritos limites de competência material que lhe foi delegada pela legislação federal.

Ainda, segundo o artigo 8º da Lei Federal nº. 6.938/81, na redação determinada pela Lei nº. 8.028/90:

"Art. 8º. **Compete ao CONAMA:**

I – **estabelecer**, mediante proposta da SEMA, **normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados** e supervisionado pela SEMA;

II – determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis consequências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos **estudos de impacto ambiental, e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental,** especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional;

(...)"

**(grifamos)**

Portanto, é atribuição do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA editar atos normativos dispondo sobre normas e critérios para o licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras, competindo aos Estados aplicar ditas normas, expedindo ou denegando licenças ambientais (regra geral) – art. 8º, I, Lei nº. 6.938/81.

Excepcionalmente, no caso da obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, será exigível o EIA/RIMA no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental, competindo também ao CONAMA estipular as normas, os critérios e a autoridade administrativa competente

para avaliar, em caráter discricionário, o potencial da obra ou atividade para gerar significativa degradação ambiental - art. 8º, II, Lei nº. 6.938/81.

Inclusive, o Decreto Federal nº. 99.274/90, que regulamentou a Lei nº. 6.938/81, convalida tal raciocínio, ao estipular que:

> "Art. 17. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem assim, os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de **prévio licenciamento do órgão estadual competente** integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.
>
> **§ 1º Caberá ao CONAMA fixar os critérios básicos, segundo os quais serão exigidos estudos de impacto ambiental para fins de licenciamento,** contendo, entre outros, os seguintes itens:
>
> (...)"
>
> **(grifamos)**

Como se denota, a legislação federal prevê a imprescindibilidade do procedimento de licenciamento ambiental "lato sensu", sempre que a atividade for prevista pelo CONAMA como efetiva ou potencialmente poluidora, bem assim, se o empreendimento for capaz de causar degradação ambiental (art. 17, "caput", Decreto n. 99.274/90).

E, no caso excepcional das atividades ou empreendimentos serem potencialmente causadores de **significativa degradação do meio ambiente**, o procedimento de licenciamento ambiental será qualificado pela **exigência do Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EIA, e o respectivo Relatório – RIMA** (art. 17, § 1º, Decreto n. 99.274/90).

Portanto, **existem duas modalidades de licenciamento ambiental que estão albergadas pela legislação federal transcrita:**

> 1) o destinado a prevenir impactos ambientais decorrentes de implantação de obra capaz de degradar o meio ambiente, ou o exercício de atividade efetiva ou potencialmente poluidora, **que dispensa a realização de EIA/RIMA**; e
>
> 2) aquele cuja finalidade é prevenir a implantação de obra ou o exercício de atividade potencialmente causadora de **significativa degradação** do meio ambiente, **que exige a realização do EIA/RIMA.**

E não poderia ser diferente, pois, a atividade do Poder Público na tutela do meio ambiente, caracteriza-se como Poder de Polícia e, como tal, há de ser exercida na medida necessária e suficiente ao atendimento da finalidade pública para a qual é instituída, a saber, a preservação do meio ambiente, não sendo compatível com o princípio da proporcionalidade, finalidade e razoabilidade, facetas

da legalidade administrativa, a exigência de elaboração do EIA/RIMA em toda e qualquer espécie de procedimento de licenciamento ambiental, mas apenas se a atividade ou o empreendimento forem potencialmente causadores de significativa degradação do meio ambiente.

Muito bem, como sobredito, o legislador federal conferiu ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, a prerrogativa de editar normas secundárias para viabilizar a identificação, em cada caso concreto, da necessidade ou dispensa do EIA/RIMA, no bojo dos procedimentos de licenciamento ambiental.

E, no exercício da competência normativa que lhe é atribuída por lei, **o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA editou a Resolução nº. 237, de 19 de dezembro de 1997, considerando as seguintes necessidades (ANEXO IV):**

- a de **revisão dos procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental, de forma a efetivar a utilização do sistema de licenciamento como instrumento de gestão ambiental,** instituído pela Política Nacional do Meio Ambiente;

- a de se **incorporar ao sistema de licenciamento ambiental os instrumentos de gestão ambiental, visando ao desenvolvimento sustentável** e à melhoria contínua;

- a de ser estabelecido critério para exercício da competência para o licenciamento a que se refere o artigo 10 da Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981;

- a de integrar a atuação dos órgãos competentes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA na execução da Política Nacional do Meio Ambiente, em conformidade com as respectivas competências.

Extrai-se das inúmeras considerações que ensejaram a edição da Resolução CONAMA nº. 237/97, que a mesma regulamentou integralmente a matéria relativa ao licenciamento ambiental, contrapondo-se, em vários aspectos, à disciplina veiculada pela Resolução CONAMA nº. 01/86, que, destarte, restou implicitamente derrogada.

Confira-se:

A Resolução CONAMA nº. 237/97 conceitua o **licenciamento ambiental** como o "***procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia*** *a localização, instalação, ampliação e a operação de* ***empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou*** *daquela* ***que****, sob qualquer forma,* ***possam causar degradação ambiental,*** *considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso."* (art. 1º, I, da Resolução CONAMA nº. 237/97) - **grifamos.**

Diz, ainda, que estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no seu Anexo 1, no qual identifica-se a atividade de ***"Transporte por Dutos"***, gênero abrangente da espécie gasoduto.

Infere-se, assim, que ***a atividade de implantação de gasoduto,*** a teor da Resolução CONAMA nº. 237/97, é potencialmente capaz de degradar o meio ambiente, e, por consequência, ***está sujeita ao licenciamento ambiental.***

Em razão disso, aliás, é que a empresa GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A requereu, junto à Secretaria do Estado do Meio Ambiente – SMA, a expedição da Licença de Instalação (LI) do empreendimento, a qual foi regularmente expedida, segundo o procedimento da Resolução SMA nº. 42/94, com a dispensa da apresentação do EIA/RIMA, por não se tratar de obra potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

E a ação da Secretaria do Estado do Meio Ambiente no sentido de dispensar o EIA/RIMA, para a obra do gasoduto, com apoio na Resolução SMA nº. 42/94 **(ANEXO V)**, coaduna-se com a competência que lhe é deferida pela legislação ambiental, notadamente, a Resolução CONAMA nº. 237/97, *"in verbis"*:

> "Art. 3º. A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.
>
> **Parágrafo único**. **O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.**"
>
> **(grifamos)**

Ora, o órgão ambiental competente referido no parágrafo único do artigo 3º, da Resolução CONAMA nº. 237/97 é aquele integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, que detém a competência para o processo e deferimento das licenças ambientais (art. 8º, I, Lei nº. 6.938/81), ou seja, a Secretaria Estadual do Meio Ambiente – SMA, no âmbito do Estado de São Paulo.

Como se vê, a Secretaria Estadual do Meio Ambiente – SMA, ao deferir a Licença de Instalação (LI) para o empreendimento de construção do gasoduto, que passa pelas propriedades dos Agravantes, agiu nos estreitos limites de sua competência discricionária, na forma que lhe é atribuída pelas normas secundárias expedidas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA.

Afinal, interpretando-se o teor do parágrafo único do artigo 3º da Resolução CONAMA nº. 237/97 a *"contrario sensu"*, forçoso é concluir que compete ao órgão estadual responsável pelo licenciamento ambiental dispensar o empreendedor da elaboração do EIA/RIMA sempre que a obra a ser executada não seja capaz de provocar significativa degradação do meio ambiente.

Nesse cenário, o fato da expressão *"gasoduto"* aparecer no rol de atividades que exigiriam a apresentação de EIA/RIMA, segundo o artigo 2º da Resolução

CONAMA nº. 01/86, é insuficiente para que se conclua, segundo querem os Agravantes, que a Licença de Instalação (LI) expedida pela Secretaria do Estado do Meio Ambiente – SMA, em favor da empresa GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A estaria maculada por nulidade decorrente.

Isto porque, como demonstrado, a disciplina do licenciamento ambiental foi integralmente revisada pela Resolução CONAMA nº. 237/97, com vistas a garantir o desenvolvimento sustentável e a cooperação entre os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA.

Segundo a disciplina renovada, compete ao órgão estadual licenciador a atribuição de decidir, discricionariamente, se a obra que o empreendedor pretende implementar é, ou não, potencialmente causadora de significativa lesão ao meio ambiente, e, consequentemente, se será necessária ou não a elaboração do EIA/RIMA.

Assim sendo, evidencia-se que a Licença de Instalação (LI) expedida pela Secretaria do Estado do Meio Ambiente – SMA, segundo o procedimento da Resolução SMA nº. 42/94, autorizando a execução das obras do gasoduto na região noroeste do Estado de São Paulo é perfeitamente legal e consentânea com a competência delegada pelas normas federais, primárias e secundárias que regem a matéria.

Logo, é manifesta a **ausência dos requisitos para a concessão da tutela antecipada** pretendida pelos Agravantes, uma vez que **falta a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação,** afinal, verificamos que o **ato administrativo questionado foi regularmente expedido, restando incólume a presunção de veracidade e legitimidade que constitui um de seus atributos.**

Por outras palavras, a argumentação tecida pelos Agravantes não é suficiente para infirmar a presunção de veracidade e legitimidade da Licença de Instalação (LI) expedida pela Secretaria do Estado do Meio Ambiente – SMA, autorizando a implantação da obra do gasoduto pela empresa GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A, que perpassa pelas propriedades dos Agravantes.

**E, ante a ausência dos requisitos exigidos pelo artigo 273, do Código de Processo Civil, há que ser negado provimento ao recurso.**

Finalmente, é mister destacar a impossibilidade processual de acolher a pretensão alternativa dos Agravantes, no sentido de sustar os efeitos dos mandados de imissão de posse expedidos nos processos de desapropriação nºs. 10.242/05, 10.244/05, 10.248/05, 10.249/05, 10.245/05 e 10.246/05, que tramitam perante a 1ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto.

Pretensão alternativa que se funda na alegada existência de relação de prejudicialidade externa entre as demandas, a exigir a suspensão dos processos prejudicados (as ações expropriatórias), até final julgamento da demanda prejudicial (a ação anulatória do ato administrativo), por força do artigo 265, IV, "a", do Código de Processo Civil.

Ora, em várias oportunidades, essa Egrégia Corte já julgou casos análogos, originários de processos em que a GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A também figura como parte, decidindo o seguinte:

"Agravo de Instrumento.

Decisão do magistrado em ação de instituição de servidão de passagem e de desapropriação ajuizados ou nos quais seja ré, até a decisão da questão ambiental. **Uma coisa é a instituição da servidão de passagem e outra a execução da obra de construção do gasoduto,** este dependente de autorização governamental com implicância do impacto ambiental. Ainda que instituída a servidão de passagem, se não há autorização da construção do gasoduto não haveria ofensa ao meio ambiente. **Recurso provido para afastar a suspensão do processo."**

(AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 309.556-5/8-00, 2ª Câmara de Direito Público, TJ/SP, votação unânime)

"AGRAVO – **Suspensão do processo de servidão de passagem de gasoduto com base em decisão tomada em outro processo – Inadmissibilidade** – A decisão de suspender, coletivamente, todos os processos de servidão de passagem, com base na questão ambiental suscitada num deles, ultrapassa os limites em que a lide deve ser decidida – Prejudicialidade externa que se limita às questões de mérito, jamais em preliminares que carecem de confirmação – Agravo provido."

(AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 309.536-5/7-00, 2ª Câmara de Direito Público, TJ/SP, votação unânime)

"SERVIDÃO DE PASSAGEM – Suspensão do feito até o julgamento de questão prejudicial apresentada em outro processo – Inadmissibilidade – Decisão proferida em outro feito que não pode irradiar efeitos em outro – Questão ambiental, ademais, que deve ser discutida em autos próprios – Recurso provido"

(AGRAVO DE INSTRUMENTO nº. 309.558-5/7, 5ª Câmara de Direito Público, TJ/SP, votação unânime)

Para evidenciar, mais ainda, a impertinência do pedido dos Agravantes, é oportuno transcrever o trecho do voto proferido pelo Ilustre Desembargador Sidnei Beneti, nos autos do Agravo de Instrumento nº. 309.555-5/3-00, da 9ª Câmara de Direito Pública do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim vazado:

**"A desapropriação deriva do poder de império da Administração Pública, visando à satisfação, no caso, de necessidade pública. Daí as peculiaridades que contém, entre as quais, ao lado da coatividade à disposição da coisa, a urgência o andamento preferencial, circunstâncias com as quais a suspensão é incompatível."**

Portanto, o pedido alternativo dos Agravantes não se sustenta, e merece, igualmente, ser rechaçado por essa Egrégia Corte.

A vista de todo o exposto, impõe-se o não conhecimento do recurso, pelo acolhimento das preliminares arguidas, ou, assim não entendendo Vossas Excelências, que seja negado provimento ao Agravo, confirmando-se a r. decisão recorrida, por ser medida de

JUSTIÇA!

De Ribeirão Preto para São Paulo, em 15/12/2006.

**ANA PAULA ANDRADE BORGES DE FARIA**
PROCURADORA DO ESTADO
OAB n.154738

**ROL DE PEÇAS TRASLADADAS**

1) CERTIDÃO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO NO SENTIDO DE QUE A DEMANDA AUTUADA SOB O Nº. 867/06 FOI AJUIZADA EM FACE DA SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE, PARA QUEM, INCLUSIVE, FOI DIRIGIDA A CARTA DE CITAÇÃO.
2) CERTIDÃO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO NO SENTIDO DE QUE OS PROCESSOS Nºs. 867/06 E 986/06 ESTÃO APENSADOS.
3) PETIÇÃO E RAZÕES DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 592.571.5/7-00, INCLUINDO A DECISÃO CONCESSIVA DO EFEITO SUSPENSIVO ATIVO.
4) RESOLUÇÃO CONAMA Nº. 273/97.
5) RESOLUÇÃO SMA Nº. 42/94.

**PODER JUDICIÁRIO**
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de.

AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 592.540-5/6-00, da Comarca de RIBEIRÃO PRETO, em que são agravantes HUGO EVARISTO BENEDINI E OUTROS sendo agravados GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S.A E SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SAMUEL JÚNIOR (Presidente, sem voto), AGUILAR CORTEZ e J.G.JACOBINA RABELLO.

São Paulo, 22 de março de 2007.

**Regina Capistrano**
Relatora

**Voto nº 5660.**
**Agravo de Instrumento nº 592.540-5/6-00.**
**Agravantes: Hugo Evaristo Benedini e outros.**
**Agravados: Gás Brasiliano Distribuidora S/A e outro.**

**Ementa:**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO, MEIO AMBIENTE E AÇÃO DECLARATÓRIA – AINDA QUE A DISCUSSÃO ENVOLVA VIÉS AMBIENTAL, A PRETENSÃO INDIVIDUAL NÃO SE CONFUNDE COM INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS E PODE SER PERSEGUIDA PELO PARTICULAR QUE SE JULGA LESADO – PARTES ATIVAS LEGÍTIMAS *"AD CAUSAM"* – A INDICAÇÃO DA SECRETARIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE COMO CORÉ QUE NÃO OSTENTA PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA NÃO INVIABILIZA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO, PORQUANTO**

**A FAZENDA PÚBLICA COMPARECEU E DEFENDEU O ENTE POLÍTICO, ESTADO DE SÃO PAULO, TEMPESTIVA E EFICIENTEMENTE.**

**A OBSTRUÇÃO DA INSTALAÇÃO DO GASODUTO NÃO DEVE MERECER APRECIAÇÃO *"INITIO LITIS"*, PORQUANTO A**

**OBRA É DE GRANDE PORTE, ESTÁ PARCIALMENTE CONCLUÍDA E EM FUNCIONAMENTO, FOI APROVADA POR TODOS OS ÓRGÃOS ESTADUAIS DE**

**PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE, DEVENDO A ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS SER AVALIADA**

**QUANDO DO JULGAMENTO DO MÉRITO. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.**

Cuida-se de agravo de instrumento tirado por Hugo Evaristo Benedini e outros contra a r. decisão de fls. 326, pela qual o douto Magistrado *"a quo"* manteve a decisão de fls. 323, pela qual foi negada a antecipação de tutela eis que ausente a verossimilhança da alegação, porquanto naquele momento não havia prova da ausência de licenciamento ambiental.

Dizem os agravantes que há necessidade de elaboração de EIA/RIMA antes da implantação de qualquer obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, anotando que o RAP (relatório ambiental prévio) não substitui o Estudo de Impacto Ambiental ou sequer o Relatório de Impacto ao Meio Ambiente, de forma que estando ausente documento obrigatório deve ser declarada a inconstitucionalidade e ilegalidade do licenciamento das obras do gasoduto, devendo ser declarada a nulidade de todo o processo administrativo de licenciamento e, por consequência, também as licenças expedidas, o Decreto Estadual n° 46.928/2002 e ações de constituição de servidão de passagem de gasoduto. Aduzem que o estabelecimento do gasoduto na forma atual lhes trará inegáveis e injustificáveis prejuízos, privando-os do uso regular de suas terras, fatores que advirão da simples expedição de mandados de imissão na posse provisória dos imóveis. Salientam, por fim, que deve ser obstado o desperdício de dinheiro público e particular em investimentos ilegais. Alternativamente, acaso não deferida a antecipação de tutela tal qual requerida, pedem seja reconhecida a prejudicialidade desta ação relativamente às ações de instituição de servidão de passagem ajuizada pela primeira agravada contra os agravantes, ainda que tenham as demais ações natureza expropriatória.

Distribuídos os autos ao eminente Desembargador Aguilar Cortez (fls, 356), foi indeferido o efeito suspensivo ativo porque não demonstrado o dano irreparável.

Intimado, o Senhor Secretário de Estado do Meio Ambiente alertou que sua Secretaria não tem personalidade jurídica própria, devendo o ato ser refeito perante a Fazenda Pública (fls. 428).

Às fls. 468/499 foram acostados aos autos as contrarrazões ofertadas por Gás Brasiliano Distribuidora S/A alegando ser detentora do contrato de con-

cessão CSP2/02/99, que tem por objeto a exploração dos serviços públicos de distribuição de gás comercializado no Estado de São Paulo, conforme Decreto nº 44.201/99, e para o cumprimento das metas assumidas será necessária a implantação de 230 km de redes de distribuição adicionais aos atuais 230 km já implantados, e, para tanto, elaborou RAP, ofertado para análise à Secretaria do Meio Ambiente (SEMA) e ao Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental (DAIA), contando o RAP com anuência de todos os municípios a serem atingidos pelo empreendimento, tendo aqueles órgãos deferido a expedição de licença prévia e dispensado a realização de EIA/RIMA, obtendo, após, a licença para instalação, estando a obra parcialmente executada, inclusive no que pertine à rede secundária, encontrando-se parcialmente em operação, fornecendo gás para indústria e estando apta a iniciar o fornecimento de gás para o conjunto habitacional da CDHU do Município de Ribeirão Preto, cujas exigências também foram atendidas. Alega ainda que os agravantes não cumpriram o artigo 525, inciso I, do Código de Processo Civil, não havendo prova inequívoca dos fatos narrados, já tendo sido realizadas as imissões na posse, fato omitido pelos agravantes, aludindo à impossibilidade da antecipação da tutela na ação proposta. Finalmente, acrescenta que o RAP apresentado foi complementado por Estudo de Análise de Riscos, sendo proferido o Parecer nº 011/03/EIXE pelo setor de análise de riscos da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, o qual permitiu fosse expedida a licença de instalação do empreendimento. Enfatiza que todos os atos foram legais e não há como sustá-los, propugnando pelo desprovimento do recurso.

A Fazenda do Estado de São Paulo ofereceu contrarrazões ao agravo às fls. 1157/1184, alegando que os agravantes não têm legitimidade ativa para a ação principal, não existe adequação jurídica no provimento pleiteado porque os efeitos da sentença não albergarão a paralisação das obras do gasoduto, os mandados de imissão de posse já foram expedidos e cumpridos. Pede a reunião deste Al nº 592.540-5/6-00 ao Al nº 592.571-5/7-00 para evitarem-se julgamentos conflitantes, e, quanto ao mérito, aduz que a documentação apresentada está correta porquanto não se trata de empreendimento capaz de gerar significativo impacto ambiental, contando o projeto com licença prévia e licença de instalação, já parcialmente executado. Discorre finalmente sobre as normas administrativas que afetam o resultado da demanda, propugnando pela rejeição do pedido inicial e do pedido alternativo, este também já consumado.

Foram acostadas aos autos certidões de fls. 1187, extraída nos autos de nº 867/06, e fls. 1190, extraída nos autos de nº 986/06, bem como cópia da liminar concedida nos autos do Al nº 592.571-5/7-00 em 28/9/2006 (fls. 1192).

Remetidos os autos à Procuradoria de Justiça, veio aos autos o parecer de fls. 1243/1252 propugnando pela rejeição de todas as preliminares, eis que a falta de personalidade jurídica da Secretaria do Meio Ambiente está sanada

pela intervenção da Fazenda Pública, gozando os autores da ação principal de legitimidade ativa já que o pleito é individual, visando defesa de direito individual. Alega ainda que a medida é adequada ao provimento jurídico pretendido, presente, portanto, o interesse de agir, nada importando que os mandados de imissão na posse já estejam cumpridos. Quanto ao mérito, após analisar os dispositivos legais existentes, vê razão no pleito dos agravantes porquanto a instalação de gasoduto é atividade modificadora do meio ambiente, consoante dicção contida na Resolução Conama n° 01/1986, motivo pelo qual postula seja dado provimento ao recurso.

Em nova manifestação, a agravada Gás Brasiliano Distribuidora S/A tece comentários sobre o pedido recursal, enfatizando que houve análise de riscos pelos órgãos competentes (fls.1254/1256).

Conclusos os autos ao eminente Desembargador Aguilar Cortez (fls.1541), determinou-se a redistribuição a esta Desembargadora Relatora, em vista de prevenção gerada pelo anterior conhecimento da questão deduzida no Al n° 592.571-5/7-00.

É o sucinto relatório.

Rejeito todas as preliminares arguidas pelos agravados.

Com efeito, consoante muito bem salientado pelo digno Procurador de Justiça oficiante às fls. 1243/1252, Dr. Jorge Luiz Ussier, os agravantes têm legitimidade ativa *"ad causam",* pois buscam prevenir lesão que entendem possível a patrimônio seu, individual, não tendo outro meio de defender possíveis direitos, nada importando que para a defesa de seu patrimônio aleguem vício ou mácula existente no procedimento administrativo que permitiu a realização da obra, tendo ou não tal questão viés ambiental.

Também não colhe a assertiva de ilegitimidade passiva *"ad causam"* decorrente do fato de haver ocupado o polo passivo a Secretaria Estadual do Meio Ambiente. É que o cidadão comum muitas vezes não conhece os meandros da Administração Pública, a forma de organização do ente público interno, de sorte que termina por nomear equivocadamente uma Secretaria de Estado, conforme ocorreu no caso *"sub judice"* ao invés de dirigir a ação contra a Fazenda Pública, órgão que no final suportará efetivamente os ônus de eventual condenação, e que tem concreta possibilidade em encetar a defesa jurídica das Secretarias e órgãos da Administração direta estadual.

De qualquer forma, fica ultrapassada a discussão doutrinária a respeito do tema eis que a falha foi sanada, tendo sido intimada a Fazenda do Estado de São Paulo que tempestivamente ofertou contrarrazões minuciosas e detalhadas, impedindo assim qualquer prejuízo processual ao corréu.

As demais questões se confundem com o mérito e com este serão analisadas.

A farta documentação acostada ao longo destes oito volumes demonstra que a agravada Gás Brasiliano Distribuidora S/A pleiteou frente aos órgãos públicos

defesa do meio ambiente as necessárias autorizações e licenças para início das obras, tanto que obteve licença prévia para início das intervenções físicas e licença de instalação para a consecução efetiva das obras contratadas para distribuição do gás no Estado de São Paulo.

Nota-se dos documentos até agora acostados aos autos que a Secretaria do Meio Ambiente e o Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental estudaram o projeto apresentado, bem como o relatório ambiental prévio e observaram a inexistência de eminente ou potencial agressão ambiental, concedendo condições legais ao início e implementação das obras.

Todos os passos foram noticiados à CETESB, agência ambiental a quem compete a defesa direta do meio ambiente, e que, com este objetivo, vem atuando ferrenhamente no Estado de São Paulo, e também perante tal órgão o empreendedor, aqui agravado, obteve o necessário pl*acet* para início das obras, as quais, aliás, já se encontram em estágio avançado, tanto que estão sendo atendidos diversos municípios no Estado de São Paulo, e especificamente no Município de Ribeirão Preto está implantado o fornecimento de gás a indústrias, bem como fornecimento a residências localizadas em conjunto habitacional.

O interesse estratégico da implantação do gasoduto, bem como as evidentes nuances sociais e econômicas não devem ser objeto do vertente recurso de agravo de instrumento, porquanto já foram objeto de exaustivas análises de viabilidade pelos órgãos e entes de direito público envolvidos, seja o Estado de São Paulo, sejam todos os municípios servidos pelo gasoduto, e que anuíram à implementação física do projeto.

É bem verdade que toda a ampla gama de elementos que compõem a discussão será analisada na ação principal, quando do julgamento de mérito; porém, afigura-se prematuro o adiantamento de provimento cautelar que paralise as obras inseridas em um contexto bem maior, e que já se encontra parcialmente em funcionamento.

Por outro lado, a Resolução Conama nº 01/1986, em seu artigo 2o, inciso V, determina a elaboração de EIA/RIMA de forma expressa aos gasodutos, mas tal estudo e consequente relatório podem ser produzidos concomitantemente ao trâmite da ação principal, se é que ainda não foram providenciados, não se justificando a paralisação de todo o empreendimento que se encontra lastreado em procedimento administrativo até agora admitido como correto e legítimo frente aos interesses econômicos dos empreendedores, sociais da população e empresas consumidoras, e estratégico/político dos municípios e Estado.

Todo o contexto que envolve a questão, inclusive a efetiva apresentação do EIA/RIMA, será apreciado quando do julgamento do mérito da ação principal, e o provimento de mérito poderá determinar as medidas necessárias, se existir alguma a ser tomada.

Isto posto, afasto as preliminares, e, quanto ao mérito, nego provimento ao recurso. Uma vez julgado este agravo pela Colenda Turma Julgadora, traslade-se cópia do Acórdão para os autos do Al nº 592.571-5/7-00.

É o meu voto.

**Regina Zaquía Capistrano da Silva**
Relatora

**RECURSO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 592.540.5/6-00**
**NATUREZA ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO E MEIO AMBIENTE E DECLARATÓRIA –º 1ª INST. N. 867/2006**
**COMARCA RIBEIRÃO PRETO – 1º OFÍCIO**
**AGTE(S) HUGO EVARISTO BENEDINI E OUTROS**
**AGDO(S) GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S. A. E OUTRO**

**VOTO Nº. 3801/07(VENCEDOR)**

**VISTOS**

Contra decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada em "ação declaratória de nulidade de atos administrativos" (fls. 323 e 326) opuseram os autores agravo de instrumento alegando que pretendem a sustação dos efeitos dos atos administrativos apontados, ou, alternativamente, a suspensão dos seis processos judiciais indicados, todos em tramitação da 2a Vara da Fazenda Pública local, com recolhimento dos mandados de imissão de posse; disseram que a decisão agravada, publicada em 01.09.06, revigorou outra que havia sido tornada sem efeito, que esta ação tem por fim anular o procedimento administrativo de licenciamento ambiental da obra de gasoduto em fase de implantação, as licenças expedidas pela Secretaria do Meio Ambiente e atos que a sucederam, por causa de inconstitucionalidade e ilegalidade na dispensa da realização do Estudo de impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, e que esta ação tem relação de prejudicialidade externa com as demais enumeradas, de instituições de servidões de passagem de gasoduto; sustentaram que há risco de dano irreparável para o meio ambiente e a legislação aplicável e que a Secretaria do Meio Ambiente não poderia isentar a empresa concessionária da elaboração do EIA/RIMA, tendo em vista o disposto no artigo 225, § 1º, IV da Constituição Federal, no artigo 192 da Constituição Estadual, na Lei nº. 6.938/81, no Decreto Federal nº. 99.274/90 e na Resolução CONAMA 01/86; aduziram que se trata de prevenir agressão ao meio ambiente, que o EIA integra o processo de licenciamento ambiental, nos termos dos artigos 1º, I e 2º da

Resolução CONAMA 237/97 e que estes requisitos legais não foram atendidos no presente caso, como declarou o gerente jurídico da primeira requerida a veículo da imprensa em novembro de 2002; anotaram que o licenciamento se deu com base apenas no Relatório Ambiental Preliminar – RAP, conforme Resolução nº. 42/94 da Secretaria do Meio Ambiente, cuja inconstitucionalidade é manifesta, que o RAP não pode substituir o EIA, e que o gasoduto possui potencial para considerável degradação ambiental, defenderam a presença dos requisitos legais pertinentes à antecipação da tutela, inclusive de ordem pública, e mencionaram doutrina e julgados sobre a matéria. Indeferido o efeito suspensivo/ativo (fls.356), foram apresentadas contraminutas pela empresa Gás Brasiliano Distribuidora S.A. (fls. 390/424 e 468/1139) e pela Fazenda do Estado (fls. 1157/1241) e o Ministério Público se manifestou pelo provimento (fls. 1243/1252). A empresa agravada voltou a se pronunciar, com documentos (fls. 1254/1540).

O outro agravo de instrumento mencionado diz respeito a outra ação movida por outras pessoas com pretensão igual (fls.1164/1165 e 1191/1226). Foi distribuído a esta mesma Câmara Especial.

A causa de pedir, neste agravo, é a alegada inconstitucionalidade e ilegalidade da dispensa de EIA/RIMA para execução de obras de gasoduto e o risco de dano ambiental; daí a pretensão de imediata suspensão dos efeitos dos atos administrativos autorizadores do empreendimento ou das instituições de servidões de passagem nas terras e ações judiciais indicadas.

Esse empreendimento foi objeto de contrato de concessão de serviço público (CSPE 002/99) e, de acordo, com os agravados, os mandados de imissão de posse já foram cumpridos e parte da obra já está concluída.

Não há risco demonstrado de efetivo dano ambiental, além dos normais de empreendimentos dessa espécie, que devem ser providos de sistemas de segurança preventivos e reativos.

Do ponto de vista ambiental, propriamente, informou a Fazenda do Estado que a empresa apresentou à Secretaria Estadual do Meio Ambiente do Estado de São Paulo Relatório Ambiental Preliminar – RAP, de acordo com a Resolução SMA nº. 42/94, relatório este submetido à análise do Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental – DAIA, o qual dispensou a elaboração do EIA/RIMA, por entender não se tratar de obra geradora de significativo impacto ambiental, para efeito de expedição da Licença Prévia relativa à fase preliminar do planejamento da atividade com os requisitos básicos a serem atendidos na localização, instalação e operação, observadas as normas de uso do solo (cf. Decreto Federal nº. 99.274/90, art. 19, I). E, atendidas as exigências dessa Licença Prévia, foi emitida a Licença de Instalação autorizando o início da implantação do empreendimento com as especificações do projeto executivo aprovado.

Realmente, o artigo 225, § 1º, IV da Constituição Federal impõe ao Poder Público exigir estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou ati-

vidade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, na forma da lei. O artigo 10 da Lei nº. 6.938/81, na redação da Lei nº. 7.804/89, obriga o prévio licenciamento, pelo órgão competente estadual, de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais potencialmente degradadores ou poluidores e o Decreto Federal nº. 99.274, no artigo 17, § 1°, prevê a observância dos critérios fixados pelo CONAMA e que norteiam sua Resolução nº. 237 de 19.12.97, sobre a qual não prevalece a anterior Resolução nº. 01/86.

Assim, como ponderou a Fazenda do Estado, apenas no caso de risco de significativa degradação ambiental é exigido o EIA/RIMA. Se a Administração Pública Estadual entende que não há esse risco, não está impedida de dispensar o EIA/RIMA para expedir a Licença de Instalação, de acordo com a Resolução SMA nº. 42/94 c.c. artigo 3º, parágrafo único da Resolução CONAMA nº. 237/97; cuida-se, mesmo, de competência discricionária, não havendo razão para intervenção do Poder Judiciário contrária à decisão administrativa.

Prevalece, portanto, por ora, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo. Ou seja, não se evidenciam desde logo os requisitos da antecipação de tutela pretendida pelos autores da ação.

Por meu voto, nega-se provimento ao agravo de instrumento.

**ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ**
**2º JUIZ (DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR)**

**Proc. n.: SGP 61968/2010**
**Interessada: COMPLEXO HOSPITALAR DO JUQUERY/SECRETARIA DA SAÚDE**
**Assunto: CONTAGEM DE TEMPO EM NOME DE SONIA OLIVEIRA DE ARAÚJO – RG Nº 9.783.784**

**Parecer CJ/SGP nº 157/2011**

**Ementa: APOSENTADORIA ESPECIAL. Ação mandamental.** Dúvidas suscitadas no âmbito administrativo quanto ao cumprimento de decisão judicial. Natureza jurídica da aposentadoria especial. Espécie de aposentadoria Voluntária. Hipótese distinta dos autos. Inaplicabilidade das regras dispostas nos art. 228 c.c o art. 222, inc. III, da Lei nº 10.261/68. Impossibilidade de retroação dos efeitos. Artigo 37, §10 da Constituição Federal. Competência exclusiva da SPPREV para o ato de concessão do benefício previdenciário. Possibilidade de convalidação. Artigos 10 e 11 da Lei Estadual nº 10.177/98. Proposta de diligências e encaminhamentos sugeridos.

**1**. Cuidam os autos de questão relacionada ao cumprimento de decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 053.09.038905-3, ora em trâmite na 13ª Vara da Fazenda Pública, impetrado por SONIA OLIVEIRA DE ARAÚJO, na qual foi concedida a ordem "a fim de que seja reconhecido à impetrante o direito à aposentadoria especial, na forma requerida na petição inicial".

**2.** A interessada obteve em primeiro grau o deferimento da segurança para a concessão da aposentadoria especial nos termos da Lei Federal nº 8.231/91, cuja decisão veio a ser confirmada em Segunda Instância.

**3.** Em razão da imperatividade do cumprimento da ordem judicial, bem como as representações encaminhadas pela Procuradoria Judicial (fls. 65/67), foi dado início à fase administrativa da obrigação de fazer (fls. 70), seguindo-se, após, a publicação da respectiva apostila, no DOE de 18/06/2010 (fls. 74).

**4.** Por ofício dirigido à Unidade Central de Recursos Humanos, a diretoria do Complexo Hospitalar do Juquery solicitou "a revisão deste protocolado quanto aos procedimentos a serem adotados" (fls. 79).

**5.** A Unidade Central de Recursos Humanos, em sua Informação nº 0898/2010, alertando a competência da SPPREV para a concessão de aposentado-

rias, manifestou-se, conclusivamente, no sentido de se encaminhar o expediente à d. Consultoria Jurídica da Secretaria da Saúde, uma vez que se trata de dúvida suscitada no cumprimento de ação mandamental que tramitava por aquela Pasta (fls. 84/86).

**6.** Às fls. 92/97, manifesta-se aquele Órgão Jurídico no sentido do cumprimento da ordem judicial nos termos propugnados na inicial, entendendo que *"a efetiva concessão à interessada da aposentadoria especial não está condicionada à elaboração de laudo pericial ou a qualquer outra prova. (...) Assim, nada resta a fazer senão a adoção das medidas administrativas necessárias ao efetivo cumprimento da ordem"* (fls. 93/94).

**7.** Por determinação do Centro de Orientações e Normas, do Grupo de Gestão de Pessoas, da Coordenadoria de Recursos Humanos da Secretaria da Saúde (fls. 99/102), os autos foram encaminhados à SPPREV que, por sua vez, por intermédio de sua Gerência de Aposentadoria, propôs a sua devolução, alegando que as apostilas da obrigação de fazer teriam sido publicadas em 18/06/2010, anteriormente, pois ao início das concessões de aposentadorias por aquele órgão previdenciário (fls. 104/106).

**8.** Finalmente, conforme cópia acostada às fls. 109, a Diretoria do Grupo Técnico de RH, do Complexo Hospitalar Juquery, publicou o Ato de Aposentadoria no Diário Oficial de **18/02/2011**, em favor da interessada, **a partir de 18/06/2010**, nos termos do artigo 40, §4º e incisos, combinados com a Lei Federal nº 8.213/91.

**9.** Em razão de nova sugestão manifestada pelo Centro de Orientações e Normas, do Grupo de Gestão de Pessoas, da Coordenadoria de Recursos Humanos da Secretaria da Saúde, os autos foram novamente encaminhados à Unidade Central de Recursos Humanos, para ciência do processado (fls. 113/114).

**10.** Por meio da Informação UCRH nº 417/2011, a Unidade Central de Recursos Humanos manifestou-se, em apertada síntese, nos seguintes termos: (I) mencionou entendimento exarado por esta Consultoria Jurídica no sentido da inviabilidade de delegação da verificação das condições de insalubridade dos ambientes de trabalho do servidor público estadual e da posterior emissão do LTCAT à empresa terceirizada, em razão da competência exclusiva do DPME (Parecer CJ/SGP nº 121/2011); (II) a competência exclusiva da SPPREV para a concessão de novas aposentadorias, a teor do art. 3º, inc. II e 36 da LC 1.010/2007 c.c. art. 2º do Decreto estadual nº 54.623/2009, razão pela qual deveria ser tornado sem efeito o ato de aposentadoria de fls. 109; (III) a impossibilidade de retroação dos efeitos da aposentadoria para 18/06/2010, em razão do disposto no artigo 228 da Lei Estadual nº 10.261/68 (fls. 129/135).

**11.** Ao final da manifestação foi proposto o encaminhamento da matéria para exame desta Consultoria Jurídica, vindo o expediente a este órgão por ordem do Senhor Chefe de Gabinete desta Pasta (fls. 136).

**É o relatório do necessário. Opino.**

**11.** O cerne da questão, cuja controvérsia tem sido objeto de intenso debate no seio da Administração, dada a ausência de norma regulamentadora e dificuldade de compreensão e aplicação dos preceitos norteadores, é a aposentadoria especial.

**12.** Contudo, superada a questão da pertinência ou não de sua concessão à interessada, visto que se cuida de questionamentos suscitados em sede de cumprimento de sentença, lancemo-nos ao seu exame.

**13.** A Unidade Central de Recursos Humanos, na conclusão da manifestação exarada às fls. 129/135, impugnou a validade do ato de concessão da aposentadoria, cuja cópia encontra-se encartada às fls. 109: a uma, em razão da incompetência da autoridade que o emitiu, dada a competência exclusiva da SPPREV para a concessão de novas aposentadorias, a teor do art. 3º, inc. II e 36 da LC 1.010/2007 c.c. art. 2º do Decreto Estadual nº 54.623/2009; e, a duas, por vislumbrar infringência ao disposto no artigo 228 da Lei Estadual nº 10.261/68, sendo ilegal a retroação dos efeitos da aposentadoria para 18/06/2010.

**14.** Antes de adentrarmos ao exame dos questionamentos lançados, cumpre, em primeiro, tecermos algumas considerações a respeito da natureza jurídica da aposentadoria especial.

**15.** Segundo os ensinamentos da Profa. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Aposentadoria é o direito à inatividade remunerada, assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição. Daí as três modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória e voluntária"[1].

**16.** A doutrina pátria ainda não se posicionou firmemente a respeito da natureza jurídica da aposentadoria especial. Pelo contrário, em razão dos aspectos controvertidos que a cercam, conforme já exposto, há quem entenda que se trata de figura híbrida. A respeito, a lição de FABIO ZAMBITTE IBRAHIM[2]:

> "As dúvidas já começam mesmo na definição de sua natureza jurídica. Para alguns, este benefício seria uma espécie de aposentadoria por invalidez antecipada, na medida em que proporciona a aposentação antes de o segurado ser efetivamente inca-

1 *Direito Administrativo*, 24ª edição. SP: Editora Atlas, 2011, p. 570

2 *Curso de Direito Previdenciário*, 16ª edição. RJ: Editora Impetus, 2011, p. 610

pacitado pelos agentes nocivos a que está exposto. Outros a definem como espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, qualificada em razão da nocividade da atividade desenvolvida. Por fim, há quem veja uma nova espécie de aposentadoria, a par das já existentes. Adoto esta última corrente, em razão das especificidades deste benefício e por ser mais adequada para o desenvolvimento de seu estudo".

**17.** Há que se registrar, contudo, que já houve manifestação da Procuradoria Administrativa sufragando entendimento que a aposentadoria especial é uma modalidade da voluntária, conforme se infere dos Pareceres PA nº 34/2010[3] e 153/2010[4], da lavra do Dr. ELIVAL DA SILVA RAMOS.

**18.** Esta subscritora perfilha o mesmo entendimento, eis que a aposentadoria especial decorre unicamente de manifestação de vontade do servidor que, ao entender preenchidos os pressupostos legais para a sua concessão, apresenta requerimento administrativo nesse sentido perante o órgão competente.

**19.** A título de exemplificação, podemos citar a Lei Complementar nº 1.109/2010[5], que regula sobre os requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria voluntária aos integrantes da carreira de Agente de Segurança Penitenciária e da classe de Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária, em razão do exercício de atividades de risco, nos termos do inciso II do §4º, do artigo 40 da Constituição Federal.

**19.1.** Veja-se que a própria lei usa o termo "serão aposentados voluntariamente"[6], desde que atendidos os requisitos legais estampados nos arts. 2º e 3º da citada lei.

**19.2.** Nesses casos, não vejo dúvidas em afirmar que se aplicaria a regra do artigo 228 c.c o artigo 222, inc. III, da Lei nº 10.261, no sentido que a aposentadoria só produzirá efeitos a partir de sua publicação no Diário Oficial.

**20.** Contudo, outra é a hipótese tratada nos autos: ao nosso ver, não se concebe que a aposentadoria especial aqui tratada seja uma espécie de aposentadoria voluntária pura.

---

3 Parecer PA 34/2010: Assunto: "PROCURADOR DO ESTADO. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. Pedido de **aposentadoria voluntária especial** formulado pelo interessado (...)" – g.n.

4 Parecer PA 153/2010: "1. Trata-se de pedido de contagem de tempo de serviço, para efeito de **aposentadoria voluntária especial**, formulado por Agente de Segurança Penitenciária de Classe V (...)" – g.n.

5 Em que pese a duvidosa constitucionalidade da indigitada lei complementar, conforme destaca o i. subscritor do Parecer nº 153/2010.

6 Art. 2º. Os Agentes de Segurança Penitenciária, a que se refere a Lei Complementar nº 498, de 29 de dezembro de 1986, **serão aposentados voluntariamente**, desde que atendidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:
I – 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se homem, e 50 (cinquenta) anos de idade, se mulher;
II – 30 (trinta) anos de contribuição previdenciária;
III – 20 (vinte) anos de efetivo exercício no cargo. – g.n.

**21.** No caso em exame, a interessada formulou, no âmbito administrativo, solicitação de "certidão de contagem de tempo de contribuição para fins de aposentadoria especial" (fls. 48), seguindo-se a negativa da Administração por ausência de respaldo legal (fls. 49), razão pela qual impetrou a presente ação mandamental.

**22.** A interessada obteve em primeiro grau o deferimento da segurança para a concessão da aposentadoria especial nos termos da Lei Federal nº 8.231/91, cuja decisão veio a ser confirmada em Segunda Instância.

**22.1.** Os autos judiciais encontram-se em fase de processamento dos recursos extremos (cópia anexa), contudo, como cediço, não são eles dotados de efeito suspensivo, conforme prevê o artigo 542, §2º do Código de Processo Civil[7], razão pela qual o comando imperativo de eficácia da sentença remanesce.

**23.** Nos termos da decisão exequenda, e conforme muito bem elucidou a i. parecerista, *"a efetiva concessão à interessada da aposentadoria especial não está condicionada à elaboração de laudo pericial ou a qualquer outra prova. A r. decisão judicial entendeu presentes os requisitos necessários à aposentadoria especial (prazo e condições prejudiciais à saúde"* (fls. 92/94).

**24.** Note-se que se trata de sentença de **natureza declaratória**, decorrendo, pois, o entendimento que a interessada já reunia os requisitos legais à aposentação, eis que a sentença apenas declarou um direito preexistente.

**25.** À vista da decisão judicial, procedeu-se, no âmbito da Administração, a publicação da respectiva apostila comprobatória da obrigação de fazer (fls. 74), ressaltando, igualmente, a **natureza declaratória**[8] desse ato administrativo.

**26.** Ocorre que não se seguiu, *incontinenti*, a publicação do respectivo ato de concessão da aposentadoria à interessada, em razão de dúvidas surgidas no âmbito da Administração quanto aos procedimentos a serem adotados a essa nova modalidade de aposentadoria, bem como ao conflito instaurado quanto à competência para a sua concessão.

**27.** Assim, somente em 18/02/2011 foi publicado o respectivo ato de concessão da aposentadoria, decorridos oito meses da publicação da apostila.

---

7 Artigo 542.
(...)
§2º. Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

8 Segundo Hely Lopes Meirelles, "apostilas são atos enunciativos ou declaratórios de uma situação anterior criada por lei. Ao apostilar um título, a Administração não cria um direito, pois apenas reconhece a existência de um direito criado por norma legal". MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª edição. SP: Editora Malheiros, 1999, p.177.

**28.** Em que pese a natureza eminentemente constitutiva do ato de concessão da aposentadoria, não se pode descurar que, no caso, ela é meramente um ato decorrente do apostilamento outrora publicado, tendo a Administração incorrido em equívoco ao publicá-la serodiamente.

**29.** Destarte, s.m.j., não é possível afirmar-se que o caso em apreço subsume-se à hipótese do artigo 228 c.c o artigo 222, inc. III, da Lei nº 10.261/68[9], como entendeu o d. Órgão consulente.

**30.** Contudo, entendo que o órgão de origem não poderia ter dado efeito retroativo ao ato de concessão da aposentadoria, por razões outras.

**31.** Conforme se deflui da folha de fls. 78 vº, a frequência da interessada foi encerrada em 30/06/2010. Há ainda informação da UCRH no sentido de que a interessada obteve, desde então, sucessivas licenças para tratamento de saúde, conforme fls. 128.

**31.1.** Ainda segundo diligências desta Consultoria no Órgão de Despesa de Pessoal (DDPE), foi informado que a interessada percebeu vencimentos regularmente até a competência do mês de março do corrente ano.

**32.** Destarte, ao conferir efeitos retroativos ao ato, incidir-se-ia em vedação constitucional, uma vez que a hipótese de cumulação entre os vencimentos e proventos pretendida não se insere em uma das exceções previstas na Lei Maior. Confira-se a redação do §10 do artigo 37:

> "§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração". (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

**33.** Pelas razões expostas, conclui-se que o ato de concessão da aposentadoria não poderia ser dotado de efeitos retroativos.

**34.** Já no que concerne à questão da incompetência para a concessão do ato, entendo que é o caso de invocar-se o instituto da convalidação.

**35.** De fato, à luz dos dispositivos previstos no art. 3º, inc. II e 36 da LC 1.010/2007 c.c. arts. 1º e 2º do Decreto estadual nº 54.623/2009, conforme bem

---

9 **Artigo 222** - O funcionário será aposentado:
**I –** por invalidez;
**II –** compulsoriamente, aos 70 (setenta) anos; e
**III –** voluntariamente, após 35 (trinta e cinco) anos de serviço.
**Artigo 228 –** A aposentadoria prevista no item III do art. 222 produzirá efeito a partir da publicação do ato no "Diário Oficial".

asseverou o Órgão consulente em sua manifestação de fls. 129/130, resta inequívoco a competência exclusiva da SPPREV para a concessão dos benefícios assegurados pelo Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, a partir de 1º de Julho de 2010, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 54.623/2009[10].

**36.** No âmbito da Administração Direta, trago à lume o art. 2º, inciso I, do Decreto estadual nº 54.623/2009:

> **Artigo 2º –** Observado o cronograma de transferência a que se refere o artigo 1º deste decreto, em cada área envolvida passarão a ser adotados os seguintes procedimentos e providências:
>
> I – no âmbito da Administração Direta do Poder Executivo, os servidores deverão requerer aposentadoria nos órgãos de recursos humanos competentes, **que encaminharão os processos correspondentes à São Paulo Previdência – SPPREV para os fins do disposto no inciso II do artigo 3º da Lei Complementar nº 1.010, de 1º de junho de 2007**[11]; – g.n.

**37.** Ainda, confiram-se os termos do §6º do artigo 3º do Decreto estadual nº 52.046/2007, que regulamentou a Lei Complementar nº 1.010/2007:

> Artigo 3º – A SPPREV tem por finalidade administrar o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos titulares de cargo efetivo – RPPS e o Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo – RPPM, executando as atividades necessárias à consecução de seus objetivos, cabendo-lhe:
>
> (...)
>
> § 6° – O ato de concessão dos benefícios para o membro ou servidor do Poder Judiciário, da Assembleia Legislativa, do Tribunal de Contas do Estado, do Ministério Público, da Defensoria Pública e das Universidades será assinado pelo chefe do respectivo Poder, entidade autônoma ou órgão autônomo, que o remeterá, em seguida, à SPPREV

10 A redação do artigo 1º do Decreto 54.623/2009 sofreu alterações trazidas pelo Decreto nº 56.217/2010. Confira-se em seu artigo 2º:
"Artigo 2º – Os dispositivos adiante indicados do Decreto nº 54.623, de 31 de julho de 2009, passam a vigorar com a seguinte redação:
I – o artigo 1º:
'Artigo 1º – A São Paulo Previdência – SPPREV assumirá **até 1º de outubro de 2010** as atribuições de que trata o artigo 36 da Lei Complementar nº 1.010, de 1º de junho de 2007, relacionadas à administração e ao pagamento de benefícios previdenciários, conforme cronograma a ser definido pela SPPREV em decorrência do acordado entre esta Autarquia e cada área envolvida na transferência. Parágrafo único – O cronograma previsto no "caput" deste artigo considerará as etapas de parametrização e testes do sistema de folha de pagamento da SPPREV. ';

11 **Artigo 3º –** A SPPREV tem por finalidade administrar o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos titulares de cargos efetivos – RPPS e o Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo – RPPM, cabendo-lhe:
**I –** (...)
**II –** a concessão, pagamento e manutenção dos benefícios assegurados pelos regimes;

para conferência, formalização mediante autuação de processo próprio, implantação do pagamento e sua manutenção, com posterior remessa ao Tribunal de Contas.

**37.1.** Note-se, pois, que há ressalva expressa para as hipóteses de concessão de benefícios a servidores que pertencem a outros órgãos. Não é o caso dos servidores da Administração Direta.

**37.2.** Nem se alegue que outra diretriz teria sido traçada por reunião acordada pelo órgão previdenciário, DDPE e a UCRH, eis que não teria ela condão de se sobrepor ao comando da lei.

**38.** Em que pese a irregularidade constatada, trata-se, segundo os ensinamentos do Prof. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO[12], de ato anulável, *verbis:*

"São anuláveis:
a) os que a lei assim os declare;
b) os que podem ser repraticados sem vício.
Sirvam de exemplo: **os atos expedidos por sujeito incompetente**; os editados com vício de vontade; os proferidos com defeito de formalidade." - g.n.

**39.** Segundo entendimento da doutrina moderna, os atos eivados de tais vícios são sanáveis por meio da convalidação, conforme conceitua a Prof.ª MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: "*Convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado*"[13].

**40.** Como cediço, nem sempre é possível a convalidação do ato viciado. Contudo, no caso em apreço, estamos diante de um ato praticado por autoridade incompetente, incorrendo-se, pois, em **vício de incompetência.** Nesse caso, leciona a mesma autora, "*admite-se a convalidação, que nesse caso recebe o nome de ratificação, desde que não se trate de competência outorgada com exclusividade, hipótese em que se exclui a possibilidade de delegação ou de avocação; (...)*[14]"

**41.** Nesse passo, o legislador não se apartou do entendimento da melhor doutrina: a Lei nº 10.177/98, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, expressamente dispôs em bojo as hipóteses de convalidação. Confira-se:

Artigo 10 – A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando:
I – ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção;

12 *Curso de Direito Administrativo*, 15ª edição. SP: Editora Malheiros, 2003, p. 434/435

13 Op. cit., p. 248

14 Op. cit., p. 250

II – da irregularidade não resultar qualquer prejuízo;
**III – forem passíveis de convalidação.**

Artigo 11 – A Administração poderá convalidar seus atos inválidos, quando a invalidade decorrer de vício de competência ou de ordem formal, desde que:
**I – na hipótese de vício de competência, a convalidação seja feita pela autoridade titulada para a prática do ato, e não se trate de competência indelegável;**
II – na hipótese de vício formal, este possa ser suprido de modo eficaz.
§ 1º – Não será admitida a convalidação quando dela resultar prejuízo à Administração ou a terceiros ou quando se tratar de ato impugnado.
**§ 2º – A convalidação será sempre formalizada por ato motivado.**

**42.** Assim, considerando as razões expostas, proponho o encaminhamento dos autos à SPPREV para, se assim entender, convalidar o ato de concessão da aposentadoria da interessada, atendido o disposto no §2º do artigo 11 da Lei 10.177/98.

**43.** No mais, e considerando que as conclusões ora alcançadas poderão servir de norte a todas as aposentadorias especiais concedidas pelo Poder Judiciário, com repercussão geral e reflexos no erário, deixo ao critério do Senhor Secretário da Pasta o encaminhamento destes autos à Procuradoria Administrativa, a teor do art. 21, I, da Lei Complementar nº 478/86 (Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo)[15], para exame da matéria submetida à análise desta Consultoria Jurídica, especificamente no tocante à natureza jurídica e aos efeitos da concessão da aposentadoria especial decorrentes de decisão judicial.

**44.** Ante todo o exposto, propõe-se: (I) o encaminhamento dos autos, por intermédio da Chefia de Gabinete, ao Órgão consulente, para ciência desse pronunciamento; (II) seja providenciado junto ao órgão de origem, a regularização da folha de frequência da interessada, conforme apontou a UCRH às fls. 134/135 e; (III) finalmente, o encaminhamento do expediente à São Paulo Previdência – SPPREV, para, se assim entender, proceder à convalidação do ato de concessão da aposentadoria da interessada SONIA OLIVEIRA DE ARAÚJO, ante os termos dos arts. 3º, inc. II e 36 da LC 1.010/2007 c.c. arts. 1º e 2º do Decreto estadual nº 54.623/2009.

É o parecer, *sub censura.*

São Paulo, 15 de Julho de 2011.

**SUZANA SOO SUN LEE**
Procuradora do Estado

15 Artigo 21 – São atribuições da Procuradoria Administrativa:
I – emitir pareceres em processos sobre matéria jurídica de interesse da Administração Pública em geral;
(...)

**Proc. n.: SGP 61968/2010**
**Interessada: COMPLEXO HOSPITALAR DO JUQUERY/SECRETARIA DA SAÚDE**
**Assunto: CONTAGEM DE TEMPO EM NOME DE SONIA OLIVEIRA DE ARAÚJO – RG Nº 9.783.784**

De acordo com as conclusões do Parecer CJ/SGP 157/2011.

Encaminhem-se os autos à Chefia de Gabinete, para ciência e adoção das providências indicadas no item 44 do pronunciamento jurídico retro emitido.

Por fim, proponho sejam alçados ao Senhor Secretário da Pasta para, assim entendendo, encaminhar cópia dos autos à Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria para avaliar a possibilidade de se submeter a matéria à Procuradoria Administrativa, a teor do art. 21, I, da Lei Complementar nº 478/86, nos termos do item 43 do parecer.

Consultoria Jurídica, 15 de Julho de 2011.

**MARY CHEKMENIAN**
Procuradora do Estado Chefe

**PROCESSO: PGE no 18487-350626/2012**
**PARECER: PA Nº 60/2012**
**INTERESSADO: COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO – PRODESP**
**ASSUNTO: EMPREGADO PÚBLICO – CARREIRA – CONCURSO PÚBLICO –** Tendência jurisprudencial no sentido da inviabilidade jurídica de contratação – mesmo precedida de concurso público – de empregados em nível superior ao estabelecido em PCS como inicial da carreira, por empresas estatais. Recomendação, embasada nessa inclinação da jurisprudência, de ser excluída de PCS apresentado por sociedade de economia mista a previsão de futura contratação de empregados em tais condições.

1 – O presente expediente foi formado a partir da extração de cópias reprográficas, iniciando-se com o ofício de fls. 02, através do qual o Chefe de Gabinete da Secretaria da Gestão Pública remete à apreciação do Secretário da Fazenda o "Ofício PRE 128/2011 da Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP, objetivando a mudança no Plano de Cargos e Carreiras, junto ao Conselho de Defesa dos Capitais do Estado – CODEC".

1.1 – O aludido Plano de Cargos e Carreiras (PCS) encontra-se reproduzido às fls. 09 a 129. Outrossim, de fls. 131 a 140, verifica-se que o seu conteúdo obteve parecer favorável do órgão jurídico da PRODESP, tendo sido ainda aprovado pela Diretoria e pelo Conselho de Administração da Empresa.

2 – No âmbito da Secretaria da Fazenda, os autos foram remetidos inicialmente à Coordenadoria de Entidades Descentralizadas e de Contratações Eletrônicas – CEDC (fls. 148).

2.1 – Esse órgão fazendário suscita dúvida de ordem jurídica atinente ao tópico do Plano de Cargos e Carreiras que estabelece (cf. fls. 44):

"5. Competência para solicitar e/ou para aprovar alterações salariais:
5.1 – Diretoria e Presidência

.....

– Solicitar aprovação junto ao CODEC para casos comprovados onde haja necessidade de **contratação através de Concurso Público, com salário superior à referência inicial do cargo**;" (grifamos).

2.2 – Reportando-se ao item reproduzido do PCS, a CEDC solicita a manifestação da Coordenadoria de Empresas e Fundações da PGE, a propósito da seguinte indagação:

> "A admissão de novo empregado obrigatoriamente deve ocorrer em início de carreira ou o empregado pode ser admitido em outros níveis, nessa última condição, por via de consequência em faixas salariais superiores às do salário inicial da tabela salarial?"

3 – Às fls. 153/154, a PRODESP apresenta sua justificativa para a inclusão no PCS do tópico reproduzido, reportando-se, essencialmente, a peculiaridades do mercado de trabalho na área de atuação da empresa.

4 – Já na esfera da PGE, a Coordenadoria de Empresas e Fundações, às fls. 157/159, externa seu entendimento de ser viável a contratação de profissional em nível superior ao inicial da carreira, desde que observada uma série de condições que especifica.

Outrossim, ao final de sua manifestação, propõe a Procuradora do Estado Assessora o envio dos autos a esta Especializada.

5 – Às fls. 160, o Subprocurador-Geral da Área de Consultoria remete os autos a esta Procuradoria Administrativa, "para exame e parecer".

**Relatados, passamos a opinar**.

6 – Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no 231[1e2], o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu acórdão assim ementado:

> "EMENTA: – Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos.
>
> – O critério do mérito aferível por **concurso público** de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, **indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira**. **Para o isolado, em qualquer hipótese**; **para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público** de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os **cargos subsequentes que nela se escalonam até o final** dela, pois, **para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a promoção**.

1 – Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 05/08/92, maioria (vencido apenas o Min. Marco Aurélio).

2 – A reiteração de julgados no mesmo sentido deste "leading case" deu ensejo à aprovação, em 24/09/2003, do verbete nº 685 da Súmula do STF ("É inconstitucional toda a modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".).

> Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados.
>
> – O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o "aproveitamento", uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo.
>
> Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para declarar inconstitucionais os artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro." (grifos nossos).

6.1 – O trecho da ementa no qual se consignou que o ingresso em cargo ou emprego público em carreira, devidamente precedido de concurso público, **só se fará na classe inicial** lastreou-se nos seguintes fundamentos, consignados do voto do Ministro Relator:

> "Não mais aludindo à atual Constituição, em seu artigo 37, II, à 'primeira' investidura, nem admitindo que a lei possa dispensar o concurso público de provas ou de provas e de títulos, é evidente que caíram por terra os argumentos que compatibilizavam os institutos da transferência e da ascensão (ou acesso) com o artigo 97, § 10, da Emenda Constitucional nº 1/69, por exigir este concurso público de provas ou de provas e títulos para a 'primeira' investidura em cargo público, e serem aqueles institutos formas de provimento derivado de quem já fora investido, originariamente, em cargo público por concurso.
>
> .....
>
> Com essa interpretação, que decorre do próprio texto do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, se coaduna o sistema adotado por outros textos expressos desta. (...) Para que não se pretenda que é incompatível com a exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público a promoção (provimento também derivado), pois esta pressupõe uma carreira que é formada por uma série de cargos iniciais iguais, escalonando-se em séries de cargos intermediários ascendentes até alcançar-se a série de cargos finais, que é o último elo dessa cadeia ascendente, se poderia sustentar que a ascensão de um cargo de carreira para o imediatamente superior nela seria também uma investidura em cargo público a exigir novo concurso; em diversos dispositivos, a atual Constituição alude a cargos de carreira 'e a promoção' inclusive 'por merecimento', em contraposição à por antiguidade. Aliás, a Constituição, quando se refere a carreiras específicas do Poder Executivo (e, portanto, de servidores públicos sem peculiaridades que os diferenciem, nesse particular, aos demais servidores públicos em geral) – assim a dos advogados da União e a dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal –, frisa que esses servidores **serão**

**organizados em carreira**, sendo que o **ingresso na classe inicial dependerá de concurso público de provas e títulos** (arts. 131 e 132)." (grifos nossos).

7 – Como se pode ver, a despeito de consignar em sua ementa que o ingresso em cargo ou emprego público de carreira só se fará na classe inicial desta, o aresto colacionado não examinou frontalmente a questão versada nestes autos (viabilidade ou não de empresas estatais admitirem empregados em nível superior ao inicial da carreira). Com efeito, o objeto da ADIn nº 231 era a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que autorizaram o trespasse de servidores da Administração direta para carreira distinta daquela para a qual haviam sido admitidos[3].

8 – Questão mais assemelhada à discutida neste expediente foi abordada em decisão monocrática proferida pelo Ministro MARCO AURÉLIO – concedendo a medida cautelar requerida na ADI 2310 (DJ 01/02/2000) – na qual se consignou:

"DECISÃO – LIMINAR

AGÊNCIAS REGULADORAS – PESSOAL –ARREGIMENTAÇÃO – CLT – PESSOAL DA TELEBRÁS – APROVEITAMENTO – IMPROPRIEDADE – LIMINAR DEFERIDA – AD REFERENDUM DO PLENÁRIO.

1. O Partido dos Trabalhadores ajuíza esta ação direta de inconstitucionalidade visando a fulminar os artigos 1º, 2º e parágrafo único, 12, caput e § 1º, 13 e parágrafo único, 15, 24, caput e inciso I, 27, 30 e 33 da Lei nº 9.986/2000 (...)

.....

(...) São apresentadas várias teses com fundamento nas seguintes premissas:

a – da inconstitucionalidade da adoção do regime da Consolidação das Leis do Trabalho em autarquias executoras de serviços públicos típicos. Consoante o sustentado, as autarquias especiais – Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Petróleo – ANP e Agência Nacional de Saúde

3 – Artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro:
"Art. 77 – Os servidores públicos civis estatutários ou contratados, que tenham exercido ou estejam no exercício de suas atribuições em qualquer órgão da administração direta do Estado e que comprovem o desempenho das atribuições de encarregado de garagem e motorista, poderão optar pelo ingresso na classe de motorista policial do quadro permanente da polícia civil, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da promulgação desta Constituição".
"Art. 80 – Fica assegurado aos Detetives-Inspetores e Escrivães de Polícia de 1a Classe, Bacharéis em Direito, com mais de 10 (dez) anos de efetivo serviço no grupo POL que, à época da promulgação da Constituição Federal, possuíam mais de 5 (cinco) anos na classe e que tenham frequentado o mínimo de 50% de horas/aula no curso específico inerente ao cargo, o aproveitamento na classe inicial do cargo de Delegado de Polícia".

Suplementar – ANS – desenvolvem atividade a envolver o poder de polícia, exercendo, ainda, função de agente normativo e regulador da atividade econômica (...)

b – **da inconstitucionalidade da investidura em classe distinta da inicial. Na visão do Requerente, o artigo 12, § 1º, da Lei nº 9.986/2000, prevê o provimento de classes distintas de um mesmo emprego público, conforme disponibilidade orçamentária e de vagas. O preceito esvaziaria a carreira, contrariando, por isso mesmo, o texto dos artigos 39, § 1º, e 37, II, da Constituição Federal**. **Evoca-se o que decidido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 163.715**[4];

c – da inconstitucionalidade do aproveitamento de servidores da extinta Telebrás. (...)

d – da inconstitucionalidade da delegação para fixar a remuneração (...)

É requerida a concessão de liminar que implique o afastamento da eficácia dos preceitos (...)

.....

**As informações do Presidente da República reportam-se à peça da Advocacia-Geral da União. (...) Quanto ao ingresso em classes distintas de um mesmo emprego público, refuta-se a assertiva sobre o princípio da carreira. É que restara respeitado o artigo 37 da Constituição Federal, porquanto realizado o concurso público. A previsão impugnada respaldar-se-ia na premência de recrutarem-se profissionais especializados e de notável experiência, o que não acontece no degrau primeiro do emprego público. Enfatiza-se que o ingresso ocorre na forma determinada em lei e, no caso, inexistiria norma discrepante da Constituição Federal**. (...)

.....

Por tais razões, ou seja, considerada a impropriedade da adoção do sistema de empregos públicos, defiro a liminar na extensão pretendida (...)

Tendo em vista o princípio da eventualidade, examino os dispositivos atacados no que versada matéria desvinculada da problemática relacionada com o envolvimento de empregos públicos.

Sob o ângulo da investidura em classe distinta da inicial, dispõe o artigo 12 e § 1º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que se quer fulminada:

Art. 12. A investidura nos empregos públicos do Quadro de Pessoal Efetivo das Agências dar-se-á por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme disposto em regulamento próprio de cada Agência, com aprovação e autorização pela instância de deliberação máxima da organização.

4 – Cuja ementa reproduz parcialmente a do acórdão que julgou a ADI nº 321, acima reproduzido.

§ 1º – O concurso público poderá ser realizado para provimento efetivo de pessoal em classes distintas de um mesmo emprego público, conforme disponibilidade orçamentária e de vagas.

**Os anexos da lei em exame revelam níveis (classes) remuneratórios diversos. Tal fato atende ao fator 'esperança de progressão'; contribui para o aperfeiçoamento profissional dos servidores; evita a estagnação, a acomodação do servidor, conduzindo-o a uma maior dedicação profissional. A partir do momento em que níveis remuneratórios mais atraentes são destinados ao público externo, considerado idêntico emprego público, mitiga-se elemento indispensável à carreira, inviabilizando-se, assim, a salutar movimentação horizontal**. O preceito não vincula sequer o acesso direto a níveis mais elevados a certa necessidade. (...) Em síntese, tem-se norma aberta, passível de ser manuseada pelo administrador em detrimento de instituto que a Carta da República quer observado. **A legislação ordinária não pode conflitar com os parâmetros regedores da carreira. A alteração constitucional decorrente da Emenda nº 19/98, em vez de olvidá-la, veio a introduzir a obrigatoriedade de a União, os Estados e o Distrito Federal manterem escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, jungindo as promoções à feitura de cursos – § 2º do artigo 39 da Constituição Federal. Esvazia-se o mandamento constitucional a partir do momento em que são retiradas do acesso, via carreira, via promoção, classes mais bem aquinhoadas 'de um mesmo emprego público, conforme disponibilidade orçamentária e de vagas' (...). Nada recomenda a adoção da prática nas agências reguladoras, criando entre servidores antagonismo que não contribui para o aprimoramento dos serviços. Discrepa a previsão do que acontece na administração pública em geral. As classes relativas quer a certo cargo público, quer a um emprego público hão de estar dentro da carreira, sendo dado ao servidor que nela ingresse almejar, por meio de aperfeiçoamento em cursos e com a passagem do tempo, a movimentação.**" (grifos nossos).

8.1 – A colacionada decisão monocrática não chegou a ser submetida à ratificação pelo Plenário do STF, em face da ulterior revogação, pela Medida Provisória no 155/03 (convertida na Lei no 10.871/04), dos dispositivos da Lei no 9986/00 inquinados de inconstitucionais.

9 – No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento de ser **juridicamente inviável a contratação, por empresas públicas ou sociedades de economia mista, de empregados em nível superior ao previsto como inicial da carreira** serviu como premissa na fundamentação de numerosos acórdãos que decidiram ações concernentes no que tange à equiparação salarial, conforme exemplos que seguem:

"**REENQUADRAMENTO DE EMPREGADOS ANTIGOS CONFORME SITUAÇÃO MAIS VANTAJOSA DE EMPREGADOS POSTERIORMENTE CONTRA-**

**TADOS." IMPROCEDÊNCIA**. A reclamada, ente da administração pública indireta, mediante concurso público, contratou empregados, posicionando-os em situação mais vantajosa que a de empregados antigos com a mesma qualificação técnica. Diante dessa afronta ao princípio da isonomia, pretende a parte autora seja reenquadrado no nível dos empregados irregularmente posicionados. Tal pretensão não merece tutela judicial: o **ilícito administrativo** não gera direitos a terceiros. A pretensão do reclamante implica a disseminação de **situação atentatória ao princípio da isonomia**, a cristalização de ilícito através de decisão judicial, prática visceralmente oposta à função jurisdicional. O que autoriza o provimento judicial favorável a determinada pessoa é única e exclusivamente a violação de seu patrimônio jurídico, de direitos subjetivos previamente existentes. A hipótese concreta é diversa: escudando-se em ato evidentemente irregular, busca o autor a extensão da irregularidade, como se a admissão de colegas de trabalho em níveis mais vantajosos lhe gerasse qualquer gravame direto (...) **Recurso a que se nega provimento**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Recurso de Revista nº TST-RR-354.996/97.2**, em que é Recorrente MESSIAS CARVALHO DA SILVA e Recorrida TELECOMUNICAÇÕES DE BRASÍLIA S/A – TELEBRASÍLIA.

.....

Discute-se nos presentes autos o direito de reenquadramento de empregado público após a contratação em situação mais vantajosa de novos empregados com equivalente qualificação técnica.

.....

Pretende o autor o 'enquadramento no cargo de Administrador – Nível 32, a partir de agosto/1994 (publicação do edital que previa este nível para os novos aprovados), com a consequente anotação em sua CTPS e nos seus assentamentos funcionais, e, ainda, o pagamento das diferenças salariais oriundas do referido enquadramento e reflexos'.

Não deve prosperar a pretensão do reclamante.

O emérito administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello identifica os seguintes critérios de observância do princípio da igualdade pelo legislador:

> '(...) o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:
>
> a) a primeira diz com o elemento tomado como **fator de desigualação**;
>
> b) a segunda reporta-se à **correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado**;
>
> c) a terceira atina à **consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados**.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, **afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional**. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Em suma: **importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição**.' (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, [...]).

Tais critérios, embora tenham sido estabelecidos como caracteres a serem observados na elaboração da lei em consonância com o princípio fundamental da isonomia, devem inspirar também a administração pública no desempenho da sua função de aplicação e regulamentação das normas legisladas.

*In casu*, houve **a investidura de empregados públicos em situação mais vantajosa que a de outros mais antigos**, dentre os quais se inclui o reclamante, **sem qualquer fundamento de fato ou de direito**. Inexiste "fator de desigualação" que justifique o "tratamento jurídico diversificado" empregado pelo ente da administração pública indireta através de regras editalícias (primeiro critério). Tal situação revela-se flagrantemente atentatória ao princípio da isonomia nas relações de trabalho insculpido nos suscitados arts. 5º, caput, e 7º, XXXII, da Constituição e 3º, parágrafo único, da CLT (terceiro critério). **Não se fala**, porém, **em violação dos princípios da moralidade e da impessoalidade**, suscitados com base nos arts. 5º, II, e 37 da Constituição, pois **não se discute o imoral favorecimento de candidatos segundo interesses privados da pessoa do administrador, mas do favorecimento discriminatório, através de edital de provimento de empregos públicos mediante concurso, de pessoas identificadas tão só quando investidas**.

Constatada essa irregularidade criada pela reclamada questiona-se: ela resulta no direito à equiparação pretendido pelo reclamante? A resposta é negativa. (...) A pretensão do reclamante implica a disseminação de situação atentatória ao princípio da isonomia, a cristalização de ilícito através de decisão judicial, prática visceralmente oposta à função jurisdicional. Isso contraria o terceiro critério apontado pelo jurista Celso A. Bandeira de Mello, qual seja, da consonância com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

.....

No mesmo sentido, encontram-se estas decisões: RR-45.691/92, 5ª Turma, Rel. Min. Antônio Amaral, DJ 25/2/94; RR-67.028/92, 2ª Turma, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 10/6/94; e E-RR-32.698/91, SDI, Rel. Min. Ney Doyle, DJ 24/3/95.

.....

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da **1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho**, unanimemente, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.
Brasília, 21 de fevereiro de 2001.
Ronaldo Leal – Relator" (grifos do original e nossos).

"**RECURSO DE EMBARGOS. TELEBRASÍLIA. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. EMPREGADOS CONTRATADOS POSTERIORMENTE MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO EM NÍVEL MAIS VANTAJOSO. REEENQUADRAMENTO. IMPOSSIBILIDADE**." A decisão da C. Turma, no sentido de que a admissão de colegas de trabalho em níveis mais vantajosos não gera qualquer gravame direto à reclamante no que se refere aos seus direitos subjetivos. O desrespeito da empresa ao seu plano de Cargos e Salários, quando possibilitou o ingresso de empregados, também por meio de concurso público, em nível superior ao da reclamante, não determina o reenquadramento pretendido. O ato irregular, que fere o princípio da isonomia, não tem o condão de possibilitar o reenquadramento pretendido, conforme a iterativa jurisprudência desta c. Corte. Embargos não conhecidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-369.576/1997.0**, em que é embargante JERUZA HELENA COZZOLINO e embargada TELECOMUNICAÇÕES DE BRASÍLIA S.A. – TELEBRASÍLIA.

.....

A reclamante, logrando aprovação em concurso público, foi admitida em 1992 no cargo de engenheira, tendo sido posicionada no nível 25, correspondente ao inicial da carreira e, posteriormente, enquadrada no nível 27, em razão de promoção (...). Realizado ulteriormente novo certame público, os candidatos aprovados para provimento do mesmo cargo de engenheiro receberam posicionamento no nível 30, acima, portanto, do nível inicial estabelecido no plano de cargos e salários (...).

.....

A questão, portanto, está na possibilidade de haver **ferimento do princípio da isonomia, pelo fato do empregado, que já estava trabalhando na empresa, alçando os níveis do quadro de carreira existentes, estar sendo discriminado, pela contratação em novo concurso público, de empregados que na admissão já estarão em nível superior àquele que vinha galgando na sua carreira**.

.....

À pretensão da empregada importa estender-lhe efeitos de **ato** administrativo **manifestamente nulo**, tendo em vista que seu enquadramento obedeceu rigorosamente aos critérios dispostos.

.....

(...) **Não sendo admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que o desejem as partes, porque a isto se opõe o princípio da legalidade administrativa**.

.....

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção **I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho**, por unanimidade, não conhecer dos embargos. Brasília, 03 de outubro de 2005.
ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA – Ministro-Relator" (grifos do original e nossos).

"**REENQUADRAMENTO DE EMPREGADO ANTIGO EM DECORRÊNCIA DE NOVO CONCURSO PARA O MESMO CARGO, COM NÍVEIS SUPERIORES. ISONOMIA**." Considerando-se que o ato praticado pela Reclamada é reputado ilegal e arbitrário, o enquadramento pretendido pelo Reclamante (...) não pode ser reconhecido judicialmente, sob pena de disseminar situação ilícita (...) O ato ilícito não pode gerar direitos. (...) Recurso de revista conhecido, mas a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **Recurso de Revista nº TST-RR-426.290/98.9**, em que é recorrente MÁRIO KIOTO KOTANI e recorrida TELECOMUNICAÇÕES DE BRASÍLIA S/A – TELEBRASÍLIA.

.....

O Reclamante pretende seu reenquadramento no cargo de Engenheiro, nível 30, desde 08.02.93, data de sua admissão, mediante concurso público, até 02/95, data em que passou, mediante novo concurso, ao nível 30.

(...) **a iniciativa da Reclamada, de realização de novo concurso, com patamares salariais mais elevados, desprestigiou os empregados antigos em face dos mais novos, gerando descontentamento e desigualdades internas**. É evidente **que o ato praticado pela Reclamada reputa-se ilegal e arbitrário**; todavia, o enquadramento pretendido pelo Reclamante significaria 'equiparação ilegal'.

.....

A administração pública orienta-se pelo **princípio da legalidade**, consagrado no art. 37 da Constituição Federal. Mais precisamente, este princípio é **inafastável** para o desempenho da função administrativa, pois os atos do administrador devem estar de acordo com a lei.

Acrescente-se, como ensina Lúcia Valle Figueiredo, que **deve entender-se como legalidade** '(...) **a conformidade com a lei e a estrita compatibilidade com os**

**princípios constitucionais da função administrativa e com os vetores tópicos constitucionais**.' ('Curso de Direito Administrativo', [...]).

.....

Dessa forma, a administração pública não pode conceder direitos de qualquer espécie, tampouco fazer nascer obrigações ou estabelecer vedações que não estejam previstas em lei.

É que esse aspecto acha-se associado à **indisponibilidade do interesse público**, o bem jurídico de interesse coletivo, aquele interesse que atende à coletividade em determinado tempo e lugar e que deve ser protegido pela administração pública.

.....

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da **Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho**, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, negar-lhe provimento.
Brasília, 17 de outubro de 2001.
Juíza Convocada Eneida M. C. de Araújo – Relatora" (grifos do original e nossos).

"**ENQUADRAMENTO – DIFERENÇAS SALARIAIS – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO – EMPREGADO SITUADO NO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE MODO MENOS VANTAJOSO DO QUE EMPREGADOS ADMITIDOS POSTERIORMENTE – LOTAÇÃO EM NÍVEL SUPERIOR IRREGULAR.**"

Não ampara a pretensão de reenquadramento o ato ilegal da administração pública que posiciona empregados em nível superior ao inicial previsto no plano de cargos e salários, do qual não decorre direito para terceiros fundado no princípio isonômico. Embargos desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos em **Recurso de Revista nº TST-E-RR-369.320/97.5**, em que é embargante UBIRANI RUFINO COSTA e é embargada TELECOMUNICAÇÕES DE BRASÍLIA S/A – TELEBRASÍLIA.

.....

O reclamante, logrando aprovação em concurso público, foi admitido em 21/7/94 no cargo de engenheiro, tendo sido posicionado no nível 25, correspondente ao nível inicial da carreira.

Realizado ulteriormente novo certame público, os candidatos aprovados para provimento do mesmo cargo de engenheiro receberam posicionamento no nível 30, acima, portanto, do nível inicial estabelecido no plano de cargos e salários já aludido.

.....

Diferentemente dos vícios dos atos privados que atingem interesses particulares, **a ilegalidade** do ato administrativo **afeta, além dos interesses de terceiros, o interesse público preponderantemente**, e não se refere apenas aos três elementos que formam os atos jurídicos (sujeito, objeto e forma), mas, também, à competência, capacidade, motivo e finalidade, consoante dispõe o **art. 2º da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65)**.

Dúvida não há de que se está diante de vício relativo ao objeto do ato administrativo de natureza vinculada, pois "a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo" (alínea **c** do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 4.717/65).

Por outro lado, não se nega que **ao Poder Judiciário compete invalidar** os atos administrativos quando eivados de ilegalidade; **entretanto, não constitui objeto da presente reclamação a invalidação do ato que posiciona irregularmente empregados em nível superior ao fixado como inicial da carreira**, mas as consequências desse ato para aquele que se julga prejudicado.

A pretensão deduzida pelo reclamante importa em estender-lhe efeitos de **ato** administrativo **manifestamente nulo**, ao passo que seu enquadramento obedeceu rigorosamente às disposições regulamentares.

.....

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos por divergência jurisprudencial e no mérito negar-lhe provimento.
Brasília, 13 de maio de 2002.
WAGNER PIMENTA – Relator" (grifos do original e nossos).

10 – Inicialmente, é importante ressaltar que **nenhuma das decisões judiciais** acima transcritas **decidiu o mérito** da questão debatida nestes autos, consistente em saber se é viável a contratação (devidamente **precedida de concurso público**), de empregados **em nível superior à referência inicial da carreira**, por entidades com **personalidade jurídica de direito privado** integrantes da administração descentralizada.

11 – Os **fundamentos** das decisões colacionadas, no entanto, sinalizam uma tendência jurisprudencial, da qual se poderia inferir uma resposta negativa à indagação referida no parágrafo precedente. Neste sentido, destacamos:

a) conforme acima relatado, constou da ementa do acórdão que julgou procedente a ADI nº 231 que **o ingresso em cargo ou emprego público de carreira só se fará na classe inicial**. Considerando-se que o inciso II do art. 37 da CF – cuja interpretação alicerçou o julgado em pauta – é também aplicável às empresas

públicas e sociedades de economia mista, poder-se-ia estender aquela conclusão à hipótese fática ora versada;

b) a decisão do Ministro MARCO AURÉLIO envolve **autarquia**, foi proferida em sede de medida cautelar e não foi submetida à ratificação do Plenário do STF. No entanto, a exegese placitada na decisão monocrática em tela pode ser estendida à espécie vertente sem dificuldade;

c) todos os arestos do Tribunal Superior do Trabalho trazidos à baila reportam-se, em sua fundamentação, à tese de que a contratação, por empresas estatais, de empregados públicos em situação mais vantajosa que a de outros mais antigos, é inadmissível, mesmo quando precedida de concurso público, por afrontar o princípio constitucional da isonomia e, consequentemente, também o princípio da legalidade.

12 – O aresto que julgou os Embargos em Recurso de Revista nº 369.320/97.5 enfatizou que embora detenha o Poder Judiciário, **em tese**, competência para invalidar contratos de trabalho celebrados com ofensa aos mencionados princípios constitucionais, não se o estava fazendo naquela oportunidade por **não constituir** "**objeto [daquela] reclamação a invalidação** do ato que posiciona irregularmente empregados em nível superior ao fixado como inicial da carreira".

13 – De outra parte, o acórdão em pauta pôs em destaque a possibilidade de **invalidação** de concursos públicos (e decorrentes ajustes laborais com os candidatos aprovados), quando atentatórios a princípios constitucionais, com a consequente **responsabilização do(s) agente(s) que houver(em) contribuído para a ilicitude**, na hipótese de vir a ser ajuizada **ação popular**. A propósito, transcrevemos a seguir alguns dispositivos da Lei nº 4.717, de 29/06/65, que regula o instituto:

> "Art. 1º – Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, **de sociedades de economia mista**, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, **de empresas públicas**, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos."
>
> "Art. 4º – São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.
>
> I – A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais."

"Art. 6º – A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as **autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado**, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo." (grifos nossos).

14 – Conforme exposto, a PRODESP pretende prever em seu Plano de Cargos e Carreiras a possibilidade de a Empresa "solicitar aprovação junto ao CODEC para casos comprovados onde haja necessidade de **contratação através de Concurso Público, com salário superior à referência inicial do cargo**".

14.1 – No entanto, foram acima reproduzidas decisões do STF e do TST de cujos fundamentos se pode inferir uma tendência jurisprudencial (não inteiramente consolidada, é certo) no sentido da inviabilidade jurídica de contratação (mesmo precedida de concurso) de empregados em nível superior ao estabelecido em PCS como inicial da carreira, por empresas públicas e sociedades de economia mista.

15 – À vista da atual inclinação da jurisprudência, consideramos de todo recomendável que:

**a)** a PRODESP não inclua em seu Plano de Cargos e Carreiras a previsão de contratação de empregados em nível superior à referência inicial da carreira;

**b)** os órgãos da Secretaria da Fazenda aos quais incumbe apreciar o Plano de Cargos e Carreiras apresentado pela PRODESP não endossem proposta de incluir nele cláusula prevendo a contratação de empregados em nível superior ao estipulado como inicial da carreira;

**c)** caso tenha sido ou venha a ser prevista no Plano de Cargos e Carreiras da PRODESP a possibilidade de a empresa "solicitar aprovação junto ao CODEC para (...) contratação através de Concurso Público, com salário superior à referência inicial do cargo", o Conselho de Defesa dos Capitais do Estado deixe de aprovar eventuais solicitações da empresa com este teor.

É o parecer, à elevada consideração superior.

São Paulo, 28 de setembro de 2012.

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

**PROCESSO: PGE nº 18487-350626/2012**
**INTERESSADO: COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO – PRODESP**
**PARECER: PA nº 60/2012**

De acordo com o Parecer PA nº 60/2012.

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

São Paulo, 11 de outubro de 2012.

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

**Processo GDOC nº 18487-350626/2012**
**Interessada: Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP**
**Assunto: Plano de Cargos e Carreiras**

O Parecer PA nº 60/2012 (fls. 161/186), que mereceu a aquiescência da Chefia da Procuradoria Administrativa (fls. 187), concluiu que há *"uma tendência jurisprudencial* ***(não inteiramente consolidada, é certo)*** *no sentido da inviabilidade jurídica de contratação (****mesmo precedida de concurso****) de empregados em nível superior ao estabelecido em PCS como inicial da carreira, por empresas públicas e sociedades de economia mista. "*.

Ao final, recomendou que *"a) a PRODESP não inclua em seu Plano de Cargos e Carreiras a previsão de contratação de empregados em nível superior à referência inicial da carreira; b) os órgãos da Secretaria da Fazenda aos quais incumbe apreciar o Plano de Cargos e Carreiras apresentado pela PRODESP não endossem proposta de incluir nele cláusula prevendo a contratação de empregados em nível superior ao estipulado como inicial da carreira; c) caso tenha sido ou venha a ser prevista no Plano de Cargos e Carreiras da PRODESP a possibilidade de a empresa 'solicitar aprovação junto ao CODEC para (...) contratação através de Concurso Público, como salário superior à referência inicial do cargo', o Conselho de Defesa dos Capitais do Estado deixe de aprovar eventuais solicitações da empresa com este teor."* (grifos no original).

Sem deslustrar os judiciosos argumentos da i. Parecerista, aparto-me desse entendimento, por considerar juridicamente viável, **no caso aqui examinado,** a pretensão da Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP.

Da análise dos autos, verifico que a empresa justificou a alteração do Plano de Cargos e Carreiras (fls. 03/05), bem como a excepcionalidade da contratação, mediante concurso público, de empregados que já ingressariam em nível superior à referência inicial da carreira (fls. 153/154), valendo destacar:

> *"Importante ressaltar que a situação aqui justificada é de exceção e não se constituirá em regra geral em concursos públicos realizados pela PRODESP. O que se pretende é utilizar-se sempre do procedimento regular da seleção e contratação via concurso público; no entanto, para alguns cargos, para algumas funções específicas como aquelas acima exemplificadas, a via do concurso público somente será possível se houver a previsão e possibilidade de contratação de profissional em faixa salarial inicial compatível com o mercado de trabalho nas áreas das tecnologias da informação.*
>
> *A necessidade de contratação, via concurso público e com a possibilidade de remuneração diferenciada, mais elevada do que a faixa inicial do cargo e compatível com o mercado de trabalho de informática, se deve ainda ao fato, comum até, em áreas onde existam processos críticos e que não podem sofrer problemas de solução de continuidade. ".*

É certo que para a generalidade dos casos calha  o que foi dito pelo STF quando da análise da medida cautelar requerida na ADI n° 23IO[5] e na ADI n° 231-7 RJ[6], ou seja, o ingresso em determinada carreira deve ser feito na classe/nível inicial, sob pena de se desnaturar o próprio sentido do estabelecimento de

---

5 Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, de 19.12.2000.

6 Julgada em 05 08.**1992**, cuja ementa é:*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ASCENSAO OU ACESSO, TRANSFERÊNCIA E APROVEITAMENTO NO TOCANTE A CARGOS OU EMPREGOS PUBLICOS. – O CRITÉRIO DO MÉRITO AFERÍVEL POR CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS E TÍTULOS E, NO ATUAL SISTEMA CONSTITUCIONAL, RESSALVADOS OS CARGOS EM COMISSAO DECLARADOS EM LEI DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO, INDISPENSÁVEL PARA CARGO OU EMPREGO PÚBLICO ISOLADO OU EM CARREIRA. PARA O ISOLADO, EM QUALOUER HIPÓTESE; PARA O EM CARREIRA, PARA O INGRESSO NELA, QUE SÓ SE FARÁ NA CLASSE INICIAL E PELO CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS E TÍTULOS, NÃO O SENDO, PORÉM, PARA OS CARGOS SUBSEQUENTES QUE NELA SE ESCALONAM ATÉ O FINAL DELA, POIS, PARA ESTES, A INVESTIDURA SE FARÁ PELA FORMA DE PROVIMENTO, QUE É A 'PROMOÇÃO'. ESTÃO, POIS, BANIDAS DAS FORMAS DE INVESTIDURA ADMITIDAS PELA CONSTITUIÇÃO A ASCENSÃO E A TRANSFERÊNCIA, QUE SÃO FORMAS DE INGRESSO EM CARREIRA DIVERSA DAQUELA PARA A QUAL O SERVIDOR PÚBLICO INGRESSOU POR CONCURSO, E OUE NÃO SÃO, POR ISSO MESMO, ÍNSITAS AO SISTEMA DE PROVIMENTO EM CARREIRA; AO CONTRÁRIO DO QUE SUCEDE COM A PROMOÇÃO, SEM A QUAL, OBVIAMENTE, NÃO HAVERÁ CARREIRA, MAS, SIM, UMA SUCESSÃO ASCENDENTE DE CARGOS ISOLADOS. – O INCISO 11 DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL TAMBÉM NÃO PERMITE O APROVEITAMENTO, UMA VEZ OUE, NESSE CASO, HÁ IGUALMENTE O INGRESSO EM OUTRA CARREIRA SEM O CONCURSO EXIGIDO PELO MENCIONADO DISPOSITIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAIS OS ARTIGOS 77 E 80 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO."*

carreiras no serviço público, além de causar os efeitos deletérios mencionados pelo Min. Marco Aurélio (fls. 169/170).

No entanto, a situação delineada nestes autos, e objeto da análise jurídica pela Procuradoria Administrativa, difere das situações ordinárias, pelos motivos já mencionados acima (e cf. documento de fls. 153/154).

Se a regra é o ingresso em carreiras públicas na classe/nível inicial, a exceção, *in casu*, encontra esteio no princípio da eficiência (artigo 37, *caput*, da CF/88), penso eu.

Nessa toada, creio que os precedentes do Supremo Tribunal Federal[7], citados na peça opinativa em tela, não se ajustam ao caso vertente.

Situação mais assemelhada foi objeto da seguinte decisão:

> *"Recurso extraordinário. Ensino superior. Carreira. Admissibilidade de concurso público de provas e títulos para o cargo isolado de professor titular. – Preliminar de incompetência da Turma que prolatou o acórdão recorrido. Questão que, além de ser de natureza infraconstitucional, não foi prequestionada (súmulas 282 e 356). – A circunstância de o citado artigo 206, V, da atual Carta Magna, ter estabelecido o princípio da valorização dos profissionais do ensino e garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, não implica que não mais possa a lei dispor que, no ensino superior, haverá, além da carreira que vai de professor auxiliar até professor adjunto, com ingresso mediante concurso público de provas e títulos, o cargo isolado de professor titular também acessível por concurso público de provas e títulos. Recurso extraordinário não conhecido. "*
>
> (STF – 1a Turma – RE n° 141.081-7 PE – Rel. Min. Moreira Alves – j. 25.06.96 – v.u)

Do voto do Ministro Relator destaco:

> *"Com efeito, pelo artigo 176, par. 3º, VI, da Emenda Constitucional n° 1/69, o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior dependia, sempre, de prova de habilitação, que consistia em concurso público de provas e títulos, quando se tratasse de ensino oficial. Já o artigo 206, V, da atual Constituição estabelece que o ensino será ministrado com base, entre outros princípios, no da 'valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União'. Portanto, não há mais a exigência constitucional de que o provimento do cargo de professor titular de ensino superior – que é a hipótese em causa – seja provido por concurso público de provas e de títulos. Isso, no entanto, não quer dizer que, pela circunstância de o citado artigo 206, V, da atual Carta Magna, ter estabelecido o princípio da valorização dos profissionais do ensino e garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, não im-*

7 Tratando-se de questão eminentemente constitucional, as decisões do STF merecem mais destaque do que as proferidas pelo TST, muito embora estejamos analisando o Plano de Cargos e Carreiras de empresa, ou seja, regime jurídico celetista.

*plica que não mais possa a lei dispor que, no ensino superior, haverá, além da carreira que vai de professor auxiliar até professor adjunto, com ingresso mediante concurso público de provas e títulos, o cargo isolado de professor titular também acessível por concurso público de provas e títulos, porquanto a garantia de plano de carreira para o magistério público não exclui que, com relação a certo grau de ensino, haja carreira, com acesso mediante promoção, até certo nível, e para o nível final se determine que o cargo a ele correspondente seja isolado, dependendo, portanto, o ingresso nele de concurso público de provas e de títulos. Era, aliás, o sistema – que agora foi desconstitucionalizado, mas não vedada a sua adoção pela legislação infraconstitucional – adotado pelo artigo 176, par. 3º, VI, da Emenda Constitucional n° 1/69, uma vez que, embora aludisse a cargo final de carreira, a exigência de seu provimento por concurso público de provas e de títulos, propiciando, assim, o acesso a ele a pessoas que integrassem, ou não, outra carreira de magistério também superior, o caracterizava como cargo isolado que era o ápice a que poderiam aspirar os integrantes da carreira que a ele precedia."*

Esse entendimento foi reiterado pelo STF em **2008**, quando do julgamento de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 710.664-2 BA:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MAGISTÉRIO SUPERIOR. PROFESSOR TITULAR. PROVIMENTO POR MEIO DE CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS. O artigo 206, inciso V, da Constituição, embora não tenha repetido a exigência do artigo 176, §3°, inciso VI, da CB/69, não impede que a lei estabeleça, para o magistério superior, além da carreira que vai de professor auxiliar até professor adjunto, o cargo isolado de professor titular, cujo provimento se dá por meio de concurso público de provas e títulos, e não por simples promoção. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento."*

(STF – 2a Turma – Ag. Reg. no Agravo de Instrumento n° 710.664-2 BA – Rel. Min. Eros Grau – j. 5.08.08 – v.u)

Vê-se, portanto, que em **determinadas hipóteses que refogem à generalidade das situações, o Supremo Tribunal Federal entende ser perfeitamente possível o provimento de cargo, em classe/nível final de carreira pública, mediante concurso público**.

Assim, encaminho os autos ao Senhor Procurador do Estado, com proposta de não aprovação do Parecer PA n° 60/2012.

São Paulo, 06 de novembro de 2012.

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

**Processo GDOC nº 18487–350626/2012**
**Interessada: Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP**
**Assunto: Plano de Cargos e Carreiras**

Nos termos da manifestação do Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, deixo de aprovar o Parecer PA nº 60/2012, entendendo juridicamente viável, no caso em análise, que o provimento de determinados cargos na Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP se dê, excepcionalmente, em classes finais das carreiras, desde que presentes aquelas justificativas apontadas pela empresa pública (fls. 153/154).

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

GPG, 08 de novembro de 2012.

**ELIVAL DA SILVA RAMOS**
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

# Ementas Consultoria

**222) CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. PRESCRIÇÃO.** Análise de questões atinentes aos temas mencionados, relativamente a débito do IPEM com o INMETRO. **(Parecer PA nº 177/2010 – Aprovado parcialmente pelo Procurador-Geral do Estado em 13/11/2012)**

**223) SERVIDOR PÚBLICO. LEI N° 500/74 LICENÇA-PRÊMIO.** Averbação do benefício enquanto ocupante de cargo em comissão. Exoneração deste cargo e, em sequência, retorno para a função-atividade para a qual foi admitida, sob regime da Lei n° 500/74. Pedido de indenização, com fulcro no artigo 3°, da Lei Complementar n° 1.048/2008. Viabilidade, tendo em vista entendimento à época propagado na Administração de que ao servidor submetido à Lei n° 500/74 não era permitida a fruição deste direito, assegurado apenas aos estatutários. Precedentes: Pareceres PA-3 n° 55/1997 e PA n° 161/2009. Direito adquirido. Somente com a edição do Despacho Normativo do Governador de 22/11/2011 o direito à averbação e à fruição da licença-prêmio foi estendido aos servidores submetidos ao regime da Lei n° 500/74. **(Parecer PA nº 025/2012 – Não aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em virtude da aprovação do PA nº 33/2012 em 05/11/2012)**

**224) SERVIDOR PÚBLICO. LEI N° 500/74 LICENÇA-PRÊMIO.** Averbação do benefício enquanto ocupante de cargo em comissão. Exoneração deste cargo e, em sequência, retorno para a função-atividade para a qual foi admitida, sob regime da Lei n° 500/74. Pedido de indenização, com fulcro no artigo 3°, da Lei Complementar n° 1.048/2008. Viabilidade, tendo em vista entendimento à época propagado na Administração de que ao servidor submetido à Lei n° 500/74 não era permitida a fruição deste direito, assegurado apenas aos estatutários. Precedentes: Pareceres PA-3 n° 55/1997 e PA n° 161/2009. Direito adquirido. Somente com a edição do Despacho Normativo do Governador de 22/11/2011 o direito à averbação e à fruição da licença-prêmio foi estendido aos servidores submetidos ao regime da Lei n° 500/74. **(Parecer PA nº 027/2012 – Não aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em virtude da aprovação do PA nº 33/2012 em 05/11/2012)**

**225) SERVIDOR PÚBLICO. FUNÇÃO-ATIVIDADE. LICENÇA-PRÊMIO.** Indenização pela exoneração *ex officio* de cargo em comissão. Artigo 3° da Lei Complementar Estadual nº

1.048, de 10 de junho de 2008. Inviabilidade. Prosseguimento do servidor no exercício de função-atividade de natureza permanente. Hipótese em que não se tornou inviável a fruição do benefício de assiduidade, tendo em vista o teor do Despacho Normativo do Governador de 22 de novembro de 2011, que estendeu a todos os servidores admitidos sob o regime da Lei Estadual nº 500, de 13 de novembro de 1974, os efeitos das decisões judiciais que reconheceram outros agentes da espécie o direito à licença-prêmio. Pleito indenizatório formulado antes da edição desse despacho. Irrelevância. Impossibilidade de constituição de direito adquirido contra a própria lei. Mudança de interpretação da lei no âmbito da Administração Pública Estadual. Precedente: Parecer PA nº 185/2010. Proposta de indeferimento do pedido. **(Parecer PA nº 33/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 05/11/2012)**

**226) SERVIDOR PÚBLICO.** Direitos e vantagens. Licença-prêmio. Indenização. Inteligência do artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 1.048, de 10 de junho de 2008. Exigência de que, na hipótese de exoneração *ex officio*, o gozo do benefício haja-se tornado inviável para o interessado. Ausência desse requisito legal na hipótese de investidura posterior em outro cargo. Contagem do tempo de serviço público em múltiplos vínculos funcionais para efeito de licença-prêmio. Artigo 76 do Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968). Súmula 21 da Procuradoria-Geral do Estado. Precedente: Parecer PA nº 145/2001. Caso concreto em que o servidor já gozou parcela da licença-prêmio enquanto ocupava o cargo anterior. Desconto dos dias de afastamento do total de 90 (noventa) dias a que o servidor teria direito. Vedação do duplo efeito do período aquisitivo. Possibilidade de gozo dos dias restantes. Proposta de manutenção do indeferimento do pleito indenizatório. **(Parecer PA nº 47/2012 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 05/11/2012)**

**227) SERVIDOR PÚBLICO.** Direitos e vantagens. Licença-prêmio. Indenização. Artigos 3º das disposições permanentes e 2º das disposições transitórias da Lei Complementar Estadual nº 1.048, de 10 de junho de 2008. Pedido de aposentadoria voluntária. Superveniência do Despacho Normativo do Governador de 22 de novembro de 2011. Iminência da idade limite para a aposentadoria compulsória. Proposta de diligência para obtenção de informações a respeito do objeto e do andamento de processo judicial noticiado pela interessada. **(Parecer PA nº 48/2012 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 05/11/2012)**

**228) SERVIDOR PÚBLICO, LICENÇA-PRÊMIO.** Períodos aquisitivos diversos. Solicitação de autorização para aglutinação de dias de um bloco aquisitivo com outro posteriormente concedi-

do, para computar-se o mínimo de quinze dias de gozo, exigido pelo artigo 213, da Lei nº 10.261/68, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 1.048/2008. Inviabilidade. Falta de previsão legal diversa da fruição de 90 (noventa) dias de licença-prêmio adquirida a cada período de cinco anos, por inteiro ou em parcelas não inferiores a 15 (quinze) dias. **(Parecer PA nº 059/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 08/11/2012)**

**229) SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA E ESTATUTÁRIO.** Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE. Cestas básicas. Auxílio-alimentação. Fornecimento de refeições *in natura* nas próprias dependências. Inscrição do IAMSPE junto ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Vedação de concessão concomitante dos benefícios previstos pela Lei Estadual nº 7.524, de 28/10/1991, conforme expressa disposição do seu artigo 4º, inciso V. Necessidade de regularização do sistema adotado pelo IAMSPE, nos termos dos Decretos nº 40.085/1995 e nº 51.660/2007, e da Resolução CC-12/2007, com prévia oitiva da Unidade Central de Recursos Humanos – UCRH e da Comissão de Política Salarial – CPS. **(Parecer PA nº 61/2012 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 25/10/2012)**

**230) ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA.** Cargos de Especialista em Políticas Públicas. Classificação na Unidade de Desenvolvimento e Melhoria das Organizações da Secretaria de Gestão Pública. Transferência do Departamento Estadual de Trânsito, com seus cargos e funções-atividades, da Secretaria de Gestão Pública para a Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional. Permanência dos cargos de Especialista em Políticas Públicas no quadro da Secretaria de Gestão Pública.

**SERVIDOR PÚBLICO.** Servidores ocupantes de cargos de Especialista em Políticas Públicas. Desempenho de atribuições no Departamento Estadual de Trânsito. Transferência desse órgão da Secretaria de Gestão Pública para a Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional. Manutenção da situação funcional desses servidores, inclusive no tocante à continuidade de recebimento da gratificação de representação concedida pelo exercício das atividades na Assistência Técnica da Coordenadoria do Detran, ressalvada a suspensão da contagem de tempo de estágio probatório dos designados para funções de serviço público que passaram a integrar o quadro da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional. **(Parecer PA nº 67/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 27/12/2012)**

# Contencioso Geral

**231) JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – Cerceamento de defesa –** Inocorrência – Prova colhida em sede de inquérito civil é composta, na quase totalidade, de documentos oficiais – Fatos públicos e notórios – Oitiva de testemunhas que se mostrava desnecessária e inútil, podendo o juiz indeferi–la, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil – Recursos parcialmente providos. (Apelação nº 0013264–13.2009.8.26.0344 – Marília – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Vera Lúcia Angrisani – 16/10/2012 – 15380 – Unânime)

**232) PRAZO – Prescrição –** Ação pretendendo a repetição de valores retidos indevidamente de benefício de previdência privada a título de imposto de renda, além de diferença que teria implicado recebimento a menor – Prazo prescricional que é de cinco anos – Pagamento feito em janeiro de 2007 – Ajuizamento da ação em 2010, pouco mais de três anos depois – Prescrição inocorrente – Recursos improvidos. (Apelação nº 0020659–78.2010.8.26.0002 – São Paulo – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Fernando Antonio Ferreira Rodrigues – 22/10/2012 – 22385 – Unânime)

**233) TUTELA ANTECIPADA – Ação de procedimento ordinário –** Internação compulsória de toxicômano – Admissibilidade – Legitimidade ativa da genitora e passiva do município – Reconhecimento – Direito à saúde assegurado pela Constituição Federal – Obrigação solidária dos entes políticos da federação – Determinação de imediata internação mantida – Recurso não provido. (Agravo de Instrumento nº 0065362–32.2012.8.26.0000 – Santa Fé do Sul – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Francisco Antonio Bianco Neto – 01/10/2012 – 6843 – Unânime)

**234) RECURSO – Apelação –** Ação anulatória – Realização de projeto cultural em parceria com a Municipalidade de São Paulo mediante a concessão de incentivo – Alteração unilateral do projeto, sem a prévia anuência do Poder Público – Aplicação de penalidade pecuniária nos termos do artigo 7º da Lei nº 10.923/1990 – Redução da multa tendo em vista a gravidade da infração, em observância ao princípio da proporcionalidade – Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 0010709–86.2010.8.26.0053 – São Paulo – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Paulo Magalhães da Costa Coelho – 22/10/2012 – 23438 – Unânime)

**235) MEDIDA CAUTELAR – Cautela inominada –** Liminar – Deferimento pelo juízo de origem – Ilegitimidade ativa – Ocorrência de vícios insanáveis que impedem a concessão da liminar e o prosseguimento da ação – Defesa de direito alheio em nome próprio – Não cabimento – Ofensa ao artigo 6º do Código de Processo Civil – Inadequação da via eleita – Ação

cautelar promovida pela autora tem cunho satisfativo na medida em que, acolhida a pretensão inicial, reconheceria definitivamente o direito pleiteado – Extinção do processo – Admissibilidade – Recurso provido, com observação. (Agravo de Instrumento nº 0155602–67.2012.8.26.0000 – Miguelópolis – 13ª Câmara de Direito Público – Relator: Dimas Borelli Thomaz Júnior – 24/10/2012 – 15570 – Unânime)

**236) RECURSO – Agravo Regimental –** Indeferimento do pedido de desistência do *"mandamus"* após o julgamento do mérito da causa – Admissibilidade – Impossibilidade deste expediente ser utilizado por aquele cuja ordem pretendida tenha sido expressamente denegada – Claro intuito de se ver livre dos efeitos da coisa julgada – Recurso desprovido. (Agravo Regimental nº 9098979–68.2005.8.26.0000/50002 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: José Roberto Furquim Cabella – 06/11/2012 – 2298 – Unânime)

**237) RECURSO – Agravo de instrumento –** Desapropriação – Precatório – Artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil – Não sendo objeto dos julgados que fundamentam a decisão monocrática – Circunstância que também impede a incidência do artigo 557 do mesmo diploma legal – Negado seguimento. (Agravo Regimental nº 0197600–15.2012.8.26.0000/50000 – Campinas – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Teresa Cristina Motta Ramos Marques – 26/11/2012 – 9825 – Não consta)

**238) RECURSO – Embargos de declaração –** Contradição – O vício da contradição que autoriza os embargos de declaração é do julgado com ele mesmo, entre suas premissas e conclusões, jamais com a lei, com o entendimento da parte, ou com os fatos e provas dos autos – Vício inexistente – Embargos rejeitados. (Embargos de Declaração nº 9000050–89.2003.8.26.0090/50000 – São Paulo – 14ª Câmara de Direito Público – Relator: José Jarbas de Aguiar Gomes – 08/11/2012 – 4641/2012 – Unânime)

**239) MULTA AMBIENTAL –** Embargos à execução – Queima de palha de cana-de-açúcar – Incêndio alegadamente criminoso – Inexistência de nexo causal – Queima que tem expressa previsão legal, a tornar abusiva a imposição da multa exequenda, imposta em valor exagerado – Honorária fixada no máximo, que deve ser reduzida – Procedência parcial do apelo, apenas para reduzir os honorários. (Apelação nº. 0007761–49.2010.8.26.0320 – Limeira – 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Relator: José Orestes de Souza Nery – 29/11/2012 – 23442 – Unânime)

**Fonte:** Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Boletim Informativo da Seção de Direito Público, Novembro e Dezembro de 2012.

# Contencioso Tributário–Fiscal

**240) EXECUÇÃO FISCAL – ICMS –** Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – Parcelamento de débito de empresa que se encontra em fase de recuperação judicial – Redução do valor devido a título de honorários advocatícios – Aplicação analógica do decreto estadual 51960/07 – Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 0063515–92.2012.8.26.0000 – Nova Odessa – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: José Luiz Gavião de Almeida – 23/10/2012 – 25933 – Unânime)

**241) ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM" – Mandado de segurança –** Infração fiscal – ICMS – Impetração para o cancelamento do auto de infração e abstenção da autoridade coatora em inscrever o nome da empresa em dívida ativa e no CADIN Estadual – Ilegitimidade passiva do Presidente do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) e do Presidente da 2ª Câmara Julgadora do TIT – Atribuições do Presidente do TIT expressas no artigo 19 do Decreto nº 54486/09 que não incluem o pretendido objeto da impetração – Extinção da ação mandamental sem julgamento do mérito, reconhecida a carência de ação – Recurso desprovido. (Apelação nº 0024524–53.2010.8.26.0053 – São Paulo – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Eduardo Cortez de Freitas Gouvêa – 22/10/2012 – 14274 – Unânime)

**242) IMPOSTO – Transmissão de bens imóveis –** Fato gerador – Cessão dos diretos inerentes ao compromisso de compra e venda – Não incidência do tributo – Hipótese de incidência do ITBI surge com a materialização da transmissão da propriedade do imóvel – Mandado de segurança impetrado contra a exigência do imposto – Acolhimento – Cessão dos direitos decorrente do compromisso a terceiro transferiu apenas a posição contratual ocupada pela impetrante – Descaracterização da cessão do direito real de aquisição do imóvel – Segurança concedida – Recurso provido para este fim. (Apelação nº 0475646–05.2010.8.26.0000 – São Paulo – 14ª Câmara de Direito Público – Relator: Cláudio Antonio Marques da Silva – 04/10/2012 – 166 – Unânime)

**243) IMPOSTO – Serviços de qualquer natureza –** Ação declaratória de inexistência de relação jurídico–tributária – Contrato de empréstimo – Empresa que tem por objeto social, dentre outras finalidades, a prestação de garantia em favor de sociedades direta ou indiretamente controladas – Garantia prestada mediante remuneração de modo a configurar serviço sobre o qual incide o ISSQN – Obrigação de fazer reconhecida – Hipótese de incidência configurada – Afronta a preceito constitucional não reconhecida – Precedente do Órgão Especial – Recurso não provido. (Apelação nº 0806595.5/9–00 – São Paulo – 15ª Câmara de Direito Público – Relator: Kenarik Boujikian Felippe – 25/10/2012 – 580 – Unânime)

**244) IMPOSTO – Propriedade de veículos automotores –** Incidência sobre veículos objeto de furto ou roubo, não recuperados, cuja propriedade foi transferida por sub–rogação em contrato de seguro – Fatos ocorridos entre 1998 e 2006 – Lei Estadual nº 6606/89 – Hipótese de não incidência tributária – Taxa de licenciamento igualmente indevida, pelos mesmos motivos – Declaratória de inexistência de relação jurídico–tributária julgada improcedente, determinada, apenas, a redução do valor fixado para a verba honorária – Recursos oficial e voluntário da Fazenda Estadual providos em parte para esse único fim. (Apelação/Reexame Necessário nº 0108004–94.2008.8.26.0053 – São Paulo – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Maria Laura de Assis Moura Tavares – 12/11/2012 – 8518 – Unânime)

**245) EXECUÇÃO FISCAL – Penhora –** Incidência sobre quantia certa apresentada pela exequente – Admissibilidade – Ordem de penhora não pode ser de bloqueio de conta, mas de apreensão de quantia certa e determinada – Impossibilidade de bloqueio irrestrito da conta bancária – Ato que não se coaduna, de nenhuma forma, com o conceito e a natureza jurídica do instituto da penhora – Decisão mantida – Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nº 0145245–28.2012.8.26.0000 – São Paulo – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Sérgio Jacintho Guerrieri Rezende – 26/11/2012 – 36381 – Unânime)

**246) EXECUÇÃO FISCAL – Redirecionamento –** Sociedade anônima – Responsabilização que deve observar os termos da Lei nº 6404/76 – Inviabilidade da pretensão de responsabilização dos sócios, sem individualização de condutas dos administradores e com fundamento tão somente na afirmativa de encerramento irregular da empresa – Recurso provido. (Apelação nº 0000020–70.2010.8.26.0218 – Guararapes – 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Luís Paulo Aliende Ribeiro – 05/11/2012 – 7408 – Unânime)

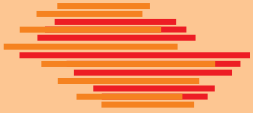
**247) EXECUÇÃO FISCAL – Auto de infração –** Multa ambiental – Emissão de substâncias odoríferas na atmosfera perceptíveis fora dos limites da propriedade da embargante – Auto de infração lavrado pela CETESB – Ato administrativo que goza de presunção de legitimidade, a qual não foi elidida por prova inequívoca – Existência de Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público – Irrelevância – Ausência de impedimento a atividade fiscalizatória do órgão ambiental – Improcedência dos embargos mantida – Recurso não provido. (Apelação nº 0000853–81.2010.8.26.0576 – São José do Rio Preto – 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Relator: Vera Lúcia Angrisani – 29/11/2012 – 15912 – Unânime)

**Fonte:** Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Boletim Informativo da Seção de Direito Público, Novembro e Dezembro de 2012.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515