# BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515

# CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

JANEIRO/FEVEREIRO 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. 1 - janeiro/fevereiro 2012

# Sumário

*Editorial*

Editorial ..... 3

*Peças e Julgados*

Embargos de declaração. Eficácia suspensiva em execução contra a Fazenda Pública para expedição de precatório em face do ajuizamento de embargos à execução ..... 5

*Doutrina*

Competência Fracionada nos Procedimentos Disciplinares ..... 17

*Parecer*

Contrato Administrativo. Cadin Estadual. Impedimentos exclusivamente nas hipóteses previstas na norma local e para os atos praticados após a sua vigência, independentemente da existência de cláusula a respeito. Exceções à aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008 estão expressas no § 2° do seu artigo 6°. Princípio da estrita legalidade ..... 35

*Ementário*

Consultoria ..... 53

Contencioso Geral ..... 68

Contencioso Tributário-fiscal ..... 70

# 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, Elizabete Matsushita, Eric Ronald Januario, Fabio Trabold Gastaldo, Flávia Della Coletta Depiné, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Lucilia Aparecida dos Santos, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Márcia Aparecida de Andrade Freixo, Marcio Yukio Santana Kaziura, Maria Rita Vaz de Arruda Corsini, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosana Martins Kirschke, Sibele Ferrigno Poli Ide Alves, Telma de Freitas Fontes, Valéria Luchiari Magalhães, Vera Lucia Gonçalves Barbosa, Virgílio Bernardes Carbonieri, Yara Chucralla M. Blasi.*

## 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**
*Patrícia 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, Fernando César Gonçalves Pedrinho, 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 Maria Paula, 67 – 10º andar – CEP 01319-906 – São Paulo – SP – Brasil. Telefone: (11) 3130-9500.*
*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.

## Trabalhos em expansão

O Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo tem como uma de suas atribuições a capacitação de servidores e aperfeiçoamento dos Procuradores do Estado.

Sua equipe tem trabalhado, especialmente, com fundamento no levantamento das necessidades apuradas no dia a dia de trabalho desse público.

Esta dinâmica tem se mostrado produtiva. Os membros da Instituição, no anseio diário de seu crescimento e enriquecimento profissional, têm participado ativamente dos cursos, treinamentos e núcleos temáticos, demonstrando estarem interessados e estimulados aos debates.

Nossa proposta neste ano é ir além das fronteiras do Estado de São Paulo.

Instituição que já conta com sólida estrutura, plano de carreira, congregando qualificado quadro de profissionais, a PGE/SP passa agora a dar maior atenção à troca de experiências entre as demais PGEs deste vasto país, e mais, às Procuradorias dos países da América Latina.

E é sob essa diretriz que o Centro de Estudos dá início aos seus trabalhos em 2012.

Nos próximos dias 29 e 30 de março será realizado o I Encontro Latino-Americano de Advocacia de Estado, sob sua coordenação, em parceria com a Advocacia Geral da União, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e a Procuradoria Geral do Município de São Paulo. Será a primeira oportunidade de reunir profissionais da América Latina que desempenham as mesmas funções na tutela dos interesses dos Estados, e de se examinar, comparativamente, as estruturas das carreiras, suas missões institucionais e sua relação com os poderes.

Para o mês de abril está programado o I Encontro Ambiental da Região Sudeste, com o apoio das PGEs do Rio de Janeiro, Minas Gerais e Espírito Santo. Nossa intenção é debater projeto de lei que institui o novo Código Florestal, assim como a interpretação da nova Lei complementar n 140, de 8 de dezembro de 2011, que trata das competências comuns dos entes federados no que se refere à proteção das paisagens naturais notáveis, do meio ambiente, ao combate à poluição e à preservação das florestas, fauna e flora. Os painéis contarão com a participação de representantes das PGEs da Região Sudeste, apresentando a visão do Estado sobre a nova lei, da União e do Município de São Paulo.

Ao lado das atividades do Aperfeiçoamento e da Escola, a Comissão Editorial tem se empenhado na organização das publicações (Boletins e Revistas), de modo a

viabilizar o trânsito e o intercâmbio das experiências dos colegas na atuação junto às bancas judiciais e às consultorias jurídicas.

Nesse diapasão, neste número estão contemplados embargos de declaração de autoria de colega da Procuradoria Regional de Santos, ao qual foi concedido efeito infringente para garantir a suspensividade da execução até o trânsito em julgado dos embargos à execução. Destaca-se, ainda, artigo relacionado à competência para processar e julgar os procedimentos disciplinares, e parecer da Procuradoria Administrativa relativo ao efeito de eventual inscrição no CADIN de empresa que mantém contrato vigente com a Administração.

Esperamos com esta publicação, mais uma vez, deixar alguma contribuição a todos os leitores.

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE PERUÍBE/SP.**

Processo n. 441.01.2010.001594-4 (n. de ordem 407/2010)
EMBARGOS À EXECUÇÃO
Em apenso ao processo n. de ordem 04/1993-1
Embargante: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Embargada: JUQUIAZINHO PRAIA CLUBE (DESMEMBRADO CONF. FLS. 403)

FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por intermédio do Procurador do Estado infraqualificado, dispensado de apresentar instrumento de mandato, "ex vi legis", vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, dentro do prazo legal e em dobro, nos autos mencionados em epígrafe, com fulcro nos artigos 535 e segs. do Código de Processo Civil, interpor os presentes EMBARGOS DE DECLARAÇÃO pelos motivos expostos a seguir, requerendo o recebimento e processamento.

PRELIMINARMENTE, configura-se oportuno dizer a respeito do cabimento do presente recurso, tempestivamente interposto e que visa afastar contradição e omissões na r. decisão interlocutória de fls. 154, recentemente disponibilizada no *Diário de Justiça eletrônico*, na data de 28 de junho de 2011, que, embora recebendo os embargos de execução, fê-lo sem a suspensão da fase executiva, em trâmite nos autos principais em apenso (processo n. de ordem 04/1993-1).

Para tanto, pedimos vênia para colacionar moderna jurisprudência, que, a toda prova, ampara integralmente a pretensão da embargante, ***verbis***:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Oposição contra aprovação de cálculo elaborado pela Contadoria – Admissibilidade – Decisão interlocutória – Possibilidade de esclarecimento de omissão, contradição ou qualquer outra falha observada pela parte – Recurso não conhecido. Os embargos de declaração, pelo fim a que se destinam, cabem não só contra sentença e acórdão, como contra decisão interlocutória e despachos, e isso por diversas razões, sejam de ordem prática, de bom senso, de celeridade e economia processual. (Relator CORRÊA VIANA – Agravo de Instrumento n. 220.648-2 – São Paulo – 24.08.93) (grifos nossos).*

*RECURSO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – CABIMENTO. Apesar de a lei processual civil regular, explicitamente, a interposição de embargos declaratórios apenas em relação aos atos processuais finais (quais sejam a sentença e o acórdão), eles também se prestam a afastar eventuais omissões, contradições e obscuridades envolvendo qualquer ato judicial decisório, sempre que os aludidos vícios possam acarretar prejuízos à parte. (AI 468.801 – 7ª Câm. – Rel. Juiz ANTTO – j. 5.11.96, in JTA 164/350) (grifamos).*

*RECURSO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – OMISSÃO COMETIDA NO SANEADOR – CABIMENTO. Admissíveis embargos declaratórios para afastar manifesta omissão em decisão saneadora. (AI 431.028 – 6ª Câm. – Rel. Juiz PAULO HUNGRIA – j. 29.3.95, JTA 155/264).*

NO MÉRITO RECURSAL, consta, às fls. 154, r. despacho recebendo os embargos de execução, porém não concedendo o necessário efeito suspensivo no que tange à execução propriamente dita, não agindo, "***permissa venia***", Vossa Excelência, com o costumeiro acerto.

Afastado qualquer outro fim que não se coadune com a estreita abrangência do presente recurso, a embargante pede vênia para abordar os pontos do r. despacho que entende passíveis de saneamento.

Em que pese o exponencial saber jurídico desse MM. Juízo, impõe-se à embargante apontar que, objetiva-se, com estes embargos de declaração, suprir omissão para que, mesmo que não haja de fato a suspensão da execução, Vossa Excelência se manifeste sobre os motivos que o fizeram julgar assim, objetivando sejam estes conhecidos, bem como gerando o prequestionamento das questões deduzidas.

Cabe asseverar que o princípio da motivação das decisões judiciais é vigente e pacífico em nossa doutrina. Inicialmente, visava a necessária explicitação dos motivos que fizeram o Juízo tomar mencionada decisão, como garantia das partes para eventual recurso, caso não concorde com a decisão.

A ausência de motivos dificulta eventual recurso da parte, pois ela não pode recorrer daquilo que não sabe por que foi decidido.

Não obstante o Magistrado ter o seu íntimo convencimento garantido, valorando livremente seu entendimento, deve obrigatoriamente justificá-lo.

Atualmente, o princípio da motivação das decisões é necessário não apenas para assegurar à parte eventual recurso e clarear o entendimento jurisdicional dos interessados, mas para "aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões" por toda a sociedade (conforme Antonio Carlos de Araújo Cintra, ***et alii***. ***Teoria Geral do Processo***. 9ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1993, pág. 64).

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover ***et alii*** (***As nulidades no processo penal***. 6ª edição São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pág. 209), por sua vez, entendem:

*São três os pontos básicos em que se assenta a idéia de motivação como garantia: primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle da legalidade das decisões judiciárias: só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram; como visto, o direito à prova não se configura só como direito a produzir a prova, mas também como direito à valoração da prova pelo juiz.*

Ressalte-se que, apesar de em primeira análise a motivação ser relacionada às sentenças de mérito, faz-se necessária, sem dúvida, também nas decisões interlocutórias decisivas de determinada situação, como é o caso, ou seja, o MM. Juízo decidiu sobre a não suspensão da execução, devendo motivar sua decisão. Neste sentido:

***Também nas decisões interlocutórias devem conter fundamentação, ainda que se admita seja mais concisa do que a exigida para a sentença. Assim, invocando–se inclusive o artigo 165 do CPC, entendeu-se que era suficiente motivação concisa em decisão de restituição de coisa apreendida** (RT 600/359).*

Por outro lado, impõe-se à embargante apontar também que, objetiva-se igualmente, com estes embargos de declaração, suprir omissão para que, mesmo que não haja de fato a concessão de efeito suspensivo aos embargos do devedor, Vossa Excelência se manifeste sobre a possibilidade ou não de expedição de ofício requisitório, depósitos da Fazenda e de realização dos demais atos executivos, e em que extensão podem ser estes praticados, enquanto se processam os embargos de execução, embora se considere impossível a realização de tais atos satisfativos em razão do alegado nos mesmos embargos executórios, e neste recurso, mais abaixo.

Cabe dizer que, com efeito, embora tenha Vossa Excelência externado entendimento contrário, devem todos os embargos de execução interpostos pela Fazenda Pública ser recebidos no efeito suspensivo, cessando o prosseguimento da execução enquanto não resolvidas em definitivo todas as questões discutidas nos autos principais, incluindo os julgamentos de todos os recursos.

Há sólido entendimento no sentido de que o artigo 739-A do Código de Processo Civil não deve ser aplicado nas execuções contra a Fazenda Pública, já que não condizente com a sistemática disposta nos artigos 730, 731, 741 a 743 do CPC.

Vale dizer, a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública tem o núcleo de seu regime jurídico no artigo 100 da Constituição Federal e no artigo 730 do CPC.

As execuções propostas contra a Fazenda Pública seguem o rito previsto no artigo 730 do CPC, o qual é claro ao dispor que apenas com a não oposição dos embargos é que haverá a requisição de pagamento ao Presidente do Tribunal e na ordem de apresentação do precatório.

Tal regra autoriza extrair-se o entendimento de que devem os embargos da Fazenda ser recebidos no efeito suspensivo.

Ora, a execução contra a Fazenda Pública é regida por procedimento especial, e para isto bastaria de início invocar o artigo 100 da Constituição Federal de 1988, análogo ao artigo 117 da Constituição de 1969, que vigorava na época da edição do CPC, para justificar a atitude do legislador processual ao instituir um procedimento executivo especial para realizar créditos pecuniários contra a Fazenda.

No entanto, não apenas estas justificativas histórica e constitucional embasam a assertiva da existência de regras e prerrogativas especiais da Fazenda nas lides satisfativas, que refogem às regras gerais.

A causa do procedimento especial repousa também no regime especial dos bens, verbas, rendas e demais patrimônios públicos.

Em razão desse regime, a constrição imediata e incondicionada se revela inadmissível, não havendo penhora, apropriação ou expropriação de bens públicos para alienação judicial.

Daí que deve ser seguido o disposto no artigo 730 do CPC, passando a tratar o artigo 741 dos embargos à execução opostos pela Fazenda, embasando o entendimento de que continua a existir um processo autônomo de execução em se tratando de verbas públicas, mesmo com as diversas alterações processuais ocorridas até o presente.

A Lei n. 8.953/94 incluiu o § 1º ao artigo 739 do CPC, segundo o qual "os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo". Esta regra aplicava-se irrestritamente aos embargos opostos pela Fazenda Pública, obstando o seguimento da execução. Com o advento da Lei n. 11.382/06, o conteúdo do artigo 739 foi transportado para o artigo 739-A e seus §§, que, no entanto, trouxeram e modificaram várias regras processuais. Assim, opostos os embargos, não há mais a suspensão automática da execução, podendo o Juiz, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos, presentes determinados pressupostos e condições previstas agora no § 1º do artigo 739-A.

Porém, o artigo 739-A não se aplica à execução contra a Fazenda Pública, pelos seguintes motivos:

(a) o efeito suspensivo depende de penhora, depósito ou caução, e a Fazenda não se sujeita a penhora, depósito nem caução, não precisando garantir o Juízo para opor embargos;

(b) a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor depende do prévio trânsito em julgado (CF/88, artigo 100, §§ 1º e 3º), de todos os recursos,

fases e procedimentos processuais, e de sorte que somente pode ser determinado o pagamento se não houver mais qualquer discussão quanto ao valor executado.

Em outras palavras, o precatório ou a requisição de pequeno valor somente se expede depois de não mais haver qualquer discussão quanto ao valor executado, dependendo, assim, tal expedição, do trânsito em julgado que dirimir em definitivo os embargos.

Por mais esta razão, os embargos opostos pela Fazenda Pública devem, forçosa e logicamente, ser recebidos no efeito suspensivo, pois, enquanto não se tornar incontroverso e definitivo o valor cobrado, não há como se expedir o precatório ou a requisição de pequeno valor.

Destarte, evidente fica que a nova disciplina dos embargos à execução não se aplica de todo e deve ser adaptada à execução contra a Fazenda, que não só se submete a regime especial ainda vigorante, mas também à sistemática constitucional de expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor.

Como tal expedição depende de prévio trânsito em julgado, é curial que os embargos devem, sempre, ser recebidos no efeito suspensivo, não se aplicando o artigo 739-A, "***in totum***", à Fazenda Pública, ao menos nas partes que colidem e se revelam incompatíveis com os dispositivos constitucionais e legais que embasam as prerrogativas da Fazenda.

Cabe acrescentar que, ao dispor, a parte final do artigo 730, a regra de que, apenas com a não oposição dos embargos, é que haverá requisição de pagamento ao Presidente do Tribunal e na ordem de apresentação do precatório, permanece válido o recebimento dos embargos no efeito suspensivo, na medida em que tal regra se insere neste mesmo efeito.

Sobre o assunto, ensina José Carlos Barbosa Moreira, em O ***n***ovo Processo Civil Brasileiro", 25ª edição, Ed. Forense, pág. 270:

> *I. Execução contra a Fazenda Pública.*
>
> *(...)*
>
> *2. A estrutura do processo executivo, portanto, modifica-se aqui de modo considerável. Despachada a inicial, procede-se, como sempre, à citação do devedor; inexiste, todavia, a cominação de penhora para a hipótese de não pagamento em três dias, pois a pessoa jurídica de direito público, ainda que o quisesse, não seria lícito pagar de imediato, e os seus bens são impenhoráveis. A citação (que não pode ser feita pelo correio: art. 222, c e d) é indispensável à validade do processo; e a partir da juntada do mandado aos autos (art. 241, n. I) começa a correr o prazo de 30 dias, dentro do qual se poderão oferecer embargos (art. 730, caput, na redação da Lei n. 11.382).*
>
> *Não sendo embargada a execução, ou desde que rejeitados os embargos, o órgão judicial requisitará o pagamento, através de precatório dirigido ao presidente do tribunal*

*que houver proferido a decisão exequenda (art. 730, n. I; cf. o art. 100, § 2º, da Constituição da República).*

E pedimos vênia para transcrever trecho do v. acórdão proferido pela Sexta Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Paraná, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 415867-6:

*Cinge-se a questão sobre a incidência ou não das regras previstas no art. 730 e seguintes, do CPC no caso em espécie.*

*O Estado do Paraná é um Ente Político dotado de personalidade jurídica de direito público e como tal está sujeito às regras previstas no art. 730 e seguintes, do CPC, uma vez que não há disponibilidade do sobre o interesse público inerente ao rito processual a ser adotado, por consequência, a presente demanda não pode seguir as regras executórias inauguradas pela Lei n. 11.382/2006, que acrescentou ao citado diploma processual o art. 739-A.*

*Nesse sentido, por oportuno, transcrevemos o escorreito pronunciamento ministerial de fls. 440/441: "Ao meu ver, tem razão a agravante ao sustentar que não pode ser aplicado o artigo 739-A do CPC às execuções contra a Fazenda Pública. É que a execução obedece a regras especiais e, mesmo ao havendo disposição específica acerca da eficiência suspensiva dos respectivos embargos com a inovação legislativa, é incompatível como o sistema de pagamento pela Fazenda Pública. Não houve, de modo claro, exceção feita através da Lei 11382/2002, para incidência do artigo 739-A do CPC para as execuções tratadas no artigo 730 do CPC. Contudo, como permanece a redação de tal dispositivo, no sentido de que, se a executada não opuser embargos no prazo legal, é que se desencadeia o procedimento para pagamento, tenho que deve prevalecer o entendimento de que, quanto à Fazenda Pública, não incide a regra da Lei 11382/2006." (fl. 441).*

*Assim e porque perfeitamente viável a correção do rito procedimental para aquele estabelecido pela lei à Fazenda Pública, é de se atribuir o almejado efeito suspensivo aos Embargos do Devedor opostos pelo Agravante, conforme previsto no art. 730, do CPC.*

*Por tudo isto, é de se dar provimento ao recurso para, reformando a decisão hostilizada, atribuir efeito suspensivo aos embargos do devedor opostos pelo Estado do Paraná, em conformidade com o disposto no art. 730, do CPC.*

Outrossim, a expedição de precatório antes do trânsito em julgado dos embargos à execução encontra óbice no artigo 100 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n. 30, de 13/09/2000, e atualmente conforme a Emenda Constitucional n. 62, de 09/12/2009, o qual é expresso na sua redação:

*Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão, exclusivamente, na*

*ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (grifos nossos).*

*(...)*

*§ 5º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (g. n.).*

Conclui-se, portanto, que somente será possível se executar, na forma especial do artigo 100 da Constituição Federal, uma decisão judicial transitada em julgado.

E o trânsito em julgado que autoriza a execução contra a Fazenda só pode ser o dos embargos à execução, superados, pois, os processos de conhecimento e o de eventual liquidação.

De fato, o trânsito em julgado envolve o julgamento definitivo de todas as questões submetidas ao Judiciário, inclusive porque entendimento contrário ensejaria a possibilidade de realizar execução provisória em face da Fazenda Pública, o que seria inadmissível.

Ora, a jurisprudência é unânime, a execução deve ser sempre definitiva. Vale transcrever:

*1 – A execução contra as Fazendas Públicas é sempre definitiva. 2 – Não há execução provisória contra as Fazendas Públicas. 3 – As execuções contra as Fazendas Públicas têm rito próprio previsto nos artigos 730 e 731 do CPC, que guardam conformidade com a norma constitucional do artigo 117 da CF/69 e artigo 100 da CF/88. 4 – A norma constitucional exige para a execução contra a Fazenda Pública sentença judicial transitada em julgado. 5 – Agravo provido. (TRF-1ª Região, 4ª T., AI n. 89.01.23596-0/MG, rel. Juiz Gomes da Silva, in Boletim AASP, n. 2035, de 29.12 a 4.1.98).*

*E ainda:*

*RECURSO ESPECIAL N. 464.332 - SP (2002/0105376-3)*

*RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON*

*RECORRENTE : ESTADO DE SÃO PAULO*

*PROCURADOR : YARA DE CAMPOS ESCUDERO PAIVA E OUTROS*

*RECORRIDO : PAULO JOAQUIM MONTEIRO DA SILVA E OUTROS*

*ADVOGADO : SILVESTRE DE LIMA NETO E OUTROS*

*EMENTA*

*PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC – PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 356/STF - SÚMULA 11/STJ – EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - ARTS. 730 E 731 DO CPC - ART. 100, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 30/2000.*

*1. Em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada, aplicando o magistrado ao caso concreto a legislação considerada pertinente.*

*2. O STF, diferentemente do STJ, para efeito de prequestionamento dos fundamentos omitidos pelo tribunal de apelação, exige apenas a oposição de embargos de declaração (Súmula 356/STF). A Súmula 211/STJ exige não só os embargos, mas o pronunciamento do Tribunal a respeito da omissão.*

*3. A Emenda Constitucional 30/2000, ao inserir no § 1º do art. 100 da CF/88 a obrigação de somente ser incluído no orçamento o pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, extinguiu a possibilidade de execução provisória.*

*4. Releitura dos arts. 730 e 731 do CPC, para não se admitir, contra a Fazenda Pública, execução provisória.*

*5. Recurso especial parcialmente provido.*

*ACÓRDÃO*

*Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora". Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora.*

*Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.*

*Brasília-DF, 14 de setembro de 2004 (Data do Julgamento).*

*MINISTRA ELIANA CALMON.*

*Relatora.*

Assim, diante da legislação que rege a matéria, pode-se afirmar que não há execução provisória contra as Fazendas Públicas, que estaria configurada se os embargos não recebessem efeito suspensivo e fossem realizados atos executivos durante o processamento dos mesmos embargos de execução.

Existindo ainda discussão judicial pendente contra qualquer item da condenação, inexiste trânsito em julgado e bem assim indenização líquida e certa, o que impede a previsão da mesma, externada em seus valores, no orçamento da pessoa jurídica de direito público.

O artigo 730 do Código de Processo Civil estabelece normas especiais de execução nas quais figure a Fazenda Pública como executada. Para que se dê início à execução, a quantia deve ser certa, e o artigo 586 do aludido Código de Processo Civil estabelece que a execução se fundará sempre em título líquido, certo e exigível, o que não se configura no momento.

E o artigo 100 da Constituição Federal, com as alterações veiculadas pela Emenda Constitucional n. 30, de 13/09/2000, e pela Emenda Constitucional n. 62, de 09/12/2009, acima transcrito, embasa o entendimento ora suscitado pela embargante, no sentido de que a execução contra a Fazenda Pública apresenta rito próprio, devendo, então, guardar conformidade com a norma constitucional de artigo 100 e seus §§, que exige para a execução contra a Fazenda Pública sentença judicial transitada em julgado, não cabendo, destarte, execução provisória. Nesse sentido os acórdãos proferidos nas Apelações Cíveis n. 248.602-2/4, n. 272.849.2/1 e n. 173.858-5/1-00.

O Ministro Carlos Velloso, por sua vez, votando no antigo Tribunal Federal de Recursos, fixou a seguinte lição:

> *Certo é, entretanto, que a interpretação literal do citado artigo 730, CPC, poderá colocá-lo contra a Constituição. A interpretação do art. 730, CPC, reclama, pois, cautela. Ela deverá harmonizar-se com o art. 117 da Lei Fundamental (art. 100, CF de 1988). Este, conforme vimos, não dispensa a sentença. Noutras palavras, a execução contra a Fazenda Pública, através de precatórios, é oriunda de sentença judicial, ou o precatório pressupõe, sempre, sentença condenatória passada em julgado. (Apelação Cível n. 58.579-SP, do TFR, 4ª Turma, 5.12.1984) (g.n.).*

Conclui-se, portanto, que somente será possível se executar, na forma especial do artigo 100 da Constituição Federal, uma decisão judicial transitada em julgado.

E o trânsito em julgado que autoriza a execução contra a Fazenda, ressalte-se e reprise-se, só pode ser o dos embargos à execução, superados, pois, os processos de conhecimento e o de eventual liquidação.

Desconsiderar esta assertiva significa executar provisoriamente uma decisão, em face da Fazenda, desconsiderando normas constitucionais e legais.

Recentemente, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, na petição n. 2.390-1, concedeu ao Estado de São Paulo efeito suspensivo a recurso de agravo de instrumento, obstando a execução provisória do acórdão recorrido, ficando decidido:

> *As razões articuladas pelo requerente demonstram existir plausibilidade jurídica no pedido cautelar, tendo em vista que a EC n. 30/00, ao dar nova redação ao § 1º do art. 100 da CF, explicitou a necessidade de trânsito em julgado da sentença para que o pagamento de débito dela decorrente seja feito por meio de precatório, após a inclusão da correspondente verba no orçamento da entidade de direito público. Parece, numa análise preliminar, mostrar-se contrária a essa nova ordem constitucional a execução provisória contra a Fazenda Pública, para pagamento de quantia decorrente de decisão que ainda pode vir a ser reformada por meio de recurso, sendo contrário ao princípio da razoabilidade esse pagamento em detrimento de credores titulares de precatórios oriundos de sentenças transitadas em julgado.*

Ademais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça julgou serem ineficazes os atos de liquidação eventualmente praticados antes do julgamento de recurso interposto de sentença proferida em Embargos do Devedor, pois, sendo julgados improcedentes os Embargos à Execução, a sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, "não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal" (Recurso Especial n. 166.793-São Paulo).

Em tais condições, confiante na dignidade e na coerência que sempre honraram esse MM. Juízo na entrega da prestação jurisdicional, espera e requer a embargante sejam acolhidos e providos os presentes embargos, sanando-se os pontos ventilados, objetivando-se igualmente o prequestionamento indispensável da matéria em questão, inclusive para o conhecimento de futuros recursos às Instâncias Superiores, afastando, assim, a negativa de prestação jurisdicional, repelida pela CF/88 (artigo 5º, incisos XXXV, LIV, LV, e artigo 93, inciso IX) e as nulidades por infringência às normas infraconstitucionais (artigo 535 do CPC).

Destarte, requer-se de Vossa Excelência o suprimento das omissões constante na r. decisão de fls. 154, externando os motivos da não suspensão da execução nos autos principais, bem como determinando que não poderão ser realizados atos satisfativos, tais como expedição de ofícios requisitórios, depósitos da Fazenda e demais atos executivos incompatíveis com as normas constitucionais e legais acima apontadas, referentes às execuções contra Fazendas Públicas, em qualquer extensão.

É o que aguarda a embargante.

Termos em que, p. deferimento.

Santos, 06 de julho de 2011.

PAULO ROBERTO FERNANDES DE ANDRADE
Procurador do Estado
OAB/SP n. 153.331

## SENTENÇA

**Disponibilização: terça-feira, 20 de setembro de 2011.**
**Arquivo: 1324 Publicação: 24**

PERUÍBE Cível 2ª Vara

441.01.2010.001594-4/000000-000 - nº ordem 407/2010 - Embargos à Execução - FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO X JUQUIAZINHO PRAIA CLUBE (DESMEMBRADO CONF. FLS. 403) - Fls.172/174. Vistos. Os artigos 741 e seguintes do Código de Processo Civil são omissos quanto aos efeitos dos embargos à execução contra a Fazenda Pública. Portanto, há entendimento doutrinário no sentido de que a eles deve ser aplicada a regra do artigo 739-A, "caput", do Código de Processo Civil: "Os embargos do executado não terão efeito suspensivo". Todavia, entendo que referida norma não deve ser aplicada aos embargos à execução contra a Fazenda Pública. Vejamos: Não podendo haver penhora dos bens públicos, o Código de Processo Civil criou um rito especial para execução forçada das sentenças em que a Fazenda Pública seja condenada à prestação pecuniária. Essa execução especial inicia-se e desenvolve-se sem a agressão patrimonial que ocorre nos processos executivos contra particulares. O procedimento não é expropriatório, mas respeita o princípio do contraditório. Em lugar de a Fazenda sofrer a citação para pagar sob pena de penhora e posterior abertura do prazo para os embargos à execução (artigos 652 do Código de Processo Civil), será, desde logo, citada "para opor embargo em dez dias" (artigo 730 do Código de Processo Civil). Somente depois de solucionados os embargos, por rejeição, ou depois de transcorrido o prazo assinado na citação sem a oposição dos embargos, é que deverá o juiz requisitar o pagamento por meio do presidente do tribunal competente (artigo 730, inciso I, do Código de Processo Civil). O requisitório, portanto, é a consequência do cumprimento necessário do caminho procedimental traçado pelo artigo 730 do Código do Processo Civil. Não é dado ao juiz ignorar o procedimento da lei, para arbitrariamente expedir o ofício requisitório sem citar previamente a Fazenda Pública devedora e sem ensejar-lhe oportunidade de defesa por meio dos oportunos embargos. O devido processo legal e o contraditório, no caso, passam pelos estágios instituídos pelo Código de Processo Civil no dispositivo acima referido. Assim, incorre em inegável nulidade o processo executivo em que o requisitório é expedido, logo após a liquidação de sentença, sem a prévia citação da Fazenda Pública devedora, para produzir seus embargos. Só assim se respeita o princípio do contraditório. Consequentemente, conclui-se que nas execuções contra a Fazenda Pública deve sempre ser atribuído efeito suspensivo aos embargos à execução. Por tais fundamentos, ATRIBUO

EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. Sendo assim, em JUÍZO DE RETRATAÇÃO, revogo o primeiro parágrafo do despacho de fls. 154. CITE-SE O EMBARGADO para apresentar resposta no prazo de quinze dias, no termos do artigo 740 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, com ou sem reposta, voltem conclusos para julgamento antecipado ou designação de audiência de conciliação, instrução, debates e julgamento. Intime-se. - ADV PAULO ROBERTO FERNANDES DE ANDRADE OAB/SP 153331 - ADV FLAVIO MARQUES OAB/SP 63637 - ADV EDISON SOARES OAB/SP 21831 - ADV MARIO EDUARDO ALVES OAB/SP 23374 - ADV RICARDO SIQUEIRA SALLES DOS SANTOS OAB/SP 140600.

# Competência fracionada nos procedimentos disciplinares

MESSIAS JOSÉ LOURENÇO

## I - Introdução

Em sua redação original, a Lei Estadual 10.261/68 previa a existência de duas formas de sindicância: uma com conotação meramente investigatória (art. 274, inciso I), e outra com caráter punitivo (art. 274, inciso II).

A primeira, em regra, era conduzida na própria Secretaria de Estado e era presidida por um funcionário ou comissão de funcionários, de condição hierárquica nunca inferior ao acusado. A lei ainda previa a possibilidade de essa sindicância ser conduzida pelas Comissões Processantes Permanentes, (art. 273).

Por seu turno, as então Comissões Processantes Permanentes tinham como atribuição legal a condução dos processos administrativos (consoante previa o art. 278) e eram compostas por três funcionários, nomeados pelo prazo de dois anos, facultada a recondução,cabendo a presidência a Procurador do Estado (art. 279).

Com advento da Lei Complementar 942/03 (a chamada ***via rápida***), a então sindicância averiguatória[1] passou a ser conduzida, preferencialmente, por servidores da própria Pasta, que foram autorizados a atuar isoladamente ou em Comissões de apuração.

Essa nova realidade, no entanto, num primeiro momento trouxe sério problema de ordem prática, uma vez que inúmeros funcionários foram ***elevados*** à categoria de Autoridades Apuradoras; atividade eminentemente de caráter investigativo e, na maioria das Secretarias de Estado, muito distante da realidade profissional até então vivida.

1 A antiga denominação sindicância averiguatória foi substituída pela expressão Apuração Preliminar.

Diante desse novo panorama, os Procuradores do Estado, notadamente os que atuavam em Unidades Processantes, passaram a orientar, embora de forma ***genérica***[2] , as autoridades apuradoras.

Essa prática, à época imprescindível ao desenvolvimento das apurações preliminares, foi estendida aos procedimentos apuratórios ***relatados*** (com determinação de instauração de sindicância ou de processos administrativos disciplinares), sendo comum nos dias de hoje, a prolação de dezenas de despachos nos quais equívocos e omissões são supridas.

Se, por um lado, essas intervenções não se revestem de qualquer irregularidade, uma vez que se tem o cuidado constante de apenas suprir omissões e desacertos flagrantes, sem que haja qualquer prejulgamento, sobretudo porque na sequência, um processo regular será levado a efeito, por outro lado é certo que a definição das reais atribuições de apuradores, de autoridades que detém o poder de determinar a instauração dos procedimentos disciplinares e de Procuradores do Estado presidentes de Unidades estão por merecer maior atenção.

Na prática, esse invariável saneamento de apurações omissas ou que apresentam equívocos evidentes, acaba por tomar valioso tempo que, caso os procedimentos apuratórios chegassem à Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares de forma indene, poderia ser utilizado na agilização dos procedimentos em trâmite.

Ademais, desta feita sob a ótica eminentemente legal, é imprescindível definir quais as verdadeiras atribuições daqueles que atuam em procedimentos disciplinares.

Daí a necessidade, repita-se, de maior reflexão acerca das reais atribuições dos protagonistas do procedimento disciplinar, objetivo que o presente artigo se propõe a iniciar.

## II - Da Competência

Ao se referir às ***atribuições*** do agente público, na realidade, o que se busca é identificar a verdadeira competência para a prática de determinados atos.

Nesse cenário, mostra-se oportuno o magistério de Odete Medauar, para quem "agente competente" *significa o representante do poder público a quem o texto legal confere atribuições que o habilitam a editar determinados atos administrativos.* [3]

---

2 O termo "genérica" tem como objetivo demonstrar uma preocupação vivida à época, no sentido de evitar qualquer tipo de futuro impedimento ou suspeição.

3 Medauar, Odete, Direito Administrativo Moderno, 13ª. edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.009, p. 139,

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho esclarece que o ***instituto da competência se funda na necessidade de divisão do trabalho, ou seja, na necessidade de distribuir a intensa quantidade de tarefas decorrentes de cada uma das funções básicas [...]***. [4]

Após enfatizar que a competência sempre decorre da lei, Maria Sylvia Zanella di Pietro assinala que aquela pode decorrer de um critério de fracionamento, no qual é distribuída por órgãos diversos, quando se trata de ***procedimento*** ou de atos complexos, com a participação de vários órgãos ou agentes.[5]

Nesse cenário, na condução de um ***procedimento*** disciplinar, desde seu nascedouro, evidencia-se a existência de inúmeros agentes com atribuições bastante distintas que, diante da exigência de observância ao devido processo legal, devem ter muito bem definidas suas competências.

Dos vários protagonistas desse procedimento, a identificação das atribuições de três deles assume especial relevância para o presente estudo, a saber:

- 1. Da autoridade apuradora;

- 2. Do Procurador do Estado Presidente de Unidade Disciplinar;

3. Da autoridade competente para determinar a instauração do procedimento e aplicação da pena.

Em linhas gerais, num primeiro momento, é possível visualizar, de forma muito nítida, atribuições bem definidas desses protagonistas nos seguintes termos:

1º Cabe à Autoridade Apuradora a prática de atos de caráter investigatórios;

2º. Ao Procurador do Estado presidente de uma Unidade Disciplinar é atribuída a prática de atos de caráter instrutório e, ao final, opinativo;

3º. Às Autoridades Superiores, compete não só as atividades inerentes ao Poder Hierárquico, como também o poder de decisão, ao determinar a instauração e a aplicação da reprimenda.

Tais premissas precisam ser bem compreendidas, razão pela qual o presente artigo passa à análise pontual de cada situação.

## III – da autoridade apuradora

A figura da autoridade apuradora é outra inovação surgida com a Lei Complementar 942/03, embora a antiga sindicância averiguatória também contemplasse figura semelhante.

Para compreender suas reais atribuições é preciso, no entanto, um breve exame a respeito da apuração preliminar. Essa é procedimento de cunho eminen-

4 Carvalho Filho, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 20ª. edição, 2.008, p. 102.

5 Pietro, Maria Sylvia Zanella di, Direito Administrativo, 10ª. Edição, Editora Atlas, 1.999, p. 171.

temente investigativo e, a despeito de certa semelhança com o inquérito policial, possui características muito próprias.

Na verdade, árdua é a tarefa daqueles que se predispõem a encontrar obras doutrinárias que analisem, com certa profundidade, a Apuração Preliminar (mesmo com a antiga denominação de sindicância *averiguatória*).

O instituto é pouco conhecido e tem parca previsão legal. [6]

Essa tendência pode ser verificada no clássico magistério de Hely Lopes Meirelles [7] que, ao examinar o tema, considerava a sindicância averiguatória (atual Apuração Preliminar) *mero expediente de verificação de irregularidade*, no qual era dispensável defesa do sindicado e publicidade.

Como se observa, a doutrina clássica dá pouca relevância ao assunto.

Aliás, malgrado o mencionado magistério, forçoso é reconhecer que a doutrina a respeito da Apuração Preliminar é tão escassa que, não raramente, se faz necessária a consulta a lições emanadas do Direito Processual Penal, mais precisamente, daquelas referentes ao Inquérito Policial. [8]

A verdade é, como se afirmou anteriormente, que existem realmente *algumas* semelhanças entre os dois institutos: apuração preliminar e inquérito policial; o que, aliás, é reconhecido pela doutrina, até mesmo com um certo excesso, como se observa no magistério de J. Cretella Júnior [9]:

*"...Estabelecendo-se paralelo, mais ou menos aproximado, entre o que ocorre no âmbito penal e na esfera administrativa, é lícito dizer, sob a fórmula de proporção matemática, que a sindicância está para o processo administrativo, do mesmo modo que o inquérito policial está para o processo penal."*.

Destaque não original.

Na mesma linha de compreensão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro [10], arremata:

" *... a sindicância seria uma fase preliminar à instauração do processo administrativo; corresponderia ao inquérito policial que se realiza antes do processo penal."*

6 Basta observar que a Lei Estadual 10.261/68, no capítulo II, sob a denominação Das Providências Preliminares, trata do assunto em apenas quatro artigos (art. 264 a 267).

7 MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro.

8 MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 34ª. Edição,2.008, p. 505 :acentua que, embora o Superior Tribunal de Justiça adote o entendimento de que em qualquer punição o devido processo legal deve ser assegurado, não se exige obediência exata às regras típicas do processo penal (STJ , 1ª. Turma, RMS 484, DJU 10.06.91). Tal entendimento, segundo o autor, também é adotado pelo Pretório Excelso (STF, MS 21.721-RJ, DJU 10.06.94).

9 CRETELLA JÚNIOR, J. , obra citada, p. 65.

10 DI PIETRO, Maria Sylvia, *Direito Administrativo*, editora Atlas, 10a. edição, p. 416.

Nesses termos, respeitadas as peculiaridades de cada instituto, é correto afirmar que a Apuração Preliminar guarda certa semelhança com o Inquérito Policial, na medida em que ambos são procedimentos prévios, facultativos, escritos, sigilosos e inquisitoriais, que objetivam a colheita de FATOS e sua AUTORIA, visando o embasamento de uma Peça de Acusação.

Essas características devem ser bem compreendidas, como se pretende demonstrar a seguir:

- ***Procedimento prévio –*** a apuração preliminar é procedimento prévio (antecede a sindicância punitiva ou o processo administrativo disciplinar) e tem como função precípua colher elementos que servirão de embasamento à Portaria Inicial;

- ***Procedimento facultativo –*** a exemplo do que ocorre com o inquérito policial, nem sempre haverá necessidade de instauração de Apuração Preliminar. Esta, aliás, somente deverá ser levada a efeito, como restou anteriormente consignado, quando não houver elementos a respeito da ocorrência do ilícito administrativo, seu autor e eventual prejuízo; dessa forma, há situações em que a atividade investigatória se torna absolutamente desnecessária, como por exemplo: **a** - no caso de abandono de cargo ou função, na medida em que o atestado negativo de freqüência já fornece os elementos necessários para a elaboração da Portaria Inicial; **b** – quando a falta disciplinar imputada ao servidor também caracterizar crime ou contravenção penal, uma vez que, ***em regra***, o auto de prisão em flagrante, o boletim de ocorrência ou o termo circunstanciado, já oferecem subsídios para o início do processo administrativo; **c** - nos casos de multas de trânsito.

Dessa maneira, mostra-se oportuna a advertência do professor Egberto Maia Luz [11] **:**

*" ... deve ficar muito bem explicitado que a sindicância somente se instaura em duas hipóteses:*

*I – quando a autoria é desconhecida;*

*II – quando o fato ainda não está tipificado."*

- ***Procedimento escrito –*** Todo o procedimento deverá ser devidamente digitado/datilografado e rubricado pela Autoridade Apuradora. A regra prevista art. 9º., do Código de Processo Penal, aqui utilizado subsidiariamente, exige que todos os atos sejam escritos (nada impede, contudo, que sejam juntados croquis, desenhos ou fotografias, o que, em geral, é de grande valia por ocasião da instrução do processo).

11 *Sindicância e Processo Disciplinar* – teoria e prática – Edipro, 1.999, p. 175.

- ***Procedimento sigiloso –*** Em respeito às garantias constitucionais, o procedimento investigatório deverá ser sigiloso, somente tendo acesso a ele as partes e seus advogados. Nesse sentido, o art. 64, da Lei 10.177/98, dispõe:

*"Artigo 64 - O procedimento sancionatório será sigiloso até decisão final, salvo em relação ao acusado, seu procurador ou terceiro que demonstre legítimo interesse.*

*Parágrafo único - Incidirá em infração disciplinar grave o servidor que, por qualquer forma, divulgar irregularmente informações relativas à acusação, ao acusado ou ao procedimento."*

- ***Procedimento inquisitorial –*** por tratar-se de *mero expediente de apuração de irregularidade* (cf. Hely Lopes Meirelles), sem qualquer imposição de sanção, a Apuração Preliminar prescinde da observância do *contraditório* e da *ampla defesa*, podendo ser conduzida sem a presença de advogado e publicidade. A respeito, os Tribunais têm decidido:

*"A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo."*

Destaque não original.

RT 689/439.

- ***Procedimento de apuração de FATOS –*** A atividade investigatória visa, basicamente, apurar a ocorrência de um fato (e sua autoria). Este fato, por contrariar os deveres e obrigações a que estão submetidos os servidores públicos, é chamado de ilícito disciplinar (ou falta disciplinar ou até mesmo irregularidade). Imprescindível, nesta operação, a identificação do ilícito disciplinar, seu autor, o **liame** entre o fato e o autor e, se o caso, o respectivo prejuízo.

Por isso, a correta ***apuração***, ***identificação*** e ***descrição*** dos fatos e seus supostos autores é de fundamental importância para o exercício do Direito de Punir.

Esse direito de punir (que também não deixa de ser um dever), é exercido pelo Estado, por meio de um processo administrativo disciplinar (no caso de faltas disciplinares passíveis de demissão, demissão a bem do serviço público e cassação de aposentaria ou indisponibilidade) ou sindicância punitiva (faltas passíveis de repreensão, suspensão ou multa).

A condução desses procedimentos, como restou consignado, por força do disposto no art. 271, da Lei Estadual 10.261/68, fica a cargo de Procuradores do Estado.

Um último aspecto merece atenção.

Não há confundir-se a apuração preliminar (que antes de 2003, recebia o nome de sindicância averiguatória) com a atual sindicância punitiva; procedimento que, nos termos do art. 269 da Lei Estadual 10.261/68, será adotado sempre que a pena em tese cabível seja a repreensão, suspensão ou multa. Nesta

hipótese (sindicância punitiva), ao contrário do que ocorre na apuração preliminar, o contraditório e a ampla defesa deverão ser observados, o que tem gerado certa confusão, máxime entre aqueles não estão familiarizados com a legislação paulista. [12]

Feitos estes registros preliminares, que têm como objetivo uma melhor compreensão desse procedimento de caráter meramente investigativo, especial destaque deve ser dado ao teor do art. 265, §3º., da Lei Estadual 10.261/68, a saber:

"*Artigo 265 - A autoridade realizará apuração preliminar, de natureza simplesmente investigativa, quando a infração não estiver suficientemente caracterizada ou definida a autoria.*

*§ 3º - Ao concluir a apuração preliminar, a autoridade deverá opinar fundamentadamente pelo arquivamento ou pela instauração de sindicância ou de processo administrativo.*"

Destaque não original.

Trata-se, como é consabido, do chamado Relatório da Apuração Preliminar que, nos estritos limites legais, deve conter a fundamentação sobre a qual se lastreará a proposta de arquivamento ou instauração de sindicância ou de processo administrativo.

Desse modo, no caso de instauração, é imprescindível que a Autoridade Apuradora descreva, a exemplo do disposto no art. 293, do aludido Diploma Legal, em relação a cada acusado, separadamente, as irregularidades aferidas, bem como os elementos informativos colhidos na investigação. Indispensável, ainda, a provisória tipificação da falta disciplinar e a indicação de testemunhas.

Na realidade, a exemplo do disposto no art. 10, § 1º, do Código de Processo Penal, esse relatório deverá conter uma minuciosa descrição dos fatos apurados e provas colhidas, todavia, desta feita ao contrário do que determina a legislação penal, deverá a autoridade apuradora emitir um juízo de valor, notadamente no que tange à tipificação da falta disciplinar.

Esse relatório irá nortear as autoridades superiores, notadamente aquelas que detêm o poder de determinar a instauração de um procedimento disciplinar.

Todavia, como é consabido, não há nenhum caráter vinculatório nessas conclusões, podendo a Autoridade Superior, sempre ***motivadamente,*** discordar do teor do relatório.

A constatação de que a manifestação das Autoridades superior deve sempre se manifestar de forma "motivada" remete o presente estudo à identificação das atribuições das autoridades destinatárias do relatório de apuração preliminar.

---

12 As sindicâncias punitivas são procedimentos que, ao contrário das apurações preliminares, podem desencadear a aplicação de reprimenda, o que impõe a observância ao contraditório e à ampla defesa, bem como às demais garantias insertas no *devido processo legal*.

## IV - Das autoridades superiores – poder hierárquico

A prática tem demonstrado que, passados mais de sete anos da edição da Lei Complementar 942/03, comumente são encaminhados aos Procuradores do Estado presidentes de Unidades Disciplinares, apurações preliminares omissas ou contendo equívocos manifestos.

Nesse cenário, nunca é demais lembrar que, por força dos princípios do contraditório e da ampla defesa, impõe-se que Portaria Inicial propicie ao servidor a ***prévia*** e ***plena*** ciência da acusação que contra ele é dirigida, razão pela qual deverá a Inicial Acusatória conter, nos termos do art. 277, § 1º., da Lei Estadual 10.261/68, *a descrição sucinta dos fatos.* [13]

Diante desse impasse, os Procuradores do Estado presidentes de Unidades Disciplinares têm procurado suprir as omissões e sanear os equívocos.

Essa prática, que à época da edição da ***via rápida*** [14], em respeito ao princípio da continuidade dos serviços públicos, se mostrou imprescindível para o ***funcionamento do sistema***, perdura até os dias atuais; todavia, o exame criterioso das regras de competência aponta que esse saneamento efetivamente não compete – ou no mínimo não é aconselhável – àquele que posteriormente irá instruir o feito, ou seja, ao Procurador do Estado presidente de Unidade Disciplinar.

Aliás, em termos eminentemente práticos, o que se tem observado é que, após a apuração preliminar ser relatada, é encaminhada às autoridades superiores (muitas delas competentes para determinar a instauração da sindicância ou do processo disciplinar) que, via de regra, não procedem a qualquer saneamento.

Esse quadro remete a uma breve análise acerca das reais implicações do exercício do poder hierárquico por elas exercido quando do recebimento de uma apuração preliminar relatada.

A propósito, Maria Sylvia Zanella di Pietro assinala que, em consonância com o princípio da hierarquia, ***os órgãos da Administração Pública são estruturados de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas na lei***. [15]

Nesse contexto, especificamente no que concerne ao efetivo exercício do poder hierárquico quando do exame da apuração preliminar relatada, mostra-se

13 Regra semelhante é encontrada no Direito Processual Penal: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Não há confundir-se descrição sucinta com descrição omissa.

14 Lei Complementar 942/03.

15 Obra citada, p. 66.

oportuno o magistério de Hely Lopes Meirelles [16] que, ao discorrer sobre o poder hierárquico, elenca os seguintes poderes dele decorrentes:

*"O hierárquico tem por objetivo ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública...*

***- coordena**: entrosando as funções no sentido de obter o funcionamento harmônico de todos os serviços a cargo do mesmo órgão;*

***- controla**: velando pelo cumprimento da lei e das instruções, e acompanhando a conduta e o rendimento de cada servidor;*

***- corrige**: os erros administrativos, pela ação revisora dos superiores sobre os atos dos inferiores. Desse modo, a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço, e age como meio de responsabilização dos agentes administrativos, impondo-lhes o dever de obediência."*

Na mesma linha de entendimento, Odete Medauar enfatiza que ***o superior hierárquico tem em relação ao subordinado o poder de dar ordens ou instruções; controle sobre atividades dos órgãos e autoridades subordinadas; poder de coordenação***. [17]

Depreende-se, portanto, que tanto o dever de correção quanto o dever de controle, mais do que um direito das Autoridades que analisam a apuração preliminar relatada, se caracterizam como verdadeira obrigação, na qual, necessariamente, erros e omissões deverão ser motivadamente corrigidos.

Tais atribuições, por certo, não cabem aos Procuradores do Estado instrutores, uma vez que, na escala hierárquica, estes sequer fazem parte do rol de autoridades que detêm o poder de determinar a instauração de sindicâncias ou de processos administrativos disciplinares.

Aliás, nesse ponto reside a maior diferença entre as atribuições de um Procurador do Estado (âmbito disciplinar) e de um Promotor de Justiça (seara penal). Isso porque, embora ambos redijam a peça acusatória inaugural, evidencia-se que enquanto este é o titular da ação penal, aquele, como restou consignado, sequer detém competência para determinar a instauração de procedimento disciplinar.

Na qualidade de titular da ação penal [18], pode e deve o ***Parquet*** determinar diligências que entenda imprescindíveis.

Esse mesmo poder/dever, numa proporção simétrica, é dirigido àquelas Autoridades elencadas nos artigos 272 e 274, da Lei Estadual 10.261/68, porquanto, guardadas as devidas proporções, são elas as ***titulares*** tanto da instauração quanto (algumas autoridades, consoante dispõe o art. 260, da Lei Estadual 10.261/68) do poder de decisão.

---

16 MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, RT São Paulo, 16ª. edição, p. 100.

17 MEDAUAR, Odete, obra citada, p. 129.

18 Ação penal pública e pública condicionada.

Dessa forma, em última instância, é atribuição da Autoridade que determinou a instauração do procedimento encaminhá-lo de forma indene, para que não se faça necessário qualquer manifestação do Procurador do Estado instrutor.Na sequência, passa-se à identificação das atribuições do Procurador do Estado presidente da Unidade Disciplinar, o que reforçará a conclusão retromencionada.

## V - DO PROCURADOR DO ESTADO PRESIDENTE DA UNIDADE DISCIPLINAR

Nos termos do art. 271, da Lei Estadual 10.261/68, os procedimentos disciplinares punitivos serão realizados pela Procuradoria Geral do Estado e presididos por Procurador do Estado confirmado na carreira.

Ocorre que, para a exata compreensão das atribuições de um Procurador do Estado ***instrutor,*** se faz necessária uma breve incursão pela cláusula do devido processo legal, sob a ótica disciplinar.

Atualmente se acha sedimentado o entendimento de que a observância do devido processo legal é condição indispensável para a imposição, por parte do Poder Público, de quaisquer medidas que, de alguma forma, limitem direitos dos indivíduos. [19]

Aliás, de acordo com entendimento de Angélica Arruda Alvim, a cláusula do devido processo legal pode ser considerada o princípio matriz de todos os princípios constitucionais [20]. Na mesma linha de entendimento, Guilherme de Souza Nucci assinala que o devido processo legal é o aglutinador de inúmeros outros princípios penais e constitui o horizonte a ser seguido pelo Estado democrático, fazendo valer direitos e garantias fundamentais. [21]

Interessante observar que, como acentua Maria Rosynete Oliveira Lima [22], *o campo disciplinar* teria sido o primeiro a se ressentir da necessidade de aplicação do devido processo legal, uma vez que a Administração quer no exercício de seu poder disciplinar, quer no exercício de seu poder de polícia, impunha penalidades aos seus tutelados.

---

19 LOURENÇO, Messias José, ***Efeitos específicos da sentença penal condenatória e o devido processo legal***, dissertação mestrado, USP, 2.006. A respeito: Odete Medauar, ***A processualidade***, p. 86.: ***o termo 'bens' reveste-se de acepção ampla, no sentido de bens da vida objeto de tutela jurídica.***

20 ALVIM, Angélica Arruda, Princípios Constitucionais do Processo, Revista de Proceso, São Paulo, n. 74, p. 21.

21 NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, RT, 5ª. Edição, 2.008, p. 95/96.

22 LIMA, Maria Rosynete Oliveira, ***Devido processo legal,*** Porto Alegre, Fabris Editora, 1.999, p. 217.

Contudo, a despeito dessa constatação, forçoso é reconhecer que ainda se está longe de consenso a respeito de quais direitos e garantias – e, mais importante, a ***extensão*** dos mesmos – compõem o devido processo legal *disciplinar*.

É bem verdade que, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, a análise histórica das garantias que compõem o "devido processo legal" demonstra que elas nasceram e foram cunhadas para o processo penal. Contudo, segundo a autora, a partir do art. 39, da Magna Carta de 1.215, um longo caminho evolutivo levou ao reconhecimento da aplicabilidade de suas garantias ao direito civil e, na sequência ao direito administrativo punitivo. [23] Aliás, a própria Ada Pellegrini Grinover, em outro artigo, teria feito alusão ao termo devido processo legal administrativo. [24]

A rigor, não há confundir-se o devido processo legal ***disciplinar***, com o devido processo legal ***penal***, pois como assinala Hely Lopes Meirelles, embora o Superior Tribunal de Justiça adote o entendimento de que em qualquer punição o devido processo legal deva ser assegurado, não se exige obediência exata às regras típicas do processo penal (STJ , 1ª. Turma, RMS 484, DJU 10.06.91). Tal entendimento, de acordo com o autor, também é adotado pelo Pretório Excelso (STF, MS 21.721-RJ, DJU 10.06.94). [25]

A concepção diferenciada de um devido processo ***disciplinar*** se justifica plenamente, na medida em que, enquanto no âmbito penal o ***jus puniendi*** se acha em rota de choque com o ***status libertatis***, na seara disciplinar o que se busca é apenas desfazer o vínculo que o funcionário mantém com o Estado.

Entretanto, malgrado essa diferença, forçoso é reconhecer que alguns princípios e garantias, como por exemplo, o ***contraditório***, a ***ampla defesa***, a ***motivação*** das decisões, a ***correlação entre a imputação e a decisão*** e a ***imparcialidade*** [26], se apresentam indissociáveis da concepção hodierna da cláusula do devido processo legal; seja no âmbito penal seja na seara disciplinar.

A propósito, nesse terreno, constata-se que a exigência de irrestrita observância da *imparcialidade* na condução dos processos administrativos disciplinares foi objeto de expressa disposição legal tanto no âmbito federal quanto na legislação estadual, a saber:

a . Lei 8.112/90

---

23 Ada Pellegrini Grinover, *O Processo em Evolução,* Forense Universitária, 2ª. Edição, p. 81.

24 Ada Pellegrini Grinover, Garantias do contraditório e ampla defesa, Jornal do Advogado, secção de São Paulo, novembro de 1.990, p. 09.

25 Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro,* Editora Malheiros, 34ª. Edição,2.008, p. 505.

26 Nesse ponto, não só a imparcialidade do julgador, como também da autoridade instrutora do processo.

"*Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*"

b. Lei Estadual 10.261/68

"*Art. 275 - Não poderá ser encarregado da apuração, nem atuar como secretário, amigo íntimo ou inimigo, parente consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau inclusive, cônjuge, companheiro ou qualquer integrante do núcleo familiar do denunciante ou do acusado, bem assim o subordinado deste."*

Tal entendimento, aliás, vai ao encontro das reiteradas decisões adotadas pelos Tribunais Superiores que, em linhas gerais, reconhecem:

*"A noção de 'imparcialidade' é ínsita à idéia de 'justiça', de modo que sua presença se faz indispensável sempre que houver algum tipo de atividade judicante em qualquer área do Poder Público ..."*

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL** DA 4ª REGIÃO - RSE – Recurso em Sentido Estrito, Processo: 2004.71.03.003370-4/RS, 7ª Turma, DJU de 10.08.2005, p. 823, relatora Desembargadora federal Maria de Fátima Freitas Labarrére, v.u. .

Ainda sobre a imparcialidade, merece registro a transcrição de Antonio Carlos Alencar Carvalho [27] que, embasado no magistério de Maria Teresa de Melo Ribeiro, leciona:

"*Imparcial será, portanto, a conduta objectiva, desinteressada, isenta, neutra e independente: imparcial será, enfim, a actuação de quem, na avaliação ou na acção, na escolha ou na decisão, se rege unicamente por critérios lógico-racionais, não se deixando influenciar por sentimentos estranhos ao circunstancialismo factual envolvente, qualquer que seja a sua origem, natureza ou relação com a questão controvertida [...] conduta verdadeiramente imparcial será apenas aquela que, para além de obedecer a parâmetros racionais de comportamento, tenha em atenção a totalidade dos interesses afectados pela próprio acção.*"

Nesses termos, como consequência natural da cláusula do devido processo legal, mostra-se imprescindível na condução dos procedimentos disciplinares a fiel observância ao princípio da imparcialidade; que no âmbito administrativo é corroborado pelo princípio da Legalidade.

Ocorre que, partindo-se da premissa de que se acha sedimentado o entendimento de que a fiel observância ao devido processo legal implica, entre outros, na condução da instrução processual de forma absolutamente isenta e imparcial, algumas consequências relevantes podem ser extraídas.

---

27 CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. O princípio da imparcialidade no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência dos tribunais superiores e regionais federais . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1520, 30 ago. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10344>. Acesso em: 24 set. 2010

A começar, pela função legalmente investida pelo Procurador do Estado ***presidente*** que, como restou demonstrado, nos estritos limites da legislação pertinente, deve conduzir o feito, na qualidade de ***instrutor,*** de forma absolutamente imparcial.

É interessante observar que essa condução do feito de forma indene, embora em perfeita harmonia com a cláusula do devido processo legal, nem sempre é respeitada pelos protagonistas do procedimento disciplinar; máxime nos casos de ilícitos disciplinares nos quais as legislações (Federal, Estaduais e Municipais) prevêem que a direção dos processos se dê por *comissões processantes* (permanentes ou especiais).[28]

Nesse aspecto é importante enfatizar que, diante de algumas situações mais explícitas, não têm passado despercebida pela doutrina especializada *certas vinculações estreitas entre a Autoridade Competente para determinar a instauração do procedimento disciplinar e os membros que compõem as Comissões Processantes encarregadas de instruir o processo.* A respeito do tema, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, ao discorrerem sobre o dever de imparcialidade da Administração-juiz, embasados no magistério de Nelson Figueiredo, assinalam que seria ***total e absurdamente inútil o processo administrativo se inexistisse para os litigantes a garantia de imparcialidade na tomada da decisão.*** Em remate, advertem:

*"Do administrador-julgador há, pois, de se exigir, como condição de capacidade subjetiva, a inexistência de fatores que, direta ou indiretamente, sejam suscetíveis de prejudicar a total isenção que há de marcar sua atuação, em face dos direitos e interesses contrapostos (ainda quando entre tais direitos e interesses figurem aqueles de que titular a própria Administração). Incumbe sublinhar:*

*(a) sequer é necessário que tais fatores afetem, efetivamente, o conteúdo da decisão: basta que sejam, em tese, suscetíveis de fazê-lo;*

*(b) tão indeclinável é o dever de imparcialidade, que a simples suposição, em tese, de que, mesmo indiretamente, possa ser ela comprometida há de conduzir o administrador-juiz a se afastar dessa atuação."*

Na sequência, os autores asseveram:

*"Na prática, existem situações que comprometem efetivamente a imparcialidade do julgamento, mas que não chegam a configurar impedimento ou suspeição.*

28 Com relação às chamadas Comissões Processantes ***Especiais***, criadas para a instrução de um processo específico, as críticas dizem respeito a uma possível violação ao princípio do ***julgador natural***. Nesse cenário, forçoso reconhecer que, a despeito da Comissão apenas apresentar ao final um relatório **opinativo,** por certo a colheita da prova terá sensível influência na decisão adotada pela Autoridade Competente.

*Nelson Figueiredo, em um corajoso estudo, louvando-se em trabalhos de outros renomados administrativistas, faz severas críticas ao que acontece com muita frequência em processos disciplinares, ressaltando que, por uma série de circunstâncias, existe quase que um dever de condenar.*

*Descreve ele, com muita acuidade, os problemas de relacionamento entre a autoridade que determinou a instauração do processo disciplinar e a comissão julgadora, cujos membros – inclusive seu presidente – são normalmente escolhidos pelo dirigente que determinou a instauração do processo, já criando certo constrangimento. 'Acresça-se a isso que a constituição de uma comissão de processo administrativo faz nascer um intercâmbio ativo de informações entre os seus membros e a chefia do órgão ou sua assessoria direta, até mesmo em decorrência de contingências administrativas operacionais como a autorização de viagens, diárias, a requisição de veículo e de equipamentos (computadores, mobiliário), fazendo que sejam exercidas influências diretas ou indiretas na condução dos trabalhos e dando margem à criação de uma expectativa dos encarregados de impulsionar o andamento do processo que, em razão dos custos e demandas administrativas requeridas, não permite que o mesmo vá desaguar em isenção de culpabilidade do acusado.'*

*É preciso ponderar, entretanto, que a decisão condenatória é normalmente recorrível na esfera administrativa, e está sempre sujeita ao controle judicial – o que não elimina, mas diminui bastante os efeitos deletérios das circunstâncias apontadas. Nas entidades públicas de maior porte existem comissões processantes permanentes que podem atuar com profissionalismo, isenção e independência.*"

Destarte, nos termos da parte final do magistério retrotranscrito, reconhece-se que a existência de Comissões Processantes ***Permanentes*** pode até mesmo representar ***atenuação*** do problema, contudo não o resolve, principalmente quando tais Comissões são designadas pelas Autoridades Competentes e com elas mantêm uma relação de absoluta interdependência.

É exatamente por esse motivo que, no Estado de São Paulo, a condução dos processos administrativos disciplinares foi atribuída à Procuradoria Geral do Estado. Aliás, passo importante para se assegurar a indispensável independência e, por consequência, a necessária imparcialidade, foi a criação da Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares. [29]

Daí a necessidade premente de que todos os esforços sejam envidados não só para manter a autoridade instrutora longe de qualquer dependência daqueles que

29 Nos termos do Decreto Estadual n. 54.050, de 20 de fevereiro de 2.009, os procedimentos disciplinares punitivos, não regulados por leis especiais, serão realizados pela Procuradoria Geral do Estado e presididos por Procuradores do Estado, designados pelo Procurador Geral do Estado para prestar serviço na Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares.

detêm o poder de decisão, mas, sob o prisma eminentemente jurídico, evitar que aquela interceda em atos de caráter investigatório.

Repita-se, essa intervenção não se traduz em irregularidade, porquanto, na sequência, a fiel observância ao devido processo legal importará na condução de um processo no qual o contraditório, a ampla defesa e a motivação representarão garantia de um processo justo. Todavia, dentro do possível, a intervenção do Procurador do Estado presidente de Unidade Disciplinar em apurações preliminares não se recomenda.

Note-se, em reforço, que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não há qualquer impedimento quando não se evidencia que o agente tem qualquer interesse direto ou indireto no deslinde da matéria, razão pela qual nem mesmo a descrição da falta disciplinar e a atribuição de culpa ao agente caracterizam qualquer irregularidade, visto que se está no cumprimento de um dever legal. A propósito, decidiu o Tribunal:

"[...]*6. Não configura o impedimento previsto no artigo 18 da Lei nº 9.784/1999 quando a atuação de quem se tem por impedido decorre do estrito cumprimento de um dever legal e não evidencia qualquer interesse direto ou indireto no deslinde da matéria.*[...]"

Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 585.156 – RN, Ministro Paulo Galotti, outubro de 2.008.

A rigor, mesmo diante das peculiaridades existentes no Estado de São Paulo, deveria prevalecer o magistério de Diogenes Gasparini, que em tópico específico sobre o Processo Administrativo Disciplinar, ao tratar da competência das Comissões Processantes, assinala:

"*As comissões processantes têm competência para apurar as infrações atribuídas ao acusado, consoante descrição consignada no ato que determinou a sua abertura e nomeou seus integrantes. Nada mais lhes cabe. Se, porventura, no cumprimento dessa obrigação, tomarem conhecimento de outros fatos considerados irregulares, devem comunicá-los à autoridade competente para as providências de estilo."* [30]

Destaque não original.

Por certo que a descrição do fato de forma minuciosa não precisa estar explicitada no ato que determina a instauração, podendo utilizar o conteúdo adotado no relatório da apuração preliminar; porém, repita-se, deverá o ato que determinar a instauração conter ***fato*** determinado, ***autoria*** certa, o nexo de causalidade e a tipificação da falta disciplinar.

Nesse cenário, se mostra oportuno o registro de recente posição adotada pela E. Procuradoria Administrativa (PA n. 37/10), na qual lhe foi levada uma interes-

30 *Direito Administrativo,* Saraiva, 13ª. Edição, p. 1.017.

sante questão referente à competência dos Procuradores do Estado presidentes de Unidades Disciplinares.

Na ocasião, discutia-se a respeito dos limites de atuação dos Procuradores do Estado diante de apurações preliminares omissas ou equivocadas.

A posição mais restritiva defendia a tese no sentido de que o Procurador do Estado deveria, apenas em situações excepcionais, devolver os autos para nova apreciação da Autoridade competente; contendo seu despacho, ***no máximo***, sugestões de diligências ou alterações.

Entendimento diametralmente oposto, embasado em entendimento extraído do Despacho Normativo do Governador de 03/09/81, procurava ampliar as atribuições do Procurador do Estado presidente, na medida em que, diante de seu maior conhecimento técnico jurídico, poderia incluir imputações e suprir omissões.

Ao examinar o impasse, a E. Procuradoria Administrativa decidiu:

*"...Nestes termos, havendo nos autos, tão somente, a determinação para que uma das Unidades Processantes Permanentes da Pasta instaurasse a competente sindicância punitiva que sujeitava a Interessada à pena de repreensão, corretamente entendeu o Presidente da xxx UPP em ouvir novamente a autoridade competente para, se reputasse cabível, ser reenquadrada a conduta da Interessada para procedimento irregular de natureza grave, passível de sofrer a pena de dispensa, a ser apurada mediante processo administrativo disciplinar.*

*Não lhe competia, portanto, ampliar a determinação inicial, constante à fl. xxx, para, sponte própria, submeter a Interessada a este novo tipo de investigação disciplinar, reenquadrando a sua conduta e agravando a penalidade em tese aplicável, pois tal comportamento caracterizaria violação de competência legal e não encontra suporte no Despacho Normativo do Governador de 03/09/81."*

Em suma, prevaleceu o entendimento restritivo, no qual a indicação da falta disciplinar, seu autor, o liame entre os dois e a respectiva tipificação são atribuições das Autoridades elencadas nos arts. 272 e 274, ambos da Lei Estadual 10.261/68.

Essa constatação, no entanto, implica em outro questionamento de acentuada complexidade: como é possível que a instrução do processo se desenvolva de uma forma isenta e imparcial, se o Procurador do Estado que irá instruir o processo é a mesma figura que confecciona a peça acusatória?

Nesse ponto, como restou demonstrado, se apresenta sensível diferença entre o Direito Administrativo Disciplinar e o Direito Penal.

A começar pela inexistência, no âmbito disciplinar, de um **sistema acusatório.**

Ademais, repita-se, o **promotor de justiça**, subscritor da denúncia, é o **titular da ação penal,** podendo, dessa forma, determinar todas as diligências que

entender pertinentes, sem que isso represente qualquer mácula para o desenvolvimento do processo; mesmo porque a instrução e o julgamento estarão nas mãos de outro órgão. Ao contrário, o procurador do estado presidente da Unidade Disciplinar, autoridade investida do dever de redigir a Portaria Inicial e ***instruir*** o feito, não pode ser comparado ao P***arquet,*** quer em razão de não se encontrar incluído no rol de autoridades competentes que detém a competência para determinar a instauração do processo quer em decorrência de sua direta influência na produção da prova.

A conclusão natural diante de tal constatação, mais uma vez, é no sentido de que, exceto situações excepcionais, a intervenção do procurador do estado em questões envolvendo a condução de uma apuração preliminar deve ser evitada ao máximo.

Na realidade, caberá exclusivamente à Autoridade Competente o exame minudente da apuração preliminar, devendo, no ato que determinar a instauração, se reportar a fato certo e determinado, bem como ao seu possível autor e o respectivo nexo de causalidade.

Daí a necessidade, quando do recebimento da apuração preliminar relatada, de a Autoridade recorrer a sua assessoria técnica e, nos casos mais complexos, à Consultoria Jurídica da Pasta.

Destarte, para que se tenha uma real compreensão acerca do fenômeno que se apresenta após a Autoridade competente determinar a instauração de um processo ou sindicância, é imprescindível que, alicerçado no princípio hierárquico, essa determinação seja recebida como verdadeira ordem superior, na qual o Procurador do Estado, apenas em situações excepcionais, poderá, discordando de seu teor, devolver o procedimento para que se avalie a pertinência de suas motivadas sugestões.

Contudo, caso a Autoridade competente para determinar a instauração mantenha seu posicionamento, não pode o Procurador do Estado presidente de Unidade Disciplinar deixar de cumprir a ordem.

Registre-se, por oportuno, que a condução indene do processo disciplinar implicará na impossibilidade de outra qualquer interferência da Autoridade competente para determinar a instauração, uma vez que se torna imprescindível que o Procurador do Estado conduza o feito com absoluta independência e autonomia.

Só assim se estará buscando a verdade real e se atenderá ao mais lídimo interesse público.

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**
**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**
**PROCESSO: OFÍCIO ATG nº 35/2009 (SF 23752-839483/2009)**
**INTERESSADO: SECRETARIA DA FAZENDA - ASSESSORIA TÉCNICA DE GABINETE**

**PARECER: PA Nº 63/2011**

**ASSUNTO: CONTRATO ADMINISTRATIVO. CADIN ESTADUAL.** Lei estadual nº 12.799/2008. Exercício da competência suplementar em matéria de licitação e contratação. Artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. Situação equiparável tratada no Parecer PA nº 200/2009. Cadastro que tem por finalidade garantir a relação do ente público com pessoas idôneas enquanto simultaneamente credoras e devedoras do erário estadual. Parecer PA nº 196/2009. Inscrição no CADIN ESTADUAL somente de dívida líquida, certa e vencida. Impedimentos exclusivamente nas hipóteses previstas na norma local e para os atos praticados após a sua vigência, independentemente da existência de cláusula a respeito. Exceções à aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008 estão expressas no § 2º do seu artigo 6º. Princípio da estrita legalidade. Dificuldades que têm solução apenas através de alteração legislativa.

**1.** Os Pareceres CJ/SF nº 66/2010[1] (fls. 04/18) e CJ/SF nº 710/2010[2] (fls. 23/34), aprovados pela Chefia da Consultoria Jurídica da Pasta (fls. 19 e 35), respondem consulta formulada pela Assessoria Técnica de Gabinete da Secretaria da Fazenda a respeito da aplicação da Lei estadual nº 12.799, de 11 de janeiro de 2008[3], em especial no que pertine a bloqueios de pagamentos em cumprimento à norma indicada (fls. 02/03 e 20/22).

**2.** O parecerista responde aos questionamentos a partir da análise da legislação estadual que regula o Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de órgãos e entidades estaduais - CADIN ESTADUAL, que tem, além da lei instituidora, o Decreto estadual nº 53.455/2008[4] e a Resolução SF-44/2008[5] a disciplinar a matéria.

**2.1.** Duas conclusões iniciais são alcançadas, a saber: i) "(...) *o bloqueio só pode ocorrer em casos de repasses financeiros por parte da Administração Esta-*

*dual, oriundos de obrigações de pagamento das quais a pessoa com registro no CADIN, seja a credora e órgão ou entidade da própria Administração Estadual, o devedor*"[6] (gs.ns.); ii) "(...) *os bloqueios de repasses financeiros estão restritos apenas às quatro hipóteses elencadas expressamente nos incisos* ***II, III e IV*** *dos artigos 6º da Lei 12.799/2008*[7] *e 7º do Decreto* 53.455 *e no inciso V*[8] *deste último dispositivo regulamentar.*"[9] (gs.ns.)

**3.** Especificamente quanto aos repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos (inciso II), o órgão consultivo atentou para o fato de que os bloqueios não podem ser efetuados em casos de convênios ou contratos celebrados antes da vigência da Lei estadual nº 12.799/2008, porquanto deve ser respeitado o ato jurídico perfeito[10], tendo a condicionante para pagamento natureza meramente contratual, não caracterizada como prerrogativa excepcional da Administração por falta de expressa previsão no texto da norma geral a ser observada, qual seja, o artigo 58 da Lei federal nº 8.666/93[11], sob pena de invasão da competência legislativa privativa da União (artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal[12]).

**3.1.** Nessa medida, os ajustes sem cláusula específica não podem levar a bloqueio de repasse ou de pagamento devido ao credor com registro no CADIN ESTADUAL, correspondendo essa interpretação à aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008 *"sem máculas de ilegalidade ou inconstitucionalidade"*[13].

**4.** Consideradas essas premissas, as situações apresentadas a fls. 02/03 foram dirimidas, uma a uma, no Parecer CJ/SF nº 66/2010[14].

**5.** Por outro lado, o Parecer CJ/SF nº 710/2010 não elucida apenas dúvidas atinentes à orientação anteriormente ofertada, mas também responde a questionamentos, fls. 20/22, que inovaram a consulta inaugural.

**5.1.** Quanto a estes, a peça opinativa de fls. 23/34 conclui que: **i)** "(...) *Nas hipóteses de contratações em que se configurem inequivocamente as situações de inexigibilidade de licitação albergadas no artigo 25, da Lei* 8.666/1993, *deve ser colhida no expediente, justificativa circunstanciada da autoridade competente, indicando ser a contratação naquelas condições a única apta a atender as necessidades da Administração. Frente a essa justificativa e como meio de evitar prejuízo ao interesse público inerente à própria contratação, afigura-se possível a contratação da avença, mesmo havendo registro em nome da contratada, junto ao CADIN*"; **ii)** não há relação de pertinência entre a aplicação da Lei estadual nº *12.799/2008* e as disposições da Lei federal nº 7.783/89[15], razão porque não se pode considerar que os serviços ou atividade-

des essenciais elencadas no artigo 10 da lei federal são exceções à regra do dispositivo da lei local; **iii)** deve-se realizar a retenção de tributos de notas fiscais emitidas mas não pagas devido ao bloqueio do fornecedor previsto na Lei estadual n° *12.79912008*, salvo se legislação local contiver disposições conflitantes com o entendimento segundo o qual o tributo é devido em razão da efetiva prestação dos serviços e consequente emissão da nota fiscal, não do mero pagamento; **iv)** os contratos de seguro não são exceções à regra do artigo 6° da Lei estadual nº 12.799/2008, porquanto o bloqueio de pagamento do prêmio em razão de inclusão da seguradora no CADIN não caracteriza mora da Administração que, em caso de sinistro, terá direito à indenização (artigo 396 do Código Civil[16]); **v)** "*(...) o bloqueio deve atingir apenas a liberação do pagamento e não o empenho da respectiva despesa*".

**6.** Corroborando com o entendimento segundo o qual "*as questões jurídicas relacionadas ao CADIN são de interesse da Administração Pública Paulista em geral*"[17], a Chefia da Consultoria Jurídica adota providências para o encaminhamento dos autos a esta Especializada (fl. 35), o que foi, por fim, determinado pela então Subprocuradora-Geral do Estado da Área da Consultoria (fl. 38). É o relatório. Opino.

**7.** O artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal dispõe que "*compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios* (...)".

**8.** No exercício dessa competência, foi editada a Lei federal nº 8.666/93 que, então, estabelece normas gerais[18] a serem observadas pelos Estados, restando a estes estabelecerem normas suplementares que não conflitem com a lei federal[19].

**8.1.** Na lição de Hely Lopes Meirelles, a "*Lei* 8.666, *de* 1993, *estabeleceu as 'normas gerais' que lhe competiam, deixando aos Estados a sua 'complementação' com disposições adequadas às peculiaridades de seu território, e aos Municípios a 'regulamentação' das licitações locais no que é especifico de suas contratações, respeitando, cada qual,* os *preceitos superiores que disciplinam* o *procedimento licitatório. E é natural que as entidades menores disponham sobre minúcias de suas licitações e contratações, atendendo às peculiaridades locais e à especificidade de suas obras, serviços, compras e alienações. O essencial é que não se quebrem os princípios regedores da licitação, nem retirem o seu caráter competitivo, nem discriminem os interessados, nem falseiem o seu julgamento, razão pela qual as exigências mínimas podem ser aumentadas no âmbito estadual e municipal, mas não podem ser relegadas* (..)"[20] (gs.ns.).

**9.** A Lei estadual n° 12.799/2008 determina a adoção de medida a ser observada pela Administração no momento que antecede, por exemplo, a assinatura de contrato administrativo ou pagamento de valores contratados.

**9.1.** A norma local, nos moldes do que foi implantado pela União[21], tem por justificativa o estabelecimento pelo Estado de relações jurídicas envolvendo desembolso de recursos financeiros - mediante celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos - com pessoas físicas ou jurídicas que demonstrem idoneidade, comprovando, não o integral adimplemento de qualquer débito com o erário estadual, mas a adoção de conduta confiável no sentido de cumprir suas obrigações na condição oposta, qual seja, de devedor do Estado.

**9.2.** Certamente tal medida funciona como instrumento de recuperação de créditos[22], fato que, de outra parte, se soma à finalidade última de atender ao interesse público, sem ferir qualquer princípio regente dos contratos administrativos[23].

**10**. Nos termos do parágrafo único do artigo 1° da Lei estadual n° 12.799/2008, o *"CADIN ESTADUAL visa criar um cadastro único, possibilitando à Administração acompanhar o beneficiário de crédito do setor público que se encontra na situação simultânea de favorecido e inadimplente".*

**11.** A tão só criação do cadastro não traz consequências imediatas àqueles que estabelecem relação com o Estado na condição de credor. Como da norma se infere, não se afasta do devedor do setor público a possibilidade de ser deste também credor.

**11.1.** A norma traz como finalidade do CADIN ESTADUAL o *acompanhamento* da situação do beneficiário de crédito oriundo do erário. Não se exige o adimplemento imediato dos débitos existentes para a exclusão do cadastro ou o afastamento do impedimento previsto no § 1 ° do artigo 6° da Lei estadual nº 12.799/2008, principal dispositivo ensejador das dúvidas levantadas nos autos. Aguardam-se, sim, ações que demonstrem a idônea atuação do devedor com vistas à quitação da dívida inscrita ou sua desconstituição. É nesse sentido que dispõem o artigo 8°, § 2°, e o parágrafo único do artigo 9°, da lei em comento, *in verbis: "Artigo 8° - O registro do devedor no CADIN ESTADUAL ficará suspenso na hipótese de suspensão da exigibilidade da pendência objeto do registro, nos termos da lei.* (...) § *2° - Enquanto perdurar a suspensão, não se aplica o impedimento previsto no* § 1 ° *do artigo 6° desta lei. Artigo 9°* (...) *Parágrafo único - Será excluído do CADIN ESTADUAL o devedor que parcelar e cumprir as obrigações assumidas em acordo firmado com o Governo do Estado de São Paulo*" (gs.ns.).

**12.** Guardadas as diferenças entre a regularidade fiscal exigida quando se trata do procedimento licitatório e o campo de maior abrangência do CADIN ESTADUAL em termos de *"créditos não quitados de órgãos e entidades estaduais"*, parece certo afirmar que, tanto num caso - regularidade fiscal de licitantes - como no outro - impedimentos de contratação e pagamento em razão de inscrição no CADIN -, o que se busca é a demonstração de idoneidade daquele que venha a se relacionar ou já mantenha relação com o setor público. Quando da análise do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, o Parecer PA nº 200/2009[24], aprovado superiormente, trouxe lições doutrinárias que, analogicamente, podem ser invocadas na aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008, *in verbis:* "(...) O *entendimento que prevaleceu é* o *de que 'não se deve dar ao art.37, XXI, da CF interpretação literal'. Nesse sentido, v.g., a lição de Carlos Ari Sundfeld, ao deixar assinalado que* o *artigo 'não regulou integralmente a habilitação. Regulou, isto sim, apenas a habilitação técnica e econômica* (...). *Isso não pode implicar em eliminar a incidência, no campo das licitações, da técnica, generalizada no Direito, de interditar* o *exercício de certos direitos* (*como* o *de contratar com a Administração) em decorrência da prática de atos ilícitos. A regularidade das obrigações tributárias não é uma questão secundária e irrelevante. É para o próprio Estado - e para a sociedade que recebe seus serviços - questão vital. Daí a razoabilidade da lei condicionando a aquisição ou o exercício de certos direitos de natureza econômica à regularidade fiscal. Em outros termos: é legítima a lei considerando inidônea, para fins de contratação com o Poder Público, empresa irregular perante o Fisco. Ademais, se a fase habilitatória objetiva eliminar licitantes que, à vista de suas condições subjetivas, não ofereçam segurança quanto ao futuro cumprimento do contrato, não é impróprio excluir quem não cumpre suas obrigações tributárias. Tal comportamento é indicativo de inidoneidade ou desinteresse no cumprimento de suas obrigações em geral, o que permite a razoável presunção de que poderá ser adotado também quanto às obrigações contratuais. Essa presunção não é absurda ou exagerada, tendo trânsito corrente na vida econômica*[25]. *A pretensa inconstitucionalidade desse dispositivo jamais foi declarada pelos tribunais, de tal forma que a validade da norma legal resta inabalada*".

**12.1.** Em outro trecho, a comparação com a situação de aplicação das disposições da lei instituidora do CADIN ESTADUAL também se mostra pertinente, afastado o argumento de que a norma inviabiliza a contratação daquele que é, pura e simplesmente, devedor do Estado. Não é o caso. O empecilho, como já se disse, afeta o devedor inerte**.** Anote-se: "(...) *A lei de licitações vigente* (...) [deixou] *de referir-se a 'prova de quitação' para pedir 'prova de regularidade para com a Fazenda*'. (...) *A exegese da norma legal não poderia conduzir ao absurdo de afastar da licitação aquele que discute a dívida, estando* o *Juízo garantido, por exemplo. Também não caberia exigir a quitação do tributo cujo prazo de pagamento ainda não estivesse escoado* (...)".

**13.** Raciocinando nessa direção, o precedente Parecer PA n° *196/2009*[26] bem explicitou, entre diversos outros temas, qual a dívida possível de ser inscrita no CADIN ESTADUAL: *"41. Também a inscrição de dívida no CADIN Estadual, regulada pela Lei Estadual n°* 12.799, *de* 11 *de janeiro de 2008, pressupõe a existência de um crédito líquido, certo e vencido. Tanto assim é que o STJ já determinou a exclusão do nome de devedor do CADIN Federal, mesmo sem a dívida estar garantida, em decorrência da dúvida existente quanto à liquidez e certeza do débito (Agravo Regimental no Recurso Especial n° 980. 021, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux,* DJ *22.9.2008)*. (...) *42. Decorre do exposto que a realização de procedimento administrativo com resguardo do direito ao contraditório e ampla defesa não parece suficiente para autorizar a inscrição na dívida ativa e no CADIN se* o *particular não manifestar concordância com a dívida e seu montante* (...)".

**14.** Observada essa premissa – inscrição no CADIN ESTADUAL apenas de dívida líquida e certa –, o fundamento do acórdão que deferiu a liminar requerida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.454-4/DF não é argumento que possa suscitar a não aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008[27].

**15.** Superadas as questões de ordem constitucional e identificada a Lei federal nº 8.666/93 como norma geral a ser observada por todos os entes da federação em matéria de contratação a ser efetuada pelo Poder Público – campo no qual se identifica grande parte das dúvidas trazidas nestes autos –, cumpre indagar qual a efetividade da Lei estadual nº 12.799/2008 nas relações que ali se busca regular.

**16.** Os argumentos que a seguir passo a apresentar afastam-se em dois pontos essenciais do entendimento trazido nos Pareceres CJ/SF n° 66/2010 e nº 710/2010, quais sejam, a possibilidade de se albergar hipótese de descumprimento da Lei estadual n° 12.799/2008 e a necessidade de cláusula expressa para a observância dos impedimentos determinados pela norma, ainda quando de atos posteriores à sua edição.

**17.** É ao administrador a quem cumpre *"acompanhar* o *beneficiário de crédito do setor público que se encontra na situação simultânea de favorecido e inadimplente",* cabendo a ele deixar de contratar quando verificada inscrição do pretenso contratado no CADIN ESTADUAL.

**17.1.** Esta prévia averiguação é, obviamente, mais confortável, porquanto é com respaldo legal que a contratação deixa de ocorrer, parecendo certo afirmar que aquele que oferece preço menor por qualquer objeto licitado, ganhando o certame, não terá direito à efetivação da contratação por não estar regular com suas obrigações perante o ente estadual.

**18.** Polêmica se instaura quando, por exemplo, nas contratações diretas, realizadas mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, há registro do pretenso contratado no CADIN ESTADUAL.

**18.1.** Tanto a consulta prévia do *caput* do artigo 6° como o impedimento previsto no seu § 1º são aplicáveis às hipóteses taxativamente elencadas nos incisos I a IV, trazendo o § 2º duas únicas exceções à observância do dispositivo. Pela clareza de seus termos, transcrevo-o a seguir: *"Artigo 6° - É obrigatória consulta prévia ao CADIN ESTADUAL, pelos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, para: I - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam* o *desembolso, a qualquer titulo, de recursos financeiros; II - repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos; III - concessão de auxilios e subvenções; IV - concessão de incentivos fiscais e financeiros.* § 1º - *A existência de registro no CADIN ESTADUAL constituirá impedimento à realização dos atos a que se referem os incisos I a IV deste artigo.*

§ *2° - O disposto neste artigo não se aplica à concessão de auxílios a Municípios atingidos por calamidade pública reconhecida pelo Governo do Estado e às transferências voluntárias de que trata o § 3° do artigo 25 da Lei Complementar federal n° 101, de 4 de maio de 2000"* (gs.ns.).

**18.2.** Como se vê, mesmo nas contratações com inexigibilidade de licitação o administrador não está dispensado da consulta ao CADIN ESTADUAL, pois a Lei estadual n° *12.799/2008* não traz a hipótese como exceção à obrigatoriedade dessa consulta e, consequentemente, verificada pendência, o impedimento de contratar prevalece.

**19.** Se no âmbito de sua competência complementar, o legislador estadual entendeu que, para atendimento dos interesses próprios do Estado de São Paulo, a efetivação dos atos expressamente indicados na norma somente poderia ocorrer mediante a comprovação da não inscrição do interessado no cadastro então criado, ao administrador cabe cumprir a lei. Dificuldades constatadas pela Administração na condução de suas atividades em razão do cumprimento da Lei estadual n° 12.799/2008 têm solução apenas através de alteração legislativa, observado que deve ser o princípio da estrita legalidade, porquanto notório é que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

**20.** Nessa linha de raciocínio, o impedimento constante do § 2° do artigo 6° da Lei estadual n° 12.799/2008 se aplica a todos os atos praticados após a sua vigência, independentemente de previsão expressa nos termos firmados.

**21.** Atos praticados antes da edição da norma estão, porém, assegurados pelo artigo 5°, inciso XXXVI, da Constituição Federal[28], pois que consumados conforme a legislação vigente ao tempo em que efetuados[29].

**21.1.** Assim, por exemplo, pagamentos devidos após a vigência da lei oriundos de contratos firmados antes da sua edição não se sujeitam à prévia consulta. No que diz respeito, porém, à prorrogação desses mesmos contratos após a lei, cumpre ao administrador incluir cláusula que preveja a consulta prévia ao CADIN ESTADUAL para a efetivação dos pagamentos e, consequentemente, o eventual bloqueio destes se existente registro em nome do contratado. A recusa de inclusão da cláusula no termo aditivo pelo contratado impede a prorrogação do prazo contratual.

**22.** Abordados os aspectos que me pareceram relevantes para traçar a orientação pretendida a respeito da aplicação da Lei estadual n° 12.799/2008, elejo as seguintes assertivas que, a meu ver, elucidam as indagações apresentadas pela Secretaria da Fazenda: **i)** os impedimentos em razão da existência de registro no CADIN ESTADUAL ocorrem somente nas situações constantes dos incisos I a IV do artigo 6° da Lei estadual nº 12.799/2008[30] e para os atos praticados após a vigência da norma estadual, independentemente da existência de cláusula expressa a respeito. Excluem-se as situações previstas no § 2° desse mesmo artigo e os atos consumados antes da vigência da legislação em análise, os quais, porém, não poderão ser objeto de prorrogação – se pretendida após a edição da lei - que não contemple cláusula específica de regularidade junto ao CADIN ESTADUAL. Por não se enquadrarem no rol taxativo da norma, não estão a esta sujeitos os pagamentos de: bolsa-auxílio estagiários; honorários de advogados prestadores de serviços à Defensoria Pública; pensão alimentícia devida em razão de decisão judicial; precatórios; tributos de qualquer espécie; diárias de servidores civis e militares; parcelas de empréstimo consignado (mediante repasse a bancos de desconto em folha); **ii)** as exceções à aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008 estão expressas no § 2° do seu artigo 6°. Nenhuma situação que se enquadre nos incisos I a IV desse mesmo dispositivo propicia o não cumprimento do previsto no seu § 1°. Ainda que essenciais os serviços, ou nos casos de inexigibilidade de licitação, a contratação e o pagamento estão condicionados à não existência de registro junto ao CADIN ESTADUAL; **iii)** o cumprimento da Lei estadual n° 12.799/2008 não caracteriza mora, o não pagamento advém de comando legal a ser acatado por aquele que com o Estado de São Paulo se relaciona nas situações previstas nos incisos I a IV, do artigo 6º[31]; **iv)** em razão da observância do princípio da estrita legalidade, somente alteração legislativa poderá propiciar solução a eventuais dificuldades enfrentadas pelo administrador na sua atuação em decorrência dos impedimentos impingidos pela legislação local analisada. É o parecer. À consideração superior. São Paulo, 24 de maio de 2011 – CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES – PROCURADORA DO ESTADO

1 - Parecerista Procurador do Estado Dr. Nivaldo Munari.

2 - Idem.

3 - Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de órgãos e entidades estaduais - CADIN ESTADUAL, e dá outras providências.

4 - Regulamenta a Lei nº 12.799, de 11 de janeiro de 2008, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de órgãos e entidades estaduais - CADIN ESTADUAL, e dá providências correlatas.

5 - Dispõe sobre o Sistema Informatizado Cadastro Informativo de Créditos não Quitados de órgãos e entidades estaduais, e dá providências correlatas.

6 - Item 9.1. do Parecer CJ/SF nº 66/2010.

7 - Lei estadual nº 12.799/2008 - *"Artigo 6º - É obrigatória consulta prévia ao CADIN ESTADUAL, pelos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, para: (...) II - repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos; III - concessão de auxílios e subvenções; IV - concessão de incentivos fiscais e financeiros*".

8 - Decreto estadual nº 53.455/2008 - *"Artigo 7º - É obrigatória consulta prévia ao CADIN ESTADUAL, pelos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, incluídas as empresas controladas pelo Estado, para:* (...) *II - repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos; III- concessão de auxílios e subvenções; IV - concessão de incentivos fiscais e financeiros; V -liberação de créditos oriundos do Projeto da Nota Fiscal Paulista*".

9 - Item 9.2. do Parecer CJ/SF nº 66/2010.

10 - Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

11 - Lei federal nº 8.666/93 - *"Artigo* 58 - O *regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso* I *do art.* 79 *desta Lei; III -fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.* § 1º. *As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.* § 2º. *Na hipótese do inciso* I *deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha* o *equilíbrio contratual".*

12 - Constituição Federal- *"Artigo* 22 - *Compete privativamente à União legislar sobre:* (...) *XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido* o *disposto no art.* 37,

*XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art.* 173, § 1º, 111;" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

13 - V. item 6, resposta às questões nºs 1 e 2, do Parecer CJ/SF nº 710/2010.

14 - Item 11 e subitens.

15 - Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

16 - Código Civil- *"Artigo* 396 - *Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora".*

17 - Item 7, letra "b", do Parecer CJ/SF nº 710/2010.

18 - Não apenas para contratos administrativos, mas também para convênios, acordos, ajustes, etc. *"Art.* 116. *Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.*"

19 - Lei federal nº 8.666/93 - *"Artigo 1º - Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta,* os *fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.* (...) *Artigo* 115 - Os *órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei. Artigo* 118 - Os *Estados,* o *Distrito Federal,* os *Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei*".

*20 - Licitação e Contrato Administrativo",* 14ª edição, Malheiros Editores, p. 44/45.

21 - Lei federal nº 10.522/2002 que dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais.

22 - Como, aliás, asseverado no Ofício GS/SF nº 0204, de 25 de abril de 2007, anexo à mensagem do Senhor Governador do Estado de São Paulo que encaminhou o Projeto de Lei nº 392/2007, resultando na norma estadual em análise.

23 - Em artigo conjunto com Marinês Restelatto Dotti, JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR bem define os limites de abrangência da restrição estabelecida na Lei federal nº 10.522/02, equiparável à lei estadual aqui discutida: *"(...) Pondere-se que a Lei nº 10.522/02 impede a Administração pública federal de contratar pessoa física ou jurídica inscrita no CADIN, mas não impede que o inscrito no CADIN participe de licitação. Se vencedor do certame, cumpre-lhe regularizar* o

*débito antes de contratar. Se não o fizer, a Administração deve recusar a contratação, sem prejuízo da aplicação das penalidades legais (Lei n° 8.666/93, art. 87), discriminadas no edital. Resulta que cláusula do edital não poderá impedir a participação de interessados inscritos no CADIN, porque tal reduziria o universo da competição em afronta ao princípio do amplo acesso de licitantes (art. 3º, § 1º, I, da Lei n° 8.666/93). Por outro lado é de admitir-se que o edital estipule condição de que o adjudicatário regularize se houver o débito inscrito no CADIN antes de contratar*" (destaquei, "*Ilicitude de condições restritivas da participação em licitações, impostas por atos convocatórios*", Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 9, n. 97, jan. 2010).

24 - Parecerista Procuradora do Estado Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos.

*25 - Licitação e contrato administrativo.* São Paulo: Malheiros, 1994, p. 122-123.

26 - Parecerista Procuradora do Estado Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos.

27 - No Parecer PA n° 29/2010, superiormente aprovado, esta parecerista trouxe a baila o julgado para reflexão e, nesta oportunidade, afasto sua invocação, convencida que estou da constitucionalidade dos dispositivos da norma estadual frente aos fundamentos que, apenas no julgamento da liminar, foram levantados pelo Supremo Tribunal Federal e que, como ora demonstrado, não se sustentam considerada a adequada interpretação de dívida liquida e certa a ser inscrita no CADIN ESTADUAL.

28 - Constituição Federal - *"Artigo 5° - (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"* (destaquei).

29 - Artigo 6°, § 1°, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

30 - Veja-se, por exemplo, que pagamento não é empenho, logo bloqueio com fundamento no dispositivo somente ocorre quanto à realização de pagamento, o ato preliminar a este deve ocorrer.

31 - Assertiva que serve também para os contratos de seguros.

---

**Processo: OFÍCIO ATG N° 35/2009 (SF N° 23752-839483/2009)**
**Interessado: SECRETARIA DA FAZENDA - ASSESSORIA TÉCNICA DE GABINETE**
**PARECER PA n° 63/2011**

De acordo com o judicioso Parecer PA nº 63/2011. De se salientar que o cumprimento do princípio da legalidade pela Administração - não por acaso o primeiro princípio constitucional diretor da atividade administrativa[1] - não pode ser abandonado pelo aplicador da lei ao argumento de dificuldades de aplicação

das regras. Se há situações de tal monta, a afastar a possibilidade de incidência da regra geral, o caminho é a exceção legal (solução, aliás, conhecida do legislador da Lei nº 12.799/2008; *vide* § 2º do artigo 6º), como bem assenta o Parecer PA nº 63/2011. Até mesmo em situações mais agudas, quando o administrador se depara com regra que entende inconstitucional, está ele obrigado a aplicá-la, até que o Judiciário venha a se manifestar acerca da validade da lei contestada[2]. Transmitam-se os autos à consideração do Subprocurador Geral do Estado da área da Consultoria. PA, 03 junho de 2011. MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES – PROCURADORA DO ESTADO - CHEFE DA PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

1 - Art. 37, *caput* da CF e art. 111, *caput* da CE

2 - ELIVAL DA SILVA RAMOS, "*A* Inconstitucionalidade das leis - Vício e Sanção", Ed. Saraiva, 1994, pág. 236 e seguinte

---

**PROCESSO: OFÍCIO ATG nº 35/2009 (SF 23752-839483/2009)**
**INTERESSADO: SECRETARIA DA FAZENDA - ASSESSORIA TÉCNICA DE GABINETE**
**ASSUNTO: CONTRATO ADMINISTRATIVO. CADIN ESTADUAL.**

**EM**

**1.** Endosso as seguintes conclusões alcançadas no Parecer PA nº 63/2011, aprovado pela Chefia da Especializada: **a)** a existência de registro no CADIN Estadual impede a realização dos atos arrolados nos incisos I, lI, III e IV do art. 6º da Lei estadual nº 12.799/2008; **b)** por não se enquadrarem no rol taxativo da norma, estão excluídos os pagamentos de bolsa auxílio de estagiários, honorários de advogados prestadores de serviços à Defensoria Pública, pensão alimentícia devida em razão de decisão judicial, precatórios, tributos de qualquer espécie, diárias de servidores civis e militares, assim como os repasses de valores descontados em folha de pagamento, em razão de empréstimo consignado; e **c)** em respeito ao ato jurídico perfeito, não poderão ser bloqueados os repasses decorrentes de convênios, nem os pagamentos referentes a contratos celebrados antes da vigência da referida lei. As prorrogações, no entanto, desde que não visem apenas à dilação do prazo para a conclusão do objeto, dependerão de inserção de cláusula específica condicionando os pagamentos futuros à inexistência de registros no CADIN ESTADUAL.

**2.** Deixo de acompanhar, porém, o entendimento expresso nos itens 16, 18.2. (apenas na seguinte parte: *"e consequentemente, verificada a pendência, o*

*impedimento de contratar prevalece")*, 19, 20, 22.i (apenas na seguinte parte: *"independentemente da existência de cláusula expressa a respeito")*, 22.ii, 22.iii e 22.iv, pelas razões e nos termos a seguir expostos:

**2.1.** Nas situações em que a competição é inviável, por inexistir outro fornecedor ou prestador dos serviços apto a atender às necessidades da Administração, a única alternativa possível é a contratação, ainda que a pessoa física ou jurídica a ser contratada registre pendência no CADIN ESTADUAL. Se, nessas circunstâncias, admite-se a contratação, por óbvio, também deve ser admitido o pagamento.

**2.2.** Cabe ao administrador demonstrar a inexistência de outra opção para garantir o normal funcionamento da Administração. A análise deve ser feita caso a caso, merecendo advir da autoridade máxima do órgão a autorização prévia para a contratação e pagamento, com o concomitante envio de informação aos setores cobradores da dívida existente, a fim de que, cientes do futuro crédito, busquem, por meios executórios próprios, o seu recebimento.

**2.3.** A contratação nessas condições encontra o seu fundamento no princípio da continuidade do serviço público, que impõe ao Estado o dever de prestar, de forma ininterrupta, os serviços essenciais ou necessários à coletividade, sem o que não se justificaria a existência do próprio Estado.

**2.4.** É por essa razão que a doutrina e a jurisprudência têm admitido até mesmo a contratação de empresa que registra débito com o INSS e o FGTS - impedimento previsto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal[1] -, quando configurada a situação de inexigibilidade. Ao examinar o art. 32 da Lei nº 8.666/93, Marçal Justen Filho conclui que *"haverá cabimento de promover a contratação direta sem exigência da comprovação dos requisitos de habilitação nos casos em que a Administração não dispuser de outra alternativa"*. Ele cita como exemplo *"a situação em que há um único fornecedor, o qual se encontra em situação irregular perante a Fazenda Nacional, ou, mesmo, o próprio INSS"*[2].

**2.5.** Por seu turno, o Tribunal de Contas da União, invocando os princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse coletivo, firmou o entendimento de que *"as empresas estatais prestadoras de serviço público essencial sob o regime de monopólio, ainda que inadimplentes junto ao INSS e ao FGTS, poderão ser contratadas pela Administração Pública, ou, se já prestados os serviços, poderão receber o respectivo pagamento, desde que com autorização prévia da autoridade máxima do órgão, acompanhada das devidas justificativas"*. Decidiu que, nessa hipótese, *"a administração deve exigir da contratada a regu-*

*larização de sua situação, informando, inclusive, o INSS e o FGTS a respeito dos fatos"* (Decisão 431/1997- Plenário - Rel. Min. Bento Bugarin).

**2.6.** Esse mesmo entendimento foi posteriormente estendido às *"empresas privadas concessionárias de serviço público essencial sob o regime de monopólio"*. Conforme destacou o Min. Marcos Vilaça, Relator, "(...) *Quando a competição for inviável, por inexistirem outros prestadores de serviços essenciais ao funcionamento da Administração Pública, que não os inadimplentes, a única alternativa é realizar a contratação da empresa monopolista, estatal ou privada, ainda que ela esteja em débito com o INSS e o FGTS*" (Acórdão 1105/2006 - Plenário).

**3.** Por fim, penso que o impedimento para o repasse de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos, previsto no art. 6°, inc. II c/c § 1°, da Lei estadual n° 12.799/2008, somente se aplica aos ajustes celebrados após a sua vigência e desde que expressamente previsto no instrumento convocatório (caso tenha havido) e no respectivo termo.

**3.1.** A competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contrato para a Administração Pública é da União (art. 22, XXVII, da Constituição Federal) e a Lei federal nº 8.666/93, que estabeleceu essas normas, não contempla a hipótese ora examinada como prerrogativa a ser exercida pela Administração (art. 58). Assim, para que a Administração deixe de cumprir a obrigação de pagar o preço ajustado, na data aprazada, à contratada que executou os serviços ou lhe forneceu bens, sem incorrer em mora, deve o termo de contrato conter cláusula condicionando o pagamento à inexistência de registro no CADIN ESTADUAL. Em outras palavras, a exigência só poderá ser imposta a quem assumiu essa obrigação contratual, obrigação essa aplicável, no que couber, a convênios e outros ajustes em que houver previsão de pagamento ou repasse de recursos financeiros.

**3.2.** Esse entendimento está alinhado com a orientação fixada no precedente Parecer PA n° 107/2010, que concluiu pela *"necessidade de incluir cláusula expressa nas minutas de edital e de contrato acerca da exigência de regularidade fiscal durante toda a execução do ajuste, compreendendo o CADIN"*. Fica, portanto, reiterada a recomendação feita naquela oportunidade *"de se incluir previsão expressa de que a empresa inscrita no CADIN não poderá ser contratada e que a inscrição superveniente implica o não pagamento da prestação enquanto não regularizada a situação, podendo implicar a rescisão do contrato (artigo* 78, *inciso I) em face do descumprimento de obrigação (de manter, durante toda a execução, as condições de habilitação exigidas no certame - artigo* 55, *XIII, da LLC)*. Encaminhem-se os autos à consideração do Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação parcial do Parecer

PA nº 63/2011. Subg., 27 de janeiro de 2.012.

ADALBERTO ROBERT ALVES
SUBPROCURADOR GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA GERAL

---

1 - *Artigo* 195 - (...) § 3º - *A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.*

2 - *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos,* 11ª edição, São Paulo: Editora Dialética, 2005, p. 354.

---

**PROCESSO: OFÍCIO ATG nº 35/2009 (SF 23752-839483/2009)**
**INTERESSADO: SECRETARIA DA FAZENDA - ASSESSORIA TÉCNICA DE GABINETE**
**ASSUNTO: CONTRATO ADMINISTRATIVO. CADIN ESTADUAL.**

Nos termos da manifestação do Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, aprovo parcialmente o Parecer PA nº. 63/2011. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, a quem caberá divulgar o parecer junto aos órgãos de execução a ela jungidos. Após, remetam-se os autos à Secretaria da Fazenda, por intermédio de sua Consultoria Jurídica. GPG, 1º de fevereiro de 2012.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR GERAL DO ESTADO

# Ementas Consultoria

**01) PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.** Presidente de Unidade Processante que desiste da oitiva de todas as testemunhas arroladas na Portaria inaugural do processo disciplinar e propõe a absolvição por não comprovado o ilícito disciplinar imputado ao servidor. "Se quem conduz a instrução tivesse a faculdade de desistir de todas as testemunhas arroladas pela Administração, teria a possibilidade de, indiretamente, dispor da pretensão punitiva estatal", o que se mostraria ofensivo aos princípios da finalidade e da indisponibilidade do interesse público. (**Parecer PA nº 5/2011 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da Procuradoria Geral do Estado em 24.01.2012)**

**02) CONTRATO ADMINISTRATIVO.** Concessão da exploração de sistema rodoviário. Prorrogação do prazo contratual como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Dúvida da Administração quanto à validade do termo aditivo de prorrogação celebrado entre as partes. Instauração de procedimento preparatório de eventual invalidação. Levantamento de fatos a partir de relatório preliminar produzido por fundação contratada pela Administração. Necessidade de prosseguimento do feito. Inviabilidade de debater e decidir questões jurídicas próprias do futuro processo administrativo de invalidação. Viabilidade, em tese, de invalidação unilateral do contrato administrativo. Distinção entre rescisão, no sentido em que é utilizada pela Lei Nacional de Licitações e Contratos Administrativos, e anulação. Acesso direto ao Poder Judiciário, todavia, não vedado ao Estado. Despropósito da exigência de esgotamento da via administrativa como condição da ação. Existência de interesse de agir. Prazo decenal para a anulação que, por qualquer ângulo, diante dos elementos até aqui colhidos, ainda está em curso. (**Parecer PA nº 7/2012 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 03.02.2012)**

**03) MULTA ADMINISTRATIVA.** Cancelamento de multa de trânsito. Artigo 11, inciso IV da Lei Estadual n. 12.799, de 11.01.2008. Parcelamento de multas de trânsito. Artigo 2º da Lei Estadual n. 13.014, de 19.05.2008. Necessidade de interpretação dos dispositivos conforme a Constituição Federal. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte, matérias que englobam a multa de trânsito. Inaplicabilidade dos dispositivos para as multas de trânsito.

(**Parecer PA nº 17/2011 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 26.01.2012**)

**04) PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO MENSAL. COMPANHEIRA.** Convivência *more uxorio* por tempo inferior ao exigido pelo inciso V do artigo 8º da Lei Estadual n. 452, de 2 de outubro de 1974. Higidez do requisito temporal. Nem toda companheira tinha direito à pensão previdenciária, ainda que houvesse reconhecimento judicial da união estável, mas somente aquela que, na data da morte do contribuinte, ou estivesse convivendo com o militar há mais de cinco anos, ou que com ele tivesse filho independentemente do tempo de convivência, nos termos da Lei n. 452, de 2 de outubro de 1974, que vigorou até o advento da Lei Complementar Estadual n. 1.013, de 6 de julho de 2007. Precedente jurisprudencial. Indeferimento do pedido administrativo por não cumprimento de requisito da lei estadual. (**Parecer PA nº 19/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 11.02.2012**)

**05) PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO MENSAL. COMPANHEIRA.** Indeferimento do pedido de pensão previdenciária por não terem sido preenchidos os requisitos exigidos pela Lei n. 452/74 e pelo artigo 60 do Decreto n. 7.391, de 29.12.1975. Novo pedido administrativo instruído com cópia de sentença proferida em ação da qual a CBPM participou, que reconheceu a convivência *more uxorio*, mas não o direito à pensão previdenciária, por se tratar de questão estranha aos autos. Pedido que deve ser negado, pois a convivência comum não excedeu a cinco anos, requisito exigido pelo inciso V do artigo 8º da Lei Estadual n. 452, de 2 de outubro de 1974, para a concessão de pensão à companheira. Precedente: Parecer PA 19/2011. (**Parecer PA nº 20/2011 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 23.02.2012**)

**06) SERVIÇO PÚBLICO.** Manejo de resíduos sólidos. Competência da União para instituir diretrizes para o saneamento básico. Política Nacional de Saneamento Básico. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Lei n. 13.478, de 13 de dezembro de 2002, do Município de São Paulo. Previsão de serviços de manejo de resíduos de responsabilidade do gerador prestados em regime privado. Constitucionalidade. Adequação às diretrizes traçadas pela União. Escolha, que cabe à lei, das atividades consideradas serviços públicos. Possibilidade de coexistência de outras atividades similares que, embora não constituam serviços públicos, sofrem limitações administrativas para o exercício por particulares. Distinção entre serviço público e polícia administrativa. *A previsão de serviços de manejo de resíduos sólidos de responsabilidade do gerador prestados em regime privado, sob fiscalização do Poder Público, tal como feita pela Lei nº. 13.478, de* 13 *de dezembro de 2002, do*

*Município de São Paulo, em consonância com as diretrizes para* o *saneamento básico instituídas pela União, nada tem de inconstitucional, na medida em que, à parte as indicações expressas da Carta, cabe à própria lei do ente federativo competente escolher* e *estremar as atividades que são consideradas serviços públicos* e *criar limitações administrativas para* o *exercício de outras atividades por particulares, assim sujeitas à intervenção do Poder Executivo em benefício do interesse social.* **(Parecer PA nº 27/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 27.02.2012)**

**07) AFASTAMENTO.** Concordância com o Parecer AJG nº 1031/2010, no qual se concluiu "não [ser] adequado, para fins de afastamento, distinguir a função de árbitro da de atleta, porque os termos legais se voltam para a participação efetiva do servidor na realização de prova ou competição, o que ocorre com o árbitro (...), razão pela qual "os termos 'participar de provas de competições desportivas' (artigo 75, 'caput', da Lei 10.261/68) e 'participação de competições desportivas' (artigo 15, III, da Lei 500/74) incluem árbitros". Situação fática na qual se deve inicialmente verificar se o interessado efetivamente participou, como árbitro representante do Brasil, de provas de competições desportivas - hipótese disciplinada no art. 15, III, da Lei 500/74 - ou se atuou na organização da competição - hipótese disciplinada no inciso li do art. 15 da Lei 500/74, cujo teor é semelhante ao do artigo 69 do Estatuto. (**Parecer PA nº. 28/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado 16.02.2012)**

**08) SERVIÇO PÚBLICO.** Autarquia estadual. Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto. Órgão jurídico. Defesa de agentes públicos. Atribuição não prevista no regulamento da entidade descentralizada, aprovado pelo Decreto Estadual n. 13.297, de 5 de março de 1979. Assunção gradual e completa, por determinação constitucional, dos órgãos jurídicos das autarquias pela Procuradoria Geral do Estado, que não tem por função institucional, no atual ordenamento, a representação judicial e administrativa de agentes públicos (precedentes: Pareceres PA-3 nº 160/94 e nº. 36/96). *Não* é *atribuição da Procuradoria Jurídica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto a representação judicial e administrativa de agentes públicos.* **(Parecer PA nº. 32/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 1º.02.2012)**

**09) SERVIÇO PÚBLICO.** Concessão. Conservação de rodovias estaduais. Lei municipal que proíbe cobrança de pedágio em certas praças dessas rodovias. Inconstitucionalidade. Interferência do Município em relação jurídico-contratual estabelecida entre o Estado e a concessionária. Possibilidade de ativação do controle abstrato de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Estadual. Precedentes do Tribunal de Justiça de

São Paulo. Dever da concessionária de cumprir o contrato de concessão, sob fiscalização da autarquia reguladora, mesmo enquanto não declarada a inconstitucionalidade da lei. "*A União ou* o *Estado ou* o *Município não podem interferir com lei ou ato administrativo nas relações jurídico-contratuais estabelecidas por outra pessoa de direito público interno com seus concessionários ou permissionários de serviço público.*" (**Parecer PA nº. 38/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 08.02.2012**)

**10) CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDER A NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO.** Artigo 37, IX, da Constituição Federal. Dúvidas quanto (i) ao regime jurídico funcional a que estão submetidos os temporários e (ii) ao pagamento do adicional de insalubridade a esses agentes. É especial ou próprio o regime funcional a que estão submetidos os temporários, cujos deveres e direitos advêm das disposições da Lei Complementar Estadual n. 1093, de 16 de julho de 2009. Se apuradas condições insalubres em razão da função ou do local de exercício, é devido o adicional respectivo na forma da Lei Complementar Estadual n. 432, de 18.12.1985. (**Parecer PA nº. 40/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 07.02.2012**)

**11) CREDENCIAMENTO. SERVIDOR TRABALHISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA.** Exame de situação fática certificada pela SPPREV, à luz do entendimento preconizado no Parecer PA nº. 178/2010, em cuja ementa se consignou: "Contratação formal sob o regime da CLT ocorrida após a edição da Lei estadual n. 200/74. Reconhecimento do direito ao benefício da complementação de aposentadoria somente se comprovado o desvirtuamento de credenciamento realizado em data anterior à lei e sem solução de continuidade. Matéria que depende da comprovação da situação de fato atinente à efetiva manutenção de vínculo empregatício com o ente estatal no período do credenciamento. Necessidade de averiguação individualizada." (**Parecer PA nº 42/2011 – Aprovado parcialmente pelo Procurador-Geral do Estado em 09.02.2012**)

**12) TRIBUTOS.** Taxa. Coleta de lixo. Necessidade de exame das notificações de lançamento para que se verifique em que medida o agente competente para a prática do ato ateve-se à regra-matriz de incidência da taxa que tem amparo constitucional. Reiteração das conclusões alcançadas no Parecer PA nº 200/2010. (**Parecer PA nº 45/2011 – Medida administrativa acolhida pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral 13.02.2012**)

**13) ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO PRECONSTITUCIONAL.** Decreto-lei n° 3.365/41 cujo artigo 15 parágrafo 1° foi recepcionado pela Constituição Federal de

1988, nos termos da Súmula 652 do Supremo Tribunal Federal. Decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e Súmula 30 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo divergentes do comando dessa norma. Proposta de ingresso de medida junto ao Supremo Tribunal Federal aprovada pelo Procurador Geral do Estado. Proposta de minuta. Decisão Final do Governador do Estado. (**Parecer PA nº 47/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 06.02.2012)**

**14) MILITAR. FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADAS EM RAZÃO DE FALECIMENTO. INDENIZAÇÃO. PAGAMENTO EM PECÚNIA. LEI COMPLEMENTAR nº 1.048/2008.** Fixação de período aquisitivo para a aquisição e fruição das férias, em caso de falecimento de servidor em 1° de janeiro. Salvo no primeiro ano do serviço público, o período de aquisição e fruição das férias é 1° de janeiro a 31 de dezembro. Precedente: Parecer PA n° 297/95. Direito de beneficiário receber em pecúnia as indenizações correspondentes às férias e licenças-prêmios. Precedentes: Pareceres PA ns. *149/2007* (aprovado parcialmente), 164/2008 (aprovado parcialmente) e 224/2008. Competência. Secretário da Fazenda. Decreto nº 53.349, de 25.08.2008. (**Parecer PA nº 48/2011 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 17.02.2012)**

**15) LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. COOPERATIVA.** Exame prévio de edital, solicitado por licitante ao Tribunal de Contas do Estado. Extensão às cooperativas pela Lei federal n° 11.488/2007 dos benefícios traçados pela Lei Complementar federal n° 123/2006. Possibilidade. Manutenção dos 'cadernos' de minutas de editais de licitação e contratos, expedidos pela Procuradoria Geral do Estado. (**Parecer PA nº 49/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 09.01.2012)**

**16) MILITAR. FÉRIAS NÃO GOZADAS EM RAZÃO DE FALECIMENTO. INDENIZAÇÃO. PAGAMENTO EM PECÚNIA.** Fixação de período para a aquisição e fruição das férias, em caso de falecimento de servidor em 1° de janeiro. Salvo no primeiro ano do serviço público, o período de aquisição e fruição das férias é 1° de janeiro a 31 de dezembro. Precedente: Parecer PA n° 297/95. Direito de beneficiários receberem em pecúnia a indenização correspondente às férias que o servidor não pôde gozar, em razão de falecimento. Precedentes: Pareceres PA ns. 149/2007 (aprovado parcialmente), 164/2008 (aprovado parcialmente) e despacho de desaprovação do Parecer PA n° 73/2010. Competência. Secretário da Fazenda. Decreto nº 53.349, de 25.08.2008. (**Parecer PA nº 52/2011 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 17.02.2012)**

**17) CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDER A NECESSIDADE TEMPORÁRIA**

**DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO.** Licença-Maternidade. Direito reconhecido à contratada temporariamente, com fundamento na Lei Complementar Estadual n. 1093, de 16 de julho de 2009, no Parecer PA 194/2010. Com fundamento na jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal que reconhece às contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, o direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória até cinco meses após o parto, conforme o art. 7°, inc. XVIII, da Constituição Federal, e o art. 10, II, alínea *b,* do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias, a Administração Pública Estadual deve considerar prorrogado o termo final do contrato por prazo determinado até a data em que se completar o quinto mês após o parto. Custo da licença-maternidade deve ser arcado pelo Regime Geral da Previdência Social, porém o Estado deve efetuar o pagamento à contratada e se ressarcir por meio de compensação com o recolhimento das contribuições que vier a realizar, nos termos do § 1º do artigo 72 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Duração da licença-maternidade é de 120 (cento e vinte) dias, conforme artigo 71 da Lei Federal 8.213, de 24 de julho de 1991. A ampliação da licença-maternidade para 180 (cento e oitenta) dias, trazida pela Lei Complementar n. 1054, de 7 de julho de 2008, aplica-se exclusivamente às servidoras cujos vínculos funcionais são regidos pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, Lei Estadual n. 10.261, de 28 de outubro de 1968. (**Parecer PA nº. 53/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 27.02.2012)**

**18) PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUINTE FACULTATIVO. INVALIDAÇÃO DO ATO CONCESSIVO PREVIDENCIÁRIO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE A TÍTULO DE PENSÃO. IMPOSSIBILIDADE.** O recebimento de boa-fé do benefício previdenciário invalidado e a intangibilidade das verbas de natureza alimentar obstam, no caso específico analisado, a cobrança pelo Estado da devolução das pensões mensais recebidas pela ex-pensionista. Não é cabível a compensação entre os valores das pensões recebidas indevidamente pela ex-pensionista com o valor que é devido ao contribuinte facultativo ou a seus sucessores, relativo às contribuições previdenciárias recolhidas. A competência para dispensar a reposição das importâncias indevidamente percebidas pela ex-pensionista é do Governador, nos termos dos precedentes desta Especializada: Pareceres PA nº. 28/2007, 37/2007, 71/2007, 75/2007 e 60/21010. (**Parecer PA nº. 87/2011 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 23.01.2012)**

**19) AGENTE PÚBLICO.** Servidor público. Policial civil. Estágio probatório. Exoneração. Anulação do ato exoneratório. Efeitos. Reingresso no cargo ("reintegração administrativa"). Direito do interessado ao recebimento

da remuneração devida pelo período em que esteve ilegalmente afastado. (precedentes: Pareceres PA nº 98/2001 e 405/2004). Exercício de funções públicas remuneradas durante parte desse período. Vedação constitucional à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas. Artigo 37, XVI e XVII, da Constituição da República. Dedução das importâncias que o servidor não poderia ter recebido se tivesse permanecido no cargo do qual foi exonerado. Direito a ***restitutio in integrum*** que não se traduz em recompensa, mas em recomposição. Impossibilidade de que o Estado suporte dupla remuneração. Incidência de correção monetária em conformidade com o Decreto Estadual nº 50.947, de 11 de julho de 2006 (precedentes: Pareceres PA nº 298/2006 e 120/1999, aditados). Prescrição das prestações remuneratórias mensais vencidas antes do lustro anterior ao pedido administrativo do servidor (precedente: Parecer PA nº. 18/2010). *A supor que a anulação do ato exoneratório tenha por efeito proporcionar ao servidor uma recomposição de seu patrimônio jurídico, pelo direito à remuneração como se tivesse permanecido no cargo, o conserto promovido pela Administração comporta que se deduzam importâncias que, do mesmo modo, se tivesse permanecido no cargo, o servidor não poderia ter recebido do Estado. Não fosse assim, a par de ficar livre das consequências onerosas do ato administrativo ilegal - efeito direto da invalidação -, o servidor experimentaria enriquecimento de outro modo impossível; à anulação não se reconheceria apenas o papel restaurador que de fato tem, mas uma função compensatória, premial, hábil a alçar o servidor a uma situação ainda melhor que aquela em que estaria se o próprio ato anulado não houvesse sido produzido.* (**Parecer PA nº 88/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 06.02.2012**)

**20) CONTAGEM DE TEMPO. REEDUCANDO. SERVIÇO MILITAR.** Possibilidade de correção da contagem de tempo de serviço. Prescrição não atinge a invalidação de atos gerais e abstratos. Preservadas consequências patrimoniais pretéritas. Finalidade de impedir nova agressão à ordem jurídica com fundamento em contagem equivocada, seja em benefício do servidor (Precedente Parecer PA nº 126/2006) ou em seu desfavor. Situação que não se enquadra no disposto no artigo 10, inciso I, da Lei estadual n° 10.177/1998. Necessidade de prévio esclarecimento quanto à continuidade da contagem no interregno entre o licenciamento e posterior admissão como escriturário com fulcro na Lei estadual n° 500/74. Elucidada a dúvida, pelo deferimento do pleito do interessado no sentido de ser contado o tempo de serviço militar obrigatório para todos os efeitos legais. Período em que mantinha relação laboral com a Administração estadual na condição de reeducando, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto estadual nº 50.225/68). Tempo considerado de efetivo exercício. Considerada a situação à época da prestação

do serviço militar obrigatório quando, por força da legislação federal, o interessado manteve sua condição de reeducando. Como servidor estadual, regido pelas disposições da Lei estadual nº 500/74, o cômputo deve ser efetuado conforme artigo 43, § 3º, dessa lei, ou seja, para todos os efeitos legais. Precedente: Parecer PA nº 395/2004. (**Parecer PA nº 91/2011 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 26.01.2012)**

**21) PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO MENSAL. COMPANHEIRA. SERVIDOR CIVIL.** Se o Judiciário reconheceu a união estável, por sentença com trânsito em julgado, não pode a São Paulo Previdência - SPPREV deixar de considerá-la, mesmo não tendo integrado a lide, pois os efeitos dessa específica decisão se irradiam além das partes envolvidas, por ter sido proferida em ação designada de estado, na qual todos os interessados foram citados. Segunda parte do artigo 472 do CPC. Sólidos precedentes jurisprudenciais relativos ao tema. É absolutamente legítimo que a entidade previdenciária, caso exista alguma inconsistência na decisão judicial com trânsito em julgado, deixe de reconhecer os efeitos reflexos da sentença que declarou a união estável, justificando a razão de assim proceder. Deve a São Paulo Previdência - SPPREV tomar a interessada como companheira do servidor falecido, conforme está declarado no título judicial. Em seguida, caberá à autarquia previdenciária verificar se ela tem direito à pensão. Ocorre que, nos termos do inciso IV do artigo 147 da Lei Complementar n. 180, de 12.5.1978, na redação vigente por ocasião do óbito, não era toda companheira que tinha direito à pensão previdenciária, mas somente aquela que, na data da morte do contribuinte, ou estivesse convivendo com o servidor há mais de cinco anos, ou que com ele tivesse filho independentemente do tempo de convivência. Precedentes: Pareceres PA ns. 19/2011 e 20/2011. Por não ter participado da lide, a São Paulo Previdência - SPPREV não está adstrita à parte da sentença que determinou a divisão da pensão previdenciária entre a viúva e a companheira. Primeira parte do artigo 472 do CPC. Possibilidade de conhecer pedido formulado por meio de Defensor Público. Artigos 128, XI, da Lei Complementar Federal n. 80, de 12.1.1994, e 162, VI, da Lei Complementar n. 988, de 9.1.2006. (**Parecer PA nº 97/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 16.02.2012)**

**22) PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO MENSAL. COMPANHEIRA. MILITAR.** Se o Judiciário reconheceu a união estável, por sentença com trânsito em julgado, não pode a São Paulo Previdência - SPPREV deixar de considerá-la, mesmo não tendo integrado a lide, pois os efeitos dessa específica decisão se irradiam além das partes envolvidas, por ter sido proferida em ação designada de estado, na qual todos os interessados foram citados. Segunda parte do artigo 472 do CPC.

Sólidos precedentes jurisprudenciais relativos ao tema. Deve a São Paulo Previdência - SPPREV tomar a interessada como companheira do servidor falecido, conforme está declarado no título judicial. Em seguida, caberá à autarquia previdenciária verificar se ela tem direito à pensão, analisando, ainda, se a viúva também terá direito a permanecer recebendo parte do benefício previdenciário. Ocorre que, nos termos do inciso V do artigo 8° da Lei Estadual n. 452, de 2.10.1974, na redação vigente por ocasião do óbito, não era toda companheira que tinha direito à pensão previdenciária mas somente aquela que, na data da morte do contribuinte, ou estivesse convivendo com o servidor há mais de cinco anos, ou que com ele tivesse filho independentemente do tempo de convivência. Precedentes: Pareceres PA ns. 19/2011 e 20/2011. (**Parecer PA nº 98/2011 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 23.02.2012)**

**23) HOMOLOGAÇÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. MENOR REEDUCANDO.** O regime de contratação de menor reeducando da FEBEM é o da CLT, nos termos do Decreto nº 50.256/68, pelo que cabe ao INSS a homologação da certidão desse tempo de serviço. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA ENTRE O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA E O REGIME PRÓPRIO DOS SERVIDORES DO ESTADO DE SÃO PAULO. Obrigatoriedade. Lei Federal n° 9.796/99. Emissão de Certidão de Tempo de Contribuição (CTC). Possibilidade de Normatização em âmbito estadual. Portaria MPS n° 154/2008. A compensação financeira entre o Regime Geral da Previdência e o Regime Próprio dos Servidores Estaduais é obrigatória e deverá ser feita nos termos previstos na Lei Federal n° 9.796/1999. Não há necessidade de regulamentação estadual sobre os procedimentos de emissão de certidão de tempo de contribuição (CTC) a ser homologada pela SPPREV, pois a Portaria MPS nº 154, de 15 de maio de 2008, já regula minuciosamente esse procedimento. Não obstante essa conclusão, a regulamentação poderá ser feita pela SPPREV, nos termos do artigo 22 da citada Portaria MPS, cabendo a ela a análise da conveniência dessa regulamentação. Caso a autarquia opte pela regulamentação, deve tomar por base as conclusões do Parecer CJ/SPPREV n° 207/2011 e deste Parecer. (**Parecer PA nº 103/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 23.02.2012)**

**24) SERVIDORES CELETISTAS ESTABILIZADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INCLUSÃO NO REGIME PREVIDENCIÁRIO PRÓPRIO DOS SERVIDORES (RPPS). Impossibilidade.** O direito ao ingresso no Regime Previdenciário Próprio dos Servidores depende de relação estatutária. A situação dos associados da interessada é regida pelo art. 40, § 13, da Constituição Federal que determina a inclusão desses servidores no Regime Geral da Previdência Social. Precedente: (**Parecer PA nº 210/2009.**

**Parecer PA nº 113/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 09.02.2012)**

**25) SERVIDOR PÚBLICO.** Vantagem pecuniária. Ajuda de custo. Artigos 149 a 154 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, instituído pela Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. Benefício que se estende aos servidores admitidos pelo regime da Lei Estadual nº 500, de 13 de novembro de 1974. Cabimento nas hipóteses em que a alteração do local de exercício haja ocorrido no interesse exclusivo do serviço. Fixação do valor por arbitramento. Aplicação, tanto quanto possível, dos artigos 405 a 422 do Regulamento Geral dos Servidores Públicos - R.G.S., aprovado pelo Decreto nº 42.850, de 30 de dezembro de 1963. Possibilidade de análise do mérito do pedido enquanto não operada a prescrição (Precedente: Parecer PA nº 65/2008). Descabimento, à falta de norma regulamentadora, de indenização de despesas de transporte havido por condução própria. (**Parecer PA nº 120/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 28.02.2012)**

**26) SERVIDORES CELETISTAS ESTABILIZADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INCLUSÃO NO REGIME PREVIDENCIÁRIO PRÓPRIO DOS SERVIDORES (RPPS). Impossibilidade.** O direito ao ingresso no Regime Previdenciário Próprio dos Servidores depende de relação estatutária. A situação dos associados da interessada é regida pelo art. 40, § 13, da Constituição Federal que determina a inclusão desses servidores no Regime Geral da Previdência Social. Análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 114-PR (acórdão publicado em 03/10/2011). Precedente: Parecer PA nº 210/2009. (**Parecer PA nº 126/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 09.02.2012)**

**27) AGENTE PÚBLICO. Servidor público. Processo disciplinar.** Infração disciplinar também prevista em lei como infração penal. Prescrição punitiva disciplinar que se regula, invariavelmente, pela pena criminal em abstrato. Descabimento, no âmbito administrativo, do cômputo da prescrição pela pena concretamente fixada pelo juiz. Princípio da independência das instâncias administrativa, civil e penal. Precedentes: Pareceres P A nº 120/1999, nº. 257/2003, nº 306/2003, nº 92/2004 e nº 221/2004. Jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário. Autoridade relativa desse conjunto de julgados. Existência de divergência na mesma corte. Necessidade de que o debate seja travado em torno dos fundamentos e não, apenas, à vista das conclusões dos acórdãos que formam a posição majoritária. Ponto de vista da persuasão. Interesses primários do Estado cujo atendimento depende da boa interpretação da lei. Jurisprudência como auxiliar de exegese. Tese da Administração bem recebida pelo Tribunal de Justiça. Fatia e convin-

cente fundamentação de parte a parte. Proposta de manutenção da posição atualmente defendida pelo Estado de São Paulo. (**Parecer PA nº 129/2011 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 19.01.2012**)

**28) LICITAÇÃO.** Consórcio empresarial. Alteração da composição durante a execução do contrato. Possibilidade em consórcio homogêneo desde que mantidas todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. (**Parecer PA nº 136/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 28.02.2012**)

**29) AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA. APOSENTADORIA COM CRITÉRIOS DIFERENCIADOS PARA OCUPANTES DE ATIVIDADES DE RISCO.** Lei Complementar n° 1.109/2010. A designação para funções de Chefia/Direção, não específicas da carreira de Agente de Segurança Penitenciária, desde que prestada em Estabelecimentos Penitenciários da Secretaria da Administração Penitenciária, é considerada como de efetivo exercício no cargo, razão pela qual deve ser considerada como tempo de efetivo exercício para fins de aposentadoria. (**Parecer PA nº 137/2011 – Não Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 14.02.2012**)

**30) LICITAÇÃO.** Consórcio empresarial. Alteração da composição durante a execução do contrato. Possibilidade em consórcio homogêneo desde que mantidas todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. Inexistência de impedimento para alteração da empresa líder. Precedente: Parecer PA 136/2011. (**Parecer PA nº 138/2011 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 28.02.2012**)

**31) AGENTE PÚBLICO MILITAR.** Componente da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Oficial. Processo disciplinar. Conselho de Justificação. Julgamento pelo tribunal militar. Indignidade do oficialato ou incompatibilidade com este. Perda do posto e da patente. Demissão pelo Governador do Estado. Extinção do vínculo com a corporação. Cessação da percepção de vencimentos e vantagens. Inteligência do artigo 42 do Decreto-lei Estadual nº. 260, de 29 de maio de 1970. Aplicabilidade da regra aos oficiais inativos, igualmente sujeitos à penalidade de demissão. Deveres perenes de disciplina e hierarquia. Inexistência de direito adquirido à remuneração na inatividade. Falta de competência do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo para determinar a manutenção de proventos dos oficiais demitidos. Ausência de amparo legal, na forma de uma regra de competência, para que a Justiça Castrense interfira com uma função administrativa típica. Proposta de desconstituição desses pronunciamentos proferidos no exercício de atribuições meramente administrativas do tribunal militar. Possibilidade de controle administrativo dos atos praticados pelo órgão do Poder Judiciário. Precedentes: Pareceres PA-3 nº

400/ 1994, nº 141/1995, nº 257/1999 e nº 158/2002; Pareceres PA nº 190/2008 e nº 17/2010. *No processo disciplinar oriundo do Conselho de Justificação, a decisão do tribunal militar que reconhece a incapacidade do oficial para permanecer na ativa ou na situação de inatividade em que se encontra pode determinar a reforma do militar ou então, reputando-o indigno do oficialato ou com ele incompatível, a perda de seu posto e da respectiva patente. A competência para aplicar a sanção administrativa de reforma do oficio ou de demissão decorrente da perda do posto e da patente é da autoridade do Poder Executivo, observado o princípio hierárquico que caracteriza todo processo administrativo disciplinar. Por força de expressa determinação legal, a demissão do reformado que perdeu o posto e a patente, por implicar desligamento da corporação, manifesta-se como verdadeira cassação da reforma e, por extensão, do direito à remuneração de inativo - seja essa remuneração denominada de proventos ou de vencimentos e vantagens, tenha o oficial anteriormente recolhido contribuições previdenciárias ou não, haja a infração disciplinar sido cometida antes ou depois da passagem à inatividade. A demissão e os efeitos patrimoniais que dela se arrojam não são manifestação do cumprimento de ordem do tribunal militar, mas do exercício de uma função administrativa típica, que consiste em aplicar a lei à situação concreta constituída pelo acórdão.* (**Parecer PA nº 140/2010 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 15.02.2012**)

**32) PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.** Servidores temporários da Secretaria da Saúde, contratados pela Lei Complementar nº 733/93, sob o regime da Lei nº 500/74. Declaração, ao tempo da posse, de não acumulação de cargos. Admissão recusada pelo Tribunal de Contas do Estado. Apuração de má-fé dos servidores por meio do competente processo administrativo disciplinar, em virtude da acumulação indevida, prevista no artigo 174, da Lei nº 10.261/68. Contrato por tempo determinado, já extinto. Mesmo não sendo mais possível a aplicação da pena de dispensa a bem do serviço público, deverá, ao final, ser procedida a anotação nas fichas funcionais dos servidores. Prática do crime de falsidade ideológica, tipificado no artigo 299 do Código Penal. Necessidade de comunicação do delito ao Ministério Público Estadual. **Parecer PA nº 141/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 08.02.2012**)

**33) CONTAGEM DE TEMPO. ADICIONAL QUINQUÊNIO. SERVIDOR TRABALHISTA.** O empregado contratado, após aprovação em concurso público, para exercer, sob regime celetista, emprego público de Analista em Gestão Previdenciária ou de Técnico em Gestão Previdenciária, integrante do Subquadro de Empregos Públicos Permanentes do Quadro de Pessoal da SPPREV, tem direito à percepção de adicional por tempo de serviço calculado na base de 5% sobre o valor do salário, por quinquênio de

prestação de serviço, podendo computar, para esta finalidade, tempo de serviço prestado ao Estado de São Paulo e suas autarquias anteriormente à sua contratação para emprego público integrante do SQEP-P do QP-SPPREV. (**Parecer PA nº 142/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 09.02.2012)**

**34) CARGO PÚBLICO.** Estágio probatório. Exoneração. Acórdão proferido em mandado de segurança reconhecendo a higidez do ato de desligamento do interessado por não preencher os requisitos necessários à confirmação na Carreira Policial. Ausência de trânsito em julgado. Enquanto não houver o trânsito em julgado, é possível a revisão do ato administrativo questionado judicialmente. Precedentes: Pareceres PA-3 ns. 237/95 e 18/98. Em face de a Lei Complementar n. 893, de 9.3.2001, não ter tratado dos efeitos das penalidades aplicadas aos militares, ao contrário do que fez o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, essa lacuna deve ser colmatada mediante a aplicação analógica do artigo 70 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, que prevê o prazo de 10 (dez) anos para a retirada dos registros realizados nos assentamentos individuais dos militares das penalidades disciplinares que lhes foram aplicadas. Não se harmoniza com o princípio constitucional da presunção de inocência o entendimento segundo o qual o aprovado em concurso público não preenche o requisito de boa conduta por ter sido indiciado em inquérito policial ou por ser réu em ação penal na qual não lhe foi imposta condenação. Decisões do STF que corroboram essa conclusão. Precedente: Parecer PA 273/2007. A ausência de boa conduta é causa para a invalidação do ato de posse. Precedente: Parecer PA-3 n. 377/93. A previsão do § 1º do artigo 4º da LC 675/92 de que, durante o estágio probatório, a apuração da conduta ilibada, na vida pública e privada, abrangerá também o período anterior à nomeação, não infirma a orientação de invalidação da nomeação e posse, pois essa regra deve ser entendida como mais um meio previsto em lei para a Administração Pública apurar se a vida pregressa do policial civil em estágio probatório é compatível com as relevantes funções atribuídas a essa Carreira. Proposta de revisão do ato de exoneração para anulá-lo, iniciando-se, se for o caso, o procedimento de invalidação da nomeação e posse do interessado. (**Parecer PA nº 144/2011 – Aprovado parcialmente pelo Procurador-Geral do Estado em 03.02.2012)**

**35) SERVIDOR PÚBLICO - QUADRO DO MAGISTÉRIO. LICENÇA-PRÊMIO.** Supervisora de Ensino. Recebimento, em pecúnia, nos termos do artigo 1º, da Lei Complementar nº 1.015/2007, de período de trinta dias de licença-prêmio. Apresentação do pedido em prazo inferior ao estipulado no artigo 3º, *caput*, da LC nº 1.015/2007. Intempestividade, que implicaria no não conhecimento do pleito. Precedente: Parecer PA

nº 209/2009. Notificação da Secretaria da Fazenda para devolução do pagamento indevido, em virtude do desatendimento da exigência legal de encontrar-se o integrante dos Quadros do Magistério e de Apoio Escolar *'em efetivo exercício nas unidades escolares da Secretaria da Educação'*, prevista na parte final do artigo 1º, *caput*, do referido Diploma Legal. Pedido de dispensa de reposição do valor recebido. Pelo deferimento. Precedentes: Pareceres PA nº 28/2007 e AJG nº 114/2008. (**Parecer PA nº 163/2010 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 24.02.2012)**

**36) CERTIDÃO.** Resposta a indagações referentes ao conteúdo de certidões a serem emitidas pela SPPREV, em caso de débitos previdenciários alcançados por prescrição ou decadência, e questões correlatas. (**Parecer PA nº 166/2010 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 13.02.2012)**

**37) PENSÃO MENSAL.** Critérios para o cálculo de pensão por morte quando o seu instituidor, na data do falecimento, faça jus a vencimentos ou proventos em valor bruto superior ao teto fixado no art. 37, XI, da Constituição. (**Parecer PA nº 174/2010 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 13.02.2012)**

**38) Promoções de empregados da Companhia SERVIDOR CELETISTA.** Promoção de empregados de sociedade de economia mista; progressão salarial. *Jus variandi*. Artigo 173, § 1º, inciso II da Constituição Federal. ELEIÇÕES. PERÍODO ELEITORAL. § 9º do artigo 14 da Constituição Federal. Lei federal 9.504, de 30.09.1997, alterada pelas Leis 11.300, de 10.05.2006, e 12.034, de 29.09.2009 - artigos 73 a 78. CONDUTAS VEDADAS: Instrução 131, Classe 198 - Resolução 23.191 do Tribunal Superior Eleitoral. Lei Complementar federal 101, de 04.05.2000 Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), alterada pela LC 131, de 27.05.2009. Parecer PA nº 76/2010. Diligência realizada para esclarecer a existência de regra própria para as promoções e/ou progressões funcionais, a ocorrência de movimentação funcional e de readaptação de vantagens, com apresentação do Plano de Carreira, Cargos e Salários - PCCS e demais normas porventura aplicáveis aos celetistas da SABESP, evitando-se incorrer em ato que pudesse ser *usado para fins eleitorais capazes de desestabilizar a igualdade do pleito*. Parecer CJ/SEE nº 172/2010 apontando a sujeição irrestrita às vedações estabelecidas pela legislação eleitoral vigente, pois as promoções previstas no PCCS constituem lícito exercício do *jus variandi* do empregador e implicam readaptação de vantagens. Por força do disposto no inciso V do artigo 73 da Lei Eleitoral, vedado readaptar vantagens no período de 03.07 a 1º.01.2011 (posse dos eleitos - CF, artigos 28 e 82). (**Parecer PA nº 186/2010 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 16.02.2012)**

**39) POLÍCIA MILITAR. ANISTIA.** Discussão acerca da isenção do pagamento da contribuição previdenciária sobre os proventos de inatividade de Oficiais da Polícia Militar beneficiados por anistia política. Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002. Exegese do artigo 9º. Isenção que atinge apenas a parcela relativa ao valor da indenização e não se estende aos proventos devidos independentemente da anistia ocorrida. (**Parecer PA nº 190/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 13.02.2012)**

**40) COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. CTEEP.** Suspensão do pagamento do beneficio em razão do cancelamento da aposentadoria junto ao INSS. Reconhecimento posterior do direito à aposentadoria com efeitos retroativos. Complementação da aposentadoria devida no período. Pedido de ressarcimento de valores pagos em execução judicial de sentença em ação na qual a Fazenda do Estado não foi parte. Situação que ensejou a suspensão do beneficio deve ser atestada pela Secretaria da Fazenda. Possibilidade de ressarcimento à empresa do valor principal reajustado e, eventualmente, dos demais encargos, estes últimos a depender do grau de responsabilidade da empresa estatal no desate judicial. (**Parecer PA nº 198/2010 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado - Área da Consultoria Geral em 09.02.2012)**

**41) SERVIDOR PÚBLICO. Auxiliar de Serviços.** Aposentadoria. Abono de permanência. Alteração do Decreto Estadual nº 52.859, de 2 de abril de 2008, pelo Decreto Estadual nº 56.386, de 9 de novembro de 2010. Mudança de interpretação no âmbito da Administração Estadual. Alcance de todas as situações subsumidas à norma jurídica em sentido próprio. Precedente: Parecer PA nº 185/2010. Proposta de deferimento do pedido de pagamento do benefício constitucional devido desde a data em que o servidor haja completado os requisitos para aposentadoria, ressalvada a prescrição quinquenal das prestações pecuniárias mensais. *"Se o que sucedeu com a edição do Decreto nº 56.386/2010 foi simplesmente uma acomodação do aparelho administrativo a uma nova interpretação do texto legal, é natural que esse regulamento passe a disciplinar todas as situações subsumidas à regra positiva interpretada, ainda que tais situações hajam-se verificado quando ainda se empreendia interpretação diversa. O que se executa, agora como antes, é a* lei, *que incide, neste caso, sobre fatos ocorridos a partir da Emenda Constitucional nº* 41, *de* 19 *de dezembro de 2003."* (**Parecer PA nº 202/2010 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado - Área da Consultoria Geral em 27.01.2012)**

# Contencioso Geral

**42) PRESCRIÇÃO - Ação Civil Pública - Improbidade administrativa -** Dano ao erário - A ação civil pública que tem por objeto o ressarcimento de danos ao erário é imprescritível - Entendimento do Superior Tribunal de Justiça - Recurso provido. (Apelação n. 0726195.5/0-00 - São Paulo - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Armando Camargo Pereira - 15/12/2011 - 442 - Unânime)

**43) EMBARGOS DO DEVEDOR - Impugnação - Ação Civil Pública de Execução por Título Extrajudicial -** Constituição Federal que atribui executoriedade às decisões emanadas pelo Tribunal de Contas do Estado - Demonstração de utilização de todos os meios processuais administrativos - Decisão mantida - Artigo 252 do RITJSP - Recurso improvido. (Apelação n. 0729757.5/8-00 - São Manuel - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Leonel Carlos da Costa - 13/12/2011 - 11966 - Unânime)

**44) RECURSO - Agravo de instrumento - Pretensão que foge do âmbito da decisão atacada -** Inovação em grau de recurso - Inadmissibilidade - Observância do contraditório e do duplo grau de jurisdição - Necessidade - Recurso não conhecido nessa parte. (Agravo de Instrumento n. 0136265-29.2011.8.26.0000 - São Paulo - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Getúlio Evaristo dos Santos Neto - 05/12/2011 - 25378 - Não consta)

**45) EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL - Precatório - Indenizatória decorrente de apossamento administrativo -** Parcelamento do precatório - Pretensão do DER de exclusão dos juros de mora e compensatórios - Desacolhimento - Necessidade do pagamento pelo valor real, acrescido dos juros compensatórios e moratórios - Impossibilidade de a coisa julgada ser arrostada pelo poder constituinte derivado - Inaplicabilidade da Emenda Constitucional n. 62/09 - Súmula vinculante n. 17, do Supremo Tribunal Federal, editada após o trânsito em julgado da condenação, que não tem efeito retroativo - Obediência à coisa julgada determinada, com a incidência dos juros como determinado na sentença - Recurso desprovido. (Apelação n. 0001693-50.1993.8.26.0362 – Mogi Guaçu - 12ª Câmara de Direito Público - Relator: Edson Ferreira da Silva - 07/12/2011 - 13085 - Unânime)

**46) TUTELA ANTECIPADA - Ação civil pública - Admissibilidade -** Entendimento do Superior Tribunal de Justiça mitigando a exigência prevista no artigo 2º da Lei Federal n. 8437/92, quando presentes os requisitos para concessão da liminar em ação civil pública e não restar comprovado prejuízo em razão da ausência de prévia oitiva do poder público - Recurso da Fazenda do Estado improvido. (Agravo de Instrumento n. 0185687-

70.2011.8.26.0000 - São Carlos - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Decio Leme de Campos Júnior - 21/11/2011 - 16681 - Unânime)

**47) EXTINÇÃO DO PROCESSO - Embargos de terceiro - Aquisição do imóvel na pendência de execução fiscal -** Pretensão à reunião das execuções fiscais movidas pela Fazenda do Estado contra os alienantes do imóvel constrito e ao questionamento da avaliação - Inadequação da via eleita - Terceiro que não possui interesse para postular a reunião das execuções movidas contra o alienante e tampouco para contestar a avaliação do imóvel constrito, providências a cargo dos próprios executados - Via eleita que, restrita a discussão da turbação ou esbulho, não se mostra adequada para a busca do apelante - Recurso desprovido. (Apelação n. 0012065-65.2010.8.26.0361 - Mogi das Cruzes - 13ª Câmara de Direito Público - Relator: Dimas Borelli Thomaz Júnior - 14/12/2011 - 13340 - Unânime)

**48) RECURSO - Embargos à execução fiscal - Multa por infração ambiental -** Ausência de apresentação de defesa administrativa pela empresa autuada - Impossibilidade de discussão, em sede de embargos à execução, se não foi apresentada a defesa administrativa, da hipotética exigência ilegal, por parte da administração pública, do recolhimento prévio da multa, como condição para o seu recebimento - Inocorrência de cerceamento de defesa na esfera administrativa, porque a empresa autuada, simplesmente, não exerceu o seu direito de apresentação de defesa - Devolução dos autos à Turma Julgadora, nos termos do art. 543-B, do Código de Processo Civil, para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão - Ratificação do julgado. (Embargos Infringentes n. 0749482.5/0-01 - Teodoro Sampaio - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: Zélia Maria Antunes Alves Miglioli - 10/11/2011 - 20035 - Unânime)

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

# Contencioso Tributário-Fiscal

**49) IMPOSTO - Circulação de Mercadorias e Serviços - Arrendamento mercantil -** Contrato de arrendamento operacional - Aeronave comercial - Pretensão de isentar-se da cobrança do ICMS - Admissibilidade - Hipótese em que haverá a devolução da aeronave, findo o prazo de trinta e seis meses estipulado no contrato, sem opção de compra - Artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar n. 87/96 - Ordem concedida - Recurso oficial e voluntário desprovidos. (Apelação n. 0861847.5/2-00 - Guarulhos - 5ª Câmara de Direito Público - Relator: Francisco Antonio Bianco Neto - 05/12/2011 - 3898 - Unânime)

**50) EXECUÇÃO FISCAL - Penhora - Incidência sobre valores bloqueados pelo BACEN -** Parcelamento do crédito tributário - Liberação dos valores pagos - Admissibilidade - Suspensão da exigibilidade - Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento n. 0136265-29.2011.8.26.0000 - São Paulo - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Getúlio Evaristo dos Santos Neto - 05/12/2011 - 25378 - Não consta)

**51) EXECUÇÃO FISCAL - Penhora - Incidência sobre valores bloqueados pelo BACEN -** Liberação mensal dos valores referentes à folha de pagamento da empresa - Cabimento - Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento n. 0136265-29.2011.8.26.0000 - São Paulo - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Getúlio Evaristo dos Santos Neto - 05/12/2011 - 25378 - Não consta)

**52) EXECUÇÃO FISCAL - Penhora - Incidência sobre valores bloqueados pelo BACEN -** Pretensão de redução em razão de adesão ao programa de parcelamento incentivado - Descabimento - Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento n. 0136265-29.2011.8.26.0000 - São Paulo - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Getúlio Evaristo dos Santos Neto - 05/12/2011 - 25378 - Não consta)

**53) IMPOSTO - Circulação de Mercadorias e Serviços - Crédito -** Aproveitamento - Empresas vendedoras regularmente inscritas perante o fisco - Demonstração de que a operação comercial efetivamente se completou, mediante pagamento do preço respectivo - Desnecessidade, para o aproveitamento do crédito, de que o adquirente se armasse de provas de que o tributo tenha sido recolhido pela empresa vendedora - Existência de prova de que as notas fiscais correspondem à compra e venda de mercadorias - Empresas emitentes, ademais, inscritas como contribuintes - Inidoneidade de inscrição que gera efeitos apenas após a publicação - Operação regularmente lançada na contabilidade da empresa adquirente autuada - Adquirente de boa-fé que não pode ser responsabilizada pela inidoneidade das notas fis-

cais emitidas por empresa vendedora - Declaração de inidoneidade da empresa emitente que não produz efeitos retroativos - Artigo 103, inciso I, do Código Tributário Nacional - Aplicação do princípio da publicidade - Anulatória de débito fiscal e cautelar julgadas procedentes - Recursos oficial e voluntário desprovidos. (Apelação n. 0977674.5/3-00 - São Paulo - 12ª Câmara de Direito Público - Relator: Osvaldo José de Oliveira - 07/12/2011 - 10036 - Unânime)

**54) INTERESSE PROCESSUAL - Mandado de segurança - Imposto -** Circulação de Mercadorias e Serviços - "Linha Lazer" - Impetração pela concessionária de serviço público para a não incidência tributo, em caráter preventivo - Alegação de inadequação da via eleita, para a defesa dos interesses do contribuinte - Desacolhimento - Finalidade postulada pela impetrante de abstenção da incidência do ICMS sobre a disponibilidade e assinatura de serviços sem franquia de minutos ou de tráfego, com a "Linha Lazer" - Cabimento da impetração, descabendo falar-se em insurgência contra lei em tese, mas contra seus efeitos concretos - Preliminar de carência de ação rejeitada. (Apelação / Reexame Necessário n. 0009834-19.2010.8.26.0053 - São Paulo - 12ª Câmara de Direito Público - Relator: Wanderley José Federighi - 07/12/2011 - 14093 - Unânime)

**55) IMPOSTO - Circulação de Mercadorias e Serviços - Mandado de segurança -** Pretensão da concessionária impetrante em reconhecer a não incidência do ICMS sobre receitas decorrentes da mera disponibilidade ou da assinatura de serviços sem franquia de minutos ou de tráfego do contrato de adesão a plano de serviço telefônico fixo comutado 'Linha Lazer' - Cabimento - Incidência do imposto sobre as operações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, não podendo se entender como serviços de telecomunicação as atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação - Artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, com a sistematização do artigo 2º, inciso III, da Lei Complementar n. 87/96 e § 1º do artigo 60, da Lei n. 9427/97 - Segurança concedida para declaração da não incidência do ICMS - Recurso voluntário da Fazenda do Estado e reexame necessário desprovidos. (Apelação / Reexame Necessário n. 0009834-19.2010.8.26.0053 - São Paulo - 12ª Câmara de Direito Público - Relator: Wanderley José Federighi - 07/12/2011 - 14093 - Unânime)

**56) EXECUÇÃO FISCAL - Imposto - Circulação de Mercadorias e Serviços -** Cobrança de diferença de alíquota de ICMS e multa apuradas em auto de infração - Operações interestaduais de saídas de mercadorias com emissão de notas fiscais para duas empresas destinatárias, localizadas em outro estado, sendo uma considerada inidônea e outra considerada irregular - Crédito tributário decorrente de recolhimento de imposto com base em alíquota reduzida, sem que tenha sido

comprovada a entrega da mercadoria - Invalidade - Falta de comprovação pela embargante da entrega efetiva das mercadorias ensejando a sua responsabilidade pelo pagamento da diferença da alíquota do ICMS que deixou de recolher, bem como da multa daí resultante - Embargos à execução fiscal improcedentes - Reexame necessário provido para este fim, sendo desprovido o recurso voluntário. (Apelação n. 0465802.5/0-00 - Assis - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: José Roberto Furquim Cabella - 06/12/2011 - 1102 - Unânime)

**57) EXECUÇÃO FISCAL - Imposto - Ação anulatória -** Auto de infração e imposição de multa - ICMS - Independentemente da regularidade dos lançamentos contábeis e da forma de contratação (operação FOB), cumpre ao remetente da mercadoria comprovar, de forma cabal, a saída interestadual (artigo 23, § 4º, da Lei Estadual n. 6374/89) - Sentença reformada para julgar improcedente a ação - Recurso provido. (Apelação n. 0011608-21.2009.8.26.0053 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Moacir Andrade Peres - 07/11/2011 - 19930 - Unânime)

**58) EXECUÇÃO FISCAL - Embargos - Imunidade recíproca -** Reconhecimento quanto à cobrança de impostos e não taxas - Improcedência do pedido - Reconhecimento - Recurso parcialmente provido. (Apelação n. 994.05.155508-0 - São Bernardo do Campo - 16ª Câmara de Direito Público - Relator: João Negrini Filho - 06/12/2011 - 12014 - Maioria de votos com voto declarado)

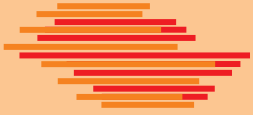
**59) EXECUÇÃO FISCAL - Multa ambiental - Programa de Parcelamento de Débitos instituído pela Lei Estadual n. 13014/08 -** Diploma legal que traz densidade normativa suficiente para sua aplicação independentemente de regulamentação - Recurso provido para facultar à agravante o pagamento do débito com os benefícios da referida lei estadual. (Agravo de Instrumento n. 0042480-13.2011.8.26.0000 - Cubatão - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: Ricardo Cintra Torres de Carvalho - 15/12/2011 - AI-2569/11 - Unânime)

**Fonte:** Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Boletim Informativo da Seção de Direito Público, Novembro e Dezembro de 2011.

ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515