BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

ISSN 2237-4515

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

NOVEMBRO/DEZEMBRO 2010

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 - B. CEPGE v. 34 - n. 6 - nov./dez. 2010

Sumário

Editorial

Editorial 265

Cursos e Eventos

Cursos do Centro de Estudos 267

Aulas da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado 267

Eventos em parceria com outras instituições 269

Peças e Julgados

Mandado de Segurança – Bloqueio de Valores Pertencentes ao Estado de São Paulo pelo Sistema BACENJUD. Impossibilidade. Adiantamento de Despesas de Provas Periciais. Impossibilidade 271

Agravo de Instrumento – Licença Prêmio. Concessão a Servidor Celetista. Inaplicabilidade. Deslealdade Processual. Aplicação de Sanção 291

Doutrina

Ações de Medicamentos: Atuação Inovadora do Estado de São Paulo no Enfrentamento dessa Questão. 299

Segurança Jurídica e Súmula Vinculante: Considerações sobre a Súmula Vinculante n. 4 319

Ementário

Consultoria 333

Ementário Judicial 341

Ementário Judicial Tributário-Fiscal 349

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado
Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo

Procurador Geral do Estado Adjunto
Marcelo de Aquino

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete
Carmen Lúcia Brandão

Subprocuradora Geral da Consultoria
Rosina Maria Euzebio Stern

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral
Ary Eduardo Porto

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

Procurador do Estado Corregedor Geral
José Luiz Borges de Queiroz

Procuradora do Estado Ouvidora Geral
Flávia Cherto Carvalhaes

Assessoria

Anadil Abujabra Amorim, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Cristiana Correa Conde Faldini, Daniela Fernandes Anselmo Gonçalves Rodrigues, Fernanda Ribeiro de Mattos Luccas, Flávia Cherto Carvalhaes, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Inês Maria Jorge dos Santos Coimbra, Jacqueline Zabeu Pedroso, Jaques Lamac, José Luiz Borges de Queiroz, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Olavo José Justo Pezzotti, Paola de Almeida Prado, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosely Sucena Pastore, Tatiana Gaiotto Madureira, Vera Lúcia Gonçalves Barbosa, Virgilio Bernardes Carbonieri e Wladimir Ribeiro Júnior.

Conselho da PGE

Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo, Rosina Maria Euzebio Stern, Ary Eduardo Porto, José Luiz Borges de Queiroz, Eduardo José Fagundes, Marcos Mordini, Marcelo de Carvalho,Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Antonio Augusto Benini, Clayton Eduardo Prado, Daniel Smolentzov, Fernando Franco, Rogério Pereira da Silva e José Renato Ferreira Pires.

Centro de Estudos

Procurador do Estado Chefe
Carlos José Teixeira de Toledo

Assessoria
Clayton Alfredo Nunes, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

Escola Superior da PGE

Diretora
Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-Diretora
Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial
Ana Paula Manenti Santos, Caio Cesar Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Celso Luiz Bini Fernandes, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner e Tatiana Capochin Paes Leme

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, procurador responsável José Luiz Souza de Moraes, Rua Maria Paula, 67, 10º andar, Bela Vista, CEP 01319-001 – São Paulo – SP - Brasil. Telefone: (11)3104-1417 – Fax: (11)3104-1583. Home page: www.pge.sp.gov.br. E-mail: servicodedivulgacao@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: 2.000 exemplares

As colaborações poderão der encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

Editorial

A dívida pública decorrente de condenações judiciais e o modo de liquidar o passivo acumulado é um tema que vem ganhando destaque na agenda nacional desde a Constituinte, e sobretudo após a estabilização monetária promovida pelo Plano Real, suscitando novos e sempre maiores desafios para sua administração.

Atenta a esse cenário, e desempenhando papel de vanguarda, há muito a Procuradoria Geral do Estado vem investindo no tema, tendo ainda, no início dos anos 90, constituído um grupo de trabalho para cuidar do assunto. O grupo, inicialmente incumbido de analisar as implicações da sistemática de pagamento introduzida pela Constituição de 1988 e promover a uniformização de teses e procedimentos relacionados à matéria, ganhou contornos institucionais e veio a resultar na Coordenadoria de Precatórios, que foi a primeira das Coordenadorias criadas pela Instituição, vinculando-se diretamente ao Gabinete do Procurador Geral e atuando na coordenação das atividades da área, visando ao escorreito pagamento das requisições judiciais.

Desde essa época, quando os grandes temas em discussão a respeito de precatórios eram os índices de correção monetária e a insuficiência de pagamentos que derivava dos litígios nessa matéria, muito aconteceu, e muito se evoluiu. A começar das sucessivas emendas constitucionais (20/98, 30/2000, 37/2002 e 62/2009) e alterações legislativas promovidas a respeito, que a par de criarem novos mecanismos para a liquidação da dívida, elevaram – em muito – o grau de complexidade da administração dos pagamentos. Além de se administrarem três diferentes moratórias – a do artigo 33 do ADCT, criada pela Constituição de 1988, seguida pela moratória do artigo 78 do ADCT, introduzida pela Emenda 30/2000, e pelo hoje denominado regime especial de pagamento, introduzido pela Emenda 62/2009 –, a Coordenadoria passou a cuidar das requisições diretas de obrigações de pequeno valor – objeto das EC ns. 20/98, 37/2002 e 62/2009 – e a enfrentar litígios os mais diversificados, em decorrência de tais inovações.

Assim é que, do singelo acompanhamento dos pagamentos da Administração direta, de que se cuidava à época da criação da Coordenadoria de Precatórios, ela passou a supervisionar os pagamentos da Administração indireta; a cuidar dos incidentes relativos a precatórios perante os tribunais, notadamente em processos de sequestro de rendas e intervenção federal; a prestar assistência aos demais órgãos da Administração estadual, em matéria de atendimento a requisitórios

judiciais e gestão da dívida; a cuidar dos requisitórios de pequeno valor, surgidos para agilizar o atendimento das condenações judiciais; a tratar de informatizar os serviços, com significativos ganhos de gestão; a proceder ao cálculo e depósito individualizado por credor, no lugar do cálculo e depósito global por processo que até então se fazia; e, mais recentemente, a dar os primeiros passos para assumir os demais serviços atinentes à matéria, ainda desempenhados pelas entidades da Administração indireta, de modo a centralizar na Procuradoria Geral do Estado a administração geral da dívida pública decorrente de condenações judiciais.

Traduzindo essa atuação em números, somente ao longo do ano passado, foram pagos nada menos do que R$ 2,5 bilhões em requisições judiciais, beneficiando 71.069 pessoas, em 11.050 processos judiciais, na somatória da Administração direta e indireta, gerando intensa movimentação de expediente, e litígios dos mais diversificados. Tarefa sem dúvida difícil, e que só é possível graças ao empenho institucional da Procuradoria Geral do Estado e colaboração inestimável dos colegas e demais servidores, e não só daqueles em exercício na unidade, mas também – e principalmente – dos que militam nas bancas de execução e diretamente atuam nos processos afetados.

WLADIMIR RIBEIRO JUNIOR
Procurador do Estado Assessor

FERNANDA RIBEIRO DE MATTOS LUCCAS
Procuradora do Estado Assistente

Cursos do Centro de Estudos

09.11 – Aspectos Jurídicos da Inscrição de Débitos na Dívida Ativa e Inclusão de Dados no Sistema da Dívida Ativa da Procuradoria Geral do Estado.

26.11 – Aspectos Jurídicos do CADIN Estadual.

03.12 – *Workshop* "A Importância da Consciência de si mesmo na Vida Pessoal e Profissional". Professora Mestre Ieda Neres.

Aulas da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado

03.11 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil – Julgamento monocrático em sede recursal. Princípio do duplo grau de jurisdição. Ampliação dos poderes do relator: artigo 557 do Código de Processo Civil e demais hipóteses. Enfoque no julgamento de improcedência tendo em conta a jurisprudência dominante. Análise da *praxis* do julgamento monocrático. Professor Antonio Carlos Marcato.

03.11 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil – A terceria no processo civil. Conceito de terceiro e a justificativa para a sua intervenção. O interesse jurídico de terceiro: assistência simples. Interesse jurídico equivalente ao da parte: o assistente litisconsorcial. Demais formas tradicionais de intervenção de terceiro. Formas inovadoras: intervenção anômala. Intervenção inominada. *Amicus curiæ*. Modalidades de intervenção de terceiro mantidas pelo anteprojeto do Código de Processo Civil. Professora Susana Henriques Costa.

04.11 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil – Embargos do executado. Defesa incidental do executado. A ação de embargos do executado: sua natureza jurídica, admissibilidade, elementos e condições, em especial sua causa de pedir. Efeitos de sua interposição e do seu julgamento. Procedimento.

Defesa heterotópica mediante ações autônomas. Relações com os embargos do executado. Professor Alberto Camiña Moreira.

04.11 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil – Defesa do terceiro na execução: embargos de terceiro. Professor Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo.

05.11 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado – Processo legislativo. Professor Derly Barreto e Silva Filho.

11.11 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil – Execuções coletivas. Execução em ações coletivas. Professor Hugo Nigro Mazzilli.

11.11 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil – Defesa intraprocessual e ação autônoma prejudicial. A defesa do executado na fase executiva da ação julgada procedente. Formas de defesa do devedor. A objeção de pré-executividade. Impugnação ao cumprimento de sentença. Natureza jurídica. Prazo. Matéria arguível. Efeitos de sua decisão: coisa julgada material? Professor Antonio de Pádua Notariano Junior.

12.11 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado – Ordem econômica e tributação: princípios, atuação estatal no domínio econômico. Professor Fernando de Oliveira Marques.

19.11 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado – Lei Orçamentária e Lei de Responsabilidade Fiscal em face da Lei da Improbidade Administrativa. Professor José Maurício Conti.

19.11 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado – Didática: o cinema como técnica de ensino do direito. Professora Maria Regina de Oliveira.

26.11 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado – Democracia, direitos fundamentais e limitação do poder. Professor José Levi de Mello do Amaral.

26.11 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado – A proteção judicial dos direitos sociais: parâmetros de controle. Professor Daniel Antonio Moraes Sarmento.

03/12 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado – Políticas públicas: conceito e reflexões. Professor Marcelo Arno Nerling.

03/12 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado – Políticas públicas de educação. Professora Nina Beatriz Stocco Ranieri.

06.12 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado – Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Professor Jorge Reis Novais.

Eventos em parceria com outras instituições

03, 04 e 05.11 e 08, 09 e 10.12 – Gestão por Indicadores de Desempenho, promovido pela Escola Fazendária do Estado de São Paulo (Fazesp).

16, 17, 18 e 19.11 – XXXVI Congresso Nacional de Procuradores do Estado, promovido pela Associação dos Procuradores do Estado de Alagoas (APEAL).

23.11 – Registro de Preços, promovido pela Fundação para o Desenvolvimento Administrativo (Fundap).

08, 09 e 10.12 – VII Congresso Nacional de Estudos Tributários, promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

13 e 14.12 – Coaching: Estratégia para Atingir a sua Missão e Realização Pessoal, promovido pela Oficina do Coach.

14, 15, 16 e 17.12 – Gestão Estratégica de Recursos Humanos, promovido pela Escola Fazendária do Estado de São Paulo (Fazesp).

Mandado de Segurança – Bloqueio de Valores Pertencentes ao Estado de São Paulo pelo Sistema BACENJUD. Impossibilidade. Adiantamento de Despesas de Provas Periciais. Impossibilidade*

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O Estado de São Paulo, pessoa jurídica de direito público interno, pelos procuradores do Estado que esta subscrevem, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e 1º da Lei Federal n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, impetrar mandado de segurança com pedido de liminar contra ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Regional de Tatuapé, nesta Capital, que determinou o bloqueio de valores pertencentes ao Estado de São Paulo, por meio do sistema BACENJUD, mediante as razões de fato e de direito articuladas a seguir:

I - Dos fatos

Consta que Fernanda Avelino Furtado, representada por sua mãe, ajuizou ação de investigação de paternidade (em trâmite na 1ª Vara da Família do Foro Regional do Tatuapé, em face dos sucessores de Francisco Ferreira da Silva, cujo falecimento ocorrera três meses antes de seu nascimento.

A autora da ação é beneficiária da gratuidade judiciária e recebe atendimento jurídico pelo Centro de Referência da Criança e do Adolescente.

Determinada a perícia médica, a cargo do IMESC, as partes não compareceram na data agendada. A coleta do material ocorreu em outra ocasião. O IMESC

* Peça elaborada pelo procurador do Estado de São Paulo Romualdo Baptista dos Santos.

justificou a demora na elaboração do laudo e, posteriormente, concluiu que seria necessária a coleta de material nos genitores do falecido. Como a mãe da autora desconhece o paradeiro dessas pessoas, a solução encetada seria a exumação do cadáver do indigitado pai para coleta de material genético.

Essa perícia, porém, não é feita pelo IMESC, razão pela qual o MM. Juiz da causa oficiou à Defensoria Pública para que providenciasse o pagamento dos honorários periciais. Esse órgão não se recusou a pagar, mas apresentou uma tabela de valores aprovada em resolução interna.

Portanto, deve ficar claro que o Estado, prestando assistência judiciária integral por meio da Defensoria Pública, concordou em pagar os honorários periciais, mas apenas os valores formalmente fixados a partir do prévio suporte orçamentário. Ou seja, o *quantum* que porventura excedesse aqueles valores adrede estipulados deveria ser objeto de expedição de certidão, para cobrança posterior pelo perito.

Porém, inconformado com a situação, o MM. Juiz determinou o bloqueio e transferência da quantia de R$ 5.375,00 (cinco mil e trezentos e setenta e cinco reais) de conta pertencente ao Estado, por meio do sistema BACENJUD, para o fim específico de pagar os honorários periciais.

Ocorre que a referida medida é abusiva, visto que não encontra respaldo na lei e, por essa razão, contraria direito líquido e certo, passível de ser corrigido por via de mandado de segurança.

II - Distinção entre assistência jurídica e gratuidade judiciária

Para uma adequada apreciação da matéria que se discute nos autos, é necessário distinguir entre assistência jurídica e gratuidade judiciária. Conquanto esses institutos sejam correlatos, trata-se de coisas absolutamente diversas.

A assistência judiciária significa que o Estado deve fornecer um advogado a quem não tem condições de pagar. Sua denominação correta é assistência jurídica, que engloba também a orientação jurídica e a assistência em processos extrajudiciais. Integra o rol dos direitos e garantias individuais constante do artigo 5º da Constituição Federal (inc. LXXIV). É um serviço público desempenhado pela Defensoria Pública (art. 134 da CF).

Já a gratuidade judiciária é instituto completamente diferente da assistência jurídica, pois implica na isenção do pagamento das custas e despesas do processo, inclusive os honorários de peritos e as verbas de sucumbência.

A confusão entre esses institutos ocorre porque inicialmente ambos eram previstos na Lei federal n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, a denominada Lei da Assistência Judiciária. Com o advento da Constituição de 1988, a assistência judiciária transformou-se em assistência jurídica e ganhou auspícios de direito fundamental, enquanto a gratuidade judiciária não teve o mesmo tratamento.

Cumpre mencionar que a assistência jurídica é um serviço público, prestado pelo Estado por meio da Defensoria Pública, ao passo que a gratuidade judiciária é uma isenção do pagamento de custas e despesas processuais. Uma é concedida pela Defensoria Pública, outra é deferida pelo juiz.

Normalmente, a gratuidade judiciária é deferida a quem é assistido pela Defensoria Pública, mas essa não é uma relação necessária, visto que pode ser deferida a qualquer pessoa que alegue não estar em condições de pagar as custas e despesas do processo, mesmo que seja defendida por advogado particular.

Tudo o que se disse até aqui foi para demonstrar que o dever do Estado de prestar assistência jurídica aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, da CF) não guarda relação com a isenção de pagamento das custas e despesas do processo. Dessa forma, afigura-se equivocado o raciocínio que busca amparo no dispositivo constitucional que trata da assistência jurídica para alcançar o recebimento de verba abraçada pela gratuidade judiciária.

III - Da obrigação do Estado em pagar honorários periciais

Ao tratar da assistência jurídica, a Constituição estabelece que é um direito individual, o que por si só já significa que cabe ao Estado implementá-la. Não bastasse, a própria Constituição estabelece que esse serviço será prestado pela Defensoria Pública, que é órgão estatal.

O mesmo não ocorre com a gratuidade judiciária, pois a Lei federal n. 1.060/50 diz que as pessoas pobres terão isenção de pagamento das custas e despesas do processo, mas não diz quem deve suportar o encargo.

O artigo 3º da Lei da Assistência Judiciária oferece um rol das isenções:

> "Artigo 3º - A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:
> I - das taxas judiciárias e dos selos;
> II - dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;
> III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;
> IV -das indenizações devidas às testemunhas [...];
> V - dos honorários de advogado e peritos;
> VI - das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade."

No que se refere às custas propriamente ditas, não há problemas, pois a isenção significa que o Estado deixará de recebê-las. Com relação aos honorários do advogado da parte contrária, o problema é menor, visto que ele já foi remunerado por seu cliente, sendo os honorários sucumbenciais um acréscimo àquilo que já

recebeu[2]. O problema maior surge realmente quando cuidamos das outras despesas do processo em que a parte beneficiária da gratuidade judiciária não tem condições de suportar.

Efetivamente, a lei diz que os beneficiários da gratuidade judiciária ficam isentos de pagar honorários periciais, mas não diz quem os deve pagar. Muito menos se encontra no texto legal que cabe ao Estado suportar esse pagamento. Pela letra do novel inciso VI do artigo 3º da Lei da Assistência Judiciária, as perícias podem ser requisitadas pela autoridade judiciária, com isenção do pagamento.

Em se tratando de perícias médicas, grafotécnicas, estudos sociais e psicológicos, os juízes solicitam a realização por órgãos públicos, como o IMESC, o Instituto de Criminalística e o corpo de psicólogos e assistentes sociais do próprio Poder Judiciário.

Mas a lei não autoriza o magistrado a avançar além desse ponto, nomeando peritos particulares a serem remunerados pelo Estado, de modo que é ilegal a determinação proferida nesse sentido.

Ademais, para o caso específico em análise, não há previsão legal ou constitucional para a apropriação de verba pública por meio do BACENJUD.

Ora, não há falar em dever do Estado de suportar esse pagamento em benefício de técnico particular, uma vez que devedora é a parte autora. A circunstância de a execução estar condicionada ao desaparecimento das condições que ensejaram o deferimento da gratuidade judiciária não faz o Estado devedor daquelas verbas. Principalmente, porque não há previsão legal de que o Estado deve suportar o encargo.

Ademais, o Estado não é parte na ação de investigação de paternidade nem tem o ônus de produzir prova em favor da autora, não havendo razão para se exigir o pagamento de honorários periciais devidos a perito nomeado pelo magistrado fora dos quadros da Administração Pública. A esse propósito, cabe mencionar mais uma vez que o dever de prestar assistência jurídica não obriga o Estado a fazer prova em favor da parte assistida.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência, inclusive no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "Processual Civil – Recurso especial. Assistência judiciária gratuita. Inclusão dos honorários de perito. Responsabilidade do Estado pela sua realização. Nos termos da jurisprudência dominante neste Tribunal, os benefícios da assistência judiciária gratuita incluem os honorários de perito, devendo o Estado assumir os ônus advindos da produção da prova pericial. O Estado não está obrigado a adiantar as despesas

2 Tradicionalmente, essa verba pertencia à parte e destinava-se a reembolsar parte dos gastos que teve com o seu patrono. Só recentemente essa verba passou a pertencer ao advogado, por força do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

com a realização da prova pericial ou reembolsar esse valor ao final da demanda. Caso o perito nomeado não consinta em realizar a prova pericial gratuitamente e/ou aguardar o final do processo, deve o juiz nomear outro perito, devendo a nomeação recair em técnico de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova pericial. Precedentes." (STJ – REsp n. 435.448/MG, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.09.2002, v.u., *DJ*, de 01.11.2002).

"Assistência Judiciária – Indenização. Perícia médico-legal. Honorários de perito. Impossibilidade de depósito pela autora. Não concordância do perito em aguardar o desfecho da demanda. Inexigibilidade da antecipação pelo Estado. Dispensa da prova, todavia, inadmissível. Verificada a impossibilidade da realização da perícia em face da recusa do *expert* em aguardar a solução final do litígio, cabe ao magistrado determinar o prosseguimento da causa com a efetivação da prova, nomeando perito, em substituição, um dos técnicos de estabelecimento oficial especializado. Recurso especial conhecido e provido parcialmente." (STJ – REsp n. 220.229, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ*, de 11.06.2001).

"Processual Civil – Perícia. Assistência judiciária. Despesas com a prova técnica de engenharia. Usucapião urbano. Ausência de complexidade ou custo elevado na realização da perícia. Possibilidade de realização direta do trabalho pelo Estado, em tais circunstâncias. Obrigação de custeio de perito autônomo afastada. I. A isenção prevista na Lei n. 1.060/50 não obriga o Estado a reembolsar as despesas necessárias à realização da prova pericial requerida pela parte assistida pela justiça gratuita. II. Caso, todavia, em que dado à ausência de complexidade ou onerosidade da perícia, que não demanda, na espécie, gastos significativos com recursos humanos, materiais ou exames laboratoriais, pode o trabalho ser exercido diretamente por repartição administrativa do próprio ente público, quando necessária mera disponibilização de infraestrutura já existente, em colaboração com o Poder Judiciário. III. Recurso especial conhecido e provido em parte." (STJ – REsp n. 81.901, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ*, de 04.02.2002).

Como visto, o Estado não tem obrigação de pagar os honorários periciais nos casos em que a parte é beneficiária da gratuidade processual. E medida judicial que impôs ao Estado a obrigação de pagar honorários periciais na mencionada ação de investigação de paternidade é ilegal e arbitrária, devendo, portanto, ser afastada.

IV - Da violação do artigo 3º c.c. o artigo 12 da Lei da Assistência Judiciária

A decisão adotada pelo MM. Juiz de Direito, no caso em tela, vai de encontro à regra contida do artigo 3º da Lei de Assistência Judiciária. Com efeito, esse

dispositivo oferece um rol das isenções concedidas às pessoas necessitadas, dentre as quais se destacam os incisos V e VI, que preveem a isenção de pagamento de honorários de perito, inclusive de exames de DNA.

Isso quer dizer que a parte beneficiária da gratuidade judiciária não pagará essas verbas, a menos que desapareçam as condições que motivaram a concessão do benefício (art. 12 da mesma lei).

No entanto, essa lei não impõe ao Estado o dever de arcar com essas despesas, as quais ficam a cargo da parte, porém suspensas enquanto perdurar o estado de pobreza.

É muito importante frisar que a decisão que determinou ao Estado o pagamento dos honorários periciais e o ato judicial de bloqueio de verbas públicas pelo Sistema BACENJUD, com todo o respeito, não encontram respaldo no artigo 3º, da Lei federal n. 1.060/50, que não impõe ao Estado o dever de pagar honorários a peritos particulares.

Da mesma forma, a r. decisão contraria também o artigo 12 da mesma lei, que impõe ao próprio assistido o dever de suportar as consequências da sua sucumbência, restando, porém, a execução suspensa até o desaparecimento das circunstâncias que autorizaram a concessão da gratuidade judiciária.

V – Da contrariedade aos artigos 33 e 333 do Código de Processo Civil

De acordo com o artigo 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor e ao réu produzir as provas relativas aos fatos que embasam os direitos discutidos em juízo.

No que se refere especificamente à prova pericial, diz o artigo 33 do mesmo Código que o pagamento dos honorários incumbe à parte que requereu sua produção ou ao autor, se ambas houverem requerido.

Conquanto caiba ao Estado a prestação de assistência jurídica, nos termos do artigo 5º, LVXXIV, da Constituição Federal, não lhe cabe fornecer também as provas de que a parte precisa para demonstrar o seu direito em juízo.

É bem verdade que a Lei da Assistência Judiciária concede isenção de pagamento das custas e despesas do processo em favor da pessoa beneficiária da gratuidade judiciária, mas não existe no ordenamento jurídico brasileiro nenhum dispositivo legal que imponha ao Estado o dever de suportar esses pagamentos.

Sendo assim, ao impor ao Estado a obrigação de pagar honorários de perito de parte beneficiária da assistência jurídica estatal, a autoridade judiciária desconsiderou as regras contidas nos artigos 33 e 333 do Código de Processo Civil.

VI – Da contrariedade ao artigo 14 da Lei de Assistência Judiciária

Excelentíssimo relator, efetivamente a decisão que ordenou o bloqueio de contas do Estado não atentou para o que dispõe o artigo 14 da Lei federal n. 1.060/50.

Com efeito, os profissionais liberais designados para o desempenho do encargo de perito, salvo motivos específicos, têm obrigação de elaborar o laudo pericial.

Ora, em último caso, o Juízo pode determinar a expedição de certidão em favor do *expert*, que dela se valerá para a cobrança administrativa ou mesmo judicial em face do Estado.

Em tudo, porém, deve ser observada a regra do artigo100 da Constituição Federal. Ou seja, o pagamento deve ser feito com verba orçamentária com rubrica específica e por meio de precatório ou requisição de pequeno valor (OPV).

Note-se a precipitação do magistrado, pois o *quantum* arbitrado em favor do perito é enquadrado como sendo de pequeno valor(OPV), cuja liberação poderá ocorrer em até 90 dias!

Assim, perante a lei e a Constituição Federal não se justificava a decisão judicial que, à saciedade, feriu direito líquido e certo do Estado, o qual deverá ser amparado por meio deste *mandamus*.

VII - Da desnecessidade e desproporcionaliade da medida judicial adotada

A medida judicial atacada afigura-se desproporcional em relação à gravidade dos fatos constantes dos autos da ação de investigação de paternidade. Em inúmeras passagens, o insigne magistrado adverte que o feito se arrasta por mais de oito anos, o que a seu ver justificaria a medida extrema.

No entanto, é necessário observar que tamanho atraso não se deu inteiramente por conta do IMESC. Boa parte desse retardo pode ser creditada à própria tramitação processual, conforme se pode extrair da simples leitura dos autos. A própria autora da ação investigatória contribuiu para a demora na realização da perícia, deixando de comparecer na data marcada, o que demandou novo agendamento.

Ademais, não se trata de medida voltada à proteção da vida ou da saúde da pessoa, mas tão somente do reconhecimento do seu estado de filiação. A própria autora não deu ao caso tamanha importância, deixando de comparecer à perícia agendada por puro esquecimento.

Nessas condições, há flagrante desproporcionalidade, na medida que impõe indevidamente ao Estado a obrigação de arcar com os custos da perícia, com bloqueio de bens e sequestro de valores.

Nesse contexto, sob hipótese alguma poder-se-ia admitir que, sob o pretexto de se conferir efetividade à tutela jurisdicional, seria autorizada a prática de

medidas em evidente confronto com a Constituição. A efetividade processual é, de fato, um bem jurídico relevante, mas está longe de ser um conceito absoluto em nome do qual não poderiam ser opostos valores como a segurança jurídica e a legalidade

VIII - Sobre o bloqueio e a transferência de valores do Estado

Já foi amplamente demonstrado que o Estado não tem obrigação de arcar com os custos de perícia, visto que não existe previsão legal nesse sentido. Desse modo, a decisão que determinou o pagamento de honorários periciais é ilegal.

Não bastasse, a autoridade impetrada determinou o bloqueio e a transferência de valores pertencentes ao Estado pelo sistema BACENJUD, o que, além de não encontrar respaldo em lei, contraria normas e princípios constitucionais.

Contrariedade ao artigo 100 da Constituição

De fato, o bloqueio e transferência de numerário por intermédio do sistema BACENJUD é modalidade de satisfação do crédito pelo particular que não encontra guarida na legislação nem na Constituição Federal, quando a parte devedora é a Fazenda Pública e suas autarquias.

O artigo 100 da Constituição Federal exclui a possibilidade de penhora de bens públicos, estabelecendo processo especial de execução contra a Fazenda Pública:

> "Artigo 100 - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, 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."

Disso resulta claramente que a execução contra os entes públicos deve necessariamente pressupor sentença condenatória transitada em julgado e regular expedição de precatório. O ordenamento jurídico não fornece outros meios para o particular haver quantias extraídas do Erário Público.

O dispositivo em comento se alinha com o princípio da impessoalidade que rege a Administração Pública, além de eleger o critério *prior in temporis*, residente na "ordem cronológica de apresentação dos precatórios", para definir o direito de precedência do credor. Com isso, é expressamente vedada a *designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim*.

Ao determinar o bloqueio *on line* de valor pertencente ao Estado, a autoridade impetrada agiu com ofensa aos princípios ordenadores da *res publica*, perpetrando grave ofensa ao direito de precedência dos titulares de créditos com

precatórios habilitados e melhor posicionados na ordem cronológica de apresentação.

Contrariedade aos artigos 37 e 167 da Constituição Federal

De acordo com o artigo 37, *caput*, toda ação governamental deve ser pautada pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Por força do princípio da legalidade, nenhuma despesa pode ser efetuada pelo Estado sem previsão legal. Pois bem. A Constituição conferiu importância ao orçamento como instrumento de governo, seja para o desenvolvimento econômico, seja para o social e político. Sua execução se submete às regras contidas no artigo 167, cujo inciso II dispõe que nenhuma despesa pode ser efetuada sem autorização orçamentária, nem além dos valores orçamentariamente limitados.

Tratando especificamente da destinação de recursos para o setor privado, o artigo 26 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, assim dispõe:

> "Artigo 26 - A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais."

Não será demais lembrar que o descumprimento dessas regras configura crime de responsabilidade, nos termos dos artigos 10 e 11 c.c. o artigo 74 da Lei federal n. 1.079, de 10 de abril de 1950.

Como visto, ao determinar o bloqueio e transferência de recursos do Estado sem atentar para a necessidade de prévia dotação orçamentária, a autoridade impetrada infringiu de uma só vez as disposições dos artigos 37, *caput*, e 167, II, da Constituição Federal, além de toda a legislação infraconstitucional que trata da matéria.

Numa palavra, o MM. Juiz afastou a aplicação do princípio da legalidade, avançando sobre os recursos públicos, sem atentar para o que dispõe a lei.

Com efeito, o bloqueio e a transferência de valores pertencentes ao Estado pelo sistema BACENJUD não encontram previsão orçamentária. A verba bloqueada pela autoridade impetrada é desviada da finalidade prevista em lei, transferindo imediatamente para a conta corrente de um particular, em evidente burla ao preceito constitucional e à lei orçamentária.

Vale dizer que o dinheiro destinado à prestação dos mais variados serviços públicos é imediatamente bloqueado e transferido à conta-corrente de um único beneficiário.

Por tudo isso se afirma que a ordem judicial impugnada atentou contra o princípio da legalidade previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Além disso, a determinação judicial ignorou a regra do artigo 167, II, sobre a necessidade de prévia dotação orçamentária para a geração de despesas.

Por mais essas razões, a ordem judicial deve ser afastada!

Contrariedade ao artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

A Constituição prevê a possibilidade do sequestro de recursos financeiros do Estado, única e exclusivamente, na hipótese de vencimento do prazo de pagamento de precatório (art. 100), de omissão no orçamento ou de preterição na ordem de preferência.

Diz o artigo 78, parágrafo 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

> "Artigo 78 - [...] § 4º - O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o sequestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação (incluído pela EC n. 30/2000)."

Como visto, o caminho escolhido pelo constituinte certamente não foi o do bloqueio de valores por intermédio do Banco Central, até porque esse procedimento pode inviabilizar a prestação do serviço público, ao permitir que verbas indistintas sejam desviadas da finalidade para a qual estavam afetadas e transferidas para o patrimônio de um único particular. A disseminação dessas providências certamente gerariam o caos para a Administração Pública, ante a impossibilidade de prever a realização indiscriminada de penhora *on line* por toda e qualquer autoridade judiciária.

Por essas razões, a Constituição Federal prevê o sequestro de rendas e a intervenção federal como consequências do descumprimento de ordem judicial, da não inclusão do crédito e da desobediência da ordem cronológica.

Frise-se, não há previsão do bloqueio eletrônico e imediato de seus ativos financeiros!

Deve-se ressaltar que o sequestro de bens é medida extremada, razão pela qual o artigo 100, parágrafo 2º, da Constituição Federal atribui competência exclusiva ao Presidente do Tribunal, a pedido do credor preterido de seu direito de precedência do crédito, a proceder ao sequestro da quantia necessária ao pagamento do débito.

Por mais esse viés, é possível entrever que não cabe a todo e qualquer magistrado determinar o bloqueio e transferência de recursos financeiros do Estado, em todo e qualquer processo e por qualquer motivo.

Mas, ainda nesse caso, deve-se entender que a Constituição Federal não emitiu autorização para penhora de bens públicos porque essa constrição recai necessariamente sobre quantia paga erroneamente. Se o credor foi preterido na ordem dos precatórios e a quantia que lhe era devida foi entregue a outros credores, a constrição não recai sobre dinheiro público, mas sobre os valores pagos por engano.

Esse é o entendimento de José Afonso da Silva, que cita Amílcar de Castro, a fim de esclarecer que:

> "Sequestradas serão as quantias recebidas indevidamente pelos credores que não tinham precedência ao requerente, e não os bens públicos, ou as rendas da Fazenda devedora. Por dois motivos não se deve entender que possam ser sequestrados, por força do artigo 721, dinheiro, rendas ou bens públicos; à primeira porque tais bens, no sistema do Código, são absolutamente impenhoráveis, e à segunda porque, se a ordem de pagamento foi expedida por engano pelo chefe do Poder Judiciário, não pode responder por esse engano a Fazenda devedora."3

Por isso, ainda na remota eventualidade de algum crédito de precatório ser preterido na ordem cronológica de pagamento, tal circunstância não autoriza a penhora de bens públicos. O sequestro recairá exatamente sobre a quantia erroneamente paga, e nunca sobre verba impenhorável da Fazenda Pública.

A respeito desse assunto, o Colendo Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

> "Reclamação – Governador do Estado: legitimidade – Precatório – Não inclusão do débito no orçamento do ente público devedor – Sequestro: impossibilidade.
> 1. Reclamação. Legitimidade ativa do Governador do Estado para defender interesses de órgãos estatais da Administração Pública direta e indireta.
> 2. Não inclusão do débito judicial no orçamento do ente devedor. Hipótese que não se equipara à preterição de ordem, sendo ilegítima a determinação de sequestro em tais casos. A presunção de existência de recursos financeiros não elide a ausência de previsão orçamentária, não constituindo motivo suficiente para a decretação de bloqueio de verbas públicas. Reclamação procedente." (STF – Rcl n. 1.091/PA, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa).

Como visto, o bloqueio de verbas públicas depara-se com robustos óbices constitucionais e também da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. E não poderia ser diferente, porque providência tão grave, que implica na transferência forçada de recursos públicos para o particular, demanda a configuração plena do seu perfil legal e constitucional.

3 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. p. 525.

Pois bem. O artigo 78, parágrafo 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê expressamente as hipóteses de cabimento do sequestro de recursos públicos:

- não pagamento de precatório no prazo;
- omissão do crédito no orçamento;
- preterição na ordem de preferência.

Não há previsão constitucional para o bloqueio e sequestro de recursos públicos fora dessas hipóteses. Por mais esse ângulo de visão, deve-se concluir que a medida adotada pelo MM. Juiz da Família e das Sucessões do Tatuapé não tem suporte legal nem constitucional.

Contrariedade ao artigo 100 do Código Civil c.c. o artigo 648 do Código de Processo Civil

Dispõe o citado artigo 100 do Código Civil que os bens públicos são inalienáveis, ressalvados os dominicais, cuja alienação é possível nos estritos limites da lei. Em regra, portanto, os bens públicos são inalienáveis.

Por seu turno, o artigo 648 do Código de Processo Civil dispõe que não estão sujeitos a execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.

Da leitura conjugada desses dois dispositivos se extrai, com simplicidade, que os bens públicos são insuscetíveis de penhora.

Essa é a opinião corrente na doutrina. Sílvio Rodrigues, ainda na vigência do Código Civil anterior, afirmava que "os bens públicos são, ordinariamente, coisas fora do comércio, só perdendo a inalienabilidade que lhes é peculiar, quando e na forma prescrita em lei (Cód. Civ., art. 67)" (*Direito Civil*: parte geral, 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1, p. 131).

Na contemporaneidade, Maria Helena Diniz repete a mesma lição, anotando que "são impenhoráveis [os bens públicos], porque inalienáveis, sendo, portanto, insuscetíveis de serem dados em garantia. A impenhorabilidade impede que o bem passe do patrimônio do devedor ao do credor, ou de outrem, por força de execução judicial (adjudicação ou arrematação)" (*Código Civil anotado*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 127).

De igual modo, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo tem decidido pela impenhorabilidade dos recursos públicos, mesmo quando legalmente transferidos para gestão de entidade particular. Confira-se:

> "Execução de titulo extrajudicial – Penhora *on line* – Contas correntes compostas exclusivamente por verbas públicas repassadas em razão de convênio celebrado pela executada – Impenhorabilidade configurada – Aplicação do artigo 649, inciso IX, do Código de Processo Civil – Recurso provido." (TJSP – AI n. 149384/06/Capital, 30ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Andrade Neto, j. 05.11.2008, v. u.).

E o Colendo Superior Tribunal de Justiça não destoa desse entendimento:

"Processual Civil – Execução fiscal. Convênio Bacenjud. Penhora. Depósitos bancários. Lei n. 11.382/2006.
1. Esta Corte admite a expedição de ofício ao Bacen para se obter informações sobre a existência de ativos financeiros do devedor, desde que o exequente comprove ter exaurido todos os meios de levantamento de dados na via extrajudicial.
2. No caso concreto, a decisão indeferitória da medida executiva requerida ocorreu depois do advento da Lei n. 11.382/2006, a qual alterou o Código de Processo Civil para: a) incluir os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie (art. 655, I); e, b) permitir a realização da constrição por meio eletrônico (art. 655-A). Desse modo, o recurso especial deve ser analisado à luz do novel regime normativo. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção.
3. De qualquer modo, há a necessidade de observância da relação dos bens absolutamente impenhoráveis, previstos no artigo 649 do Código de Processo Civil, especialmente, 'os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social' (inc. VIII), bem como a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de quarenta (40) salários-mínimos (inc. X).
4. Recurso especial provido." (STJ – REsp n. 1.070.308/RS, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 18.09.2008, v. u.).

Portanto, é indiscutível que os recursos públicos, por serem inalienáveis, são impenhoráveis, *ex vi* do artigo 100 do Código Civil, em combinação com o artigo 648 do Código de Processo Civil. Assim o reconhecem a doutrina e a jurisprudência.

Em consequência, a medida judicial que determinou o bloqueio e a transferência de recursos financeiros do Estado para pagamento de perícia medida ofende as regras contidas nesses dispositivos legais.

Afronta ao artigo 730 do Código de Processo Civil

Conforme até aqui demonstrado, a ordem emanada da autoridade impetrada afrontou inúmeras disposições do ordenamento constitucional e infraconstitucional. Em especial, a referida decisão contrariou os artigos 620 e 730 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a necessidade da execução menos gravosa e sobre o procedimento especial de execução contra a Fazenda Pública.

De fato, as recentes modificações introduzidas no Código de Processo Civil em matéria de execução não se aplicam à Fazenda Pública, pois o artigo 730 estabelece que ela será citada para opor embargos.

Não havendo embargos ou sendo eles improcedentes, o juiz requisitará o pagamento por intermédio do Presidente do Tribunal de Justiça, o que se fará por ordem de apresentação de precatório.

Veja-se que não há citação para pagar, mas para exercer a faculdade de opor embargos. Não há lugar para penhora real ou *on line*, nem para sequestro de bens. Nem pode o juiz da execução requisitar o pagamento, visto que a competência para tanto é exclusiva do Presidente do Tribunal. Além disso, a execução contra a Fazenda Pública se inicia necessariamente com a citação.

No caso em comento, todas essas regras foram simplesmente ignoradas, tendo o MM. Juiz simplesmente avançado sobre as contas do Estado, valendo-se do sistema BACENJUD, em flagrante abuso de poder e de autoridade.

De fato, a rigor, o MM. Juiz determinou o bloqueio e transferência direta dos valores pertencentes ao Estado, sem esgotar todos os meios de execução

VIII – Do direito líquido e certo

De tudo o que foi dito pode-se extrair, primeiramente, que o Estado não tem obrigação de pagar honorários periciais, nos casos em que a parte é beneficiária da gratuidade. Tal verba é devida pela própria parte assistida ou pela parte contrária, em razão do princípio da sucumbência, ficando a execução suspensa por força do artigo 12 da Lei da Assistência Judiciária.

Nada obstante, como visto no item I desta peça, a Defensoria Pública do Estado, instada pelo Juízo, concordou em pagar os honorários periciais máximos previstos em tabela específica. Ou seja, grosso modo, não se justificava o bloqueio de verbas públicas apenas porque o valor pretendido pelo *expert* estava acima da tabela fixada pelo Estado, a partir de limites orçamentários.

Ademais, o dever estatal de prestar assistência jurídica (art. 5º, LIX, da CF) não inclui o de produzir as provas necessárias à realização do direito perseguido pela parte em juízo.

Não bastasse, é claramente ilegal e inconstitucional o bloqueio *on line* realizado sobre dinheiro público, uma vez que a lei e a Constituição preveem procedimento especial para a execução de créditos contra a Fazenda Pública. Fora isso, a geração de despesa de qualquer espécie deve ser precedida da correspondente dotação orçamentária. E mais: eventual sequestro, bloqueio ou penhora de ativos públicos é da competência exclusiva do Presidente do Tribunal.

Disso decorre o direito líquido e certo do Estado de São Paulo de afastar a ordem judicial emanada do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Regional de Tatuapé, que determinou o bloqueio e a transferência de recursos públicos do Estado em benefício de particular, por meio do sistema BACENJUD.

IX - *Fumus boni juris* e do *periculum in mora*

Conforme foi exposto no item anterior, a ordem judicial emanada da autoridade impetrada contraria a lei e a Constituição e, por essa razão, é arbitrária e

abusiva. Não há na lei nem na constituição previsão para o bloqueio e transferência de recursos do Estado por meio do sistema BACENJUD.

Disso decorre que o Estado tem direito líquido e certo de afastar a ordem judicial proferida ao arrepio do ordenamento jurídico.

Ademais, há necessidade de reversão imediata da ordem judicial, posto que uma vez transferidos os recursos públicos para a conta do perito, torna-se praticamente impossível retornar ao *status quo ante*. Melhor solução, no caso, é evitar que os recursos sejam utilizados para pagamento do perito, ao menos até a solução final do presente *mandamus*.

Disso resulta que estão presentes, no caso, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, dado que a decisão recorrida não encontra amparo na lei e sua manutenção produzirá dano de difícil reparação para o Estado.

X - Do pedido

Diante do exposto, o Estado requer a Vossa Excelência que se digne de conceder medida liminar para afastar a ordem judicial emanada do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Família e das Sucessões de Tatuapé, que determinou o bloqueio e a transferência de recursos públicos do Estado para pagamento de honorários periciais, nos autos em que são partes Fernanda Avelino Furtado e os sucessores de Francisco Ferreira da Silva.

Requer que, após colhidas as informações da autoridade impetrada, seja concedida a ordem de segurança, para afastar definitivamente a mencionada medida judicial.

Atribui à causa o valor de R$ 5.375,00.

Termos em que
Pede deferimento.

São Paulo, em 27 de fevereiro de 2009

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO
Procurador Geral do Estado

ARY EDUARDO PORTO
Subprocurador Geral do Estado
Área do Contencioso

Mandado de Segurança n. 634.659-4/0-00/São Paulo
Impetrante: Fazenda do Estado de São Paulo
Impetrado: Juízo da 1ª Vara da Família e Sucessões da Comarca São Paulo/Tatuapé

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 634.659-4/0-00, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante a Fazenda do Estado de São Paulo, sendo impetrado o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Família do Foro Regional do Tatuapé: Acordam, em Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Suspenderam o julgamento e determinaram a remessa dos autos ao Colendo Órgão Especial, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Percival Nogueira (Presidente), José Joaquim dos Santos.

São Paulo, 5 de novembro de 2009

VITO GUGLIELMI
Relator

VOTO

Mandado de Segurança – Ação de investigação de paternidade *post mortem*. Requerente beneficiária da justiça gratuita. Determinado bloqueio e transferência de quantia pertencente ao Estado para pagamento de honorários periciais. Magistrado que concluiu pela inconstitucionalidade de deliberação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Aplicação do artigo 657 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Remessa dos autos ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Regional do Tatuapé, desta Comarca, proferido em ação de investigação de paternidade *post mortem*, na qual foi determinado o bloqueio e transferência da quantia de R$ 5.375,00 de conta pertencente ao Estado, por meio do sistema BACENJUD, para o fim específico de pagar honorários periciais.

A impetrante informa que a autora é beneficiária da justiça gratuita e, como sua mãe desconhece o paradeiro dos genitores do falecido, seria necessária a exumação do cadáver do indigitado pai para coleta de material genético. Acrescenta que essa perícia não é feita pelo IMESC, razão pela qual foi expedido ofício à Defensoria Pública do Estado, que concordou em pagar os honorários periciais, mas apenas os valores formalmente fixados a partir do prévio suporte orçamentário. Alega que a lei não autoriza o magistrado a nomear peritos particulares a serem remunerados pelo Estado, de modo que é ilegal a determinação proferida nesse sentido. Sustenta que, nos termos do artigo 100 da Constituição Federal, a execução contra os entes públicos deve, necessariamente, pressupor sentença condenatória transitada em julgado e regular expedição de precatório.

Concedida a liminar, vieram aos autos as informações de fls.

Decorreu o prazo legal sem que a litisconsorte tenha se manifestado.

A D. Procuradoria de Justiça opina, preliminarmente, pela redistribuição do feito ao Órgão Especial. No mérito, é pela concessão da ordem.

É o relatório.

2. Como bem observado pela D. Procuradoria de Justiça, os autos devem ser remetidos ao Órgão Especial.

Isso porque a autoridade impetrada reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da Deliberação n. 92/2008 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que limita o valor a ser pago a título de honorários periciais.

E, arguida a inconstitucionalidade de ato normativo de ofício pelo Juízo, é caso de aplicação do artigo 657 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, que estabelece que, em tais casos, deve a questão ser submetida ao Órgão Especial. Tal providência, ademais, também é prevista no artigo 481 do Código de Processo Civil, que prevê a sujeição da questão ao Tribunal Pleno.

Neste sentido tem se orientado a jurisprudência desta Corte:

> "Ação Civil Pública – Julgamento do inconformismo que passa, necessariamente, pela apreciação de constitucionalidade de lei complementar municipal. Inteligência dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil e 657 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Sujeição da matéria ao Egrégio Órgão Especial." (TJSP – AC n. 528.758-4/6/Jundiaí – 6ª Câmara de Direito Privado – Rel. Sebastião Carlos Garcia – j. 20.12.2007).
>
> "Mandado de Segurança – ISS. Exercícios de 1997 a 1999 e 2003. Município de Guaíra. Arrendamento mercantil. Atividade não abarcada pelo conceito de serviços. Tributação com base no item 79 da antiga lista trazida pela Lei Complementar n. 56/87. Afronta ao artigo 156, III, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade vislumbrada. Aplicação do artigo 481, *caput*, do Código de Processo Civil e do artigo 657 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Arguição acolhida. Suspensão do julgamento, com a remessa dos autos ao C. Órgão Especial para análise da questão." (TJSP – AC n. 441.098-5/0/Guaíra – 15ª Câmara de Direito Público – Rel. Silva Russo – j. 20.08.2009).

Logo, é caso de suspensão do julgamento e remessa dos autos do Órgão Especial para pronunciamento acerca de eventual inconstitucionalidade da Deliberação n. 92/2008.

3. Nestes termos, suspende-se o julgamento e determina-se a remessa dos autos ao Colendo Órgão Especial.

VITO GUGLIELMI
Relator

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 994.09.036810-0, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante Fazenda do Estado de São Paulo sendo impetrado MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Família do Foro Regional do Tatuapé: Acordam, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança, v.u.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores José Joaquim dos Santos (Presidente) e Paulo Alcides.

São Paulo, 15 de julho de 2010.

VITO GUGLIELMI
Relator

VOTO

Mandado de Segurança – Determinação, em ação de investigação de paternidade de penhora *on line* e transferência de recursos da Fazenda Pública para custeio de perícia, com fundamento na inconstitucionalidade da Deliberação n. 92/2008 do CSDPESP que limita o valor dos honorários. Inadmissibilidade. Ato constitucional. Decisão do Juízo que ofende os princípios da impessoalidade, moralidade, proporcionalidade e razoabilidade. Perícia que deveria, ordinariamente, ser efetuada em favor de beneficiário da justiça gratuita por perito público ou especialista particular que se sujeitasse às limitações orçamentárias naturais do Estado. Ausência, ademais, de previsão legal para a medida. Precedente. Segurança concedida.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Regional do Tatuapé da Comarca da Capital, proferido em ação de investigação de paternidade *post mortem*, na qual foi determinado o bloqueio e transferência de recursos pertencentes à Fazenda Pública Estadual para o custeio de perícia particular realizada no curso da instrução do aludido processo.

A impetrante alega que determinada pelo Juízo a elaboração de laudo genético com base em material cadavérico a ser realizado por perito particular, a Defensoria Pública do Estado haveria concordado com o custeio dos trabalhos em favor da autora beneficiária da justiça gratuita, desde que observados os limites da tabela própria do órgão. Informa que o Juízo, então, haveria determinado o bloqueio e transferência de valores da Fazenda Pública em favor do perito no

valor original, o que não encontraria qualquer respaldo legal. Argumenta ser ilegal a nomeação pelo Juízo de peritos particulares a serem remunerados peio Estado e que a determinação malferiria os artigos 3º e 12 da Lei n. 1.060/50. Sustenta que, nos termos do artigo 100 da Constituição Federal de 1988, a execução contra os entes públicos deve, necessariamente, pressupor sentença condenatória transitada em julgado e regular expedição de precatório correspondente. Conclui pela concessão da segurança.

Concedida a liminar, vieram aos autos as informações da autoridade coatora, de fls. A Douta Procuradoria Geral de Justiça opina, preliminarmente, pela redistribuição do feito ao Órgão Especial. No mérito, manifesta-se pela concessão da ordem.

A Colenda 6ª Câmara de Direito Privado originalmente não conheceu do mandado de segurança, determinando a remessa do feito ao Órgão Especial como arguição de inconstitucionalidade.

O relator sorteado no Órgão Especial, o eminente Desembargador Maurício Vidigal, por decisão monocrática, não conheceu do incidente de inconstitucionalidade, determinando, então, o retorno dos autos do mandado de segurança a esta 6ª Câmara de Direito Privado.

É o relatório.

2. É caso de concessão da segurança.

Como já havia observado no acórdão anterior relativo a este mesmo feito, o fundamento central empregado pelo juízo para determinar a constrição e transferência de recursos da Fazenda. Pública estadual em favor do perito particular, repousara no reconhecimento da inconstitucionalidade da Deliberação n. 92/2008 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o que, entretanto, não se sustenta.

Isso porque, sendo o custeio de honorários de perito em favor dos assistidos pelos benefícios da justiça gratuita medida absolutamente excepcional – uma vez que nesses casos são institutos públicos e especialistas ligados ao próprio Estado que ordinariamente devem realizar os trabalhos –, é mister os pagamentos obedecerem, como na hipótese tratada nos autos, a restrições claras, objetivas e predeterminadas.

Permitir-se a livre nomeação pelo Juízo de peritos particulares, atribuindo à Fazenda Pública estadual a responsabilidade pelo custeio de seus honorários sem quaisquer restrições, implica em ofensa direta, quando menos, aos princípios da moralidade pública, da impessoalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, todos inscritos no artigo 37 da Constituição Federal, e apiicáveis, de pleno direito, à Administração pública.

No mais, constituindo-se o custeio dos honorários periciais aos beneficiários da justiça gratuita despesa pública a ser prevista no orçamento do órgão pagador, é natural – e necessária! – a sua limitação, em respeito à disponibilidade de

receitas alocadas para esse fim, devendo o perito particular, caso seja de seu interesse, adaptar-se aos limites da remuneração prevista em ato legal pelo Estado, ou então se recusar à feitura do exame.

Em segundo lugar, não bastasse, a ordem de bloqueio *on line* e transferência de recursos correntes do Estado em favor de perito judicial particular, além de não prevista expressamente em lei, ofende a sistemática das requisições de pagamento próprias do sistema financeiro público, permitindo a indevida apropriação, por terceiro, de recursos que, por imposição constitucional, possuem destinação limitada a determinados fins.

Admitir-se tal possibilidade anômala de constrição, na perspectiva da garantia constitucional do acesso universal à justiça, implica em verdadeiramente impossibilitar que um grande número de beneficiários da justiça gratuita obtenha o custeio de perícias particulares, uma vez que subtrai, de forma indevida, uma quantidade muito superior de recursos em benefício de apenas um assistido, o que se revela absolutamente irrazoável.

Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "o Estado não está obrigado a adiantar as despesas com a realização da prova pericial ou reembolsar esse valor ao final da demanda. Caso o perito nomeado não consinta em realizar a prova pericial gratuitamente e/ou aguardar o final do processo, deve o juiz nomear outro perito, devendo a nomeação recair em técnico de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova pericial" (STJ – REsp n. 435448/MG, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.09.2002).

Destarte, revelando-se absolutamente ilegal o ato de constrição e transferência dos recursos da Fazenda Pública em favor do perito particular nomeado pelo Juízo, concedo, no mérito, a segurança já deferida em liminar, para cassar, definitivamente, a determinação encerrada na decisão.

3. Nestes termos, concede-se a segurança.

VITO GUGLIELMI
Relator

Agravo de Instrumento – Licença Prêmio. Concessão a Servidor Celetista. Inaplicabilidade. Deslealdade Processual. Aplicação de Sanção*

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

A Fazenda do Estado de São Paulo, por sua procuradora que esta subscreve, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, interpor o presente recurso de agravo de instrumento contra a r. decisão proferida pelo D. Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública, nos autos da ação de rito ordinário, sob o n. 053.02.001922-2, em que Pedro Candido Gonçalves e outros são autores, requerendo a anexação ao feito da inclusa minuta e das peças trasladadas, cuja autenticidade reconhece.

Requer, ainda, a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso, nos termos do artigo 558 do Código de Processo Civil, e em virtude da grave lesão que pode redundar da decisão agravada, como será a seguir demonstrado.

Nestes termos,
P. Deferimento
São Paulo, 15 de julho de 2009.

CYNTHIA POLLYANNA DE FARIA
Procuradora do Estado

MINUTA DE AGRAVO

Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Agravados: Pedro Candido Gonçalves e outros

* Peça elaborada pela procuradora do Estado de São Paulo Cynthia Pollyanna de Faria Franco.

Egrégio Tribunal.
Douto relator,
Nobres desembargadores.

Os autores moveram ação contra a Fazenda do Estado, perante a 8ª Vara da Fazenda Pública, sob o rito ordinário, pleiteando o reconhecimento do direito a licença-prêmio.

Alegaram, em suma, serem servidores públicos estaduais contratados sob o regime da Lei n. 500/74 e por este motivo fazem jus ao benefício "em igualdade de condições com os estatutários" (sic).

A Fazenda do Estado, finalmente, foi vencida de forma definitiva e o processo *sub judice* encontra-se em momento executório, para cumprimento de obrigação de fazer.

Os autores pleitearam o cumprimento da obrigação de fazer consubstanciados no título executivo judicial que lhes foi favorável.

O pedido foi deferido pelo MM. Juiz, o qual determinou a citação da Fazenda Pública, por oficial de justiça, com prazo de cumprimento de 90 dias, sob pena de imposição de multa diária de R$ 415,00.

No dia 16.02.2009, a Fazenda do Estado de São Paulo apresentou as apostilas devidas dos coautores pertencentes à Secretaria da Saúde, todos vinculados ao regime jurídico disciplinado pela Lei n. 500/74.

Porquanto, durante a fase de cumprimento da decisão judicial, foram identificados alguns autores (José Carlos Barros de Castro, Luzia da Silva de Souza, Pedro Candido Gonçalves, Maria Ines Édige, Nivaldo Firmino da Silva e Neusa Rodrigues de Araújo) como sendo sujeitos ao regime jurídico celetista.

Com base nessa informação, a agravante peticionou, asseverando a impossibilidade de cumprimento da respectiva obrigação de fazer em relação a eles, uma vez que ao contrário do que foi dito na petição inicial, os demandantes referidos estão vinculados à Administração Pública sob o regime da CLT, e não da Lei n. 500/74, inatingíveis, portanto, pelos termos da decisão exequenda (sic).

Nada obstante, adveio a decisão agravada, publicada no *Diário Oficial* do dia 02.07.2009, Caderno 3 Judicial 1ª Instância Capital, nos seguintes termos:

> "Publicação: Edital de Intimação de Advogados Relação n. 0742/2009
> Processo 053.02.001922-2 – Declaratória (em geral) – Pedro Candido Goncalves e outros – Fazenda Pública Estadual –122/02 – Vistos, etc. A Fazenda do Estado não tem razão, com a devida vênia. É certo que os autores, na narrativa feita na inicial, omitiram o fato de que parte deles fora contratada sob o regime da CLT. Mas a requerida suscitou a questão em preliminar, aspecto do qual a r. sentença não se ocupou, pois julgou a ação improcedente. Os autores apelaram, logrando inverter o julgamento. É certo que o v. acórdão deu apenas parcial procedência ao apelo, mas não por conta da questão que a Fazenda do Estado ora argui, e sim porque se

reconheceu o direito somente 'aos quinquênios completados', diferentemente do que haviam pedido os autores. Ora, se os requerentes tiveram provido integralmente, sem distinção relativa à natureza do vínculo que mantêm com a Fazenda Pública, o seu pedido, não cabe à executada deixar de cumprir o julgado, sob pretexto de que a coisa julgada não alcança os celetistas, quanto mais porque não tocou no assunto ao apresentar suas contrarrazões. Entendendo que o v. acórdão teria sido omisso no concernente ao fato de a ação reunir celetistas e servidores admitidos sob o regime da Lei n. 500/74, caberia à requerida obter o esclarecimento em sede de embargos de declaração. Se não o fez, haverá de suportar o ônus disto decorrente. Para fiel cumprimento do julgado, nos termos aqui expostos, assinalo prazo de 45 dias, sob pena de multa, nos mesmos parâmetros já estabelecidos. Int. SP, data retro. Adv: Cynthia Pollyanna de Faria, Moacir Aparecido Matheus Pereira, Aparecido Inácio, Elza Masako Eda, Eber Gilberto Cavalcante Souza."

Pois bem. O presente agravo tem por objeto a determinação judicial mandando cumprir o julgado mesmo em relação àqueles autores celetistas, sob o fundamento de que também em relação a eles operou-se a coisa julgada.

Diante do posicionamento do magistrado e havendo manifesta violação ao disposto no nosso ordenamento jurídico, pretende a reforma do r. *decisum*, atribuindo efeito ativo (em tutela antecipada), a fim de suspender a sua eficácia, por manifesto prejuízo aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

Destarte, inferimos que a leitura atenta de todas as peças processuais nos faz concluir que em nenhum momento os autores noticiaram no processo que, ao contrário do afirmado na exordial, eram trabalhadores regidos pela CLT.

A decisão de 2º grau que reformou a sentença improcedente (título executivo judicial) em nenhum momento faz menção ao fato de haver três dos autores vinculados ao regime da CLT.

Tanto o relatório quanto a fundamentação do v. acórdão em questão pautaram-se no estritos termos da Uniformização de Jurisprudência n. 118.453-5/2-01 do Tribunal de Justiça, a saber: "[...] os servidores públicos estaduais admitidos nos termos da Lei Estadual n. 500/74 têm o direito ao benefício da licença-prêmio [...]."

Inexiste qualquer referência expressa ou ressalva aos pertencentes às disposições constantes na CLT.

Ora, a coisa julgada tem força nos limites da lide, não alcançando aqueles que não integraram o ordenamento questionado.

Assim sendo, a Fazenda do Estado não pode responder pela obrigação de fazer em relação a eles.

Desta feita, verifica-se que na presente ação, os coautores acima identificados não possuem título executivo.

Ademais, mantida a decisão de 1ª instância, haverá manifesta violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa

(só para citar alguns), uma vez que a agravante não elaborou defesa específica em relação à particularidade ora ventilada.

De outra parte, os termos do julgamento exequendo não mencionavam eventual possibilidade do benefício concedido alcançar os trabalhadores celetistas.

Assim é que a presente discussão não foi objeto do processo principal, razão pela qual inapropriada (no mínimo) a sua exigência nesta sede, pena de extrapolar os limites da coisa julgada.

Desta feita, o que pretendem os autores, ora agravados, é alargar os limites da coisa julgada, incorporando direito não reconhecido judicialmente e sequer ventilado em processo de conhecimento, sem a prévia e imprescindível discussão.

Mas não é só.

Cumpre registrar que os autores pertencem à SUCEN, o que torna o pedido nesta fase processual juridicamente impossível.

Neste sentido, a melhor jurisprudência ensina que a "possibilidade jurídica do pedido, a que se refere o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil é a inexistência, no direito positivo, de vedação explícita ao pleito contido na demanda" (STJ – RMS n. 13.343/DF, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fisher, j. 05.02.,2002, deram provimento, v.u., *DJU*, de 25.02.2002).

Ora, alguns coautores são vinculados à autarquia estadual SUCEN, que não foi parte no feito. Só a ela caberia o cumprimento da obrigação de fazer de apostilar no prontuário do servidor o direito reconhecido pela r. decisão exequenda.

De tal sorte que a Fazenda Pública do Estado é parte ilegítima para a causa com relação a eles.

Até o momento não houve o cumprimento da obrigação de fazer, diante da constatação, tão somente na fase de execução, da ilegitimidade de parte da Fazenda do Estado com relação aos coautores vinculados à SUCEN.

Cabe salientar ser imprescindível que a autarquia SUCEN proceda ao apostilamento do título judicial para que surta seus efeitos, porém ela não compôs o polo passivo do feito.

A ação foi contestada e teve seu curso, com a prolação da r. decisão exequenda, tendo por pressuposto as alegações constantes da inicial, notadamente a de que todos os autores seriam servidores públicos estaduais da Lei n. 500/74, sem menção de vinculação a qualquer autarquia e ao regime celetista.

As autarquias têm personalidade jurídica própria e os autores não arrolaram a SUCEN no polo passivo da demanda.

Conforme já aludido acima, a coisa julgada tem força nos limites da lide, entre as partes litigantes, não alcançando terceiros que não a integraram.

A falta de condição da ação, como a legitimidade da parte, pode e deve ser conhecida de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição:

> "Art. 267: 28. 'A ilegitimidade *ad causam*, como uma das condições da ação (art. 267, VI, CPC), deve ser conhecida de ofício (art. 301, § 4º, CPC) e em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3º, CPC), inocorrendo preclusão a respeito.' (*RSTJ* 5/363, maioria).
> Art. 267: 29. 'Acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, não há preclusão para o juiz, a quem é lícito, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, reexaminá-los, não estando exaurido o seu ofício na causa.' (*RSTJ* 54/129)." (Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*, 39. ed., São Paulo; Saraiva, notas 28 e 29 ao artigo 267 do CPC, p. 388).

Assim sendo, a Fazenda do Estado não pode responder pela obrigação em relação a ele, nada devendo ao mesmo, posto que seus vencimentos sempre foram pagos pela SUCEN, que é uma autarquia, dotada de personalidade jurídica e patrimônio próprio, e portanto titular de direitos e deveres.

Nesse sentido, os ensinamentos de Odete Medauar, nos seguintes termos:

> "Para o desempenho de suas atribuições e gestão de seu patrimônio e receita, cada autarquia dispõe de estrutura administrativa própria, internamente hierarquizada, compreendendo um conjunto de órgãos. *Conta, ainda, com quadro próprio de servidores, que não se confundem com os servidores da Administração direta*." (*Direito administrativo moderno*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 78, grifos nossos).

E, ainda, entendimento sufragado pelo saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

> "A jurisprudência dominante tem sustentado que *as autarquias dispondo de patrimônio próprio, respondem individualmente por suas obrigações e sujeitam-se aos pagamentos a que forem condenadas*, sem responsabilidade das entidades estatais a que pertençam [...]." (*Direito administrativo brasileiro*, 18. ed., Malheiros, grifos nossos).

Portanto, verifica-se que na presente ação, os coautores não possuem título executivo contra a SUCEN que, por sua vez, sequer integrou a lide.

Ademais, perfeitamente possível a arguição de ilegitimidade na fase de execução, consoante já decidido pelo E. Tribunal de Justiça:

> "Não se vê, pois, como assinala o despacho de sustentação, por que compelir a Fazenda Estadual a responder por dívida de autarquia.
> Argumentam os agravantes com a existência de coisa julgada, uma vez que a ação foi julgada procedente, operando-se o trânsito em julgado da sentença.
> Sucede, contudo, que a questão debatida se relaciona com uma das condições da ação, a da legitimidade de parte, em relação à qual não se opera preclusão.

Ora, se os agravantes não são servidores públicos estaduais, mas servidores da autarquia, e se o pedido apreciado no processo de conhecimento foi de servidores estaduais em face da Fazenda do Estado de São Paulo, o entendimento possível é o de que a procedência da ação somente se deu em relação aos autores efetivamente servidores estaduais.

No tocante aos demais, que são os agravantes, verifica-se erro material, que torna impossível a execução da sentença contra a agravada." (AI n. 2.777-5/d, rel. Des. Borelli Machado, j. 11.04.1996).

Por todo o exposto, espera e requer a Fazenda do Estado agravante seja o presente recurso conhecido e provido, para o fim de reformar a r. decisão que a intimou a cumprir a obrigação de fazer em 45 dias, em relação aos autores celetistas, sob pena de multa diária, determinando a sua reforma, com a exclusão da obrigação de fazer em relação aos autores que não pertencerem ao regime da Lei n. 500/74, dando por extinta a presente obrigação de fazer, nos moldes do artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil, por ser medida de inteira justiça.

São Paulo, 15 de julho de 2009.

CYNTHIA POLLYANNA DE FARIA
Procuradora do Estado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 940.363-5/9-00, da Comarca de São Paulo, em que é agravante a Fazenda do Estado de São Paulo, sendo agravado Pedro Candido Gonçalves e outros, acordam, em Sétima Câmara de Direito Publico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com aplicação de sanção por deslealdade processual, vencido o terceiro juiz que negava provimento e não declarará o seu voto", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Guerrieri Rezende {Presidente, sem voto), Nogueira Diefenthal e Barreto Fonseca.

São Paulo, 21 de setembro de 2009.

COIMBRA SCHMIDT
Relator

VOTO

Execução de Sentença – Julgado que concede licença-prêmio a litigantes exercentes de função-atividade (Lei n. 500/74) não se aplica a empregados contratados por autarquia estadual sob o regime da CLT que, não obstante autores, não ressalvaram a natureza do vínculo trabalhista, mesmo que tal se tenha apurado apenas em execução. Decisão reformada. Recurso provido, com aplicação de sanção por deslealdade processual.

Tempestivo agravo de instrumento tirado da decisão reproduzida a fl., a qual mandou dar cumprimento ao aresto reproduzido a fl. não apenas no tocante aos servidores exercentes de função-atívidade (Lei n. 500/74) como também àqueles contratados sob o regime trabalhista comum, vinculados à autarquia SUCEN.

Entendeu o MM. Juiz *a quo* que solução diversa contrariaria a coisa julgada, com apoio dos agravados, em sua resposta.

A agravante, de seu turno, considera que a decisão alarga a coisa julgada, motivo suficiente para sua reforma.

Recurso processado no efeito suspensivo.

Contraminuta a fl. É o relatório.

Ao demandar, identificaram-se os agravados, sem exceção, "servidores públicos lotados junto à Secretaria da Saúde, admitidos sob a égide da Lei n. 500/74".

O aresto reconheceu o direito à colimada licença-prêmio aos autores "admitidos e submetidos ao regime funcional da Lei n. 500/74".

Os vencedores ligados à SUCEN e contratados sob o regime trabalhista comum, obviamente, não são "servidores públicos lotados junto à Secretaria da Saúde, admitidos sob a égide da Lei n. 500/74".

Não apenas a coisa julgada não os alcança, como se verifica que se furtaram ao dever de lealdade processual, ao ostentar condição que não possuíam.

Não se diga que ressalvaram sua situação. Não o fizeram. O que se vê a fl. é menção a empregados públicos em transcrição de extrato doutrinário. No primeiro período de fl. reiteraram, expressamente, a condição geral de ocupantes de função-atividade.

Não se pode deixar de ter em mente que, em casos como o dos autos, em que na fase de conhecimento discutem-se basicamente teses de direito que beneficiariam ou não o grupo litigante em litisconsórcio facultativo, certas situações individuais somente podem ser aferidas em execução. Assim, contemplar o que foi incluído indevidamente no grupo é prestigiar a solércia e a malícia, situação com a qual não se há de compactuar.

Dito isto, não apenas provejo o recurso como, com fundamento nos artigos 14, I, II e III, 17, II e III, e 18, *caput*, do Código de Processo Civil, aplico-lhes (aos

celetistas) multas individuais correspondentes a 1% do valor da causa, como tal considerados os créditos relativos aos períodos de licença-prêmio que, indevidamente, tentaram agregar aos respectivos patrimônios funcionais.

COIMBRA SCHMIDT
Relator

Ações de Medicamentos: Atuação Inovadora do Estado de São Paulo no Enfrentamento dessa Questão

Juliana Yumi Yoshinaga[1]

Sumário: 1 Introdução. 2 A tensão entre a judicialização do direito à saúde e a gestão e orçamento das ações e serviços de saúde no Estado de São Paulo. 3 As medidas adotadas pelo Estado de São Paulo. 3.1 Parceria com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo. 3.2 Identificação de demandas forjadas. 3.3 Incorporação de novos medicamentos à lista do SUS. 3.4 Instrumento de trabalho dos procuradores do Estado de São Paulo. 3.5 Pedido administrativo. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o "direito de acesso universal e integral à saúde" (art. 196), e mais acentuadamente a partir do final da década de 1990, passou-se a assistir ao crescente aumento de demandas judiciais destinadas a exigir dos entes públicos a disponibilização das mais diversas prestações materiais na área da saúde (tratamentos, medicamentos, exames, internações, consultas, cirurgias, etc.).

Acolhendo a imensa maioria dessas pretensões, o Poder Judiciário (desde os magistrados de primeiro grau até os ministros do Supremo Tribunal Federal) apresenta forte tendência a determinar que a Administração Pública forneça gratuitamente tudo quanto requerido pelos demandantes, desconsiderando o conteúdo de políticas públicas existentes para a área da saúde.

Aliás, não raras vezes deparamos com decisões judiciais (geralmente em sede de cognição sumária) ordenando que os entes públicos providenciem em tempo ínfimo medicamentos, tratamentos e outros insumos judicialmente pleiteados,

1 Procuradora do Estado de São Paulo.

sob pena de multa diária, determinando a dispensa de procedimento de licitação pública para sua aquisição, ou ainda ameaçando o bloqueio dos orçamentos dos entes federativos.

Esse fenômeno de judicialização indiscriminada do direito à saúde passou a preocupar União, Estados e Municípios, já que o atendimento às ordens judiciais reflete de maneira significativa na organização e no planejamento das políticas públicas de saúde.

Esse cenário não foi diferente no Estado de São Paulo. A necessidade de atendimento urgente a determinações do Poder Judiciário passou a representar importante obstáculo ao gerenciamento administrativo e orçamentário das ações da Secretaria Estadual da Saúde.

Diante disso, inicialmente o Estado de São Paulo adotou estratégias tradicionais, com ênfase na defesa de teses jurídicas (como a da ilegitimidade de parte, da reserva do possível, da separação dos poderes, do princípio da reserva do orçamento público, etc.). Contudo, logo ficou patente que essa postura não apresentava permeabilidade perante o Poder Judiciário, já que o enorme volume de ordens judiciais impondo o fornecimento de insumos, fármacos e tratamentos médicos não cedia.

Preocupada com os abalos gerados na Pasta da Saúde e reconhecendo a especial magnitude e complexidade daquela situação, a Administração paulista investiu em respostas novas para enfrentar a realidade que se impunha.

O objetivo do presente estudo é descrever e analisar as medidas, judiciais e extrajudiciais, adotadas pelo Governo Estadual de São Paulo para reduzir o impacto do fenômeno da judicialização na organização de ações e serviços de saúde.

Portanto, ao invés de tratar da judicialização das questões de saúde enfocando o impasse que envolve, de um lado, as ordens judiciais que determinam o fornecimento indiscriminado de medicamentos e atendimentos de saúde pelos entes federados e, de outro, a limitação dos recursos orçamentários desses mesmos entes, o presente artigo pretende abordar o tema pela perspectiva da busca de soluções ou alternativas para lidar com esse cenário.

2 A tensão entre a judicialização do direito à saúde e a gestão e orçamento das ações e serviços de saúde no Estado de São Paulo

A atual posição da jurisprudência brasileira dominante, que frequentemente, sem audiência prévia dos gestores da saúde e, pior, desconsiderando ações e serviços públicos de saúde, determina o fornecimento indiscriminado de tudo quanto requerido pelos demandantes, possui um efeito desorganizador importante na gestão da saúde pública e no orçamento dos entes federados.[2]

2 Estudioso das decisões do Supremo Tribunal Federal em face das ações de medicamentos, Daniel Wei Liang Wang observa que a Corte sempre entendeu que os custos do direito à saúde e a limitação de recursos públicos para seu atendimento não eram aceitos como argumentos a justificar a negativa de concretização desse direito de natureza constitucional. Em 2008, no

Nesse sentido, Mônica Guise, Daniel Wang e Thana Campos[3] ressaltam que a maioria dos magistrados brasileiros, em seus julgamentos: (i) considera o direito à saúde individual e não coletivamente; (ii) interpreta o direito à saúde e os princípios do SUS como direito a qualquer cuidado relacionado à saúde; (iii) ignora o fato de que a concretização do direito à saúde envolve gastos públicos vultosos; e (iv) não leva em consideração as políticas públicas de distribuição de medicamentos já existentes.

Em razão disso e dos argumentos bastante controvertidos sobre o tema, a discussão acerca da judicialização do direito à saúde vem sendo bastante prestigiada pela doutrina, tendo, inclusive, motivado recente convocação de Audiência Pública n. 4 pelo ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes.[4]

O próprio Ministro Gilmar Mendes, na sessão de abertura dessa audiência pública da saúde, bem sintetizou a constante tensão entre as decisões do Judiciário e a gestão pública das ações e serviços de saúde:

> "O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais

entanto, decisões da Ministra Ellen Gracie, então presidente do Supremo Tribunal Federal, apontavam para uma possível modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. A Ministra reconheceu a não obrigatoriedade do fornecimento pelo Estado de fármacos requeridos, sob o fundamento de que, diante da sabida limitação dos recursos, a racionalização dos gastos públicos era imprescindível para o atendimento do maior contingente possível de pessoas. Contudo, o autor observa que mesmo depois das referidas decisões inéditas, a Corte – e até mesmo a Ministra Ellen Gracie – já decidiu inúmeras vezes nos padrões anteriores, não sendo possível identificar uma linha de argumentação coerente a ser aplicada em casos futuros. (Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Orgs.). *Jurisprudência constitucional*: como decide o STF? São Paulo: Malheiros, 2009. p. 283-284).

3 GUISE, Mônica; WANG, Daniel; CAMPOS, Thana. Access to medicines: pharmaceutical patents and the right to health. In: SHAVER, Lea Bishop (Ed.). *Access to knowledge in Brazil*: new research on intellectual property, innovation and development. New Haven, CT: Information Society Project; Yale Law School, 2008. p. 172.

4 Encontram-se em andamento no Supremo Tribunal Federal pedidos de suspensão de segurança, de tutela antecipada, de liminar, recurso extraordinário já com repercussão geral reconhecida, e também uma proposta da Defensoria-Geral de súmula vinculante sobre o tema. Diante disso, foi convocada, em 05.03.2009, a Audiência Pública n. 4, que ouviu cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS, nos dias 27, 28 e 29.04, e 04, 06 e 07.05.2009. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em: 15 jun. 2009).

das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema."[5]

Também por ocasião dessa audiência pública, Janaína Barbier Gonçalves, procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, destacou:

"Atualmente, no Rio Grande do Sul, 41% do orçamento da Secretaria Estadual da Saúde são gastos com política de assistência farmacêutica, sendo que 87.966 pacientes são atendidos pela via administrativa, e 20.497 pacientes, pela via judicial. Portanto, afere-se que hoje 18,92% do orçamento da assistência farmacêutica do Estado estão sendo administrados pelo Judiciário. [...] Considerando que o caixa para atendimento de demandas administrativas e judiciais é único, a intervenção judicial na área da saúde é hoje um dos óbices para que o Estado consiga atender regularmente a sua demanda administrativa."[6]

Ilustrando a tensão entre as decisões judiciais e os orçamentos públicos e enfatizando a limitação de recursos destinados à saúde e a imprescindibilidade de se realizar escolhas eficientes e complexas, Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira[7] apresentam os custos financeiros de uma situação hipotética, em que para tratar duas enfermidades, hepatite viral crônica C e artrite reumatóide, o sistema público de saúde decidisse abandonar a lista de medicamentos (escolhidos por razões de segurança, eficácia e custo-benefício), oferecendo a todos os portadores dessas doenças os medicamentos mais recentes disponíveis no mercado (interferon peguilado para a hepatite viral crônica C e infliximabe, etanercepte e adalimumabe para a artrite reumatóide).

De acordo com a estimativa desses estudiosos, para atender aos pacientes portadores dessas duas doenças, estimados em 1,9 milhões de pessoas, com base nos dados epidemiológicos (aproximadamente 1% da população), seriam gastos 99,5 bilhões de reais.

Comparando esse valor com o custo total das ações e serviços públicos de saúde dos Municípios, Estados e União, o estudo chegou à impressionante conclusão de que os recursos financeiros necessários para implementar essa política seriam superiores ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde (85,7 bilhões de reais).

---

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n. 4, 2009, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2009.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n. 4, 2009, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2009.

7 FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 52, p. 235-238, 2009.

E não seria preciso imaginar situação hipotética para ilustrar um cenário de distorção e iniquidade. Basta observar o quadro abaixo, em que estão retratados os gastos mensais do Estado de São Paulo com o atendimento de apenas oitenta e oito pessoas que, via Poder Judiciário, conseguiram a condenação do ente público ao fornecimento de cinco fármacos importados que não são comercializados no país.

Tabela 1 - Medicamentos importados fornecidos por determinação judicial

Produto	Nº PAC	Preço Unitário (U$)	Custo Mensal (U$)
ALDURAZYME	26	650	319.800,00
FABRAZYME	21	3.775	354.850,00
ELAPRASE	20	3.490	809.680,00
NAGLAZYME	14	1.519,00	349.370,00
MYOZYME	7	600	182.400,00
TOTAL	**88**		**2.016.100,00**

Fonte: Secretaria Estadual de Saúde (Coordenação de Demandas Estratégicas do Sistema Único de Saúde - CODES)

Para atender a esses oitenta e oito pacientes, o Estado de São Paulo gasta mensalmente US$ 2.016.100,00 (dois milhões, dezesseis mil e cem dólares), ou seja, aproximadamente US$ 22.910,23 (vinte mil, novecentos e dez dólares e vinte e três centavos) por pessoa a cada mês.

De fato, a escassez dos recursos, somada à complexidade das escolhas na seara da saúde, indicam que o fornecimento individualizado de medicamentos via Poder Judiciário pode facilmente conduzir o sistema público de saúde ao colapso.

Nessa linha, o oncologista Paulo Marcelo Gehm Hoff afirmou durante a audiência pública da saúde convocada pelo presidente do Supremo Tribunal Federal que, somente em 2008, o Governo do Estado de São Paulo despendeu 350 milhões de reais para atender a 33 mil pessoas beneficiadas por decisões judiciais proferidas em ações por medicamentos, ao passo que, no mesmo período, para o atendimento de 450 mil pacientes inscritos em projeto governamental denominado "Programa de Dispensação de Medicamentos Excepcionais", foram gastos o equivalente a 1 bilhão e 125 milhões de reais.[8]

Comparando esses dados, fácil concluir que os gastos *per capita* com o atendimento de beneficiários de decisões do Judiciário (R$ 10.600,00 por paciente/ano) são proporcionalmente muito superiores aos destinados ao custeio do programa governamental de saúde (R$ 2.500,00 por paciente/ano), o que inexoravelmente conduz à desorganização das ações e serviços da Pasta.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n. 4, 2009, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Marcelo_Hoff.pdf >. Acesso em: 10 jul. 2009.

Diante desses números e cifras, o Estado de São Paulo decidiu interromper a inércia dessa realidade, que caminhava rapidamente para a insustentabilidade, adotando medidas judiciais e extrajudiciais diferenciadas que serão descritas e analisadas neste artigo.

3 As medidas adotadas pelo Estado de São Paulo

O Estado de São Paulo, acompanhando o cenário nacional, assistia desde o final da década de 1990 ao crescente aumento do volume de ações judiciais que objetivavam a obtenção de fármacos, tratamentos e insumos medicamentosos. Contudo, principalmente a partir de 2004, impressionante escalada do aporte de demandas desse gênero no Judiciário clamava por especial atenção dos gestores.

Essa evolução fica evidente no trabalho apresentado por Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval, que é procuradora do Estado de São Paulo, no "I Fórum das Ações de Medicamentos" (evento interno da Procuradoria do Estado de São Paulo, ocorrido nos dias 16 e 30 de maio de 2008, que reuniu de forma pioneira procuradores do Estado oficiantes em bancas que enfrentam as chamadas ações de medicamentos, a fim de promover a troca de experiências e de traçar bases para uma atuação uniforme, organizada e racional da Procuradoria do Estado de São Paulo nesse tipo de demanda).

Nesse estudo, a autora, analisando somente os processos que compunham sua banca na Procuradoria Judicial, apresenta os resultados do mapeamento das demandas propostas em face do Estado entre 2001 e 2008.[9]

Comparando a proporção de variados tipos de demandas ajuizadas contra o Estado de São Paulo, fica evidente que o número das chamadas "ações de medicamentos", em relação aos demais tipos de ação ajuizada contra o Estado, apresentou considerável incremento nos últimos anos:

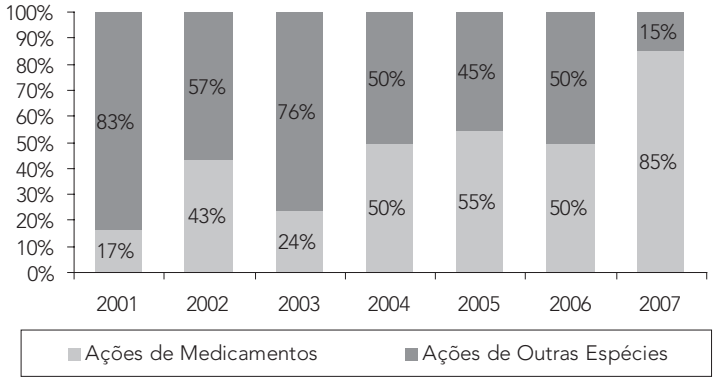


Gráfico 1 - Comparação entre o número das "ações de medicamentos" e demais ações propostas em face do Estado de São Paulo (PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina, p. 4)

9 PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina. Uma análise das ações judiciais nos últimos sete anos. Trabalho apresentado no FÓRUM DAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, São Paulo, 2008. p. 4.

Diante do impacto desse número crescente de ações de medicamentos, em outubro de 2008, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo instituiu dentro da Área do Contencioso da Capital um setor especializado em saúde pública, a 8ª Subprocuradoria da Procuradoria Judicial, que acompanha ações que tramitam perante a primeira instância das varas da Capital e recursos referentes a processos provenientes de todo o Estado.

A Secretaria Estadual de Saúde, por sua vez, investiu na criação de uma equipe multidisciplinar: a Coordenação de Demandas Estratégicas do Sistema Único de Saúde (doravante denominada CODES), que funciona junto ao Gabinete do Secretário Estadual de Saúde.

Esses dois grupos especializados passaram então a se comunicar intensamente, com o objetivo de compreender em profundidade tanto a lógica do funcionamento do sistema público de saúde, quanto as formas de lidar com o fenômeno da judicialização da saúde.

Organizou-se, nesse sentido, uma visita dos procuradores da 8ª Subprocuradoria da Procuradoria Judicial à chamada "Farmácia de Ação Judicial", um centro de distribuição de medicamentos e insumos criados exclusivamente para viabilizar o atendimento das ordens judiciais referentes a processos das comarcas da Grande São Paulo. Foi uma oportunidade de tornar mais concretas as discussões travadas nos processos, já que os procuradores do estado puderam conhecer pessoalmente os esforços e a movimentação gerada pelas inúmeras ações judiciais que chegavam diariamente em seus escaninhos.

Mas o primeiro grande fruto dessa parceria foi a criação e a implantação de um sistema informatizado para o controle das ações, forjado dentro da própria Secretaria Estadual de Saúde (portanto, sem grandes custos), denominado "Sistema de Controle Jurídico" (doravante, SCJ).[10]

Esse *software* concentra um banco de dados com as seguintes informações: nome do paciente, nome do médico prescritor, unidade de saúde de atendimento, tipo de medicamento, material ou tratamento requerido, tipo de enfermidade, dados do processo judicial, nome do advogado do paciente, *status* do atendimento da ordem judicial, eventual condenação solidária com outros entes federados, etc.

O acesso fácil às informações constantes do SCJ permitiu ao Estado de São Paulo uma visão panorâmica da judicialização da saúde e, por isso, foi o grande responsável pela adoção de importantes medidas que se seguiram.

10 Essa experiência de integração entre a Secretaria da Saúde (CODES) e a Procuradoria do Estado de São Paulo (8ª Subprocuradoria) concorreu à 5ª edição do Prêmio "Mario Covas" (2008), com o projeto denominado "Uma parceria inovadora para fazer frente ao fenômeno da 'judicialização das políticas públicas de saúde': a otimização da gestão pública". Trata-se de premiação destinada a incentivar o trabalho dos servidores públicos na busca da modernização administrativa e da excelência em gestão. O projeto saiu como um dos vencedores na categoria "Inovação em Gestão Pública" (Disponível em: <http://www.premiomariocovas.sp.gov.br/2008/conteudo/Premiados2008.html>. Acesso em: 12 jul. 2009).

3.1 Parceria com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Narrando as constatações que se tornaram possíveis com a implantação do SCJ, Luiz Duarte de Oliveira relata que o mapeamento das ações judiciais identificou ser a Defensoria Pública do Estado de São Paulo que mais ajuizava as chamadas ações de medicamentos. Além disso, detectou-se a existência de elevado número de causas patrocinadas pela Defensoria Pública do Estado, cujo pleito envolvia produtos já disponibilizados pela rede pública de saúde.[11]

Diante da identificação dessa litigiosidade, por vezes desnecessária, o Estado adotou a estratégia descrita pelo defensor público do Estado de São Paulo Vitore Maximiano na já mencionada audiência pública n. 4, ocorrida em março deste ano no Supremo Tribunal Federal.[12]

Desde abril de 2008, consolidou-se uma parceria entre a Secretaria do Estado da Saúde e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (restrita ao Município de São Paulo), de acordo com a qual as pessoas que procuram os serviços dos defensores públicos, pretendendo o ajuizamento de demanda por medicamentos e afins, são encaminhadas a uma triagem realizada por técnicos e farmacêuticos da Secretaria de Estado da Saúde, locados dentro do próprio prédio da Defensoria Pública.

Por meio desse atendimento administrativo, quando identificam pedidos de materiais disponíveis no SUS, esses servidores da Secretaria da Saúde indicam ao cidadão o preciso local de sua dispensação. No entanto, caso o medicamento prescrito não conste da lista oficial do SUS, mas exista terapia análoga disponível na rede pública, ela é ofertada ao paciente. E, por fim, nas hipóteses em que o medicamento não padronizado pelo SUS é realmente a única alternativa daquele paciente (de acordo com a avaliação de médico pertencente à Secretaria de Saúde), o fornecimento se dá via procedimento administrativo inaugurado no âmbito da Secretaria de Saúde.

Apresentando os resultados dessa parceria, o defensor público do Estado de São Paulo Vitore Maximiano afirmou que, antes dessas medidas, a unidade da Defensoria responsável por mover ações contra as Fazendas Públicas apresentava, na área de medicamentos, volume aproximado de 150 a 180 ajuizamentos por mês, exclusivamente no Município de São Paulo. E, em abril de 2009, esse número se reduziu para aproximadamente 15 a 18 ações. Ou seja, houve redução de cerca de 90% da litigiosidade.

Nos gráficos abaixo, cotejamos os resultados de levantamento constante do estudo de Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval e Mirian Gonçalves

---

11 OLIVEIRA, Luiz Duarte de. *A judicialização da saúde pública e a experiência paulista*. São Paulo, 2009, p. 6-7. (em elaboração).

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n. 4, 2009, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Vitore_Maximiano.pdf >. Acesso em: 13 jul. 2009.

Dilguerian[13], realizado em abril de 2008 e envolvendo 500 processos judiciais pertencentes ao acervo de uma das bancas da 8ª Subprocuradoria (setor da Procuradoria do Estado especializado em ações de medicamentos), com os números obtidos em recente mapeamento de 232 ações de medicamentos[14] (pertencentes às bancas da 8ª Subprocuradoria) ajuizadas somente na capital, em face do Estado de São Paulo, entre janeiro de 2009 a março de 2009.[15]

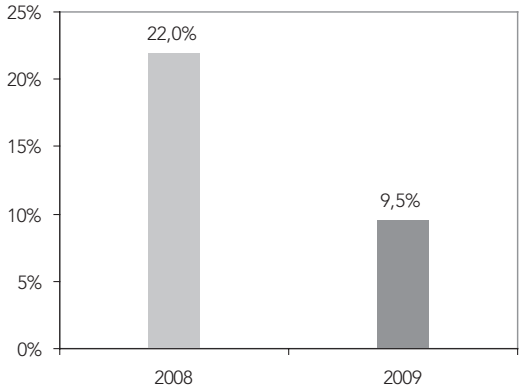


Gráfico 2 – Demandas patrocinadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Analisando os percentuais apresentados nos gráficos, nota-se que o número de ações de medicamentos propostas pela Defensoria Estadual reduziu drasticamente.

13 PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina; DILGUERIAN, Mirian Gonçalves. *A experiência paulista na concretização das regras constitucionais ligadas à saúde pública*. São Paulo, 2009, p. 10 (em elaboração).

14 Esse universo de 232 processos analisados não abrange todas as ações distribuídas nas varas da capital durante o período. A pesquisa de campo foi realizada durante finais de semana nas dependências da já mencionada 8ª Subprocuradoria, mediante análise de pastas administrativas (espelhos dos autos judiciais). Assim, por várias razões, não foi possível consultar 41 pastas referentes a novas ações do período. Não obstante essa limitação, a referida amostragem é suficiente para fornecer uma ideia geral das atuais características das demandas do gênero.

15 Importante frisar que a comparação entre os resultados das pesquisas pretende somente proporcionar uma visão geral para possibilitar a identificação dos efeitos mais evidentes provocados pela mudança de postura do Estado de São Paulo. Por isso, certo é que a comparação realizada não observou padrões rigorosos: foram cotejados dados de mapeamento referente a uma das bancas da 8ª Subprocuradoria com resultados de levantamento que analisou novos processos da 8ª Subprocuradoria como um todo. No entanto, para os fins deste artigo, partimos do pressuposto de que, a rigor, as características dessa banca da 8ª Subprocuradoria não diferem de modo significativo das características das demais bancas do setor.

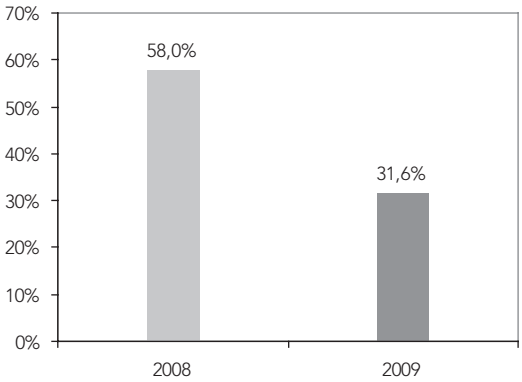


Gráfico 3 – Medicamentos já fornecidos pelo SUS

Além disso, outros resultados eventualmente podem ser atribuídos a essa parceria, como a redução de casos em que o demandante requer materiais ou medicamentos já fornecidos pelo SUS, porque, como já observado, havia a percepção de que a Defensoria Estadual patrocinava muitos casos em que os demandantes requeriam medicamento já disponibilizado pela rede pública.

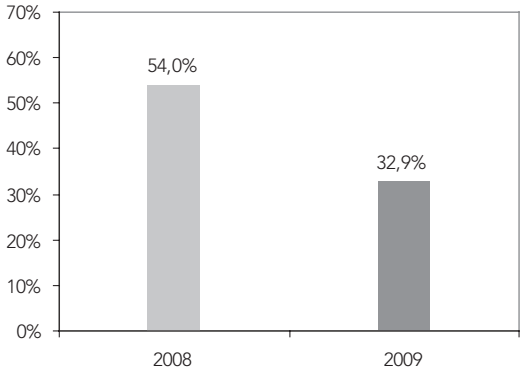


Gráfico 4 – Receitas provenientes da rede pública de saúde

A redução de demandas baseadas em receitas médicas provenientes da rede pública de saúde pode também ser apontada como reflexo dessa parceria, já que geralmente pessoas assistidas pela Defensoria Pública são também usuárias dos serviços do SUS.

3.2 Identificação de demandas forjadas

O interesse da indústria farmacêutica na inclusão de medicamentos de sua fabricação na lista do SUS não pode ser negligenciado. Nesse sentido, o Conselho

Nacional de Secretários de Saúde[16], descrevendo estratégia das empresas do ramo para obtenção de nova patente e aumento de seus lucros pela exclusiva comercialização do produto, menciona que "muitos dos lançamentos no mercado são de medicamentos com pequenas alterações ou adições nas moléculas já disponíveis [...] com custo/tratamento significativamente superiores ao seu antecessor e desproporcionais em relação à resposta obtida no tratamento".

Ainda consoante o Conselho Nacional de Secretários de Saúde[17], as indústrias investem em estratégias de *marketing* para apresentar tais medicamentos como a última geração no tratamento de certa enfermidade, persuadindo a classe médica e grupos específicos de usuários de suas características inovadoras e "ressaltando-se de forma desproporcional suas vantagens em relação à terapêutica instituída ou a produto já ofertado pelo SUS".

Nessa linha, relevante frisar a delicada proximidade entre laboratórios farmacêuticos e médicos, que é ilustrada por Eduardo Appio[18]: o desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul teria consultado o renomado oncologista Carlos Barrio antes de condenar o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre ao fornecimento do medicamento Herceptin, comercializado no Brasil pelos Laboratórios Roche a R$ 132.000,00. Contudo, segundo o autor, "além de publicar artigos na revista médica da referida indústria, o referido médico, em datas recentes (18 a 20 de setembro de 2008) foi um dos coordenadores de um encontro internacional sobre o tema em Gramado-RS (Hotel Serrano), patrocinado por indústrias fabricantes de medicamentos".

Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas[19], em estudo que mapeou entre 27.03.2008 e 26.04.2008 o perfil dos beneficiários de decisões judiciais atendidos pela já citada Farmácia de Ação Judicial da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, destacam outra faceta dessa complexa rede de relações.

De acordo com essa pesquisa, 21,25% das ações analisadas foram propostas por advogados particulares financiados por organizações não governamentais, sendo que a maioria dos demandantes (67,65%) não sabia nem ao menos declinar o nome da associação que patrocinou sua demanda judicial. Assim, ponderam os estudiosos que, embora não exista prova conclusiva de que organizações não governamentais sejam patrocinadas pela indústria farmacêutica, difícil acreditar

16 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Assistência farmacêutica*: medicamentos de dispensação em caráter excepcional. Brasília: Conass, 2004, p. 18. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta5.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2009.

17 Ibidem, p. 18.

18 APPIO, Eduardo. Um negócio de bilhões. *Espaço Vital*, Porto Alegre, fev. 2009. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14009>. Acesso em: 12 jul. 2009.

19 SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the right to health in brazilian courts*: the exclusion of the already excluded. p. 11. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620>. Acesso em: 13 jul. 2009.

que uma associação independente não somente se ofereça para ajudar gratuitamente cidadãos, como também arque com os custos de suas demandas judiciais.

Daí porque, para o enfrentamento desse intrincado cenário, é de inestimável valor o acesso proporcionado pelo *software* SCJ a uma visão global das ações de medicamentos.

De fato, permitindo o cruzamento de dados que antes eram percebidos apenas individual e isoladamente, o *software* tornou simples detectar a coincidência recorrente entre a enfermidade narrada, o medicamento requerido (e o laboratório farmacêutico interessado), o advogado patrocinador da causa e o médico prescritor.

Esse monitoramento e a possibilidade de identificar ações orquestradas que enxergam na judicialização das ações e serviços de saúde fonte infinita de obtenção lucros, em detrimento do erário e da saúde da população, resultou na operação policial "Garra Rufa" que, em 01.09.2008, identificou três organizações criminosas, integradas por médicos, advogados, organização não governamental e representantes de laboratórios, que atuavam na região do Município de Marília.

Naquela oportunidade, o jornal *Folha de S. Paulo*[20] noticiou a prisão de nove pessoas: um médico, dois advogados, dois membros da organização não governamental "Associação dos Portadores de Vitiligo e Psoríase do Estado de São Paulo" e quatro funcionários dos laboratórios farmacêuticos Wyeth, Mantecorp e Merck Serono.

De acordo com as investigações, o objetivo do bando era obter lucro fácil, mediante ajuizamento de ações contra o Poder Público, requerendo fármacos que não constam dos programas oficiais de saúde e são fabricados pelos três laboratórios farmacêuticos envolvidos.

Com efeito, embora o SUS forneça gratuitamente três medicamentos para o tratamento da doença, cujos preços variam entre R$ 50,00 e R$ 1.000,00, os advogados da quadrilha forjavam prescrições médicas para obrigar o Estado de São Paulo, por meio de ações judiciais, a adquirir remédios com custo mensal de aproximadamente R$ 5.000,00 por paciente.

Apenas em 2008, a Secretaria de Saúde do Estado atendeu a 3.800 ordens judiciais, dentre as quais 2.500 com origem fraudulenta, gerando um prejuízo estimado em 63 milhões de reais.

Os prejuízos ao Tesouro Paulista foram evidentes; no entanto, as maiores vítimas da quadrilha foram alguns dos autores das demandas judiciais, que foram medicados sem apresentar qualquer tipo de enfermidade.

Nesse sentido, o procurador do estado Thiago Pucci Bego, atuante na Regional de Marília, afirmou, em entrevista concedida à Associação dos Procuradores do Estado, que conseguiu contatar quatro pessoas, bastante humildes, que figuravam como demandantes de ações propostas na Comarca de Quatá: dois deles

20 WESTIN, Ricardo; KAWAGUTI, Luis. Nove são presos acusados de aplicar o "golpe do remédio". *Folha de S. Paulo*, de 02 set. 2008, Cotidiano.

revelaram não serem portadores de psoríase e nenhum deles tinha conhecimento de que eram autores das demandas em face do Estado.[21]

3.3 Incorporação de novos medicamentos à lista do SUS

Ainda em razão do banco de dados disponível no SCJ, foi possível perceber a recorrência de alguns pleitos legítimos e, com isso, atualizar de forma criteriosa a lista oficial do SUS (incorporando novos produtos aos programas já existentes), e até mesmo criar protocolos para tratamento de diversas enfermidades antes não abrangidas pelas políticas públicas anteriores.

Luiz Duarte de Oliveira[22] afirma, nessa linha, que o constante monitoramento de ações judiciais que tinham por objeto medicamentos que, por sua comprovada eficiência e segurança, mereciam incorporação por programas públicos de saúde, permitiu ao gestor público estabelecer regras técnicas para racionalizar sua dispensação. Elenca o autor, nesse sentido, programas oficiais de assistência farmacêutica do Estado de São Paulo cuja origem foi estimulada pelas demandas judiciais:

- Prevenção da infecção pelo vírus sincicial respiratório: Resolução SS-249, de 13.07.2008;
- Doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC): Resolução SS-278, de 26.07.2008;
- Norma técnica para utilização de aripiprazol: Resolução SS-295, de 04.09.2008;
- Protocolo para tratamento dos portadores de hipertensão arterial pulmonar: Resolução SS-321, de 30.10.2008;
- Norma técnica para tratamento de hepatite B crônica: Resolução SS-40, de 31.03.2006;
- Norma técnica para tratamento da hepatite C crônica: Resolução SS-39, de 31.03.2006;
- Protocolo clínico da dispensação de fórmulas infantis para pacientes com alergia à proteína do leite de vaca: Resolução SS-3436, de 27.11.2008.

3.4 Instrumento de trabalho dos procuradores do Estado de São Paulo

Além de conter a referida reunião de dados que possibilitou a adoção das medidas acima descritas, esse sistema informatizado disponibiliza aos procuradores do estado responsáveis por realizar a defesa do Estado de São Paulo nesses processos acesso a relatórios com informações técnicas específicas sobre o caso consultado.

Nesse relatório técnico, os médicos e farmacêuticos do CODES informam, por exemplo, se o medicamento requerido é registrado na ANVISA, se é comer-

21 MARÍLIA: procuradores foram fundamentais para desmascarar o "golpe do remédio". Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, São Paulo, 03 set. 2008. Disponível em <http://www.apesp.org.br/Associado/golpe_remedios.htm>. Acesso em: 12 jul. 2009.

22 OLIVEIRA, Luiz Duarte de, *A judicialização da saúde pública e a experiência paulista*, cit., p. 8-9.

cializado no país, se realmente apresenta benefícios ao tratamento da enfermidade apresentada, se possui contraindicação para o caso, se é fornecido pela rede pública, se existe alternativa terapêutica disponível na rede pública, se consta registro de pedido administrativo anterior formulado pelo autor, etc.

O acesso *on line* dos procuradores do estado às informações técnicas disponibilizadas no SCJ significou, por um lado, economia de tempo, e, por outro, inegáveis ganhos de qualidade nas defesas apresentadas pelo Estado de São Paulo.

O ganho de tempo e desburocratização no acesso às informações foi evidente, pois no lugar de infindável troca de ofícios entre os órgãos da Administração Pública, a consulta *on line* aos relatórios técnicos disponibiliza com agilidade e eficiência informações médicas necessárias à elaboração da defesa do ente federado.

Além disso, antes da criação do SCJ, as defesas do Estado de São Paulo eram principalmente alicerçadas em teses jurídicas de praticamente nenhum êxito perante o Judiciário, como a preliminar de ilegitimidade de parte (negando a responsabilidade que pela organização do SUS não seria de sua alçada, mas de outro ente federativo), a invocação do princípio constitucional da separação dos poderes (que impediria a ingerência judicial em matéria de gestão pública e de discricionariedade administrativa).

Isso provavelmente se devia, por um lado, à dificuldade dos procuradores do estado em identificar material idôneo (em sítios eletrônicos ou livros especializados) para embasar defesa que abordasse questões técnicas acerca da enfermidade ou do fármaco requerido.

Por outro lado, a falta de familiaridade com a linguagem médica, e mesmo o fato de que os dados encontrados nas fontes disponíveis eram demasiadamente genéricos e não necessariamente aplicáveis ao caso analisado, tornavam temerária a defesa dessas teses de cunho técnico.

A ausência de informações ou contra-argumentos de ordem médica certamente tornava ainda mais difícil algum êxito da defesa do ente público perante os magistrados, já que as teses jurídicas eram por eles frequentemente rechaçadas e o relatório médico apresentado pelo demandante restava inconteste.

No entanto, atualmente, a realidade é bastante diversa, pois os relatórios técnicos elaborados pelo CODES trazem análise individual de cada demanda, sendo fontes confiáveis de informações relevantes e fortes argumentos de defesa do Estado.

Inclusive, no já mencionado evento da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, o "I Fórum de Ações de Medicamentos", conduzido por procuradores do setor especializado (8ª Subprocuradoria), e tendo como participantes convocados procuradores de todo o Estado, enfatizou-se a necessidade de readequar a abordagem do tema nas defesas do Estado, para que toda negativa de fornecimento seja embasada em argumentos individualizados e específicos do caso concreto.[23]

23 FÓRUM DAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2008, São Paulo.

A respeito dessa relevante preocupação, vale mencionar trecho da fala do então Procurador Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, na já citada audiência pública da saúde, quando observa ser imprescindível que União, Estados, Distrito Federal e Municípios elaborem defesas não somente circunscritas a aspectos processuais ou exclusivamente jurídicos, mas que abordem questões fáticas que apresentem as nuances de cada caso, o que denominou de "efetiva defesa".[24]

Gustavo Amaral e Danielle Melo[25], abordando o mesmo assunto, frisam a necessidade de o Estado se organizar para explicitar e justificar suas escolhas perante o Poder Judiciário, demonstrando a utilização de critérios razoáveis que convençam os magistrados da coerência da disponibilização de uma terapia, e não de outra.

3.5 Pedido administrativo

A mais recente estratégia adotada pelo Governo do Estado de São Paulo para lidar com o fenômeno da judicialização do direito à saúde é a implementação de serviço provisoriamente denominado "pedido administrativo"[26], que foi oficialmente inaugurado em 10.08.2009.

A ideia é criar uma instância administrativa para fornecimento espontâneo de medicamentos não padronizados pelo SUS, a ser considerada condição de procedibilidade das ações por medicamentos.

Para o atendimento administrativo, o paciente deve comparecer a um posto localizado no bairro paulistano Baixada do Glicério, junto às instalações da Farmácia de Alto Custo Várzea do Carmo, munido de receita médica proveniente da rede pública ou privada.

Nesse local, é realizado imediato cadastro do paciente, com anotação dos produtos pleiteados. Caso se trate de material já padronizado pelo SUS, será indicado local próprio para sua retirada. Cuidando-se de produto não padronizado, mas para o qual exista alternativa terapêutica fornecida pelas farmácias do complexo, o paciente será orientado a consultar seu médico sobre a viabilidade de modificar a prescrição.

Por fim, caso o medicamento não seja padronizado e nem haja alternativa terapêutica fornecida pelo SUS, a pessoa será orientada a entregar ao médico prescritor um laudo de requerimento administrativo para preenchimento.

---

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n. 4, 2009, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_Barros_e_Silva_de_Souza___ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2009.

25 AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais sociais*: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 107.

26 OLIVEIRA, Luiz Duarte, *A judicialização da saúde pública e a experiência paulista*, cit., p. 11.

Nesse laudo, o profissional deve informar sobre o quadro clínico e diagnóstico encontrado, as terapias medicamentosas às quais o paciente já foi submetido, seus resultados, o princípio ativo almejado (sem possibilidade de indicar marcas) e as justificativas técnicas do tratamento indicado. Afora isso, cabe também ao médico do paciente definir, mediante argumentos de ordem eminentemente técnica, eventual urgência para apreciação daquele pleito administrativo.

Mencionado pedido administrativo será analisado por equipe técnica multidisciplinar da Secretaria Estadual de Saúde, composta por médicos e farmacêuticos. Demonstrado tecnicamente que as terapias disponibilizadas pelo sistema público são úteis ou eficazes para o tratamento daquele enfermo, o fornecimento requerido lhe será excepcionalmente franqueado. Caso contrário, a Secretaria de Saúde negará o pleito administrativo. Qualquer que seja o resultado da avaliação realizada pela equipe multidisciplinar, ele será enviado ao paciente por telegrama.

Resta, portanto, patente que embora a implantação dessa via administrativa a princípio implique o aumento no fornecimento de medicamentos pelo Estado de São Paulo, já que, se demonstrada a real necessidade, é possível obter medicamento não padronizado pelo SUS, a adoção dessa estratégia não objetiva atender indiscriminadamente a todos os pedidos administrativos formulados. Muito ao contrário, cuida-se de tentativa de racionalizar o fornecimento de medicamentos pelo Estado, selecionando as demandas que alcançarão a via judicial.

Com efeito, transformando o pedido administrativo em condição de procedibilidade das ações por medicamentos, como já vem ocorrendo em algumas Varas da Fazenda Pública da Capital, o Estado pretende modificar cenários atualmente recorrentes:

a) sendo a negativa de atendimento administrativo embasada em argumentos técnicos, as demandas que aportarem ao Judiciário não poderão apresentar como causa de pedir a genérica negativa do ente estatal em disponibilizar assistência farmacêutica;

b) o acesso inicial às razões que levaram o ente estatal a negar o pedido administrativo deduzido munirá o juízo da causa, ainda em sede de antecipação de tutela (invariavelmente requerida), de elementos técnicos para decidir com maior segurança;

c) como existe estrutura própria para a formalização do pedido administrativo e a resposta negativa da equipe técnica é documentada por telegrama, os demandantes não poderão afirmar que tiveram seu pedido administrativo verbal e imotivadamente negado por funcionário da Secretaria da Saúde não identificado;

d) a análise administrativa do pleito cria controvérsia fática, que não prescinde de fase instrutória para ser dirimida; portanto, a via do mandado de segurança deixa de ser opção para o demandante, que deve comprovar exaustivamente a necessidade do medicamento pleiteado;

e) na seara administrativa, o pedido deve se cingir ao princípio ativo do medicamento, sendo vedada a escolha de marca, laboratório, formato, etc.; assim, ainda que o embate judicial seja inevitável, coíbem-se as chamadas demandas dirigidas ou artificiais de que tratamos anteriormente.

Embora a inauguração oficial desse serviço tenha sido bastante recente, a Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo vinha implementando o atendimento administrativo desde 2007. Assim Luiz Duarte de Oliveira ressalta a redução da litigiosidade após a instituição dessa esfera administrativa:

> "Análise feita em janeiro de 2009 no sistema informatizado de gestão das ações por medicamentos mostra sensível redução das ações ajuizadas na Capital do Estado, por conta do incremento da via dos pedidos administrativos: em 2006 foram ajuizadas 4.123 ações e formalizados 451 pedidos administrativos. Em 2007, foram 3.996 ações judiciais e 646 pedidos administrativos, e em 2008, 3.098 ações e 1.945 pedidos administrativos. O decréscimo de 25% do número de ações ajuizadas na cidade de São Paulo, no período de dois anos, dá conta que muito já se realizou, mas que muito existe também por realizar."[27]

4 Conclusão

Este artigo abordou o tema da judicialização do direito à saúde pela perspectiva do desafio da busca de alternativas, judiciais e extrajudiciais, para lidar com esse fenômeno.

Identificadas algumas dificuldades decorrentes do movimento da judicialização do direito à saúde, foram descritas medidas inovadoras adotadas pela Administração do Estado de São Paulo no enfrentamento dessa complexa realidade, que envolve interesses variados e, muitas vezes, conflitantes.

Nessa linha, detalharam-se estratégias, como a parceria entre a Secretária do Estado da Saúde e a Defensoria Pública do Estado, a criação do *software* SCJ, o trabalho de identificação de demandas forjadas, a atualização da lista de medicamentos do SUS e a disponibilização de relatório técnico para embasar as defesas judiciais do Estado.

Da análise dessa experiência paulista, infere-se que a tentativa de solucionar as tensões entre a limitação dos recursos públicos e a infinidade de carências relacionadas à saúde da população, por envolver escolhas complexas, não prescinde do diálogo e de ações conjuntas dos diversos setores da sociedade.

Além disso, esse desafio demanda crescente investimento, por parte do Estado, em tecnologias e métodos de racionalização dos dados relacionados à judicialização, para diferenciar legítimas demandas, que devem ser na medida do possível incorporadas pelas políticas públicas, das patrocinadas por verdadeiras redes criminosas interessadas em enriquecer às custas do erário.

27 OLIVEIRA, Luiz Duarte de, *A judicialização da saúde pública e a experiência paulista*, cit., p. 14.

5 Referências

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais sociais*: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87-109.

APPIO, Eduardo. Um negócio de bilhões. *Espaço Vital*, Porto Alegre, fev. 2009. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14009>. Acesso em: 12 jul. 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Assistência farmacêutica*: medicamentos de dispensação em caráter excepcional. Brasília: Conass, 2004. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta5.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 2.577, de 27 de outubro de 2006. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria2577_13nov2006.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n. 4, ocorrida nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em: 15 jun. 2009.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 52, p. 223-251, 2009.

GUISE, Mônica; WANG, Daniel; CAMPOS, Thana. Access to medicines: pharmaceutical patents and the right to health. In: SHAVER, Lea Bishop (Ed.). *Access to knowledge in Brazil*: new research on intellectual property, innovation and development. New Haven, CT: Information Society Project; Yale Law School, 2008. p. 165-213.

MARÍLIA: procuradores foram fundamentais para desmascarar o "golpe do remédio". Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, São Paulo, 03 set. 2008. Disponível em <http://www.apesp.org.br/Associado/golpe_remedios.htm>. Acesso em: 12 jul. 2009.

OLIVEIRA, Luiz Duarte. *A judicialização da saúde pública e a experiência paulista*. São Paulo, 2009 (em elaboração).

PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina. Uma análise das ações judiciais nos últimos sete anos. Trabalho apresentado no FÓRUM DAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, São Paulo, 2008.

PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina; DILGUERIAN, Mirian Gonçalves. A experiência paulista na concretização das regras constitucionais ligadas à saúde pública. São Paulo, 2009. (em fase de elaboração).

SILVA, Virgílio Afonso da; Terrazas, Fernanda Vargas. *Claiming the right to health in brazilian courts*: the exclusion of the already excluded. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620>. Acesso em: 13 jul. 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Orgs.). *Jurisprudência constitucional*: como decide o STF? São Paulo: Malheiros, 2009. p. 275-300.

WESTIN, Ricardo; KAWAGUTI, Luis. Nove são presos acusados de aplicar o "golpe do remédio". *Folha de S. Paulo*, de 02 set. 2008, Cotidiano.

Segurança Jurídica e Súmula Vinculante: Considerações sobre a Súmula Vinculante n. 4

Mirna Natalia Amaral da Guia Martins[1]

Sumário: 1 Introdução. 2 Súmula vinculante. 3 A Súmula Vinculante n. 4. 3.1 Os debates. 3.2 Os precedentes. 4 Repercussão da Súmula Vinculante n. 4 no Tribunal Superior do Trabalho. 5 Repercussão da Súmula Vinculante n. 4 no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 6 Discussão. 7 Conclusões. 8 Referências.

1 Introdução

A súmula vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004[2], com o objetivo de salvaguardar a segurança jurídica, a isonomia e a celeridade processual. Ao estabelecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre matérias constitucionais de direito, tornando a exegese fixada obrigatória para o Poder Judiciário e Executivo, objetivou-se resgatar a efetividade do devido processo legal.[3]

A súmula vinculante "tem como finalidade primordial eliminar a insegurança jurídica decorrente da aplicação concomitante por juízos diversos de variantes interpretativas de um mesmo comando normativo"[4]. Acredita-se que a ado-

1 Procuradora do Estado de São Paulo, em exercício na Coordenadoria dos Serviços Jurídicos da PGE no Hospital das Clínicas da Faculdade Medicina da Universidade de São Paulo.

2 E disciplinada pela Lei n. 11.417/2006.

3 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Súmula Vinculante e a Lei 11.417 de 2006: apontamentos para compreensão do tema. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 111-123, jan./mar. 2007.

4 LAURINO, Salvador Franco de Lima. O princípio do duplo grau de jurisdição, a súmula vinculante e transcendência no recurso de revista. In: NAHAS, Thereza Christina (Coord.). *Princípios de direito e processo do trabalho*: questões atuais. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2009. p. 99-117.

ção da súmula de efeito vinculante poderá trazer certeza e segurança às relações jurídicas.[5]

Entende-se que os principais valores do direito são a justiça e a segurança jurídica, a primeira atuando na promoção da justiça no caso concreto, a segunda, conferindo estabilidade coletiva.[6]

O princípio da segurança jurídica se compõe de três valores gerais, a saber, a estabilidade, a certeza e a previsibilidade. A previsibilidade é a segurança jurídica reduzida a uma dimensão mais concreta e voltada a uma finalidade específica, inspirada no ideal de uma ordem jurídica clara e bem definida, previsível a quem tem obrigação de segui-la.[7]

A segurança jurídica relaciona-se, portanto, à aplicação das normas de forma estável e previsível, de forma que a norma geral se transforma em norma individual e específica para o caso concreto.[8]

Pretende-se através do presente estudo tecer algumas considerações a respeito da aplicação da Súmula Vinculante n. 4 às demandas jurídicas que versam sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, notadamente se a aplicação da mencionada súmula logrou pacificar a questão, trazendo segurança jurídica e isonomia para os jurisdicionados.

2 Súmula vinculante

A outorga de caráter vinculativo a decisões judiciais surgiu como uma solução para a dispersão dos julgados que caracteriza nossa realidade, já que julgamentos repetitivos e desvinculados maculam a eficácia e a eficiência do Poder Judiciário.[9]

A súmula vinculante foi inspirada no modelo do precedente judicial anglo-saxão (*common law*) em que a primeira decisão sobre certo tema atua como parâmetro para os demais casos semelhantes.[10]

---

5 AZEVEDO, Marco Antonio Duarte. *Súmula vinculante*: o precedente como fonte do direito. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009. p. 136-138. (Série Estudos, n. 17).

6 ROBINSON, Carlos Alberto. A efetividade da súmula vinculante n. 4 do STF e suas repercussões na esfera trabalhista. *O Trabalho*, Curitiba, Encarte n. 147, p. 4.995-5.018, maio 2009.

7 FREIRE, Fernando José de Barros. *Previsibilidade dos efeitos do direito e segurança jurídica*. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

8 CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. *Segurança jurídica e vinculação das decisões judiciais*: análise da relação entre a formação da coisa julgada e a súmula vinculante no direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. Efeito vinculante das decisões judiciais. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 2, p. 1.122-1.128.

10 LAURINO, Salvador Franco de Lima, O princípio do duplo grau de jurisdição, a súmula vinculante e transcendência no recurso de revista, cit.

No sistema jurídico da *common law*, o direito existe para resolver questões concretas e não para ser um edifício lógico e sistemático. Nos Estados Unidos e na Inglaterra o principal ponto do sistema é a denominada *doctrine of stare decisis*[11], também chamada *doctrine of precedents* (*regra do precedente*). "*Precedent é* a única ou várias decisões de um *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados."[12]

A decisão que cria o precedente tem um efeito entre as partes (decidindo o caso *sub judice*) e tem um efeito além das partes e da questão resolvida, pois cria o precedente para casos futuros. "O precedente não é uma regra abstrata, mas uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual o conhecimento das razões da decisão é imprescindível"[13]. Assim, obriga a utilização em futuros casos iguais ou semelhantes.

O constituinte reformador, inspirando-se portanto no precedente judicial anglo-saxão, ao adaptar a *regra do precedente* ao nosso sistema, através da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que introduziu o artigo 103-A na Constituição Federal, atribuiu efeito vinculante ao enunciado da súmula da jurisprudência. Ressalte-se que o enunciado da súmula corresponde à síntese de um entendimento assentado pelo tribunal, consoante se depreende do artigo 102 da Constituição Federal.

3 A Súmula Vinculante n. 4

A controvérsia que se pretendeu pacificar com a edição da Súmula Vinculante n. 4 diz respeito à possibilidade de utilização do salário-mínimo como base de cálculo de vantagem pecuniária de servidor público ou empregado.

Inserida dentro dessa questão jurídica mais abrangente situa-se a discussão sobre a possibilidade do adicional de insalubridade ser calculado nos termos do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), *in verbis*:

> "Artigo 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo."

11 Da expressão *stare decisis et non quieta movere*: que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões.

12 SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common law*: introdução ao direito dos Estados Unidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 37-57.

13 Ibidem, p. 40-41.

Ressalte-se que antes da Constituição Federal de 1988 era possível ao Poder Legislativo aprovar leis que vinculassem determinado direito ao salário-mínimo[14]. Entretanto, com o advento da vedação contida no artigo 7º, IV, da Constituição Federal questionou-se se o artigo 192 da CLT teria sido recepcionado pela Carta Magna, ou seja, se o adicional de insalubridade poderia ter como base de cálculo o salário-mínimo.

Inúmeras ações judiciais versando sobre essa questão vêm sendo ajuizadas desde então, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal, pretendendo pacificar a questão, editou a Súmula Vinculante n. 4, que tem a seguinte redação: "Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial."

A redação da Súmula Vinculante n. 4 tem sido criticada por diversos doutrinadores, pois se de um lado veda a utilização do salário-mínimo, de outro, impede o julgador de fixar outra base de cálculo qualquer.[15]

A doutrina majoritária entende que o Supremo Tribunal Federal, no tocante a Súmula Vinculante n. 4, utilizou-se da técnica de "declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade", ou seja, que prevalece provisoriamente a eficácia da lei considerada inconstitucional até que o legislador crie nova lei. Assim, a base de cálculo do adicional de insalubridade, enquanto permanecer a omissão legislativa, é determinada pelo artigo 192 da CLT.[16]

3.1 Os debates

Da análise dos debates para aprovação da Súmula Vinculante n. 4, que integram a ata da 10ª Sessão Ordinária do Plenário, realizada em 30 de abril de 2008[17], fica claro que o objetivo da edição da súmula vinculante é pacificar o entendimento referente à questão do salário-mínimo usado como indexador da economia.

A preocupação com a segurança jurídica e o objetivo de efetivamente fixar um entendimento a ser seguido obrigatoriamente por todas as esferas do Poder Judiciário fica evidente com o pronunciamento do presidente Ministro Gilmar Mendes:

14 CREMONESI, André. A base de cálculo do adicional de insalubridade e a súmula vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, ano 45, n. 153, p. 735-737, 2009.

15 ROBINSON, Carlos Alberto, A efetividade da súmula vinculante n. 4 do STF e suas repercussões na esfera trabalhista, cit., p. 4.995-5.018.

16 CREMONESI, André, A base de cálculo do adicional de insalubridade e a súmula vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 737.

17 STF – *DJe* n. 105/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 22 jan. 2010.

> "Senhores Ministros, registro que esta decisão repercute sobre quinhentos e oitenta processos no Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, pelas informações provisórias, algo em torno de dois mil, quatrocentos e cinco processos. Vejam, portanto, o alcance dessa decisão e desse novo procedimento que estamos a declarar."

Nota-se ademais, claramente, que a questão referente à base de cálculo do adicional de insalubridade está entre as questões que se pretende pacificar com a edição da súmula. Nesse sentido a manifestação do Ministro Marco Aurélio de Melo: "E levará o Tribunal Superior do Trabalho, meu ex-tribunal, à revisão de um verbete de súmula que admite o cálculo a partir do salário-mínimo."

3.2 Os precedentes

O sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal[18] indica como precedentes da Súmula Vinculante n. 4 os seguintes julgados: RE n. 236.396 (*DJ*, de 20.11.1998); RE n. 208.684 (*DJ*, de 18.06.1999); RE n. 217.700 (*DJ*, de 17.12.1999); RE n. 221.234 (*DJ*, de 05.05.2000); RE n. 338.760 (*DJ*, de 28.06.2002); RE n. 439.035 (*DJe* n. 55/2008, em 28.03.2008); RE n. 565.714 (*DJe* n. 147/2008, em 08.08.2008).

O RE n. 236.396-5[19] versa sobre a possibilidade de se fixar o adicional de insalubridade em determinada porcentagem do salário-mínimo. Confira-se a conclusão do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em 02.10.1998:

> "[...] tem razão o recorrente: ao fixar o adicional de insalubridade em determinado percentual do salário-mínimo, o TST – e, antes dele, o TRT – contrariou o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição. Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento para afastar, a partir da promulgação da Carta de 1988, a vinculação ao salário-mínimo (piso nacional de salário) estabelecida pelas instâncias ordinárias, devendo o processo retornar ao TRT, a fim de que decida qual critério legal substitutivo do adotado é aplicável: é o meu voto."

No RE n. 208.684[20] se discute se o artigo 3º da Lei Complementar paulista n. 432, de 19.12.1985[21], que determina como base de cálculo do adicional de

18 Acesso em: 20 jan. 2010.

19 "Adicional de insalubridade: vinculação ao salário-mínimo estabelecida pelas instâncias ordinárias, que contraria o disposto no art. 7º, IV, da Constituição." (STF – RE n. 236.396-5/MG, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02.10.1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2010).

20 "Adicional de insalubridade. Artigo 3º da Lei Complementar n. 432/85 do Estado de São Paulo. Sua revogação pelo artigo 7º, IV, da Constituição de 1988." (STF – RE n. 208.684/SP, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, j. 26.03.1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2010).

21 Dispõe sobre a concessão de adicional de insalubridade aos funcionários e servidores da Administração centralizada e das autarquias do Estado.

insalubridade o valor correspondente a dois salários-mínimos, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Entendeu-se pela não recepção. Confira-se a conclusão do voto do relator:

> "[...] em face do exposto, conheço do presente recurso e lhe dou provimento para julgar improcedente a ação que visa que seus autores recebam, a partir da promulgação da atual Carta Magna, o valor mensal do adicional de insalubridade, no grau máximo, correspondente a 40% (quarenta por cento) sobre dois salários mínimos, vigentes na data da elaboração da conta de liquidação [...]."

No RE n. 217.700-4[22] se discute a possibilidade de pensão especial ser estabelecida em salários-mínimos. O acórdão proferido entendeu que ao se estabelecer que a pensão especial corresponde a três salários-mínimo, e que, cada vez que o salário-mínimo é majorado, o mesmo ocorre com a pensão, o salário-mínimo está sendo usado com fator de indexação, o que contraria o estabelecido pelo artigo 7º, IV, da Constituição Federal.

No RE n. 221.234-4 se discute a base de cálculo do adicional de insalubridade deveria ser o salário-mínimo de referência, até a edição da Lei n. 7.788, de 03.07.1989, ou o piso nacional de salários. O Supremo Tribunal Federal decidiu nos termos seguintes:

> "Salário-mínimo – Vinculação. A teor do disposto no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, descabe tomar o salário-mínimo como fator relativo de parcela ainda que de natureza trabalhista." (RE n. 221.234-4/PR, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio de Melo, j. 14.03.2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2010).

No RE n. 338.760-0 se discute a possibilidade da indenização por danos materiais e morais ser fixada em salários-mínimos. Ficou assentado que se o valor inicial da condenação é fixado em salários-mínimos, mas as atualizações futuras são feitas pelos índices oficiais de correção monetária, não há afronta ao artigo 7º, IV, da Constituição Federal:

> "Vinculação ao salário-mínimo: incidência da vedação do artigo 7º, IV, da Constituição, restrita à hipótese em que se pretenda fazer das elevações futuras do salário-mínimo índice de atualização da indenização fixada; não, qual se deu no acórdão, se o múltiplo do salário-mínimo é utilizado apenas para expressar o valor inicial da condenação, a ser utilizado, se for o caso, conforme os índices oficiais da correção monetária." (RE n. 338.760-0/MG, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 28.05.2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2010).

---

22 "Pensão especial cujo valor é estabelecido em número de salários-mínimos. Vedação contida na parte final do artigo 7º, IV, da Carta Magna, a qual tem aplicação imediata." (STF – RE n. 217.700-4/GO, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, j. 09.11.1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2010).

No RE n. 439.035-3 se discute se a vinculação da base de cálculo do adicional de insalubridade ao salário-mínimo configura ofensa ao artigo 7º, incisos IV e XXIII, da Constituição Federal. Decidiu-se que a aplicação do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade viola o disposto no artigo 7º, incisos IV da Constituição Federal:

> "Adicional de insalubridade. 2. Base de cálculo. 3. Vedação de vinculação ao salário-mínimo. Posicionamento da 1ª Turma. Adesão. 4. restabelecimento do critério fixado pelo Tribunal de origem para fixação da base de cálculo. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE n. 439.035-3/ES, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.12.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2010.

No RE n. 565.714-1 discutiu-se a recepção do artigo 3º da Lei Complementar paulista n. 432, de 19.12.1985[23], que vincula a base de cálculo do adicional de insalubridade ao salário-mínimo. Conclui-se pela não recepção, nos termos seguintes:

> "Constitucional. Artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República. Não recepção do artigo 3º, parágrafo único. Da Lei Complementar paulista n. 432/85 pela Constituição de 1988. Inconstitucionalidade de vinculação do adicional de insalubridade ao salário-mínimo: precedentes. Impossibilidade da modificação da base de cálculo do benefício por decisão judicial. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento." (RE n. 565.714-1/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, j. 30.04.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2010).

A análise dos precedentes citados conduz à conclusão de que o objetivo da Súmula Vinculante n. 4 é impedir que o salário-mínimo seja utilizado como fator de indexação, uma vez que tal procedimento contraria o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal e que tal vedação se aplica à base de cálculo do adicional de insalubridade. Assim, fica evidente que o salário-mínimo não pode ser usado como base de cálculo do adicional de insalubridade.

4 Repercussão da Súmula Vinculante n. 4 no Tribunal Superior do Trabalho

Após a publicação da Súmula Vinculante n. 4, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu, em 26 de junho de 2008, em sessão do Tribunal Pleno, dar nova redação à Súmula n. 228, para definir como base de cálculo para o adicional de insalubridade o salário básico. Na mesma sessão, o Pleno do Tribunal Superior

23 Dispõe sobre a concessão de adicional de insalubridade aos funcionários e servidores da Administração centralizada e das autarquias do Estado.

do Trabalho cancelou a Súmula n. 17[24] e a Orientação Jurisprudencial n. 2 da SDI-1[25] e alterou a Orientação Jurisprudencial n. 47 da SDI-1[26], para adequá-la à nova redação da Súmula n. 228. A nova redação da Súmula n. 228 passou a ser:

> "Súmula n. 228 do TST. Adicional de Insalubridade. Base de Cálculo (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) Res. 148/2008, *DJ* 04 e 07.07.2008 - Republicada *DJ* 08, 09 e 10.07.2008. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo." (Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 31 jan. 2010).

Na redação anterior da Súmula n. 228, adotava-se o salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, a não ser para categorias que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, tivessem salário profissional ou piso normativo.

A nova redação da Súmula n. 228 foi suspensa liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal, na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade. A liminar foi concedida no dia 15 de julho de 2008, por decisão monocrática do presidente do tribunal, em atendimento à Reclamação Constitucional n. 6.266, apresentada ao Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional da Indústria.

Após a nova redação da Súmula n. 228 ter sido suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho, em decisões proferidas pelas suas oito turmas, tem determinado a utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, até que seja editada lei dispondo a respeito.[27]

---

24 "Adicional de Insalubridade (cancelada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 26.06.2008). O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado."

25 "Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988: salário-mínimo".

26 Nova redação: "Hora extra. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. A base de cálculo da hora extra é o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade."

27 Nesse sentido: RR n. 2973100-21.2007.5.09.0029, 1ª Turma, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, j. 16.12.2009, *DEJT*, de 18.12.2009; RR n. 996000-14.2004.5.09.0651, 2ª Turma, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, j. 07.12.2009, *DEJT*, de 18.12.2009; RR n. 123340-14.2006.5.02.0317, 3ª Turma, rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 09.12.2009, *DEJT*, de 18.12.2009; RR n. 344500-37.2006.5.09.0020, 4ª Turma, rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, j. 09.12.2009, *DEJT*, de 18.12.2009; RR n. 78540-49.2003.5.15.0120, 5ª Turma, rel. Min. Emmanoel Pereira, j. 09.12.2009, *DEJT*, de 18.12.2009; RR n. 133500-07.2006.5.15.0004, 6ª Turma, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 09.12.2009, *DEJT*, de 18.12.2009; AIRR n. 9737200-22.2003.5.04.0900, 7ª Turma, rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, j. 09.12.2009, *DEJT*, de 11.12.2009; RR n. 16700-71.2007.5.04.0001, 8ª Turma, rel. Min. Dora Maria da Costa, j. 16.12.2009, *DEJT*, de 18.12.2009 (Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 02 fev. 2010).

5 Repercussão da Súmula Vinculante n. 4 no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

A Súmula Vinculante n. 4 foi publicada em 9 de maio de 2008, entretanto, passado mais de um ano e meio de sua publicação, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, não se logrou pacificar a questão referente à base de cálculo do adicional de insalubridade. As decisões proferidas são as mais variadas e determinam, segundo levantamento realizado, como base de cálculo do adicional de insalubridade: o salário-mínimo; o salário-mínimo não indexado nas oportunidades que sofrer aumento; o salário-base; e o salário do empregado. As decisões que determinam a utilização do salário-mínimo o fazem sob diversos fundamentos. Confira-se:

> "Adicional de insalubridade. Base de cálculo. O adicional de insalubridade *deve continuar sendo calculado com base no salário-mínimo, até que seja superada a inconstitucionalidade com a edição de lei ou a celebração de norma coletiva*, *ex vi* da Súmula Vinculante n. 4 do STF." (TRT-2ª Região – RO n. 20090868200/SP, 3ª Turma, rel. Silvia Regina Pondé Galvão Devonald. j. 06.10.2009. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2010, grifos nossos).

> "Adicional de insalubridade. Base de cálculo: salário-mínimo. Súmula Vinculante n. 4 do STF. Artigo 7º, incisos IV e XXIII, da Constituição Federal. *A Súmula Vinculante n. 4 do STF não veda a aplicação do salário-mínimo para o cálculo do adicional de insalubridade*. Ela é expressa em ressalvar os 'casos previstos na Constituição', dentre os quais se pode mencionar o inciso XXIII do artigo 7º da Constituição Federal, que trata do adicional para o trabalho em condições penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. A forma da lei de que trata a norma constitucional é a forma do artigo 192 da CLT, pois esta é a lei regula o pagamento do adicional de insalubridade no direito do trabalho. É este um dos 'casos previstos na Constituição', mencionados na Súmula Vinculante n. 4 do STF como exceção de aplicação do salário-mínimo." (TRT-2ª Região – RO n. 20090847576, 6ª Turma, rel. Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, j. 09.10.2009. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2010, grifos nossos).

> "Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Ao empregar a expressão 'remuneração', o artigo 7º, XXIII, da Carta Política apenas reconheceu o caráter remuneratório do adicional de insalubridade. Assim, tendo o dispositivo constitucional remetido a regulamentação da matéria à lei ordinária, *continua a dispor sobre o assunto o artigo 192 da CLT, que não confronta com a Lei Maior e, por isso, está por ela recepcionado.* (TRT-2ª Região – RO n. 20090802548/SP, 2ª Turma, rel. Odette Silveira Moraes, j. 16.09.2009. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2010, grifos nossos).

> "Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Salário-mínimo. O C. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, da utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, ou

seja, sem que fosse concedido efeito *ex tunc* ou *ex nunc*. Isso porque, segundo o entendimento da Suprema Corte não é possível conferir ao magistrado o poder de usar qualquer outro critério (ainda que por interpretação de forma analógica), na medida que o Poder Judiciário tem como função típica a prestação jurisdicional e não a de legislar, mantendo intocável dessa forma o princípio da separação dos poderes. Outra questão que merece ser ponderada é a de que o legislador ao instituir os adicionais de insalubridade e periculosidade teve em mira considerar as desigualdades das situações que o empregado estaria exposto a cada agente nocivo, dando distintas bases de cálculo para agentes, igualmente, diversos, afastando, portanto, eventual interpretação analógica no tocante. Nesse contexto, a mais Alta Corte do país decidiu, com base nessas premissas, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, *manter o salário-mínimo como base de cálculo para apuração do adicional de insalubridade até que novo critério seja fixado pelo Poder Legislativo*. Apelo da reclamada a que se dá provimento." (TRT-2ª Região – RO n. 20090785732/SP, 10ª Turma, rel. Rilma Aparecida Hemetério, j. 22.09.2009. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2010, grifos nossos).

"Adicional de insalubridade. Base de cálculo. A Súmula Vinculante n. 4 do STF estabelece que a alteração da base de cálculo depende de lei específica, sendo vedada a substituição desta por decisão judicial, de modo que *o valor, em reais na data da sentença, do salário-mínimo, continua servindo como a base do adicional, porém não indexado nas oportunidades em que sofrer aumento* (RE n. 565.714)." (TRT-2ª Região – RO n. 20090878196/SP, 6ª Turma, rel. Rafael E. Pugliese Ribeiro, j. 06.10.2009. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2010, grifos nossos).

"Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Salário contratual. O salário-mínimo não pode servir como indexador de reajustes e obrigações, o que afasta a sua utilização como base de cálculo para o adicional de insalubridade. Com efeito, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, o artigo 192 da CLT, na parte que se refere à base de incidência, tornou-se inconstitucional, restando tacitamente revogado, no particular. É o que extrai da literalidade do artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal, restando clara nesse dispositivo a intenção do legislador constituinte de reparar o trabalhador pelo comprometimento paulatino de sua higidez ocasionado pelo trabalho em condições insalutíferas. Tanto assim que *a Constituição estipula adicional de remuneração (e não de salário-mínimo) para as atividades penosas, insalubres ou perigosas*. Estes aspectos, harmonizados com o disposto no inciso IV do mesmo artigo 7º, que veda a vinculação ao mínimo, e o inciso XXII, que preceitua a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, certamente inspiraram o padrão interpretativo capturado pela 4ª Súmula Vinculante do E. STF. *A liminar que cancela parcialmente a Súmula n. 228 do C. TST não muda os parâmetros de interpretação da questão, até porque o conceito de salário-base se extrai da lei (art. 457, CLT)*. Recurso obreiro provido, neste tópico." (TRT-2ª Região – RO n. 20090838003/SP, 4ª Turma, rel. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, j. 29.09.2009. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2010, grifos nossos).

> "Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Como a Súmula Vinculante n. 4 do STF determina que o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de qualquer vantagem, então deve ser seguida a Constituição Federal, que no inciso XXIII do artigo 7º prevê 'adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei'. Já o conceito de remuneração se encontra no artigo 457 da CLT e inclui o salário. Assim, combinando os dois dispositivos citados, temos que a *base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário do empregado*. Reformo." (TRT-2ª Região – RO n. 20090830991/SP, 11ª Turma, rel. Jomar Luz de Vassimon Freitas, j. 29.09.2009. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2010, grifos nossos).

6 Discussão

Marcelo Alves Dias de Souza salienta que "embora comumente se diga que a doutrina do *stare decisis* (ou do precedente obrigatório) significa que as cortes devem seguir o precedente existente quanto ao caso em julgamento, na verdade, o que as cortes estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi* deste precedente"[28]. Assim, é a *ratio decidendi*, "*the reason for deciding*"[29] ou o fundamento da decisão[30], o que tem força vinculativa.

Marco Antonio Duarte de Azevedo[31] entende que "a sistemática adotada pela Emenda n. 45 facilita o trabalho do julgador, na medida que, ao adotar uma forma sintética de precedente (a súmula), ao invés da técnica americana em que o próprio julgamento da Suprema Corte forma o precedente, elimina-se a necessidade de separar os argumentos não vinculantes (*obter dicta*) dos elementos nucleares da decisão, estes vinculantes".

Ives Gandra Martins Filho, por outro lado, leciona que a súmula vinculante não contribui para racionalizar e dar maior segurança, celeridade e qualidade à prestação jurisdicional. Salienta que a matriz teórica da súmula vinculante é o princípio do precedente judicial, e o problema que surge do transplante desse mecanismo da *common law* para a *civil law* é o modo como nosso sistema absorve a ideia do precedente:

> "Em nosso sistema, quando editamos uma súmula acabamos por fixar um preceito que tem a mesma forma do dispositivo de lei, caracterizado pela generalidade e abstração. [...] nos moldes em que é produzida no Brasil, a súmula não deixa de ser um

28 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 125.

29 GARNER, B. A. *Black's Law dictionary*. 2. pocket ed. St. Paul (Minn.): West Group, 2001.

30 MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português = Law dictionary portuguese-english, english-portuguese*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elfos, 1998.

31 AZEVEDO, Marco Antonio Duarte, *Súmula vinculante*: o precedente como fonte do direito, cit., p. 152.

preceito sujeito à interpretação, dado seu caráter de generalidade e abstração, o que, afinal de contas, não elimina a litigiosidade e a insegurança que pretenderia solver."[32]

Em que pese a edição da Súmula Vinculante n. 4, no tocante à base de cálculo do adicional de insalubridade, observa-se que a questão, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ainda acarreta julgamentos divergentes, podendo-se afirmar que o ideal de isonomia e segurança jurídica não foi atingido.

Ademais, a generalidade e abstração que caracterizam a súmula da jurisprudência, consoante o acima mencionado, tem levado alguns julgadores a dar interpretações das mais diversas ao comando inserto na Súmula Vinculante n. 4. Essas interpretações e os julgados correspondentes se mostram, por vezes, completamente dissociados dos precedentes que originaram a súmula.

Nesse sentido, importante observar que a súmula vinculante corresponde à síntese do entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal nos diversos julgados que lhe deram origem, ou seja, à síntese dos seus precedentes.

Dessa forma, apesar da súmula se caracterizar por um preceito abstrato e genérico, a análise dos precedentes que originaram a súmula vinculante indica, com precisão, a interpretação que o Supremo Tribunal Federal determinou que se deve dar à questão. A interpretação conjunta da súmula e de seus precedentes indica os fundamentos da decisão (*ratio decidendi*) proferida pelo Supremo Tribunal Federal e deve, portanto, ser seguida pelos demais julgadores.

Com relação à Súmula Vinculante n. 4, da análise conjunta da súmula e de seus precedentes, conclui-se que o salário-mínimo não pode ser utilizado como fator de indexação, uma vez que tal procedimento contraria o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, e que, portanto, o salário-mínimo não pode ser usado como base de cálculo do adicional de insalubridade. Ademais, já que não se pode fixar por sentença qualquer outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, deve-se aguardar o legislador determinar a nova base de cálculo.

Assim, decisões que se afastam do mencionado no parágrafo anterior revelam uma disposição do julgador em não se submeter ao efeito vinculante atribuído à súmula, no caso, a Súmula Vinculante n. 4, provavelmente por discordância quanto à matéria de direito, ou ainda por posturas políticas ou pessoais.

Não há justificativa plausível para que acórdãos proferidos por algumas das Turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região alterem por decisão judicial a base de cálculo do adicional de insalubridade, determinando, por exemplo, o salário, o salário-base, a remuneração como base de cálculo, ou, ainda, para dispor que o artigo 192 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal, ou que a Súmula Vinculante n. 4 não veda a utilização do salário-mínimo como base de cálculo do mencionado adicional.

32 MARTINS FILHO, Ives Gandra. Racionalização judicial. *SDI Jurisprudência Uniformizadora do TST*, Curitiba, ano 14, n. 152, p. 9-21, jul. 2009.

7 Conclusões

A Súmula Vinculante n. 4, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, não pacificou a questão jurídica referente à base de cálculo do adicional de insalubridade e, portanto, não trouxe segurança jurídica e isonomia para os jurisdicionados. A causa provável da divergência nos julgados se relaciona às diversas interpretações que os julgadores têm a ela dado.

A correta interpretação do comando inserto na súmula vinculante se obtém da análise conjunta da própria súmula e de seus precedentes, pois, embora a força vinculante esteja na súmula, um comando genérico e abstrato, a aplicação da súmula ao caso concreto não pode se afastar do que restou decidido nos precedentes que originaram a súmula, sob pena do instituto se tornar inócuo.

8 Referências

AZEVEDO, Marco Antonio Duarte. *Súmula vinculante*: o precedente como fonte do direito. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009. (Série Estudos, n. 17).

CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. *Segurança jurídica e vinculação das decisões judiciais*: análise da relação entre a formação da coisa julgada e a súmula vinculante no direito brasileiro. 2007. 409 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

CREMONESI, André. A base de cálculo do adicional de insalubridade e a súmula vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, ano 45, n. 153, p.735-737, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Efeito vinculante das decisões judiciais. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 2, p. 1.122-1.128.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Súmula vinculante e a Lei 11.417 de 2006: apontamentos para compreensão do tema. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 111-123, jan./mar. 2007.

FREIRE, Fernando José de Barros. *Previsibilidade dos efeitos do direito e segurança jurídica*. 2007. 108 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

GARNER, B. A. *Black's Law dictionary*. 2. pocket ed. St. Paul (Minn.): West Group, 2001.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. O princípio do duplo grau de jurisdição, a súmula vinculante e transcendência no recurso de revista. In: NAHAS, Thereza Christina (Coord.). *Princípios de direito e processo do trabalho*: questões atuais. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2009. p. 99-117.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Racionalização judicial. *SDI Jurisprudência Uniformizadora do TST*, Curitiba, ano 14, n. 152, p. 9-21, jul. 2009.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português = Law dictionary portuguese-english, english-portuguese*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elfos, 1998.

ROBINSON, Carlos Alberto. A efetividade da súmula vinculante n. 4 do STF e suas repercussões na esfera trabalhista. *O Trabalho*, Curitiba, Encarte n. 147, p. 4.995-5.018, maio 2009.

SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common law*: introdução ao direito dos Estados Unidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

Consultoria

156) Administração Indireta – Servidor celetista. Licença-prêmio

Lei estadual n. 4.819/58. Ressarcimento de valores pagos pela Sabesp. Parecer GPG/Cons. n. 78/2009. Dúvidas quanto à orientação jurídica apresentada. Regras de contagem de tempo de serviço para aquisição do benefício. Disposições estatutárias prevalecem. Afastada análise subjetiva das regras adotadas pela empresa. Necessária comprovação documental do valor a ser ressarcido. Diretrizes estabelecidas quando da aprovação do Parecer PA n. 7/2005. Encargos incidentes sobre a remuneração paga quando do gozo da licença-prêmio. Obrigação acessória pela qual o Estado também responde enquanto ente instituidor do benefício. Indenização a herdeiros ou pensionistas dos ex-empregados da Sabesp falecidos antes do gozo do benefício. Falta de amparo legal. Impossibilidade de ressarcimento. Precedentes: Pareceres PA-3 n. 199/91 e PA n. 249/2002. (Parecer PA n. 103/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 30.07.2010).

157) Aposentadoria Especial – Funções de magistério. Professores. Especialistas em educação

Julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.372/DF, que teve por alvo o artigo 1º da Lei federal n. 11.301, de 10 de maio de 2006. Procedência parcial. Interpretação conforme a Constituição. Nova orientação fixada, mais abrangente, quanto ao alcance do benefício constitucional. Necessidade de revisão do entendimento adotado pela Administração pública estadual por recomendação do precedente Parecer PA n. 235/2006, aprovado pelo Procurador Geral do Estado. Desnecessidade de novo despacho normativo do governador do Estado para que tenham seguimento os processos de concessão de aposentadoria sobrestados à espera da decisão da Corte Constitucional. Por força da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, deve-se admitir que ocupantes de cargos e funções-atividades docentes não percam a condição de professores, para fins de observância dos requisitos temporais da aposentadoria especial, quando alçados, pela via do afastamento ou mesmo por investidura derivada ou secundária no regime anterior ao da Lei Complementar Estadual n. 836/97, a cargos e funções não docentes de magistério que a Lei federal n. 11.301/96 rotulou genericamente de especialistas em educação, desde que continuem

exercendo atividades educativas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades e que essas atividades sejam de direção, coordenação ou assessoramento pedagógico. (Parecer PA n. 61/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 01.06.2010).

158) Complementação de aposentadoria – Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista (CTEEP)

Pedido de ressarcimento de valores pagos em razão de execução judicial de sentença que condena, solidariamente, o Estado de São Paulo e a empresa. Necessidade de individualização das ações existentes. Valores que extrapolam os limites estabelecidos na Lei estadual n. 4.819/58. Decisão judicial que não distingue devedor principal e devedor solidário, nem se presta a resolver a relação jurídica entre empresa e Estado. Ente instituidor que não está obrigado ao ressarcimento, pela via administrativa, de benefícios regulados a partir de normatização interna da CTEEP (antes CESP). Orientação jurídica mantida, em especial Pareceres PA ns. 112/2004 e 28/2005. Repercussão no processo de venda do controle acionário da empresa. Elementos insuficientes. Prejudicada a análise sob esse prisma. (Parecer PA n. 40/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 11.05.2010).

159) Contrato Administrativo – Prestação de serviços de advocacia

Como regra geral, no Estado de São Paulo, à Administração direta e às autarquias é vedada a contratação de serviços advocatícios de terceiros, já que a execução de tais serviços é constitucionalmente cometida à Procuradoria Geral do Estado. Mesmo em se tratando de fundações públicas ou empresas estatais integrantes da Administração indireta paulista, a existência de um corpo de servidores ou empregados, com atribuições para dar consultoria jurídica e proceder à defesa contenciosa da Administração, representa, em princípio, óbice à contratação com terceiros de serviços de advocacia. No caso concreto, o serviço que se pretende contratar constitui atividade rotineira, que não se reveste de qualquer singularidade, e inclusive vem sendo regularmente desempenhado pelo órgão jurídico da fundação pública interessada. Ausente, na espécie, qualquer demonstração de excepcionalidade da situação ou impossibilidade de prestação dos serviços pelo órgão jurídico da fundação, inviável se revela a contratação pretendida. (Parecer PA n. 38/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 01.06.2010).

160) Contrato Administrativo – Rescisão unilateral

Artigo 78, II, da Lei federal n. 8.666, de 21.06.1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos – LLC). Prestação de serviços de seguro (artigo 6º, II, LLC). Prorrogação. Precedente: Parecer PA n. 280/2006. Irregularidade da empresa contrata-

da perante o Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Estaduais do Estado de São Paulo (Cadin Estadual). Lei estadual n. 12.799, de 11.01.2008, regulamentada pelo Decreto n. 53.455, de 19.09.2008. Ofício GPG-Cons--Circular n. 3.537/2009. Precedentes: Pareceres PA ns. 29/2010 e 196/2009. Dúvida sobre o cabimento de rescindir o contrato, por descumprimento de obrigação (manter o contratado, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação exigidas na licitação: artigo 55, XIII, da LLC), ou efetuar o pagamento da apólice respectiva. Contrato que se encontra extinto (cobertura cancelada) por força de cláusula expressa nesse sentido (constante da apólice e dos termos assinados) em face do não pagamento do prêmio. Cabimento de imediata abertura de licitação para contratação de seguro para os veículos da Pasta, salientando-se a impossibilidade de prorrogar esses contratos (apesar da aparente economicidade da medida) enquanto não alterada orientação fixada pela Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria, e a 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. Observações sobre (i) a formalização de reajustes de preço, acréscimos e supressões de objeto (sem adequado registro nestes autos: art. 65, § 8º, da LLC; art. 62, §§ 7º e 8º da Lei estadual n. 6.544, de 22.11.1989). Precedentes Subg. Cons. n. 106/2003 e PA n. 264/2004 (ii) a necessidade de se anular o empenho (ato que, por definição legal, cria obrigação de pagamento e pode substituir o instrumento de contrato consoante o art. 62 da Lei de Licitações: artigos 38, 43, § 1º, III, 58 e 61 da Lei federal 4.320, de 17.03.1964) (iii) a necessidade de se apurar a razão da discrepância entre documentos constantes dos autos atinentes à situação da empresa (que tinha débitos de IPVA, multas e taxa) no Cadin Estadual. Formação de autos apartados para exame de questões que decorrem da instituição do cadastro estadual. (Parecer PA n. 107/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 23.08.2010).

161) Contrato Administrativo – Sanções

Dúvidas sobre a possibilidade de prorrogação de contrato com empresa que esteja cumprindo pena de impedimento de licitar e contratar com o Estado. Exegese do despacho da Subprocuradoria que analisou o Parecer PA n. 169/2005. Distinção entre contratos de escopo e de prestação continuada. Pela impossibilidade de prorrogação de contrato de prestação continuada com empresa impedida de licitar e contratar. Unidade entre matriz e filiais para fins de sancionamento administrativo. (Parecer PA n. 157/2009 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 05.07.2010).

162) Despesa Pública – Adicional de insalubridade. Piso salarial

Técnicos de laboratório e técnicos em radiologia. Decisões judiciais

transitadas em julgado. Vinculação ao salário-mínimo. Adoção da diretriz jurisprudencial traçada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante n. 4, que veda a indexação do benefício com base no salário-mínimo, devendo-se aguardar a edição de lei específica tratando da correção dessas verbas. Precedentes: Pareceres PA ns. 225/2008 e 26/2010. (Parecer PA n. 86/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 28.07.2010).

163) Eleições – Período eleitoral. Condutas vedadas e propaganda. Publicidade

Lei federal 9.504, de 30.09.1997, alterada pelas Leis ns. 11.300, de 10.05.2006, e 12.034, de 29.09.2009, artigos 73 a 78. Calendário eleitoral. Instrução 126, Classe 19ª. Resolução n. 23.089, alterada pela Resolução n. 23.223 do Tribunal Superior Eleitoral. Condutas vedadas e propaganda: Instrução 131, Classe 19ª. Resolução n. 23.191 do Tribunal Superior Eleitoral. Resolução SECOM-002, de 30.04.2010. "Cartilha". Limitação de despesas. Propaganda institucional vedada. Produtos e serviços com concorrência no mercado. Parâmetros. Caráter comercial. Ações de cidadania. Prestação de serviços usualmente disponíveis. Publicidade. Leis federais ns. 4.680, de 18.06.1965, e 12.232, de 29.04.2010. Decreto n. 52.040, de 07.08.2007. Responsabilidade do chefe do Executivo pelo excesso de despesa com a propaganda institucional do Estado e também pela divulgação da publicidade institucional no período vedado, uma vez que a estratégia dessa espécie de propaganda cabe sempre a ele, mesmo que haja delegação de execução a determinado órgão de governo, sendo seu dever velar pelo fiel cumprimento das restrições impostas pela lei eleitoral e tomar efetivas providências para a retirada de toda e qualquer publicidade. Consequências que podem advir em face do descumprimento do disposto no artigo 37, parágrafo 1º, da Constituição Federal ou das vedações estipuladas no artigo 73 da Lei n. 9.504: suspensão da atividade, multa, cassação de registro ou do diploma, inelegibilidade (se configurado abuso de poder político ou econômico) e improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 02.06.1992). A pena de multa é aplicável (i) à pessoa física (agente público) que descumpriu a regra, não à entidade em que a mesma exerce funções, (ii) aos partidos, coligações e candidatos que se beneficiarem (a estes, também a cassação do registro ou diploma), (iii) à empresa que participou da idealização da propaganda ou fez a divulgação, e (iv) ao provedor de conteúdo e de serviços multimídia. Necessidade de se apresentar consulta ao Tribunal Regional Eleitoral, para não incorrer em propaganda que seja usada para fins eleitorais capazes de desestabilizar a igualdade do pleito. (Parecer PA n. 88/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 05.07.2010).

164) Empregado Público – Fundação. Estabilidade

Não há estabilidade para servidor celetista admitido sem concurso

público antes da Constituição Federal de 1988 e não atingido pela estabilidade anômala prevista no artigo 19 do ADCT da Constituição de 1988. Pelo encaminhamento dos autos para solução da questão concreta à vista do prontuário dos servidores. (Parecer PA n. 106/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 25/08/2010).

165) Inquérito Civil

Solicitação de esclarecimentos dirigida ao Procurador Geral do Estado sobre a não aplicação do artigo 14, parágrafo 3º, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ajuizamento de execuções fiscais de pequeno valor, cujo custo da cobrança pode ser superior ao valor dos créditos. Dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal que não constitui, por si só, autorização ou determinação de remissão de créditos regularmente constituídos. Matéria regida sob o princípio da reserva absoluta de lei em sentido formal. Artigo 150, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Artigo 172, inciso III, do Código Tributário Nacional. Falta de lei local específica concessiva de remissão. Não caracterizada improbidade administrativa por parte dos integrantes da Procuradoria Geral do Estado. Apresentada minuta de ofício a ser encaminhado, pelo chefe dessa Instituição, ao promotor de justiça da Comarca de Presidente Bernardes. (Parecer PA n. 75/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 16.06.2010).

166) Licitação – Condição de habilitação. Regularidade fiscal

Exegese do artigo 29, incisos II e III, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regularidade perante a sede ou domicílio da licitante. Invocação do precedente Parecer PA n. 209/2007. Se a empresa licitante tem vários estabelecimentos localizados no Estado de São Paulo, lícita é a exigência de demonstração da regularidade fiscal de todos esses estabelecimentos perante o Estado. (Parecer PA n. 200/2009 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 01.06.2010).

167) Procedimento Disciplinar – Servidor temporário

Lei 10.261, de 28.10.1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos – EFP), alterada pela Lei Complementar n. 942, de 06.06.2003, artigos 268 a 321. Sindicância (arts. 272 e 273). Processo administrativo (art. 274 a 307) e processo por abandono do cargo ou função e por inassiduidade (art. 308 a 311). Servidor temporário. Lei n. 500, de 13.11.1974, artigos 33, 35, IV, 36 e 40. Abandono de função. Faltas interpoladas, frequência irregular. Pena de dispensa. Artigos 241, I e XIV, 242, IV, 251, II e 254 do EFP, combinados com o artigo 33 da Lei n. 500. Plantões. Precedentes: Pareceres PA-3 n. 165/97 e PA n. 12/2007. Ano civil. Precedente: Parecer PA n. 335/2002. Inexistência de nulidade da citação. Advertência prevista no item 6, parágrafo 1º, do artigo 278 do EFP é necessária nas hipóteses de instauração de procedimento disciplinar com a finali-

dade de desligar o servidor, por meio de demissão (EFP) ou de dispensa (Lei n. 500). Tratando-se exclusivamente de frequência irregular, que não implique pena expulsiva, descabida a previsão. Ausência de prejuízo. Artigo 305 do EFP. Precedentes: Pareceres PA ns. 30/2006 e 153/2008. Prescrição: artigo 261 do EFP (Parecer PA n. 424/2003). Providências no âmbito da Secretaria da Saúde. (Parecer PA n. 20/2010 – Aprovado pelo Subprocurador Geral da Consultoria em 06.04.2010).

168) Servidor Celetista – Promoção de empregados de sociedade de economia mista. Progressão salarial

Eleições. Período eleitoral. Parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal. Lei federal n. 9.504, de 30.09.1997, alterada pelas Leis ns. 11.300, de 10.05.2006, e 12.034, de 29.09.2009 – artigos 73 a 78. Calendário eleitoral. Instrução 126, Classe 19ª. Resolução n. 23.089, alterada pela Resolução n. 23.223 do Tribunal Superior Eleitoral. Condutas vedadas. Instrução 131, Classe 19ª. Resolução n. 23.191 do Tribunal Superior Eleitoral. Lei Complementar federal n. 101, de 04.05.2000. Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), alterada pela Lei Complementar n. 131, de 27.05.2009. Empresas dependentes e não dependentes. Parecer PA n. 76/2010. Consequências que podem advir em face (a) do descumprimento das vedações estipuladas no artigo 73 da Lei n. 9.504: suspensão do ato, multa, cassação de registro ou do diploma, inelegibilidade (se configurado abuso de poder político ou econômico) e improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 02.06.1992); (b) da infringência do disposto no artigo 21 da LRF: nulidade do ato, não se desconsiderando o teor da Lei n. 10.028, de 19.10.2000, que acrescentou dispositivos ao Código Penal e à Lei n. 1.079, de 10.04.1950, que disciplina os crimes de responsabilidade, bem como eventual improbidade administrativa *ex vi* do disposto no artigo 73 da LRF. Necessidade de se realizar diligência, para que seja esclarecida 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, para não incorrer em ato que seja usado para fins eleitorais capazes de desestabilizar a igualdade do pleito. (Parecer PA n. 116/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 16.08.2010).

169) Servidor Público – Empregado público de sociedade de economia mista. Complementação de aposentadoria

Direito garantido por decisão judicial condenatória da qual não cabe mais recurso do Estado. Suspensão administrativa do pagamento do benefício, ao argumento de ter o servidor permanecido no emprego depois de ter-se aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social, por decisão da Justiça do Trabalho. Impossibilidade.

Fato impeditivo do direito do autor que, alegado em contestação, deveria ter sido apreciado pelo juiz na sentença ou retomado pela via recursal. Decisão judicial que, ao transitar em julgado, cobre tudo o que foi deduzido pelas partes e também o que seria deduzível, embora não o tenha sido. Possibilidade, em tese, de propositura de ação rescisória. Desincumbindo-se o Estado de seu ônus processual de alegar, em contestação, os fatos impeditivos ou extintivos do direito do autor à complementação de aposentadoria, possível falha do juiz em reconhecer a ocorrência de tais fatos ou em atribuir-lhes a consequência jurídica que porventura tivessem seria problema a resolver pelo sistema recursal, certo que, passada em julgado a sentença de mérito, acabariam reputadas deduzidas e repelidas todas as defesas que o réu pudesse opor ao acolhimento do pedido do autor. (Parecer PA n. 98/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 02.08.2010).

170) Sexta-parte – Servidor da Administração indireta

Fundação vinculada à Secretaria do Meio Ambiente. Pessoa jurídica de direito privado. Servidores contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Artigo 129 da Constituição bandeirante. Não aplicável, de imediato, a servidores não estatutários. Necessidade de edição de lei. Observância do artigo 169 da Constituição Federal. Manutenção da orientação vigente. Precedentes: Pareceres PA-3 n. 249/90 e PA n. 298/2005. (Parecer PA n. 65/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 20.05.2010).

171) Vantagens Pecuniárias – Gratificação pelo desempenho de atividades no Poupatempo (GDAP). Incorporação

Nos termos do artigo 16 da Lei Complementar n. 847/98, o servidor perderá o direito à percepção da GDAP em caso de afastamentos, licenças ou ausências de qualquer natureza, salvo as expressamente elencadas no dispositivo legal, dentre as quais não se inclui a "falta médica" instituída pela Lei n. 10.432/71, modificada pelas Leis Complementares ns. 883/2000 e 1.041/2008. Assim, é vedado o pagamento da GDAP nos dias em que o servidor houver se ausentado do serviço em decorrência de "falta médica". De outra parte, a teor do artigo 18 da Lei Complementar n. 847/98, a GDAP será incorporada à retribuição do servidor na proporção de 1/10 do seu valor, por ano de sua percepção. Assim sendo, os dias em que o servidor se ausentar em decorrência de "falta médica" não podem ser computados para fins de incorporação da GDAP, justamente porque nesses dias o servidor perderá o direito à percepção dessa gratificação. (Parecer PA n. 041/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 01.06.2010).

Ementário Judicial

172) Agravo Regimental – Embargos de declaração. Aplicação de multa por litigância de má-fé. Matéria infraconstitucional. Inexistência de ofensa direta à Constituição Federal

A análise da aplicação de multa por litigância de má-fé em virtude de interposição de embargos declaratórios tidos por protelatórios requer sejam previamente examinadas as regras processuais infraconstitucionais que fundamentaram o acórdão recorrido. Inviabilidade do recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – AgR AI n. 629.065/MG – 2ª Turma – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 02.03.2010). *DJe*, de 25.03.2010.

173) Apelação – Intempestividade. Termo inicial contado da publicação da sentença. Ré revel. Artigo 322 do Código de Processo Civil. Contestação protocolada em vara de comarca diversa daquela em que tramita o processo. Erro grosseiro

1. O endereçamento e protocolo de contestação em vara de comarca diversa da que tramita o processo, ainda que protocolada no prazo legal, acarreta a revelia do réu, por tratar-se de erro grosseiro, mormente quando não há nenhuma justificativa razoável para a confusão entre as comarcas, sem nenhuma similitude onomástica ou regional – muito distantes, aliás (endereçamento à 39ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, em vez de 3ª Cível da Comarca de Jales). 2. O precedente de aceitação da tempestividade em caso como o presente teria consequências terríveis na criação de confusões judiciárias, redundando em caminho para a chicana processual sob o argumento da boa-fé – pois o encaminhamento de petições processualmente relevantes, como a contestação, a Juízo diverso tiraria o caso do controle da unidade judiciária pertinente para passar a depender do que pudesse ocorrer em toda as demais unidades judiciárias do Estado, na busca de encaminhamento de petições indevidamente a alguma deles endereçadas. 3. Na hipótese de revelia, o termo inicial para a contagem do prazo para o recurso de apelação dar-se-á da data da publicação da sentença, sem necessidade de intimação, evidentemente, de advogado que ainda não se encontrava nos autos, pois a contestação por ele oferecida havia sido endereçada a vara de comarca distante, em que permaneceu sem diligência da parte no sentido do recobro e alerta ao juízo para ela, só tendo sido remetida à comarca correta muito tempo depois. 4. Recurso especial improvido. (STJ – REsp n. 847.893/SP (2006/0098389-8) – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 02.03.2010).

174) Cumulativa Interposição de dois Recursos contra a mesma Decisão, fora das Hipóteses Legais – Ofensa ao postulado da singularidade dos recursos. Não conhecimen-

to do segundo recurso. Exame do primeiro recurso. Quartos embargos de declaração. Inocorrência de contradição, obscuridade ou omissão. Pretendido reexame da causa. Embargos de declaração revestidos de caráter infringente. Inadmissibilidade. Reiteração dos embargos de declaração. Reconhecimento do intuito procrastinatório. Imposição de multa no valor máximo (10%) e devolução imediata dos autos, independentemente da publicação do respectivo acórdão. Embargos de declaração rejeitados

O princípio da unirrecorribilidade, ressalvadas as hipóteses legais, impede a cumulativa interposição, contra o mesmo ato decisório, de mais de um recurso. O desrespeito ao postulado da singularidade dos recursos torna insuscetível de conhecimento o segundo recurso, quando interposto contra a mesma decisão. Doutrina. Precedentes. Os embargos de declaração, quando regularmente utilizados, destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que se registrem, eventualmente, no acórdão proferido pelo Tribunal. Revelam-se incabíveis os embargos de declaração, quando – inexistentes os vícios que caracterizam os pressupostos legais de embargabilidade (CPC, art. 535) – tal recurso, com desvio de sua específica função jurídico-processual, vem a ser utilizado com a finalidade de instaurar, indevidamente, uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal. Precedentes. A reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos pressupostos legais de embargabilidade (CPC, art. 535), reveste-se de caráter abusivo e evidencia o intuito protelatório que anima a conduta processual da parte recorrente. O propósito revelado pelo embargante, de impedir a consumação do trânsito em julgado de decisão que lhe foi inteiramente desfavorável – valendo-se, para esse efeito, da utilização sucessiva e procrastinatória de embargos declaratórios incabíveis – constitui fim ilícito que desqualifica o comportamento processual da parte recorrente e que autoriza, em consequência, a imposição de multa, em seu valor máximo (10%), e a imediata devolução dos autos, independentemente da publicação do acórdão consubstanciador do respectivo julgamento. Precedentes. (STF – ED ED ED ED AgR AI n. 591.230/DF – 2ª Turma – Rel. Min. Celso de Mello – j. 06.04.2010). *DJe*, de 22.04.2010.

175) Embargos de Declaração – Caráter infringente. Inadmissibilidade. Alegação de ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Ofensa constitucional reflexa. Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência. Embargos de declaração rejeitados

Não se admitem embargos de declaração de decisão em que não há omissão, contradição nem obscuridade. Embargos de declaração. Caráter meramente protelatório. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação

do artigo 538, parágrafo único, cc. os artigos 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil. Quando abusiva a interposição de embargos declaratórios, manifestamente protelatório, deve o Tribunal condenar o embargante a pagar multa ao embargado. (STF – ED RE n. 585.046/PR – 2ª Turma – Rel. Min. Cezar Peluso – j. 09.03.2010). *DJe*, de 25.03.2010.

176) Embargos de Declaração – Caráter infringente. Inadmissibilidade. Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência

Embargos de declaração rejeitados. Rejeitam-se embargos de declaração quando não há contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Embargos de declaração. Caráter meramente protelatório. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do artigo 538, parágrafo único, c.c. os artigos 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil. Quando abusiva a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios, deve o Tribunal condenar o embargante a pagar multa ao embargado. (STF – ED EDv AgR AI n. 546.995/RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Cezar Peluso – j. 04.02.2010). *DJe*, de 11.03.2010.

177) Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. – Constitucionalidade do artigo 1º-D da Lei n. 9.494/97. Caráter protelatório. Imposição de multa

1. No julgamento do QO AI n. 664.567, Plenário, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJe*, de 05.09.2007, este Tribunal fixou orientação no sentido de que a demonstração da existência de repercussão geral somente seria exigida quando a intimação do acórdão recorrido tenha se realizado após a publicação da Emenda Regimental n. 21 desta Corte, ocorrida em 03.05.2007. 2. Embargos de declaração rejeitados com aplicação de multa aos embargantes de 1% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 538, parágrafo único, 1ª parte, do Código de Processo Civil. (STF – ED ED AgR AI n. 678.852/RS – 2ª Turma – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 13.04.2010). *DJe*, de 06.05.2010.

178) Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Repetição das alegações anteriores. Caráter protelatório. Imposição de multa

1. Os presentes embargos são mera reiteração do anterior. Não há contradição, obscuridade ou omissão a sanar. 2. A tempestividade dos recursos é aferida pelo ingresso no protocolo da Secretaria do Tribunal, e não pela data de eventual recebimento da petição. 3. Embargos de declaração rejeitados com aplicação de multa aos embargantes de 1% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 538, parágrafo único, 1ª parte, do Código de Processo Civil. (STF – ED ED AgR AI n. 490.561/RS – 2ª Turma – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 23.03.2010). *DJe*, de 15.04.2010.

179) Embargos de Declaração – Inadmissibilidade

1. Recurso. Embargos de declaração. Inadmissibilidade. Embargos rejeitados. Precedente. Não é dado ao Judiciário atuar como legislador positivo. 2. Recurso. Pretensão de alteração do teor decisório. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Embargos rejeitados. Não colhem embargos de declaração de decisão em que não há omissão, contradição nem obscuridade. 3. Recurso. Embargos de declaração. Caráter meramente protelatório. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do artigo 538, parágrafo único, c.c. os artigos 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil. Quando abusiva a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios, deve o Tribunal condenar o embargante a pagar multa ao embargado. (STF – ED AgR ED RE n. 432.460/DF – 2ª Turma – Rel. Min. Cezar Peluso – j. 02.02.2010). DJe, de 25.02.2010.

180) Embargos de Divergência – Oposição a acórdão do Plenário. Inadmissibilidade. Jurisprudência assentada. Decisão mantida. Embargos de declaração rejeitados

Embargos declaratórios não se prestam a modificar capítulo decisório, salvo quando a modificação figure consequência inarredável da sanação de vício de omissão, obscuridade ou contradição do ato embargado. Embargos de declaração. Caráter meramente protelatório. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do artigo 538, parágrafo único, c.c. os artigos 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil. Quando abusiva a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios, deve o Tribunal condenar o embargante a pagar multa ao embargado. (STF – ED EDv AgR AI n. 705.244/SC – Tribunal Pleno – Rel. Min. Cezar Peluso – j. 04.02.2010). *DJe*, de 11.03.2010.

181) Embargos de Nulidade e Infringentes – Decisão unânime de Turma do Supremo Tribunal Federal. Caráter limitativo das hipóteses previstas no artigo 333 do RISTF. Rol exaustivo. Descabimento, na espécie, dos embargos de nulidade e infringentes. Recurso absolutamente inadequado. Erro grosseiro. Fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Caracterização de intuito procrastinatório. Abuso do direito de recorrer. Multa. Função inibitória. Possibilidade de sua imposição ao beneficiário da gratuidade. Incognoscibilidade dos "embargos de nulidade e infringentes", por inadmissíveis, com determinação de devolução imediata dos autos respectivos

Não cabem embargos infringentes contra decisão unânime de Turma do Supremo Tribunal Federal que tenha sido proferida em causa diversa daquelas enunciadas, taxativamente, em rol exaustivo (*numerus clausus*), no artigo 333 do RISTF. Precedentes. A ocorrência de erro grosseiro evidente não justifica a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes.

Doutrina. O abuso do direito de recorrer – por qualificar-se como prática incompatível com a exigência de celeridade processual – constitui ato de litigância injustificável repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte, ainda que beneficiária da gratuidade, interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitimará, ainda, a imposição de multa. A multa a que se refere o artigo 18 do Código de Processo Civil – também incidente sobre o beneficiário da gratuidade – possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir a procrastinação processual e a obstar o exercício abusivo do direito de recorrer. Precedentes. (STF – EI ED AgR AI n. 342.393/SP – 2ª Turma – Rel. Min. Celso de Mello – j. 06/04/2010). *DJe*, de 22.04.2010.

182) Processual Civil – Agravo regimental contra decisão que julga prejudicado agravo de instrumento. Cabimento

A decisão que, na forma do artigo 328-A, parágrafo 1º, do RISTF, julga prejudicado o agravo de instrumento interposto contra a decisão que nega seguimento a recurso extraordinário é proferida no exercício de jurisdição delegada pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que, a princípio, só este poderia reformá-la. Entretanto, no julgamento das Reclamações ns. 7.547/SP e 7.569/SP, aquele Tribunal decidiu pela "possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem" (Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe*, de 11.12.2009). Agravo regimental não provido. (STJ – AgR AI para STF n. 31.813/GO (2009/0163148-7) – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 25.02.2010).

183) Processual Civil – Agravo regimental interposto contra acórdão que julgou o recurso especial representativo de controvérsia. Erro grosseiro. Princípio da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Multa por agravo regimental manifestamente infundado. Artigo 557, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil. Aplicação

1. A interposição de agravo regimental contra decisão colegiada constitui erro grosseiro e inescusável, tendo em vista sua previsão exclusiva para atacar decisão monocrática do relator, o que obsta a aplicação do princípio da fungibilidade recursal (Precedentes do STJ: AgR ED AgR ED CC n. 103.731/RJ, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, 2ª Seção, j. 10.02.2010, *DJe*, 03.03.2010; AgR ED AgR EREsp n. 969.201/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Seção, j. 23.09.2009, *DJe*, 01.10.2009; RCDESP EREsp n. 1.055.223/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, j. 24.06.2009, *DJe*, 01.07.2009; AgR CC n. 100.513/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, j. 22.04.2009, *DJe*, de 04.05.2009; e AgR ED AgR MS n. 8.483/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, j. 28.09.2005, *DJ*, de 10.10.2005). 2. Outrossim, é certo que o agravo regimental manifestamente infundado ou

inadmissível reclama a aplicação da multa entre 1% (um por cento) e 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, prevista no parágrafo 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. 3. Deveras, "se no agravo regimental a parte insiste apenas na tese de mérito já consolidada no julgamento submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, é certo que o recurso não lhe trará nenhum proveito do ponto de vista prático, pois, em tal hipótese, já se sabe previamente a solução que será dada ao caso pelo colegiado", revelando-se manifestamente infundado o agravo, passível da incidência da sanção prevista no artigo 557, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil (QO AgR REsp n. 1.025.220/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, j. 25.03.2009). 4. Agravo regimental não conhecido, condenando-se a agravante ao pagamento de 1% (um por cento) a título de multa pela interposição de recurso que, além de incabível, revela-se manifestamente infundado (art. 557, § 2º, do CPC). (STJ – AgR REsp n. 1.134.665/SP (2009/0067034-4) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 14.04.2010).

184) Processual Civil – Duplo grau de jurisdição. Exceção. Artigo 475, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil

1. Segundo decidido pela Corte Especial, no EREsp n. 934.642/PR, a "sentença ilíquida proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; a exceção contemplada no parágrafo 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil supõe, primeiro, que a condenação ou o direito controvertido tenham valor certo e, segundo, que o respectivo montante não exceda de 60 (sessenta) salários mínimos". 2. Embargos de divergência conhecidos e providos. (STJ – EResp n. 701.306/RS (2009/0213007-7) – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 07.04.2010).

185) Processual Civil – Recurso especial. Desistência da ação após decisão definitiva do juiz. Impossibilidade

1. A desistência da ação é faculdade processual conferida à parte que abdica, momentaneamente, do monopólio da jurisdição, exonerando o Judiciário de pronunciar-se sobre o mérito da causa, por isso que não pode se dar após a sentença de mérito. 2. Realmente, a doutrina do tema é assente no sentido de que "o mesmo princípio que veda a *mutatio libeli* após o saneamento impede, também, que haja desistência da ação após a decisão definitiva do juiz. Nessa hipótese, o que é lícito às partes engendrar é a transação quanto ao objeto litigioso definido jurisdicionalmente, mas, em hipótese alguma lhes é lícito desprezar a sentença, como se nada tivesse acontecido, de sorte a permitir, após a desistência da ação que potencialmente outra

ação seja reproposta" (Luiz Fux, *Curso de direito processual civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 438). 3. *In casu*, o acórdão recorrido reconheceu e homologou o pedido de desistência da ação feito pelos autores, mesmo após a prolação da sentença de mérito e havendo discordância expressa da União, que condicionava o ato homologatório à renúncia ao direito que se funda a ação, restando violado o artigo 267, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, *verbis*: "Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação". 4. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.115.161/RS (2009/0000975-4) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 04.03.2010).

186) Segundos Embargos de Declaração do Distrito Federal – Inocorrência de contradição, obscuridade ou omissão. Pretendido reexame da causa. Embargos de declaração revestidos de caráter infringente. Inadmissibilidade. Reconhecimento do intuito procrastinatório dos embargos de declaração. Imposição de multa. Execução imediata da decisão, independentemente da publicação do respectivo acórdão. Possibilidade. Embargos de declaração rejeitados. A função jurídico-processual dos embargos de declaração

Os embargos de declaração, quando regularmente utilizados, destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que se registrem, eventualmente, no acórdão proferido pelo Tribunal. Revelam-se incabíveis os embargos de declaração, quando – inexistentes os vícios que caracterizam os pressupostos legais de embargabilidade (CPC, art. 535) – tal recurso, com desvio de sua específica função jurídico-processual, vem a ser utilizado com a finalidade de instaurar, indevidamente, uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal. Precedentes. Multa e abuso do direito de recorrer. O abuso do direito de recorrer – por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual – constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpuser recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitimará a imposição de multa. A multa a que se refere o artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir o abuso processual e a obstar o exercício irresponsável do direito de recorrer, neutralizando, dessa maneira, a atuação censurável do *improbus litigator*. Precedentes. Utilização abusiva dos embargos de declaração. possibilidade de imediata execução da decisão emanada do Supremo Tribunal Federal. A reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos pressupostos legais de embargabilidade (CPC, art. 535), reveste-se de caráter abusivo e evidencia o intuito protelatório que anima a conduta processual da parte recorrente. O propósito revelado pelo embargante,

de impedir a consumação do trânsito em julgado de decisão que lhe foi inteiramente desfavorável – valendo-se, para esse efeito, da utilização sucessiva e procrastinatória de embargos declaratórios incabíveis – constitui fim ilícito que desqualifica o comportamento processual da parte recorrente e que autoriza, em consequência, o imediato cumprimento da decisão emanada desta Colenda Segunda Turma, independentemente da publicação do acórdão consubstanciador do respectivo julgamento e de eventual interposição de novos embargos de declaração ou de qualquer outra espécie recursal. Precedentes. (STF – ED ED ED ED AgR AI n. 222.179/DF – 2ª Turma – Rel. Min. Celso de Mello – j. 09.03.2010). *DJe*, de 08.04.2010.

Ementário Judicial Tributário-Fiscal

187) Agravo de Instrumento – Mandado de segurança. Liminar. Indeferimento. Ausência de previsão legal específica de cabimento de agravo de instrumento

Ação mandamental de rito especial, célere e concentrado, incompatível com o rito comum do agravo de instrumento. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Ausência de elementos que evidenciem a existência de ilegalidade ou abuso de poder por parte do magistrado. De qualquer de forma, descabida a pretensão da agravante em utilizar o crédito de precatórios para o pagamento de ICMS. Recurso não conhecido. (TJSP – AI n. 890.467-5/5-00/São Paulo).

188) Constitucional – Processual tributário. Recurso administrativo destinado à discussão da validade de dívida ativa da Fazenda Pública. Prejudicialidade em razão do ajuizamento de ação que também tenha por objetivo discutir a validade do mesmo crédito. Artigo 38, parágrafo único da Lei n. 6.830/80

O direito constitucional de petição e o princípio da legalidade não implicam a necessidade de esgotamento da via administrativa para discussão judicial da validade de crédito inscrito em dívida ativa da Fazenda Pública. É constitucional o artigo 38, parágrafo único, da Lei n. 6.830/80 (Lei da Execução Fiscal – LEF), que dispõe que "a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo [ações destinadas à discussão judicial da validade de crédito inscrito em dívida ativa] importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto". Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento. (STF – RE n. 233.582/RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – Rel. p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa – j. 16.08.2007). *DJe*, de 15.05.2008.

189) Constitucional – Tributário. Delimitação da competência tributária entre Estados e Municípios. ICMS e ISSQN. Critérios. Cartões telefônicos para "orelhão"

1. Segundo decorre do sistema normativo específico (arts. 155, II, § 2º, IX, "b" e 156, III, da CF, 2º, IV, da LC n. 87/96 e 1º, § 2º, da LC n. 116/2003), a delimitação dos campos de competência tributária entre Estados e Municípios, relativamente à incidência de ICMS e de ISSQN, está submetida aos seguintes critérios: (a) sobre operações de circulação de mercadoria e sobre serviços de transporte interestadual e internacional e de comunicações incide ICMS; (b) sobre operações de prestação de serviços compreendidos na lista de que trata a Lei Complementar n. 116/2003 (que sucedeu ao Dec.-Lei n. 406/68), incide ISSQN; e (c) sobre operações mistas, assim entendidas as que agregam mer-

cadorias e serviços, incide o ISSQN, sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a Lei Complementar n. 116/2003 e incide ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista. Precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal. 2. No caso concreto, examinando a prova dos autos, o acórdão recorrido assentou que o serviço incorporado no processo de industrialização do bem (cartões telefônicos para "orelhão") não está incluído entre os previstos no item 77 da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68. Sendo inviável o reexame, em recurso especial, dos fatos da causa (Súmula n. 7 do STJ), fica afastada a incidência de ISSQN. 3. "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório" (Súmula n. 98 do STJ). 4. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – REsp n. 650.687/RJ (2004/0047496-5) – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – j. 02.09.2008).

190) Direito Processual Civil e Tributário – Recurso especial. Execução fiscal. Encargo de 20% previsto no Decreto-Lei n. 1.025/69. Massa falida. Exigibilidade. Precedentes da 1ª Seção. Recurso representativo de controvérsia. Artigo 543-C do Código de Processo Civil e Resolução n. 8 do STJ

1. Hipótese em que se discute a exigibilidade do encargo de 20% previsto no Decreto-Lei n. 1.025/69 nas execuções fiscais propostas contra massa falida, tendo em vista o disposto no artigo 208, parágrafo 2º, da antiga Lei de Falências, segundo o qual "a massa não pagará custas a advogados dos credores e do falido". 2. A 1ª Seção consolidou entendimento no sentido de que o encargo de 20%, imposto pelo artigo 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, pode ser exigido da massa falida. Precedentes: EREsp n. 668.253/PR, rel. Min. Herman Benjamin; EREsp n. 466.301/PR, rel. Min. Humberto Martins; EREsp n. 637.943/PR, rel. Min. Castro Meira e EREsp n. 448.115/PR, rel. Min. José Delgado. 3. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8 do STJ. 4. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.110.924/SP (2009/0016196-2) – Rel. Min. Benedito Gonçalves – j. 10.06.2009).

191) Mandado de Segurança – PPI do ICMS

Pretensão da empresa executada de ver assegurado o direito de manter-se no programa instituído pelo Decreto n. 51.960/2007, mediante o abatimento dos débitos parcelado com depósitos judiciais decorrentes de precatório. Segurança concedida em primeiro grau. Decisório que não merece subsistir. Compensação. Somente lei pode atribuir à autoridade administrativa o poder de deferir ou não a compensação entre créditos líquidos e certos com débitos vencidos ou vincendos (art. 170 do CTN). Decreto n. 51.960/2007 que, em momento algum, sinaliza com a possibilidade de

utilização de tais créditos para a compensação pretendida, não se tratando de moeda corrente tampouco de depósitos judiciais efetivados em garantia do juízo referente a débitos incluídos no parcelamento (arts. 1° e 9º do Dec. n. 51.960/2007). Não subsiste, no mais, a tese de que a conversão em renda é possível com base no artigo 78 do ADCT, parágrafo 2°, que confere poder liberatório caso não haja liquidação do débito até o final do exercício referente. Necessidade de legislação infraconstitucional traçando requisitos e possibilitando a compensação pretendida pela impetrante. Natureza alimentar dos precatórios, ademais, que deve ser levada em conta, até porque a previsão constitucional transitória não confere poder liberatório do pagamento de tributos para a entidade devedora, aos precatórios por créditos de natureza alimentícia, característica que não perdem só porque objeto de cessão, sob pena de afronta ao artigo 100 da Constituição Federal. Denegação da segurança que se impõe. Reexame necessário e recurso da Fazenda Pública providos. (TJSP – Apelação com Revisão n. 8704955600 – 8ª Câmara de Direito Público – Rel. Rubens Rihl – j. 25.03.2009).

192) Medida Cautelar Fiscal – Decretação de indisponibilidade de bens. Prazo para a propositura da execução fiscal. Artigo 11 da Lei n. 8.397/92

I - O Tribunal *a quo*, nos autos de ação cautelar preparatória, entendeu que o prazo de 60 dias, contados da data do trânsito em julgado da esfera administrativa, para a interposição da execução fiscal, importa na prática em deixar ao alvedrio da Administração pública a duração do decreto de indisponibilidade concedido naquela cautelar. Assim, julgou parcialmente provido o recurso da Fazenda para estabelecer um prazo de 6 meses para a conclusão do processo administrativo e o ajuizamento da correspondente execução fiscal. II - O artigo 11 da Lei n. 8.397/92 é claro ao determinar que, em sede de medida cautelar fiscal preparatória, a Fazenda Pública dispõe do prazo de 60 dias para a propositura da execução fiscal, a contar do trânsito em julgado da decisão no procedimento administrativo, o que somente ocorreria no caso dos autos após o exame de recurso administrativo na Câmara Superior de Recursos Fiscais. III - Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.026.474/RS (2008/0019648-0) – Rel. Min. Francisco Falcão – j. 02.10.2008).

193) Prescrição e Decadência Tributárias – Matérias reservadas a lei complementar. Disciplina no Código Tributário Nacional. Natureza tributária das contribuições para a seguridade social. Inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/77. Recurso extraordinário não provido. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Repercussão Geral. Mérito

I. Prescrição e decadência tributárias. Reserva de lei complementar. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, "b", da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. Disciplina prevista no Código Tributário Nacional. O Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. Natureza tributária das contribuições. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do artigo 149 da Constituição Federal de 1988. Precedentes. IV. Recurso extraordinário não provido. Inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91, por violação do artigo 146, III, "b", da Constituição de 1988, e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/77, em face do parágrafo 1º do artigo 18 da Constituição de 1967/69. V. Modulação dos efeitos da decisão. Segurança jurídica. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (STF – RE n. 560626/RS – Tribunal Pleno – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 12.06.2008). *DJe*, de 04.12.2008.

194) Processo Civil – Embargos de declaração. Recurso especial. Processo civil e processo judicial tributário. Execução fiscal. Foro competente para ajuizamento da ação. Critérios de fixação da competência. Súmula n. 58 do STJ. Artigos 87 e 578, do Código de Processo Civil. Mudança de domicílio da executada antes da propositura da demanda. Erro material. Execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública estadual. Dívida originada no Estado-membro exequente. Foro competente para ajuizamento da ação. Mudança de domicílio da executada para outro Estado-membro antes da propositura da demanda. Irrelevância. Artigo 578 do Código de Processo Civil. *Ratio essendi* da elasticidade da norma de competência *ratione personae* atinente à União

1. O artigo 87 do Código de Processo Civil consagrou a regra da *perpetuatio iurisdictionis*, ao preceituar que a competência é determinada no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando

suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia. 2. Por seu turno, o artigo 578 do Códex Processual, inserto no Título II, referente ao processo de execução, dispõe que: "Artigo 578 - A execução fiscal (art. 585, VI) será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado. Parágrafo único - Na execução fiscal, a Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar". 3. *In casu*, cuida-se de execução fiscal ajuizada, em novembro de 2003, pelo Estado do Rio Grande do Sul para cobrança de benefício concedido pela Secretaria Estadual de Educação, tendo sido alegado, pelo exequente, que a remessa do feito para o Estado do Paraná, local atual da sede da empresa executada, causar-lhe-ia prejuízos "por não poder manter quadro de procuradores em outros Estados e por não ter condições de pagar diárias para procurador que lá atuasse", a despeito da existência de "termo de cooperação entre procuradorias estaduais para acompanhamento de cartas precatórias por procuradores onde as mesmas estejam tramitando", o que não vale para ajuizamento de ações. 4. Resta incontroverso nos autos que o fato imponível ocorreu quando a executada, ora embargada, tinha sede na Comarca de Estrela, tendo sido inscrita o débito na dívida ativa em 03.10.2002. 5. Destarte, malgrado o ajuizamento do executivo fiscal ter ocorrido após a alteração do domicílio da executada para outro Estado da Federação, verifica-se a dissonância entre o entendimento esposado no acórdão embargado e a *ratio essendi* da elasticidade da competência de foro, *ratione personae*, para as demandas referentes à União. 6. Isto porque "a possibilidade de a União e suas entidades descentralizadas serem acionadas em qualquer capital decorre do princípio maior do acesso à justiça e do fato de que em todas elas há representação judicial da entidade pública através das suas procuradorias. Assim, obedecida a finalidade do dispositivo, se não houver a aludida representação judiciária em determinada capital, segue-se que a demanda deve ser aforada noutra mais próxima onde a houver. A referência apenas à União exclui da prerrogativa o Estado e a administração direta estadual salvo se houver disposição em contrário na lei de organização judiciária, uma vez que a lei processual civil, nessa parte, é omissa" (Luiz Fux, *Curso de direito processual civil*: processo de conhecimento, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 115). 7. Embargos de declaração do Estado do Rio Grande do Sul acolhidos, atribuindo-se-lhes efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso especial da empresa, mantendo-se o acórdão regional que reconhecera a competência

jurisdicional da Comarca de Estrela, que abrange o Município de Três Coroas, local onde ocorreu o fato que deu origem à dívida executada. (STJ – EREsp n. 818.435/RS (2006/0029531-8) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 10.02.2009).

195) Processo Civil – Tributário. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Termo inicial. Súmula n. 314 do STJ. Arguição pelo executado. Oitiva da Fazenda Pública. Inexistência. Contraditório. Desrespeito

1. A prescrição intercorrente, passível de ocorrência no bojo do processo executivo, conta-se da data do arquivamento da execução fiscal, após findo o prazo de um ano da suspensão determinada pelo magistrado. Inteligência da Súmula n. 314 do STJ. 2. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, e não só nas hipóteses de declaração da prescrição *ex officio*. 3. Cabível a prescrição intercorrente em execução fiscal desde que a Fazenda Pública seja previamente intimada do decreto que a declarar, para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição. 4. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 963.317/RS (2007/0144622-2) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 05.08.2008).

196) Processual Civil e Tributário – Mandado de segurança. Extinção sem julgamento do mérito. Depósito judicial – Levantamento pelo contribuinte. Impossibilidade. Conversão em renda da União

1. A 1ª Seção firmou entendimento de que, mesmo sendo extinto o feito sem julgamento do mérito, os depósitos para suspensão da exigibilidade do crédito tributário devem ser convertidos em renda da Fazenda Pública e não levantados pelo contribuinte. 2. Ressalva da posição da relatora. 3. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 901.415/SP (2006/0249532-3) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 27.05.2008).

197) Processual Civil – Tributário. Recurso especial. ICMS. Importação de aparelho de tomografia computadorizada após o advento da Emenda Constitucional n. 33/2001. Sociedade civil prestadora de serviços médicos. Natureza comercial da atividade profissional. Irrelevância

1. O contribuinte do ICMS, após a Emenda Constitucional n. 33/2001, que alterou a redação do artigo 155, IX, "a", da Constituição Federal de 1988, é qualquer pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade, importe mercadorias do exterior, ainda que destinadas ao consumo próprio ou ao ativo permanente do estabelecimento, nos estritos termos do artigo 2º, I, da Lei Complementar n. 87/96 (Precedentes: REsp n. 1020919/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 16.12.2008, *DJe*, de 19.02.2009; REsp n. 1037640/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 07.10.2008, *DJe*, de 04.11.2008). 2. É o que dispõem os referidos diplomas legais. Constituição Federal: "Artigo 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela

EC n. 3/93) [...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela EC n. 3/93) [...] § 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela EC n. 3/93) I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal; [...] IX - incidirá também: a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; (Redação dada pela EC n. 33/2001). Lei Complementar n. 87/96: "Artigo 2° - O imposto incide sobre: [...] § 1º - O imposto incide também: I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada pela LC n. 114, de 16.12.2002). Artigo 4º - Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. Parágrafo único - É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial: (Redação dada pela LC n. 114, de 16.12.2002) I - importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada pela LC n. 114, de 16.12.2002) [...]". 3. *In casu*, a importação de equipamento de tomografia computadorizada por sociedade prestadora de serviços médicos realizou-se em 09.07.2003, por isso deve incidir o ICMS sobre a operação. 4. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.068.579/RS (2008/0139718-4) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 16.04.2009).

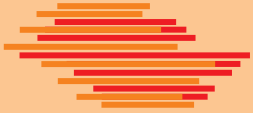
198) Tributário – Depósito convertido em renda. Mandado de segurança. Via imprópria para cobrança. Recurso especial improvido

1. Mandado de segurança impetrado contra ato coator, que lavrou a NFLD impondo à impetrante o pagamento de débito tributário na qualidade de sucessora comercial de Minerva Dimax Comércio Farmacêutico Ltda. Nas razões do *mandamus*, aduziu a impetrante que sua responsabilidade limitava-se aos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão. Pediu a concessão da segurança para tornar insubsistente a NFLD. Entretanto, antes de ajuizar o *mandamus*, a empresa havia se defendido administrativamente e, não logrando êxito, interpôs recurso hierárquico, depositando o

valor relativo à NFLD. Esgotadas as instâncias administrativas, e antes que fosse concedida a liminar, a autarquia converteu o depósito em renda. Diante desse desate, o juiz de 1º grau julgou extinto o mandado de segurança, sem apreciação de mérito, sendo confirmado pelo Tribunal porque, havendo sido o depósito convertido em renda, só caberia, em tese, o ressarcimento, a ser demandado por ação de cobrança, e não por mandado de segurança. 2. Acórdão regional que se mantém, porquanto tendo sido os depósitos convertidos em renda, à parte interessada resta a utilização dos institutos da repetição de indébito, da compensação ou ação de cobrança. O que é vedado é a utilização do presente *writ* no lugar de ação de cobrança, mormente por haver objeto distinto da finalidade que se pretende atribuir. Agravo regimental improvido. (STJ – AgR REsp n. 757.175/PR (2005/0094104-2) – Rel. Min. Humberto Martins – j. 05.08.2008).

199) Tributário – Recurso em Mandado de Segurança. Legalidade de decisão que revisara decisão de Conselho de Contribuintes. Artigo 124, III, do Decreto estadual n. 2.473/79. Razoabilidade

1. A jurisprudência é pacífica em reconhecer a constitucionalidade e a legalidade de norma estadual que preveja a possibilidade de revisão por secretário de Fazenda de decisão exarada por Conselho de Contribuintes estadual. Precedentes. 2. Revela-se regular a avocatória realizada pelo secretário de Fazenda que revisou decisão que reconhecera a decadência do crédito tributário – tema que se insere nos genéricos conceitos de "interesse de ordem pública, e à estrita observância da justiça fiscal e da legalidade dos atos" previstos no artigo 124 do Decreto fluminense n. 2.473/79. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (STJ – RMS n. 26.228/RJ (2008/0020759-2) – Rel. Min. Castro Meira – j. 15.04.2008).



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO