

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

JULHO/AGOSTO 2008

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Editorial

Retrato da Procuradoria Regional de Taubaté	237
---	-----

Cursos e Eventos

Cursos do Centro de Estudos.....	239
Eventos em parceria com outras instituições	240

Jurisprudência

Execução Fiscal – Penhora sobre Precatório. Possibilidade.....	243
--	-----

Peças e Julgados

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.651 – Convênio ICMS n. 55/2005. ICMS sobre a Prestação do Serviço Pré-pago de Telecomunicação. Ingresso do Estado de São Paulo na Condição de <i>Amicus Curiae</i>	247
Publicidade Abusiva na Divulgação de Greve	269
Intimação de Testemunhas – Aplicação de Normas da Corregedoria Geral de Justiça. Pagamento de Diligência pela Fazenda do Estado de São Paulo.....	297

Ementário

Consultoria	305
Contencioso fiscal	315
Contencioso judicial	317

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

Maria Christina Tibiriçá Bahbouth

Subprocurador Geral do Contencioso

Ary Eduardo Porto

Procurador de Estado Corregedor Geral da PGE

Nilson Berenchtein Júnior

Procuradora do Estado Ouvidora Geral da PGE

Flávia Cherto Carvalhaes

Procuradora do Estado Instrutora

Inês Maria Jorge dos Santos Coimbra

Assessoria

Anadil Abujabra Amorim, Antonia Marilda Ribeiro Alborgheti, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Célia Almendra Rodrigues, Cristiana Correa Conde Faldini, Cristina Maura Rodrigues Sanches Marçal Ferreira, Cyro Saadeh, 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 de Queiroz, José Luiz Souza de Moraes, José Roberto de Moraes, Lúcia Cerqueira Alves Barbosa, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Olavo José Justo Pezzotti, Paola de Almeida Prado, Pasqual Tortaro, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosely Sucena Pastore, Sidnei Farina de Andrade, Tatiana Gaiotto Madureira, Vera Lúcia Gonçalves Barbosa, Virgílio Bernardes Carbonieri e Wladimir Ribeiro Júnior.

Conselho da PGE

Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo (Presidente), Nilson Berenchtein Júnior, Maria Christina Tibiriçá Bahbouth, Ary Eduardo Porto, Elza Masako Eda, Ana Cristina Leite Arruda, Manoel Francisco Pinho, Thiago Luís Santos Sombra, Marcio Coimbra Massei, Regina Célia Pedrotti Vespero Fernandes, Paulo de Tarso Nêri e Leila D'Áuria Kato.

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe

Márcia Maria Barreta Fernandes Semer

Assessoria

Anna Cândida Pinto Alves Serrano, Monica Esposito de Moraes Almeida Ribeiro e Tânia Graça Campi Maluf.

Escola Superior da PGE

Diretor

Márcio Sotelo Felipe

Assessoria

Eliana Maria Barbieri Bertachini

Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial

Márcia Maria Barreta Fernandes Semer, Ana Paula Manetti Santos, Caio César Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Celso Luiz Bini Fernandes, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Márcio Sotelo Felipe, Maria Márcia Formoso Delsin, Monica Esposito de Moraes Almeida Ribeiro e Tatiana Capochin Paes Leme.

Boletim

Monica Esposito de Moraes Almeida Ribeiro (Coordenação Editorial) e Elisabete de Carvalho Melo (distribuição).

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – Boletim do Centro de Estudos da PGE/SP – Rua Pamplona, 227, 3º e 4º andares, CEP: 01405-902 – São Paulo – SP, Tels: (11) 3286-7027 e 3286-7024, e-mails: <servicodivulgacao@pge.sp.gov.br>, <bibliotecacestudos@pge.sp.gov.br>.

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Rua da Mooca, 1921 – Mooca

03103-902 – São Paulo – SP – Brasil

www.imprensaoficial.com.br

livros@imprensaoficial.com.br

SAC Grande São Paulo 11 5013-5108 / 5013-5109

SAC Demais Localidades 0800 0123 401

Tiragem: 1.800 exemplares

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

Retrato da Procuradoria Regional de Taubaté

A Procuradoria Regional de Taubaté foi criada e instalada no Município de Taubaté, por força do Decreto Estadual n. 9.721, de 22.04.1977, que transformou as antigas Subprocuradorias Regionais em Regionais. Situa-se na Região do Vale do Paraíba, no eixo Rio-São Paulo, grande pólo industrial, formado por indústrias que se localizam nos Municípios de Cruzeiro, Lorena, Guaratinguetá, Pindamonhangaba, Taubaté, Caçapava, Jacareí e São José dos Campos, destacando-se este último como pólo de tecnologia aeronáutica. O Vale do Paraíba é também centro de referência do ensino universitário. O primeiro chefe da Regional e também chefe da antiga Subprocuradoria foi o Doutor Rubens Monteiro, sucedido pelos Doutores Maria Helena Beringhs Domingos de Castro, João Bosco Pinto de Faria, Robson Flores Pinto e William Freitas dos Reis. A Regional representa a Fazenda Pública do Estado e as suas autarquias perante o juízo de 22 comarcas e de 4 foros distritais. Atua na área do contencioso geral, com destaque nas questões imobiliárias e ambientais, esta última de inegável relevo e importância no contexto jurídico atual, em face das demandas de proteção aos parques estaduais localizados na nossa região, como o da Serra do Mar, de Ilhabela, de São Sebastião, da Ilha de Anchieta e de Campos do Jordão. Conta com duas Subprocuradorias, chefiadas, respectivamente, pelas Doutoradas Maria Inês Pires Giner e Marta Cristina dos Santos Martins Toledo, e quatro Procuradorias Seccionais, Caraguatatuba, Guaratinguetá, São José dos Campos e Taubaté, chefiadas, respectivamente, pelos Doutores Regina Gadducci, Cosme de Oliveira, Andréa de Barros Correia Cavalcanti e Elaine Alarcão Ribeiro. Compõe ainda a estrutura da PR-3 o Serviço de Engenharia e Cadastro Imobiliário. A Regional tem no quadro funcional e de apoio 26 Procuradores, que atuam em bancas especializadas fiscal, judicial e ambiental, 15 funcionários, 30 estagiários de direito, 4 de nível médio, 2 de engenharia e um de informática. Dispõe, atualmente, de duas vagas no quadro de Procuradores. Após o levantamento e saneamento de bancas realizado no mês de junho deste ano, os Procuradores, consensualmente, optaram pela especialização das bancas, implantação essa que já demonstrou uma maior racionalização e eficiência no serviço. Em 2006 iniciou-se, como nas demais unidades, um processo de reestruturação das atividades administrativas, o que demandou esforços

para a contratação dos serviços de transporte de autos judiciais e de fornecimento de recortes de intimações do Diário Oficial, e, ainda, para o credenciamento de contadores e leiloeiro. Trata-se de uma Regional muito atraente pela sua localização geográfica, que engloba cidades turísticas como Aparecida, Campos do Jordão – a Suíça brasileira –, Cunha e São Luiz do Paraitinga, além das cidades do Litoral Norte, que oferecem belíssimas praias. A Regional de Taubaté está à disposição de todos os colegas e aguarda uma visita daqueles que quiserem desfrutar as bonitas paisagens da Serra da Mantiqueira e da Serra do Mar.

Roseli Sebastiana Rodrigues

Procuradora do Estado Respondendo pelo
Expediente da Procuradoria Regional de Taubaté

Cursos do Centro de Estudos

08.07 – *Workshop* Requisitórios Judiciais (19 vagas)

07.08 – Curso de Especialização em Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva. Autonomia da função executiva. Características da função executiva. Execução sem processo de execução. Exceções ao princípio da tipicidade. Natureza patrimonial da execução. Princípio do menor sacrifício possível. Princípio do desfecho único. Princípio da disponibilidade. Princípio da especificidade. Limites objetivos e subjetivos da tutela executiva. Princípio da probidade das partes na execução e a sanção aos atos atentatórios à dignidade da Justiça. Professor Araken de Assis (4 vagas).

07.08 – Curso de Especialização em Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva. Conceito, objeto e finalidade. A execução como meio, por excelência, de obtenção da satisfação dos direitos no mundo dos fatos. Abrangência e limites. Execução e processo de execução. Conceito de execução e de ato executivo. Impacto das modificações impostas ao Livro II do Código de Processo Civil sobre os conceitos fundamentais da execução judicial e a sua disciplina. A mitigação do princípio do título e o sincretismo. Abrangência e limites da tutela jurisdicional executiva. As diversas espécies de execução e os meios executivos postos à disposição do credor. Professor Donaldo Armelin (4 vagas).

07.08 – Curso Procedimentos Administrativos Relacionados à Dívida Ativa na Procuradoria Regional de Bauru (22 vagas)

08.08 – Curso de Especialização em Direitos Humanos: Direitos Humanos e Direito Administrativo. Relação entre Estado e Sociedade (4 vagas)

11.08 – Jornada de Estudo de Direito Ambiental – Aspectos Práticos (46 vagas)

13, 20 e 27.08, 03, 10, 17 e 24.09 e 01.10 – Curso Orçamento e Receita (39 vagas)

19.08 – Palestra de Treinamento para implantação do *I-Notes* em Brasília (26 vagas)

26.08 – Curso de Especialização em Direito Tributário: Questionamento Judicial das Decisões Administrativas pelo Contribuinte e pela Administração (8 vagas)

Eventos em parceria com outras instituições

- 15 a 17.07** – Geo Summit Latin America 2008 e Expo GPS 2008 (2 vagas)
- 16, 17 e 18.07** – Curso Contabilidade Pública e Análise de Balanço sob a Ògide da Lei de Responsabilidade Fiscal, promovido pela Esad Treinamento Aperfeiçoamento e Especialização Ltda. (2 vagas)
- 17.07** – Seminário A Nova Fase da Reforma Regulatória, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) (2 vagas)
- 17, 18 e 19.07** – Curso Modelagem de Dados na Pesquisa e Avaliação de Imóveis, promovido pelo Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de São Paulo (1 vaga)
- 31.07** – Simpósio Licitações para Obras e Serviços de Engenharia, promovido pela NDJ Simpósios e Treinamentos Ltda. (20 vagas)
- 01.08** – Simpósio Gestão dos Contratos Administrativos, promovido pela NDJ Simpósios e Treinamentos Ltda. (3 vagas)
- 11 a 15.08** – 6ª Semana Jurídica, promovida pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP) (3 vagas)
- 16.08** – Técnicas de Monografia Jurídica, promovido pelo Instituto Internacional de Direito (5 vagas)
- 20 e 21.08** – Seminário Jurídico 20 anos de Constituição Democrática na Visão da Advocacia Pública Brasileira, promovido pela Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Município de São Paulo (CEJUR), Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (14 vagas)
- 20, 21 e 22.08** – Curso Integrado de Execução Orçamentária, Contábil e Financeira no Serviço Público, promovido pela Esad Treinamento Aperfeiçoamento e Especialização Ltda. (2 vagas)
- 21.08** – Treinamento para Atualização do Sistema de Gerenciamento de Imóveis, promovido pela FUNDAP (35 vagas)
- 21 e 22.08** – Curso Fórum IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário, promovido pela Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (IOB). (2 vagas)

- 22 e 23.08** – Curso Prático de Avaliações com Tratamento por Fatores, promovido pelo Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de São Paulo (1 vaga)
- 26 a 29.08** – 14º Seminário Internacional, promovido pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) (4 vagas)
- 27, 28, 29 e 30.08** – Semana Jurídica em Homenagem ao Jurista Zelmo Denari – Curso de Atualização – Direito Tributário, promovido pela Escola Superior de Advocacia de São Paulo, em Presidente Prudente (9 vagas)
- 28 e 29.08** – Seminário Regularização Fundiária em Unidades de Conservação de Projeto Integral, promovido pela Sociedade dos Engenheiros e Arquitetos do Rio de Janeiro (SEAERJ), no Rio de Janeiro (1 vaga)
- 29.08** – Seminário Concessão no Transporte Coletivo, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) (1 vaga)

Execução Fiscal – Penhora sobre Precatório. Possibilidade¹

Recurso Especial n. 863.891/SP

Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo

Recorrido: Comercial Papelyna Embalagens

Decisão Processual Civil – Execução fiscal. Penhora de crédito decorrente de precatório. Recusa justificada pela Fazenda Pública. Possibilidade. Artigo 11 da Lei de Execução Fiscal e artigo 612 do Código de Processo Civil.

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988, contra acórdão em agravo de instrumento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, reformando a decisão proferida em primeiro grau, considerou ser admissível a nomeação à penhora de crédito relativo a precatório extraído contra a própria Fazenda Pública exeqüente. No recurso especial, a ora recorrente sustenta que, em assim decidindo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acabou por contrariar os artigos 170 do Código Tributário Nacional, 11 e 16, parágrafo 3º da Lei n. 6.830/80, e 612 e 656 do Código de Processo Civil. Também aponta divergência jurisprudencial com julgado deste Tribunal. Contra-razões às fls. e ss. Às fls. o Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de origem deixou de admitir o recurso especial sob os fundamentos de violação do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ, de ausência de prequestionamento (Súmula n. 211/STJ) e de não-demonstração adequada do dissídio jurisprudencial. Os autos subiram a esta Corte via agravo de instrumento julgado procedente.

É o relatório.

Passo a decidir.

1 STJ – REsp n. 863.891/SP (2006/0143903-6), 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJU, de 26.08.2008.

Quanto à interposição do recurso especial fundada na alínea c do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, a irresignação não deve ser conhecida, haja vista que a agravante não demonstrou o dissídio jurisprudencial de forma adequada, não realizando o cotejo analítico entre os acórdãos eleitos para a divergência, além de apenas colacionar suas ementas. Quanto à violação dos artigos 11 da Lei n. 6.830/80 e 612 do Código de Processo Civil, o recurso merece ser conhecido, ainda que a título de prequestionamento implícito, já que a decisão atacada mencionou genericamente as “normas da legislação federal invocadas pela agravante”, quais sejam: artigos 11 e 15 da Lei n. 6.830/80, 612 do Código de Processo Civil e 170 do Código Tributário Nacional. No ensejo, sem adentrar à questão da aplicabilidade do artigo 655 do Código de Processo Civil aos processos de execução fiscal, entendo que a decisão atacada se encontra em confronto com o entendimento que a jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça dá ao artigo 11 da Lei n. 6.830/80, de leitura sempre combinada com o artigo 656 daquele mesmo Código de Processo Civil. Observo que já se encontra pacificada na Primeira Seção a posição que alberga a possibilidade de serem penhorados precatórios em execução fiscal, sejam estes oriundos da própria parte exeqüente ou não, *in verbis*:

“Execução Fiscal – Penhora sobre precatório. Possibilidade. Relativização da ordem estabelecida no artigo 11 da Lei n. 6.830/80 e no artigo 656 do Código de Processo Civil. Equivalência à penhora de crédito.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento acerca da possibilidade de nomeação à penhora de precatório, uma vez que a gradação estabelecida no artigo 11 da Lei n. 6.830/80 e no artigo 656 do Código de Processo Civil tem caráter relativo, por força das circunstâncias e do interesse das partes em cada caso concreto.

2. Essa possibilidade decorre do princípio de que a execução deve ser feita pelo modo menos gravoso ao executado, entendendo-se como penhora de crédito aquela efetivada sobre precatório.

3. A Primeira Seção, no julgamento do EREsp n. 434.711/SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, acertou o entendimento de que o crédito de precatório é direito plenamente penhorável, aplicando-se o regramento de penhora de créditos previsto no Código de Processo Civil. Embargos de divergência providos.” (ED AG n. 746184/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU, de 06.08.2007).

Todavia, consoante entendimento mais recente da mesma Primeira Seção, mostra-se válida a rejeição da penhora por ofensa à ordem legal dos bens penhoráveis estatuída nos artigos 655 e 656 do Código de Processo Civil, mediante a recusa justificada da exeqüente. Neste sentido:

“Processual Civil – Execução fiscal. Penhora. Direito de crédito decorrente de precatório, objeto de escritura pública, expedido contra pessoa jurídica distinta da exeqüente. Possibilidade.

1. O crédito representado por precatório é bem penhorável, mesmo que a entidade dele devedora não seja a própria exequente. Assim, a recusa, por parte do exequente, da nomeação feita pelo executado, pode ser justificada por qualquer das causas previstas no Código de Processo Civil (art. 656), mas não pela impenhorabilidade do bem oferecido.

2. O reconhecimento da penhorabilidade de precatório não significa reconhecimento da compensabilidade desse crédito, seja com a dívida em execução, seja com qualquer outra. O regime aplicável à penhora de precatório é o da penhora de crédito, inclusive para efeitos de ordem de nomeação a que se referem os artigos 655 do Código de Processo Civil e 11 da Lei n. 6.830/80. Penhorado o crédito, cabe ao exequente optar pela sub-rogação ou pela alienação judicial do direito penhorado. Conforme estabelece o parágrafo 1º do artigo 673 do Código de Processo Civil, ‘o credor pode preferir, em vez da sub-rogação, a alienação judicial do direito penhorado, caso em que declarará sua vontade no prazo de dez (10) dias contados da realização da penhora’.

3. Embargos de divergência a que se dá provimento.” (EResp n. 870.428/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJU*, de 13.08.2007, grifo nosso).

“Processual Civil – Execução fiscal. Penhora de crédito decorrente de precatório. Artigo 656 do Código de Processo Civil. Impossibilidade.

1. O crédito representado por precatório é bem penhorável, mesmo que a entidade dele devedora não seja a própria exequente, enquadrando-se na hipótese do inciso XI do artigo 655 do Código de Processo Civil, por se constituir em direito de crédito.

2. A ‘recusa, por parte do exequente, da nomeação feita pelo executado, pode ser justificada por qualquer das causas previstas no Código de Processo Civil (art. 656), mas não pela impenhorabilidade do bem oferecido’ (EResp n. 870.428/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJU*, de 13.08.2007).

3. A execução deve ser feita no interesse do credor. Havendo recusa deste em proceder à substituição da penhora e achando-se esta fundada na ordem legal prevista no Código de Processo Civil, deve ser acatada.

4. Embargos de divergência não providos.” (EResp n. 881014 / RS, Rel. Min. Castro Meira, *DJU*, de 17.03.2008, p. 1).

Como visto, os julgados acima entendem que a “penhora de precatório” é penhora de crédito, de direito, aplicando-se o respectivo regime para efeitos de ordem de nomeação a que se referem os artigos 655 do Código de Processo Civil e 11 da Lei n. 6.830/80. No caso em apreço, entre as razões da Fazenda Pública para recusar a penhora do precatório em questão, está a ordem prevista no artigo 11 da Lei n. 6.830/80, posto que indicou à penhora automóveis da executada. Considerando que a penhora de veículos tem prioridade sobre a penhora de direitos, houve sim violação ao disposto nos artigos 11 da Lei n. 6.830/80 e 612 do Código de Processo Civil, sendo perfeitamente aplicável o entendimento suso transcrito do Tribunal, posto que fundado nas mesmas razões de decidir. Desse modo, não pela impenhorabilidade do precatório, nem

pela qualidade da pessoa jurídica que o expediu, nem, tampouco, pela existência de óbice à compensação da dívida, mas pela recusa do exeqüente, devidamente embasada na norma processual, deve ser prestigiada a negativa da Fazenda Pública em admitir a penhora pretendida. Ante o exposto, conheço parcialmente o recurso especial e, com fulcro no artigo 557, parágrafo 1º-A do Código de Processo Civil, nessa parte, dou provimento.

Brasília (DF), 4 de agosto de 2008.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.651 – Convênio ICMS n. 55/2005. ICMS sobre a Prestação do Serviço Pré-pago de Telecomunicação. Ingresso do Estado de São Paulo na Condição de *Amicus Curiae*

Excelentíssimo Senhor Ministro, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.651 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

O Governador do Estado de São Paulo, neste ato representado pelo Excelentíssimo Senhor Procurador Geral do Estado, abaixo subscrito, estabelecido na Rua Pamplona, 227, 7º andar, Centro, São Paulo, Capital, CEP 01405-000, nos autos da ação direta de inconstitucionalidade, em destaque, em que é requerente o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Alagoas, e requerido o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), com respeito e merecido acatamento, requer a Vossa Excelência sua admissão na condição da *amicus curiae*, nos termos permissivos do artigo 7º, parágrafo 2º da Lei n. 9.868/99 (LADI), pelas razões que passa a expor:

I. Admissibilidade da intervenção do Governador do Estado de São Paulo na condição de *amicus curiae*

O artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.868/99¹ admite a possibilidade de ingresso formal de terceiros no processo de controle normativo abstrato, desde que estejam presentes os requisitos da *relevância da matéria e representatividade dos postulantes*, ou seja, introduziu no ordenamento positivo pátrio a figura do *amicus curiae*, “permitindo, em consequência, que terceiros, investidos de

1 “Artigo 7º - Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. (...) § 2º - O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional”², conferindo um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.

O Ministro Celso de Mello deixou assente, ao relatar a MC ADI n. 2.130-3/SC “que a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio”.

Pois bem, a intervenção do Governador do Estado de São Paulo nesta ação atende esses objetivos e preenchem os suportes fáticos constantes do artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.868/99, devendo-lhe ser reconhecida sua condição de *amicus curiae*, pois:

- a *relevância da matéria* posta nesta ação sob o crivo desta Corte Constitucional é inconteste, uma vez que seus efeitos afetarão a legislação de todos os Estados da Federação, exceção feita aos Estados de Alagoas e do Distrito Federal, únicos que não o assinaram.

- a *representatividade do postulante* não carece de maiores digressões, primeiro porque é um dos co-legitimados pelos artigos 103 da Constituição Federal e 2º da LADIn para promover ações diretas de inconstitucionalidade³ e, segundo, porque sendo um dos signatários do Convênio n. 55/2005 (razão do interesse jurídico a justificar a sua participação no debate), tem amplo conhecimento acerca do assunto, podendo trazer à Egrégia Corte subsídios relevantes e esclarecedores sobre o tema tratado, possibilitando, nas palavras do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, “pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia”⁴, além de viabilizar a participação no processo de interessados e afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade.

Dessa maneira, encontram-se presentes as condições legais que autorizam a excepcional intervenção do ora requerente, na qualidade de *amicus curiae* e que, ademais, encontra suporte no próprio entendimento pacífico desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, que autorizou a intervenção, nessa qualidade, da Associação Paulista dos Magistrados (APAMAGIS) na ADI n. 2.238-5/DF, (Rel.

2 MC ADI n. 2.130-3/SC, Rel. Min. Celso Mello, j. 20.12.2000, DJU, de 2.2.2001, p. 145.

3 A possibilidade de haver intervenção de qualquer dos co-legitimados da CF 103 ou da LADIn 2º, na qualidade assemelhada à do ‘assistente litisconsorcial’ (CPC 54), na ADIn ajuizada por co-egitimado é medida de rigor. Quem pode o mais (mover a ADIn) pode, por óbvio, o menos (intervir em ADIn movida por outrem (...).” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 1.949, nota 3 ao art. 7º da LADIn).

4 STF – MC ADI n. 2.130-3/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000, DJU, de 02.02.2001, p. 145.

Min. Ilmar Galvão), da Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e do Ministério Público da União (FENAJUFE) na MC ADI n. 2.321/DF (Rel. Min. Celso de Mello) e da Associação dos Magistrados Catarinenses (AMC) na MC ADI n. 2.130/SC (Rel. Min. Celso de Mello), da qual permito-me, mais uma vez extrair a brilhante passagem:

“A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

Em suma: a regra inscrita no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.”

Diante do supra exposto, estando presentes todas as condições para que seja admitida minha intervenção, na qualidade de *amicus curiae*, nos termos do artigo 7º, parágrafo 2º da Lei n. 9.868/99 (LADI), apresento, desde logo, as considerações que entendo pertinentes, relevantes e esclarecedoras acerca da *quaestio juris* em exame nesta ação de fiscalização concentrada de constitucionalidade, com o intuito de cumprir com dignidade o exercício da função que ora pleiteio a esse Excelso Tribunal.

II. Introdução

A ação direta de inconstitucionalidade versada nestes autos foi proposta contra o Convênio ICMS n. 55/2005, alterado pelo Convênio n. 88/2005, e encontra-se sustentada na incompatibilidade desse ato do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) com os artigos 150, I, 146, III, “a” e 155, parágrafo 2º, XII, “d”, da Suprema Carta.

A sustentação jurídica da peça inaugural, *venia maxima* aos excelentíssimos signatários, não pode prosperar, pois leva a um raciocínio jurídico absurdo, qual seja, que a capacidade para tributar o serviço de telecomunicação pré-paga não é do Estado da empresa prestadora do serviço, mas do Estado da empresa fornecedora de cartões, fichas e assemelhados, alterando a regra matriz posta na Constituição da República de que o ICMS-COMUNICAÇÃO incide sobre a *prestação* do serviço.

Em outras palavras, ao se atacar o Convênio ICMS n. 55/2005, a real pretensão é assegurar ao Estado de Alagoas, em mais um inaceitável lance da chamada *guerra fiscal*, a apropriação de tributo inquestionavelmente pertencente aos

demais Estados da Federação, estimulando a criação de estabelecimentos filiais, naquele Estado, de operadoras telefônicas que atuam em outros Estados, por meio da concessão de ilegais e imorais incentivos fiscais, como se isso fosse suficiente para alterar o local da prestação dos serviços de comunicação, partindo de uma sofismática interpretação da Lei Complementar n. 87/96.

Segundo esse inacreditável raciocínio, é irrelevante que alguém tenha adquirido um celular pré-pago com prefixo de uma cidade de São Paulo, do Rio Grande do Sul, da Bahia, de Minas Gerais etc. e que, conseqüentemente, o serviço de comunicação seja prestado nesses locais, pois basta haver um estabelecimento no Estado de Alagoas para que o imposto seja devido àquele Estado.

Levando-se esse raciocínio ao extremo, chega-se à conclusão de que, em tese, é possível que toda a tributação pelo ICMS da telefonia celular pré-paga, no Brasil, seja devida a um único Estado (por exemplo, Alagoas), independentemente do local onde o serviço seja prestado.

Não bastasse isto, o autor apega-se a decisões dessa Excelsa Corte proferidas em face de Convênios emitidos pelo CONFAZ que não guardam qualquer semelhança com o Convênio n. 55/2005, pretendendo convencer que esse ato normativo é “autônomo” e, por conseguinte, passível do controle direto de constitucionalidade.

Tais inconsistências passam agora a ser abordadas de maneira clara e objetiva, como se espera da atuação do *amicus curiae*, e espera-se que tragam subsídios valiosos para o exame da matéria constitucional posta sob exame, de maneira que reste consagrada a supremacia do texto constitucional, e não interesses escusos de Estados que objetivam retirar do imposto nacional vantagem indevida.

III. Prejudicialidade da ação direta. Falta de interesse de agir. O Convênio n. 55/2005 não é ato normativo autônomo

O digníssimo autor quer convencer que há interesse de agir para a proposição desta ação constitucional, com suporte em jurisprudência assente nessa Egrégia Corte, no sentido de que convênios celebrados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) são passíveis de controle concentrado de constitucionalidade.

Não obstante, a ilação extraída desses julgados, é *inaplicável* ao Convênio ICMS n. 55/2005, tendo em vista que a *natureza jurídica* deste não é a mesma dos convênios tratados nas decisões mencionadas na exordial.

Com efeito, os Convênios ICMS, cujo controle concentrado de constitucionalidade foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal, “integram o processo

legislativo nacional”⁵ em matéria de concessão e revogação, pelos Estados e Distrito Federal de isenções⁶, de incentivos e benefícios fiscais atinentes ao ICMS. Estão previstos no artigo 155, XII, “g” da Lei Maior e disciplinados pela Lei Complementar n. 24/75.

Observe-se por relevante que os convênios assim celebrados, uma vez ratificados, constituem-se em *atos normativos primários*⁷, que valerão internamente para os seus signatários, *criando* (ato revogatório de benefícios fiscais) e *extinguindo* (ato concessivo de benefícios fiscais) *obrigações tributárias principais*. Constituem, assim, partes integrantes do *sistema constitucional tributário* e submetem-se aos seus princípios e normas. Daí porque podem ser, à luz do entendimento dessa Egrégia Corte, objeto da ação direta de inconstitucionalidade.

Porém, essa não é a realidade do Convênio n. 55/2005. Ele não foi celebrado com suporte na Lei Complementar n. 24/75. *Não cria nem extingue obrigação tributária principal*. Ao revés, referido convênio *encontra fundamento de validade nos artigos 37, XXII, da Constituição Federal*⁸ e nos 100, IV⁹ e 199¹⁰ do Código Tributário Nacional, e se destina a estabelecer procedimentos que viabilizem a fiscalização das prestações *pré-pagas* de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre protocolo internet, disponibilizados

5 CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 10. ed. São Paulo: Malheiros.

6 Conforme José Souto Maior Borges, o direito de tributar e o de isentar são verso e reverso da mesma medalha (*Isenções tributária*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 2). Assim, quem possui a capacidade de tributar tem, por consequência, a capacidade para isentar. Contudo, no caso do ICMS, o exercício da capacidade de isentar não é feito de maneira unilateral, eis que está atrelado constitucionalmente à autorização dos demais Estados federados, por meio de convênio. Essa condição objetiva impedir a chamada “guerra fiscal”.

7 “O convênio é materialmente ato normativo” (BORGES, Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 173).

8 “XXII - As administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio” (acrescido ao art. 37 pela EC n. 42/2003).

9 “São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; III - práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas; IV – os convênios que entre si celebram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” (g.n.).

10 “A Fazenda Pública da União e a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou Convênio.”

por fichas, cartões ou assemelhados. Relevante a transcrição das considerações postas por José Jayme de Oliveira Macedo Oliveira sobre o tema:

“Artigo 100, IV - Os convênios de que trata este dispositivo são aqueles que se prestam a regular matérias tributárias acessórias (fiscalização, informações mútuas etc.), conforme a previsão do artigo 199 deste Código. No que respeitem a aspectos inerentes aos tributos, com reflexo no comportamento dos contribuintes, assumem a *facies* de normas complementares das leis.

Tem valimento ressaltar que os convênios aqui versados nada têm a ver com os previstos na Constituição como veículo para concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do ICMS (art. 155, § 2º, XII, 'g'), pois estes, por seus conteúdos e fins, equiparam-se às leis, segundo, inclusive, faz ver o artigo 150, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, em sua parte final.”

Assim, as normas pactuadas pelo Convênio n. 55/2005 são fontes secundárias do direito tributário, *in verbis* (na parte preambular estão consignados os fundamentos legais de validade desse pacto federativo):

CONVÊNIO ICMS N. 55/2005

Dispõe sobre os procedimentos para a prestação pré-paga de serviços de telefonia.

O Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), na sua 118ª reunião ordinária, realizada em São Paulo, SP, no dia 1º de julho de 2005, tendo em vista o disposto no parágrafo 1º do artigo 12 e na alínea “b” do inciso III do artigo 11 da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, e nos termos do artigo 199 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolve celebrar o seguinte CONVÊNIO

Cláusula primeira - Relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre Protocolo Internet (VoIP), disponibilizados por fichas, cartões ou assemelhados, mesmo que por meio eletrônico, será emitida Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação – Modelo 22 (NFST), com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização:

I - para utilização exclusivamente em terminais de uso público em geral, por ocasião de seu fornecimento a usuário ou a terceiro intermediário para fornecimento a usuário, cabendo o imposto à unidade federada onde se der o fornecimento;

II - de créditos passíveis de utilização em terminais de uso particular, por ocasião da sua disponibilização, cabendo o imposto à unidade federada onde o terminal estiver habilitado.

Parágrafo único - Para fins do disposto no inciso II, a disponibilização dos créditos ocorre no momento de seu reconhecimento ou ativação pela empresa de telecomunicações, que possibilite o seu consumo no terminal.

Cláusula segunda - Nas operações interestaduais entre os estabelecimentos de empresas de telecomunicação com fichas, cartões ou assemelhados será emitida Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, com destaque do valor do ICMS devido, calculado com base no valor de aquisição mais recente do meio físico.

Cláusula terceira - Poderá a unidade federada exigir relatórios analíticos de receitas e sua respectiva documentação probatória, nas transações com créditos pré-pagos.

Cláusula quarta - Fica revogada a cláusula sétima do Convênio ICMS n. 126/98, de 11 de dezembro de 1998.

Cláusula quinta - As disposições contidas neste convênio não se aplicam ao Estado de Alagoas e ao Distrito Federal. (redação dada pelo Convênio ICMS n. 88/2005)

Cláusula sexta - Este convênio entra em vigor na data da sua publicação no *Diário Oficial da União*, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2006. (redação dada pelo Convênio ICMS n. 88/2005). (g.n.)

O Convênio em destaque foi firmado por todos os Estados Federados (exceção para o Estado autor desta ação constitucional e do Distrito Federal, cujas razões de discordância serão aventadas adiante) para o aperfeiçoamento e o maior controle fiscal das prestações de serviços de telefonia na modalidade *pré-paga*, que atualmente alcança mais de 80% dos aparelhos de telefonia *móvel* do país, segundo dados da ANATEL, chegando esse percentual, em algumas operadoras, a 85%¹¹, e com forte tendência de crescimento na telefonia *fixa*, porque permite o acesso de classes de menor renda da população aos serviços de telecomunicação.

Os avanços tecnológicos possibilitam que essa modalidade *pré-paga* de prestação de serviço de telecomunicação seja feita mediante as chamadas recargas virtuais ou créditos pré-pagos virtuais, em substituição aos cartões físicos indutivos, permitindo a recarga de créditos através da internet, caixas eletrônicos de bancos, agências lotéricas ou diretamente pelo terminal telefônico. *Essa nova realidade tornou difícil, senão impossível, os controles fiscais pelos Fiscos dos Estados, motivando as medidas regulamentares postas no referido Convênio.*

Com efeito, antes da edição do Convênio n. 55/2005, havia a dissociação entre a emissão da nota fiscal e a efetiva prestação do serviço, fato que inviabilizava o controle fiscal dessas prestações pelos Fiscos Estaduais, que estavam subjugados quase que exclusivamente aos relatórios gerenciais emitidos pelas próprias operadoras de telefonia.

Essa situação mudou com o Convênio ICMS n. 55/2005. Ele possibilitou que os Estados signatários obtivessem o controle e a fiscalização efetiva das prestações pré-pagas de telefonia, ao prever a emissão da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação no momento da disponibilização de créditos no terminal

11 Disponível em: <www.anatel.gov.br/comunicacao/movel/dados_relevantes>.

identificável (como ocorre no caso do uso de telefones celulares e telefones fixos), permitindo a perfeita identificação do prestador do serviço, do usuário, do valor da recarga e do momento da sua ocorrência.

Tem-se, assim, que o citado convênio, celebrado nos termos do artigo 199 do Código Tributário Nacional, não rege qualquer aspecto da obrigação tributária principal, não legisla, nem poderia, sobre o local da prestação¹². É apenas um pacto federativo disciplinador de *obrigações acessórias*, com o escopo de possibilitar a perfeita fiscalização da prestação desses serviços que até há pouco tempo eram prestados pela Telebrás e basicamente pela modalidade de telefonia fixa e móvel *pós-paga*.

O fundamento de validade material do mencionado *pacto federativo – de natureza regulamentar* – encontra-se na *Lei Complementar n. 87/96* (onde estão definidos: fato gerador, base de cálculo, contribuinte e local da prestação de serviços do ICMS-COMUNICAÇÃO), e na *lei ordinária* instituidora do ICMS-COMUNICAÇÃO de cada Ente Federado signatário (as normas do convênio ratificado integram o direito interno de cada Estado e com ele devem se conformar).

Portanto, o Convênio ICMS n. 55/2005 é forma *secundária do direito tributário*, pois não cria, não aumenta e não diminui direitos e obrigações, antes conforma-se ao estabelecido no ato constitutivo (lei) de que deriva. Gravita em torno da lei (*stricto sensu*), que lhe é superior e precedente.¹³

Essa é a razão pela qual o seu controle de validade só pode operar no âmbito da legalidade, com o confronto do seu conteúdo com o da lei complementar e das leis ordinárias que lhe dão sustentação jurídica, pois: “Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, ou se afasta dos limites que esta lhe traça, comete ilegalidade e não inconstitucionalidade, pelo que não se sujeita, quer no controle concentrado, quer no controle difuso, à jurisdição constitucional” (STF – RE ns. 189.550/SP e 154.027-SP).

Posto isso, está instaurada uma situação de *prejudicialidade*, ante a inexistência do interesse de agir, pois o Convênio ICMS n. 55/2005 não integra o sistema geral de normas *in abstracto*, não é ato geral, autônomo e impessoal que possa ser objeto da ação de controle concentrado de constitucionalidade¹⁴,

12 O local da prestação se encontra devidamente disciplinado pela *Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 (norma geral de direito tributário)* que, de forma plena, regulamentou o disposto no artigo 155, parágrafo 2º, XII, incisos “a” e “i”, estabelecendo em seu artigo 11, inciso III, o local da prestação, para os efeitos da cobrança, em se tratando de prestação onerosa de serviço de comunicação, definindo, assim, o elemento espacial do fato gerador do ICMS.

13 OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Código Tributário Nacional: comentários, doutrina, jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 246.

14 “A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além da *autonomia jurídica* da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos – abstração, generalidade,

sendo bem de ver que a questão versada nos presentes autos envolve questão de *legalidade e não de inconstitucionalidade*.

IV - Inexistência das alegadas inconstitucionalidades do Convênio ICMS n. 55/2005 celebrado pelo CONFAZ

O Governador do Estado de Alagoas apregoa que o Convênio ICMS n. 55/2005 teria *instituído imposto* a favor dos entes federados sem lei em sentido formal (*ofensa ao art. 150, I, da CF*) e *usurpado da atribuição constitucional da lei complementar*, ao disciplinar sobre normas gerais e local da operação (*ofensa aos arts. 146, III, “a” e 155, § 2º, XII, “d”*), porque teria determinado “que em relação às modalidades pré-pagas de prestação de serviços de telefonia em seu texto elencadas será devido o imposto à unidade federada no qual o terminal estiver habilitado”.¹⁵

Isso não é verdade. A previsão do sujeito ativo e do local da operação, assim como dos demais elementos que configuram a hipótese de incidência tributária do ICMS-COMUNICAÇÃO, encontra-se claramente posta na Lei Complementar n. 87/96. As referências do convênio acerca da destinação do tributo são *meramente didáticas*¹⁶, não regram, apenas explicitam a quem ele pertence, nos termos do diploma complementar aqui citado, do qual deriva (não poderia ser diferente, uma vez que esse pacto federativo foi celebrado para regular matéria tributária acessória – fiscalização).

O Convênio ICMS n. 55/2005 cuida apenas *da emissão da nota fiscal em hipóteses de telefonia pré-paga*. Não inova o direito, não cuida, repita-se, de nenhum aspecto da obrigação principal, não cria nem extingue tributo, suas regras se destinam a instrumentar o cumprimento das obrigações fiscais do ICMS-COMUNICAÇÃO (conforme permissão do art. 37, XXII, da CF) – matéria que não está sujeita à reserva da lei –, em conformidade com o que disciplina a Lei Complementar n. 87/96, norma mestra do mencionado imposto.

Inconstitucionalidades, portanto, não se encontram em seu texto que, ademais, encontra-se em perfeita adequação com Lei Complementar

autonomia e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou de condutas individuais.” (STF – MC ADI n. 2.321/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.10.2000, *DJU*, de 10.06.2005, g.n.).

15 Petição inicial, fls. 2.

16 A supressão das expressões postas na parte final dos incisos I (“cabendo o imposto à unidade federada onde se der o fornecimento”) e II (“cabendo o imposto à unidade federada onde o terminal estiver habilitado”) da cláusula primeira do Convênio ICMS n. 55/2005 *não afeta seus conteúdos*. A inclusão no texto se deu apenas a título de esclarecimento.

n. 87/96, cuja interpretação, relativamente ao ICMS-COMUNICAÇÃO, não tem o alcance que a peça inicial pretende lhe emprestar, porque imporia verdadeiro fosso entre o arquétipo constitucional e a realidade tecnológica da comunicação.

Ademais, o ICMS-COMUNICAÇÃO é uma nova modalidade de fato gerador do ICMS – prestação de serviço – introduzido pela Carta de 1998, que não tem qualquer similaridade com o ICMS incidente sobre a circulação de mercadoria. Assim, as definições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o último não podem servir para nortear a interpretação das regras do primeiro, já que cada qual possui regimes jurídicos próprios com características distintos.¹⁷

IV. 1 - O ICMS sobre a prestação do serviço pré-pago de telecomunicação

A Carta da República, no seu artigo 155, I, “b”, estabeleceu a competência dos Estados e do Distrito Federal para tributar por ICMS as *prestações de serviços de comunicação* (o *arquétipo constitucional* não autoriza a tributação da comunicação pura e simples, mas, sim, da “*prestação do serviço*” de comunicação), e atribuiu à lei complementar o dever de fixar as respectivas normas gerais de tributação (art.146, XXX, “a”) e o local das prestações de serviços (art.155, § 2º, XII, “d”).

A Lei Complementar n. 87/96 cumpriu esse comando e definiu em seu artigo 2º, III, o *fato gerador* do ICMS: “*prestações onerosas de serviços de comunicação*, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

E em seu artigo 4º estabeleceu que *contribuinte* é “qualquer pessoa física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracteriza intuito comercial (...) *prestações de serviços (...) de comunicação*, ainda que as (...) prestações se iniciem no exterior”.

Estes dois dispositivos da Lei Complementar n. 87/96 assinalam claramente que: a) o imposto é devido em face das *prestações onerosas de comunicação* (aspecto material da hipótese de incidência decorrente diretamente do arquétipo constitucional); b) que o *contribuinte* é o sujeito que *presta o serviço* (“a qualidade de contribuinte é uma decorrência lógica do fato gerador, em outras

17 Ensina Roque Antonio Carraza: “A fórmula adotada pela Constituição de 1988, ao aglutinar impostos diferentes debaixo do mesmo rótulo (ICMS), além de não ser das mais louváveis, sob o aspecto científico, está, na prática, causando grandes confusões. De fato, o legislador ordinário, nem sempre afeito à melhor técnica, tem, com frequência, dispensado o mesmo tratamento jurídico aos distintos fatos econômicos que o ICMS pode alcançar.” (ICMS. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 35).

palavras, a pessoa que realiza o fato previsto na lei como tributável adquire o *status* de contribuinte”¹⁸ – art. 121, parágrafo único, I, do CTN).

As noções extraídas dessas duas regras são *imprescindíveis* para que se possa no exame da mencionada Lei Complementar n. 87/96, *in verbis*:

“Artigo 11 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

b) o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão, ou assemelhados com que o serviço é pago;

c-1) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite;¹⁹

d) onde seja cobrado o serviço, nos demais casos;

Artigo 12 - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

§ 1º - Na hipótese do inciso VII, quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário.”

Pela leitura dessas regras que fixam o aspecto territorial e temporal da hipótese de incidência, pode parecer que o Excelentíssimo Governador de Alagoas tem razão, ou seja, que o ICMS pré-pago deva ser recolhido ao Estado onde se deu a aquisição da ficha, cartão ou assemelhados. *Não é assim.*

Os dispositivos acima destacados violam a regra matriz do ICMS-COMUNICAÇÃO da Carta Federativa (art. 155, § 2º) e os artigos 2º, III e 4º da própria Lei Complementar, se tomados pela sua interpretação literal, depois dos avanços tecnológicos ocorridos entre a sua feitura e a data da edição do convênio vergastado, *porque as hipóteses fáticas que constituíam o fato impositivo do ICMS-COMUNICAÇÃO, hoje não são as mesmas.* Oportuna a lição de Carlos Maximiliano: “Não basta

18 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 145. O autor ainda adverte, nessa mesma obra, que a “qualidade de contribuinte é um atributo de quem realiza o fato típico ou cerne do fato gerador. Se pensarmos no aspecto econômico da tributação, é fácil compreendermos a razão ou necessidade desta vinculação do contribuinte ou responsável ao fato econômico tributado, não só porque a vantagem ou resultado dele decorrente é que vai possibilitar o pagamento do tributo ao fisco, mas ainda porque assim a lei atenderá o princípio fundamental da justiça tributária, segundo o qual se deve atingir a capacidade econômica do contribuinte (capacidade contributiva)” (Ibidem, p. 145).

19 Alínea incluída pela Lei Complementar n. 102, de 11.07.2000.

conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico.”²⁰

Faz-se imprescindível investigar a prestação desses serviços *naquela época e no presente*, e interpretar a lei sem apego à literalidade, mas ao espírito que lhe deu origem²¹, aplicando-a à nova realidade das telecomunicações, de maneira a “revelar o sentido apropriado para a vida real”²² e, ao mesmo tempo, mantê-la harmônica com o sistema constitucional tributário.

O brilhantismo de Carlos Maximiliano convém novamente: “A segurança jurídica, objetivo superior da legislação, depende mais dos princípios cristalizados em normas escritas do que da roupagem mais ou menos apropriada em que os apresentam. Deve, portanto, o pensamento prevalecer sobre a letra, a idéia valer mais do que o seu invólucro verbal.”²³

Pois bem, a edição da Lei Complementar n. 87/96 foi feita em período em que o setor de telecomunicações era *restrito* em relação *aos prestadores* dos seus serviços (contribuintes do ICMS) e em relação *aos meios disponíveis* para a prestação do serviço de comunicação.

Naquela época, as telecomunicações, apesar da existência da Emenda Constitucional n. 8/95²⁴, ainda estavam sob o monopólio da União, sua exploração se dava pela *holding* Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebrás), que mantinha uma única companhia (a “tele” estatal), atuando em cada unidade da Federação para a telefonia local.²⁵

De outro lado, os serviços de telefonia eram, via de regra, pós-pagos, com exceção dos prestados em Terminais de Uso Público – TUPs (orelhões), que eram pré-pagos e acessados mediante fichas, cartões e assemelhados, cujo fornecimento era feito exclusivamente pelas prestadoras do serviço ou por terceiros por ela autorizados dentro do próprio Estado.

Nesse contexto, verifica-se que: a) a exploração dos serviços telefônicos (pré-pagos, pós-pagos, em terminais fixos, móveis ou de uso público) era feita por uma

20 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 5.

21 Interpretação teleológica.

22 MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 10.

23 MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 124.

24 A Emenda Constitucional n. 8/95 autorizou a União a outorgar a grupos privados a exploração dos serviços públicos de telecomunicações, mediante concessão, autorização ou permissão. Essa norma, contudo era de eficácia limitada, visto que carecia de lei para ser implantada.

25 A Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel) integrava a Telebrás, e operava a telefonia de longa distância e telex.

única operadora (contribuinte) em cada unidade federada; b) os serviços pré-pagos eram prestados exclusivamente em “orelhões” localizados dentro dos territórios federados; c) o fornecimento de fichas, cartões e assemelhados era feito pela própria prestadora do serviço ou por terceiros, por ela autorizados, localizados dentro do próprio Estado; d) em decorrência lógica, não havia dúvida acerca do local da tributação dos serviços pré-pagos porque eles eram “prestados” e “tomados” dentro dos limites territoriais do Estado Federado, o mesmo ocorrendo com o “fornecimento” e a “disponibilização dos créditos por cartões, fichas e assemelhados.

A inexistência de complexidade fática não exigiu, à época da edição da Lei Complementar n. 87/96, a elaboração mais precisa do aspecto espacial da hipótese de incidência porque o resultado seria sempre o mesmo. Tanto valia dizer que o local da prestação seria o “do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço”, como “do estabelecimento ou domicílio da concessionária ou permissionária”, ou ainda, do estabelecimento ou domicílio da concessionária ou permissionária que fornecesse ficha, cartão, ou assemelhados com que o serviço era pago (como consta do art. 4º, III, “b” da LC n. 87/96).

Contudo *essa realidade não existe mais*. Hoje, a realidade tecnológica e de mercado é outra. No ano de 2000, foi ultimado o processo de extinção do monopólio da União na exploração do setor de telecomunicações, conforme permissão da Emenda Constitucional n. 8/95 e previsão da Lei n. 9.472/97. Nesse processo a Telebrás foi cindida em 12 *holdings*, abrigando todas as empresas do grupo (quatro para a telefonia fixa e oito para a telefonia celular), privatizadas²⁶ no leilão ocorrido em 28 de julho de 1998. Essas empresas, agora privadas, continuaram a explorar suas respectivas áreas de atuação, mas com a *concorrência* das *empresas-espelho* (empresas privadas que obtiveram, em leilão, autorizações para a exploração da telefonia em todo o país) e das *empresas-espelhinho* (empresas privadas com autorização concedida pela ANATEL para atuação em diversas regiões do país).

Após todas essas modificações houve um estrondoso progresso na prestação dos serviços de telefonia: foram formados conglomerados, com área de atuação em vários Estados ou até cobertura nacional (os grupos Vivo, Claro, TIM etc.), a oferta dos serviços telefônicos foi ampliada, não só da telefonia fixa, mas especialmente da móvel celular²⁷. Houve o crescimento dos serviços pré-pagos²⁸ (que

26 Nesse processo, foi aberto espaço para empresas estrangeiras, desde que constituíssem companhias sob a égide das leis brasileiras.

27 “Em julho de 1998, mês da privatização, existiam no país 20.245.000 telefones fixos e 6.500.000 celulares. Em janeiro de 2005, os números haviam saltado para 42.392.269 acessos fixos instalados e 66.621.929 telefones celulares em operação.” - Dados da ANATEL. (A tributação dos serviços de comunicação, op. cit., p. 12).

28 Serviço mais solicitado pelo usuário porque propicia maior controle de gastos.

alcançam mais de 80% dos aparelhos de telefonia móvel), houve a dissociação entre o local²⁹ da venda dos créditos de telefonia (por cartões, fichas e similares)³⁰ e o da ativação desses créditos nos aparelhos telefônicos e, mais recentemente, há tendência crescente do uso de recargas virtuais, sem a necessidade de cartão físico.

Ora, a aplicação literal dos artigos 11, III, “b”³¹ e 12, § 1º³² da Lei Complementar n. 87/96 sobre essa nova contextura do fato impositivo, com a multiplicidade de prestadoras dentro de um mesmo território e com as facilidades de carregamento de créditos para o uso do serviço *pré-pago* de telefonia em todo o território nacional dá origem às seguintes violações de ordem constitucional e legal:

- desatende ao arquétipo constitucional do ICMS (art. 155, § 2º, da CF) que o sujeita à competência territorial dos Estados (eles só podem tributar fatos geradores ocorridos dentro dos seus limites geográficos), propiciando a bitributação e o conflito de competência entre eles;
- desatende à regra matriz do ICMS (art. 155, § 2º, da CF) porque elege para elemento objetivo da hipótese de incidência fato que não corresponde à prestação de serviço de comunicação;
- desonera o prestador do serviço do pagamento do tributo e atribui a condição de contribuinte a quem não tem relação (atributividade³³) com o fato gerador (ofensa aos arts. 121 do CTN e 4º da LC n. 87/96).

A causa da tributação é a *efetiva prestação do serviço*, conforme decorre do artigo 155, parágrafo 2º, da Lei Maior, e toda a prestação de serviço de comunicação *pressupõe a existência de um contrato*. Roque Carrazza ensina que “o ICMS-Comunicação só nasce quando, em razão de um *contrato oneroso* de prestação de serviços, A (o prestador), valendo-se de meios materiais próprios ou alheios, intermedia a comunicação entre B e C”³⁴ (g.n.).

29 O recarregamento de créditos pode ser feito pela internet (*site* de bancos credenciados), nas lojas da operadora, em bancos credenciados (por meio de *home banking* ou auto-atendimento), revendedores credenciados, lojas de varejo, supermercados, casas lotéricas, postos de gasolina, bancas de jornal e farmácias.

30 Os grandes grupos de operadoras que atuam em âmbito nacional passaram a oferecer cartões que podem ser utilizados em qualquer operadora do grupo.

31 Define o local da operação: “o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão, ou assemelhados em que o serviço é pago.”

32 Estabelece que a ocorrência do fato gerador é o “momento do fornecimento desses instrumentos ao usuário”.

33 Ensina Ruy Barbosa Nogueira: “(...) atributividade é assim uma relação ou vínculo que imputa a autoria do fato tributado à pessoa que o realizou e como consequência lhe dá a qualidade de contribuinte ou devedor do tributo.” (*Curso de direito tributário*, cit., p. 146).

34 CARRAZZA, Roque Antonio, *ICMS*, cit., 9. ed., p. 161.

Fazem parte do contrato: o tomador do serviço (usuário), o prestador dos serviços de comunicação (operadora) e o serviço a ser prestado. A presença conjunta desses três elementos materializa o fato impositivo do ICMS-COMUNICAÇÃO.

A prestação do serviço de telecomunicação pré-pago, que é o que nos interessa neste estudo, ocorre mediante o prévio pagamento, como o próprio nome indica, dos serviços que serão disponibilizados ao tomador. E o meio de pagamento antecipado se dá pela aquisição dos instrumentos de crédito (fichas, cartões e similares).

Pois bem, atualmente, como visto, nem sempre o fornecedor desses instrumentos de crédito é a pessoa contratualmente obrigada à prestação do serviço. Esse fornecedor pode ser terceiro em relação ao fato gerador do ICMS-COMUNICAÇÃO, e nesse caso, irá se restringir a intermediar os serviços (*e não executar modalidade de serviço de comunicação*), aproximando, por meio da rede de distribuição de fichas, cartões telefônicos e recargas virtuais, a empresa de telecomunicação prestadora do serviço e usuários do sistema de telefonia.

A rede de distribuição de fichas, cartões e similares, da mesma maneira que a instalação de rede de cabos metálicos de cobre, enlases ópticos, antenas de transmissão, centrais telefônicas, satélites, etc. (instrumentais que permitem a prestação do serviço de comunicação) são da exclusiva responsabilidade da *operadora contratada, que prestará o serviço objeto do contrato*³⁵. As interfaces que ela mantém com terceiros e com outras operadoras do mesmo grupo para que seja possível a prestação do serviço não interferem com o fato gerador do ICMS, pois com ele não se confundem.

O fornecedor de fichas e outros, quando terceiro em relação ao contrato do serviço de telefonia, recebe, pela atividade que realiza, o preço já estabelecido pela operadora de onde retira sua remuneração, na forma de percentual sobre o preço, nada podendo acrescer ou diminuir. Enfim, sua atividade não tem qualquer relevância para fins tributários do ICMS-COMUNICAÇÃO.

Em suma, o fornecimento (entrega) dos instrumentos de crédito (fichas, cartões e similares) *não* configura o elemento objetivo do fato gerador do ICMS-COMUNICAÇÃO. Esse é, nas palavras de Misabel Derzi uma prestação de serviço que configure “uma utilidade, executada mediante obrigação de fazer (*e não de dar*)”³⁶. E o artigo 60 da Lei n. 9.472/97 define o serviço de telecomunicações como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”. (g.n.).

35 Observe-se que as empresas prestadoras do serviço de comunicação só podem explorar as áreas territoriais que lhe foram concedidas pela União. Essas empresas, como qualquer contribuinte de ICMS, devem inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do respectivo Estado ou Distrito Federal onde exerçam suas atividades.

36 Apud MELLO, Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 109.

Em face disso, *não importa onde ou de quem o usuário adquira o instrumento de crédito, pois o prestador do serviço sempre é a sua operadora, com a qual mantém um contrato e quem irá disponibilizar todos meios para que a comunicação se efetive.*

IV.2 - Do local e do momento da prestação do serviço de telefonia

O aspecto espacial do fato gerador não pode estar dissociado do seu aspecto material. Não é possível admitir-se o deslocamento do local da prestação para onde não tenha ocorrido o fato imponible como gerador do ICMS (cuja competência estadual, não se esqueça, está atrelada ao aspecto territorial do fato gerador).

Assim, e levando em conta as considerações postas no item anterior, tem-se que o local do fato gerador do ICMS pela prestação do serviço de telefonia (pré-paga e pós-paga) só pode ser o do estabelecimento da operadora contratada, pois é ela que realizará o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação” (art. 60 da Lei n. 9.472/97).

Interessante notar que essa base territorial também se identifica com o local onde estão instalados os terminais fixos e habilitados os terminais móveis (celulares) dos tomadores do serviço, que dão origem à chamada telefônica³⁷, havendo identidade territorial do prestador do serviço, do tomador do serviço e da prestação do serviço, o que demonstra a precariedade da tese posta nesta ação constitucional.

Mesmo nos casos de *roaming* (utilização pelo usuário do aparelho móvel celular fora da localidade da prestadora de serviço) a prestação de serviços telefônicos se dá em face das conexões que a empresa contratada propicia com outras operadoras, ou seja, aquela continua responsável pela disponibilização do conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação (tanto é assim que a cobrança do serviço é feita por ela, incluindo no preço os valores extras pelas conexões utilizadas, que serão repassados líquidos de tributos à operadora visitada, após o processo mensal de compensação).³⁸

Neste átimo, incorpora-se a este trabalho, dada a excelência, a decisão proferida pelo E. Tribunal do Estado de Minas Gerais nos autos de apelação cível que, apesar de abordar questão diversa da ora tratada, define com precisão a territorialidade da prestação do serviço de comunicação:

37 Exceção feita para os casos de “chamada a cobrar”, quando o destinatário se responsabiliza pelo pagamento do serviço.

38 A prestação de serviços telefônicos *pré-pagos* em *roaming* depende de previsão contratual e pode estar vinculado à prévia existência de créditos a favor do tomador do serviço.

“Com efeito, não se confundir destino da ligação telefônica com destinatário ou usuário do serviço, que é o cliente da prestadora – assinante – que origina a chamada; o serviço é prestado a ele, que se faz responsável pela contraprestação tarifária.

É cediço que a concessão conferida à recorrente se acha circunscrita à sua área de operação, que é o território do Estado de Minas Gerais.

‘Área de concessão’, no entanto, não impossibilita a interconexão da rede da apelante com as redes pública, fixa, local, de outras localidades, dentro e fora do Estado e com outras móveis da mesma ou de localidades diversas.

O artigo 60 da Lei n. 9.472/97 define o serviço de telecomunicações como o ‘conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação’ e o parágrafo 1º diz que telecomunicação é a ‘transmissão, emissão ou recepção (...)’.

Disso se extrai que o usuário-cliente da prestadora, independentemente do destino da ligação que solicite através dela, estará na relação direta de prestação do serviço da mesma, sendo desvaliosa nesse vínculo (prestação de serviço) a ocorrência ou não das chamadas interconexões de rede, em que a comunicação se estabelece com outras operadoras locais de telefonia fixa ou móvel, ou, ainda, à media ou longa distância nacional ou internacional.

E o tributo (ICMS) incide sobre a prestação de serviço de telecomunicação – pouco importando as interconexões técnicas da rede – e não sobre a ligação telefônica em si (física).

Assim, o serviço é considerado prestado no local de origem da ligação, devido ao Estado respectivo o ICMS, salvo nos casos em que o destinatário da chamada se responsabiliza pela contraprestação tarifária, caso em que se torna o tomador do serviço, deslocando-se a base territorial do fato gerador para o Estado de situação da operadora desse usuário.

É que a simples interconexão de redes não possui o condão de deslocar a relação de direito material, consistente na prestação de serviço de comunicação e que configura o fato gerador do ICMS”. (TJMS – Apelação Cível n. 10.000.00.248592-8/000, 5ªCC, rel. Des. Francisco Bueno, DJ, de 06.08.2002, g.n.).

Por todo o exposto, resta claro que, dentro da nova perspectiva das telecomunicações, o artigo 11, III, da Lei Complementar n. 87/96 não pode ser literalmente aplicado, pois, com os avanços tecnológicos no sistema de telefonia, só haverá harmonia entre o seu texto e os artigos 2º, III e 4º da mesma Lei e 155, parágrafo 2º, da Lei Maior, interpretando-se as locuções ficha, cartão ou assemelhados, não como os meios físicos pelos quais se adquire créditos, mas como aquilo que representam, ou seja, os créditos.

Com efeito, quando o tomador do serviço adquire um cartão ou uma ficha, não está interessado nesse meio físico (cartão ou ficha), mas naquilo que tais instrumentos representam, ou seja, nos créditos que o farão ter um direito junto à prestadora contratada. E esses créditos (representados pela ficha, cartão e assemelhados) são fornecidos pelo prestador de serviço.

Tanto é assim que o tomador do serviço, quando recebe as fichas, cartões e similares³⁹, *apenas adquire o direito perante a sua operadora de ser provido de meios de se comunicar*, pagando antecipadamente pelo serviço, pois nesse momento os serviços ainda não estão disponibilizados.

A disponibilização dos créditos (e, por consequência, a disponibilização dos serviços) ocorre no momento de seu reconhecimento ou ativação pela empresa de telecomunicação que prestará o serviço, quando houver o carregamento do terminal (aparelho telefônico celular ou fixo) com os créditos adquiridos pelo meio físico (fichas e cartões).

Também no meio virtual (quando o fornecedor está ligado a um provedor de solução de interligação que disponibiliza a rede, a transação será *on line*, sendo desnecessária a entrega do meio físico), apesar do processamento ser *on line*, a disponibilização dos créditos é feita porque reconhecidos, naquele ato, pela empresa prestadora do serviço.

Da mesma maneira, essa é também a interpretação que deve ser dada ao artigo 12, parágrafo 1º da Lei Complementar n. 87/96, pois também aqui não é possível dissociar-se o momento do fato gerador do “momento em que se verificam as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios”, conforme previsto no artigo 116, I, do Código Tributário Nacional.

Portanto, a expressão “ficha, cartão ou assemelhados”, constante desse dispositivo, também deve ser considerada como equivalente aos créditos que eles representam, e não ao meio físico pelo qual esses créditos serão disponibilizados.

Em face de todo o exposto, vislumbra-se com facilidade que o Convênio n. 55/2005, ao estabelecer a emissão de notas fiscais no momento da disponibilização desses créditos, não agride, ao revés, se harmoniza com o texto da Lei Complementar n. 87/96, e, por conseguinte, com a Lei Maior, não incorrendo em qualquer vício de inconstitucionalidade.

V - As razões da não-ratificação do Convênio n. 55/2005 pelos Estados de Alagoas (autor) e do Distrito Federal

O Convênio n. 55/2005 foi celebrado por 25 unidades federadas, sendo que apenas o Estado de Alagoas (do qual o autor desta ação é Chefe do Poder Executivo) e o Distrito Federal não o subscreveram.

Coincidentemente, esses Estados possuem benefícios fiscais para os serviços de telefonia por ficha, cartão e assemelhados, sem respaldo ou autorização

39 Os cartões, fichas e similares nada mais são do que instrumentos que viabilizam a cobrança antecipada do serviço que será oportunamente prestado, conferindo “direito de crédito” – direito de natureza obrigacional à prestação do serviço de comunicação.

do CONFAZ e, portanto, ao arrepio da Lei Complementar n. 24/75, sendo-lhes conveniente a declaração de inconstitucionalidade do convênio que não lhes interessa.

Sendo esse o panorama, parece forçoso reconhecer, *datissima venia*, que o que está por trás da presente ação não é a crença na existência de inconstitucionalidade no texto do Convênio n. 55/2005, mas interesses de um Estado que preferiu a “guerra fiscal” como meio de incremento da sua economia, com a concessão de benefícios sem qualquer respaldo do CONFAZ.

De fato, com a edição da Lei n. 6.410/2003, de 24 de outubro de 2003, regulamentada pelo Decreto n. 1.738, de 19 de dezembro de 2003, o Estado de Alagoas passou a permitir a liquidação de obrigações tributárias relativas à importação de mercadorias, *prestações onerosas de telecomunicações realizadas mediante fichas, cartões e assemelhados e prestações de serviços de telecomunicações não medidos* com créditos representados por precatórios de funcionários públicos estaduais.

Com o artifício do pagamento de ICMS com precatórios adquiridos com deságio de 90% pelas empresas, o Governo de Alagoas passou a incentivar que as concessionárias de serviços de telecomunicação de todo o país passassem a concentrar a saída de cartões telefônicos naquele Estado, para depois serem distribuídos e utilizados nos demais.

Também o Distrito Federal possui benefícios fiscais, sem autorização do CONFAZ, para as prestações de serviços telefônicos por ficha, cartão ou assemelhado, inseridos no âmbito do chamado “Programa de Apoio ao Empreendimento Produtivo do Distrito Federal–PRO-DF II”, instituído pela Lei n. 3.196, de 29 de setembro de 2003.

As medidas legislativas desses dois Estados objetivam atrair o maior número de empresas de serviços telefônicos nos respectivos territórios que tenham por finalidade a distribuição de fichas, cartões e similares para todo o território nacional, reduzindo os pontos de fornecimento e propiciando a seu favor – *sob o absurdo entendimento jurídico exposto na inicial desta ação* – o incremento do ICMS-COMUNICAÇÃO, em detrimento dos demais membros federados, em cujos territórios efetivamente ocorrerão as prestações de serviços de telecomunicação.

Considerando que os benefícios concedidos *não* estão autorizados pelo CONFAZ, tem-se clara a instalação por tais Estados de mais uma “guerra fiscal”, agora na prestação dos serviços de telecomunicação (juntam-se vários artigos de jornais que atentam para esse fato).

Essa “guerra fiscal” do ICMS incidente sobre serviços pré-pagos de telefonia tem um motivo. É que o setor de telecomunicações tem experimentado acentuado crescimento nos últimos tempos, com reflexos extremamente positivos na

arrecadação dos Estados. “À guisa de exemplo, no ano de 2004, a prestação de serviços de comunicação foi a *segunda* principal atividade econômica geradora de divisas de ICMS no Estado do Rio de Janeiro, respondendo por 15,85% do imposto arrecadado no ano e a *terceira* maior em Minas Gerais (com 11,23% de participação na receita global do ICMS).”⁴⁰

No Estado de São Paulo, considerando-se apenas a telefonia móvel celular, a arrecadação potencial relativa aos cartões pré-pagos atingirá o montante de R\$ 82 milhões por mês. Esse valor foi calculado utilizando-se a estimativa de que 80% da base de assinantes da telefonia móvel do Estado de São Paulo (total de 20,5 milhões de assinantes) são usuários da modalidade *pré-paga*, adotando uma receita média por usuário (ARPU) de R\$ 20,00 mensais e uma alíquota de 25%.

Em face disso, o Convênio ICMS n. 55/2005 é um grande avanço neste novo cenário do setor de telecomunicações e sua manutenção é primordial como instrumento de controle e garantia do correto recolhimento de ICMS sobre prestações pré-pagas de telefonia aos Estados de direito, onde se darão as efetivas prestações dos serviços.

VI - Inexistência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão da medida liminar requerida

Não há motivação legal para a concessão da liminar requerida, primeiro porque a argumentação jurídica a sustentar as aclamadas inconstitucionalidades do Convênio n. 55/2005 cai por terra com o exame mais acurado da hipótese de incidência do ICMS-COMUNICAÇÃO, como exposto neste pleito. Ademais, esse convênio apenas disciplina normas regulamentares, não tendo aptidão de ferir a Lei Maior.

De outro lado, *todos* os Estados encontram-se de acordo com as regras de emissão de notas fiscais disciplinada pelo pacto federativo, por entenderem que facilitarão o maior controle da fiscalização, sendo que os dois únicos Estados que divergiram desse entendimento possuem leis estaduais, sem autorização do CONFAZ, que propiciam a “guerra fiscal”, porque pretendem criar em seus territórios pontos de distribuição dos meios de créditos para a utilização de serviços pré-pagos de telefonia, totalmente desvinculados da efetiva prestação desses serviços, e tributar essa atividade pelo ICMS-COMUNICAÇÃO.

Não se pode deixar de advertir que a pretensão do Governador do Estado

40 MOREIRA, André Mendes. *A tributação dos serviços de comunicação*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 11.

de Alagoas – dissociação do local da venda dos créditos de telefonia e local da ativação destes créditos (da prestação dos serviços) – não só distorce o sistema constitucional tributário, promovendo a desigualdade entre os Estados, mas também traz enormes prejuízos à *maioria dos municípios brasileiros*, em detrimento de alguns poucos.

Com efeito, 25% da arrecadação do ICMS são repassados aos municípios e sua distribuição é feita de acordo com o valor adicionado nos respectivos territórios. Ora, pelo entendimento sufragado na exordial, a *maioria dos municípios* brasileiros praticamente nada receberia em face do ICMS-COMUNICAÇÃO, cuja prestação tenha ocorrido em seus territórios, e *alguns poucos municípios* seriam agraciados com o produto da elevada arrecadação deste tributo, pelo simples fato da disponibilização das fichas, cartões e similares se dar em seus territórios, o que, *data maxima venia*, acaba com a partilha constitucionalmente prevista pela Lei Maior.

Enfim, Excelentíssimo Ministro, visando à proteção da economia e das finanças paulistas, dos 25 Estados signatários do Convênio n. 55/2005, e da maioria dos municípios brasileiros, postula-se pela não concessão da medida cautelar requerida pelo autor.

VII - Pedido final

Enfim, *não ocorreram as argüidas inconstitucionalidades*, e sem o proclamado antagonismo entre o Convênio n. 55/2005 e os dispositivos da Carta da República citados na peça inaugural, não há inconstitucionalidade a ser declarada.

Diante do exposto, o peticionário requer a esse Excelso Pretório:

- a) a admissão do requerente nos autos, na qualidade de *amicus curiae*, com direito de apresentar memorial, fazer sustentação oral, produzir oitiva de peritos e testemunhas de notório saber teórico e empírico sobre o tema versado nos autos;
- b) indeferimento do pedido de concessão de medida liminar, em face da ausência de motivos de ordem pública ou *periculum in mora*;
- c) conhecimento e deferimento da preliminar suscitada, de carência de ação com decretação da extinção do processo sem a apreciação e julgamento do mérito, ou,
- d) no mérito, o julgamento pela improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade, porque o Convênio n. 55/2005 encontra-

se formal e materialmente em consonância com todo o arcabouço jurídico tributário deste país, *não ocorrendo* as alegadas inconstitucionalidades, que certamente foram fruto da apreensão intelectual equivocada e aguerrida à letra da lei, e não ao seu espírito.

Nesses termos,

Pede Deferimento.

São Paulo, 1º de março de 2006.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado

MARGARIDA MARIA PEREIRA SOARES

Procuradora do Estado

Publicidade Abusiva na Divulgação de Greve

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito do Plantão Judiciário da Capital do Estado de São Paulo

O Estado de São Paulo, pessoa jurídica de direito público interno, pelos Procuradores do Estado infra-assinados, vem, respeitosamente perante Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 1º, inciso IV, 3º, 4º e 5º da Lei n. 7.347/85, 186 do Código Civil e 798 do Código de Processo Civil, propor a presente medida cautelar inominada em face do ACARCEPOL, ADPESP, AEPESP, AGEPOL, AIPESP, APAPESP, ARPESP, ASPC, APPESP, IPA, SEPESP, SINDPESP, SINTELPO e SIPESP, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos.

Dos fatos

Conforme noticiado em seus respectivos sítios eletrônicos, bem como em diversos jornais, as requeridas têm realizado assembléias, nas quais os seus associados – todos pertencentes aos quadros da Polícia Civil do Estado de São Paulo – decidiram promover paralisação coletiva, por tempo indeterminado, agendada para iniciar-se aos 13 de agosto p.f.

Como é bastante comum em tais situações, as entidades de classe utilizam-se de meios diversos para convocar seus afiliados para participação em assembléias, divulgando ainda informes destinados à população, para dar ciência quanto à realização do movimento. Aludido procedimento encontra respaldo no disposto no artigo 6º, inciso I, da Lei n. 7.783/89.

A partir de 1º de agosto p.p., porém, as requeridas iniciaram a veiculação na mídia televisiva de peça publicitária com escopo muito diverso daquele previsto em lei. Aludida peça contém encenação realizada por atores que, interpretando os próprios integrantes da Polícia Civil do Estado de São Paulo, batem nervosamente em uma porta fechada, dizendo: “Governador, precisamos falar sobre a **segurança da população!** Governador, queremos falar dos salários, os mais baixos do Brasil!”

Aos poucos, os atores se afastam, e o ambiente torna-se lúgubre, restando a solitária porta fechada e a mensagem: “Os policiais civis vêm insistindo em conversar com o Governador e ele não atende. Continuamos trabalhando em respeito ao

compromisso da polícia com o povo de São Paulo até agora. A polícia quer respeito para não ter que parar.”

A peça publicitária em questão – como é fácil constatar – não possui nenhum caráter informativo ou de divulgação do movimento à população, nem tampouco de persuasão dos servidores para aderirem ao mesmo, consoante previsto no artigo 6º da Lei n. 7.783/89.

Trata-se, ao contrário, de evidente abuso de direito, na medida que tece ameaça velada, com objetivo de atingir a população e instaurar pânico, violando a ordem e segurança públicas.

O texto falado destaca em primeiro plano a “segurança da população”, utilizando um tom alarmista e exasperado, que não condiz com um informe publicitário. A saída dos personagens, deixando a porta abandonada, e o ambiente gradativamente mais escuro transmitem a sensação de insegurança, de alguém lançado à própria sorte.

Nada é mencionado quanto à data do movimento ou à forma como o mesmo será realizado. O termo “polícia” é empregado de modo amplo, levando a crer nele estar incluído também a militar, o que não corresponde à realidade. A população atingida pela abusiva veiculação, ademais, sequer poderá identificar a autoria da citada peça publicitária, na medida que apenas as siglas das entidades requeridas aparecem na tela, em fonte muito reduzida e por curtíssimo intervalo de tempo.

Qual o objetivo de veicular essa espécie de publicidade, mascarando a própria autoria?

O ardil disfarçado de livre expressão torna-se ainda mais evidente quando consideramos que a peça publicitária foi veiculada na Televisão Bandeirantes, exatamente durante o intervalo comercial de conhecido programa especializado em reportagens policiais, apresentado pelo jornalista Datena. Há notícias de que virá a ser veiculado também nos intervalos dos programas “Brasil Urgente”, no “Jornal da Record” e no “Jornal Nacional”, todos eles da rede aberta, de grande audiência.

As entidades de classe extrapolaram, pois, seu direito de manifestação e divulgação do movimento paredista, praticando ato ilegal, que viola os direitos difusos da coletividade e não deverá ser admitido por esse MM. Juízo.

Do direito

Cumprе frisar que não se discute aqui o direito de greve, visto que consagrado constitucionalmente, ou qualquer reivindicação formulada. Todavia, esse direito, assim como qualquer outro, não é absoluto e deve ser exercido dentro dos parâmetros legais, principalmente quando se contrapõe ao interesse de toda a população do Estado de São Paulo, desrespeitando o núcleo essencial de direitos fundamentais. O desvirtuamento no exercício do direito motiva a propositura da presente, quer porque desrespeitados os pressupostos da Lei n. 7.783/89, quer por afrontar direitos da população.

De fato, no julgamento dos Mandados de Injunção ns. 670, 708 e 712, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal declarou a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público, e decidiu, por maioria, aplicar, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei n. 7.783/89).

O artigo 6º da Lei n. 7.783/89 estabelece que:

“Artigo 6º - São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

§ 1º - *Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constringer os direitos e garantias fundamentais de outrem.*” (g.n)

Ocorre que, ao exercer o direito à divulgação de informação, de forma deturpada e abusiva, as requeridas violaram o direito da população à segurança, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República. Conforme demonstrado anteriormente, o filme publicitário divulgado não possuía nenhum teor informativo, pretendendo apenas instaurar ou incutir o medo e a desordem.

Vale destacar que o exercício do direito de greve em atividades e serviços essenciais não é irrestrito, devendo respeitar o núcleo essencial de direitos fundamentais, sob pena de configurar-se o abuso e a conseqüente violação a direitos difusos da população.

Nas lições de Rodolfo de Camargo Mancuso, os direitos difusos são aqueles que ultrapassam “a órbita dos grupos institucionalizados, pelo fato de que sua indeterminação não permite sua captação em termos de exclusividade” (*Interesses difusos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 66). Os direitos difusos não pertencem a um grupo determinado de pessoas, mas a toda uma coletividade.

Em se tratando de direitos difusos, a ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24.07.1985, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a todo e qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

A presente medida cautelar possui caráter preparatório ao ajuizamento da competente ação civil pública, na qual se objetivará a responsabilização das requeridas pelo abuso cometido, inclusive com a reparação dos danos morais decorrentes do temor deliberadamente transmitido à população.

O direito social de greve está assegurado pela Constituição Federal de 1988, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, nos termos do artigo 9º. Acrescenta ainda o texto constitucional que caberá à lei definir os serviços e as atividades essenciais, bem como dispor sobre as necessidades inadiáveis da comunidade. Determina que os abusos cometidos sujeitem os responsáveis às penas da lei.

Extraí-se dos comandos constitucionais e legais que a greve é um direito, que há de ser exercido com razoabilidade e responsabilidade, sob pena de abuso.

Na esfera constitucional, há um universo de direitos fundamentais a abranger, nos termos do título II do texto, direitos civis, políticos, de nacionalidade, bem como direitos sociais, a incluir educação, saúde, trabalho, moradia e lazer, dentre outros. A visão integral dos direitos fundamentais requer a convivência equilibrada dos mesmos, de modo a evitar que, em caso de colisão de direitos, a absoluta prevalência de um deles acabe por esvaziar a efetividade dos demais.

Nesse quadro, os direitos fundamentais se autolimitam, inexistindo direito fundamental absoluto ou ilimitado, na medida que os contornos dos direitos são delimitados com base na razoabilidade, na proporcionalidade e de forma a assegurar o respeito ao núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais.

Na presente hipótese, o direito de manifestação e divulgação, relacionado ao direito de greve, está sendo exercido de forma abusiva e excessiva, acabando por violar flagrantemente os demais direitos, que também têm assento no universo dos direitos fundamentais, em especial o direito à segurança; vez que a população é induzida ao pânico. Restaram violados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em sua tripla dimensão: a adequação dos meios aos fins; a necessidade, com a proibição do excesso; e a proporcionalidade estrita.

Cabe observar que “o interesse público que à Administração incumbe zelar encontra-se acima de quaisquer outros e, para ela, tem o sentido de dever, de obrigação”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 72). Esse é o prisma da demanda que será oportunamente ajuizada, objetivando a defesa dos direitos difusos da população de São Paulo, à luz do princípio da prevalência e da indisponibilidade do interesse público.

Da medida liminar: ameaça de lesão à ordem e segurança públicas

Conclui-se, portanto, que o direito de manifestação, relacionado ao direito de greve, foi exercido de forma ilegal e abusiva, resultando na afronta direta ao direito da população à segurança (art. 5º da CF), bem como violando o disposto no parágrafo 1º do artigo 6º da Lei n. 7.783/89, o que revela a presença do *fumus boni iuris*. Ao induzir o medo na população, a publicidade veiculada desatende aos objetivos previstos na legislação e gera ameaça de lesão à ordem e à segurança públicas. O prosseguimento na sua veiculação configura risco de dano, demonstrando o *periculum in mora*.

Dessa forma, requer-se a concessão de medida liminar, a fim de que se determine a imediata proibição da veiculação da peça publicitária descrita na presente, cuja íntegra é anexada, sob pena de lesão à ordem e segurança públicas.

Do pedido

De todo o exposto, requer-se:

(i) a concessão de *medida liminar*, a fim de que se determine a imediata proibição da veiculação da peça publicitária descrita na presente, oficiando-se à Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., com endereço à Rua Radianes, n. 13, Morumbi, Capital, à Rede Record de Televisão, à Rede Globo de Televisão, ao Sistema Brasileiro de Televisão (SBT), à Rede Gazeta de Televisão e à Rede TV, para cumprimento imediato, bem como à Associação das Emissoras de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo (AESP), com endereço à Rua dos Pinheiros, n. 498, 9º andar, cj. 92, para que promova ampla divulgação da ordem judicial entre as emissoras associadas, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por transmissão, sem prejuízo das sanções civis e penais, a ser imputada às emissoras que desatenderem à determinação exarada por esse MM. Juízo;

(ii) seja, a presente, julgada totalmente procedente, confirmando-se a liminar concedida *initio litis*.

Requer, ainda, respeitosamente, que Vossa Excelência se digne a mandar citar os requeridos, com os permissivos do artigo 172 e parágrafos do Código de Processo Civil, para que os mesmos, querendo, apresentem a defesa que porventura tiverem, sob pena de revelia.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Requer, finalmente, a intimação do D. representante do Ministério Público, nos termos da lei.

Termos em que, atribuindo à presente o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

P. deferimento.

São Paulo, 2 de agosto de 2008.

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO*

Procurador Geral do Estado

ARY EDUARDO PORTO*

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso

Vistos.

Segundo a inicial, as requeridas têm veiculado na mídia televisiva peça publicitária de forma abusiva, extrapolando os limites do direito à informação e a livre manifestação, objetivando causar pânico à população.

* Peça de autoria da Doutora Luciana Rita L. Saldanha Gasparini.

De um lado, tem-se o direito à segurança. No outro lado, temos o direito da liberdade de manifestação e de imprensa.

Bem se vê, por conseguinte, que a questão posta à apreciação passa pelo nevrálgico problema de superar a antinomia real que se apresenta entre a liberdade de manifestação, de imprensa e o direito de todos à segurança, os três tutelados com dignidade constitucional.

Da análise da manifestação das requeridas veiculadas pela imprensa televisiva, em especial as expressões destacadas na inicial, não é possível concluir pela existência de abuso ou desvio de finalidade, desprovendo o pedido do indispensável *fumus boni iuris* autorizador da liminar.

Diante deste quadro, indefiro o pedido liminar.

Encaminhe-se distribuidor no primeiro dia útil.

Intime-se

São Paulo, 2 de agosto de 2008.

RODRIGO DE OLIVEIRA CARVALHO

Juiz de Direito

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Excelentíssimo Senhor Desembargador do Plantão Judiciário da Capital, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Distribuição urgente no Plantão Judiciário

O Estado de São Paulo, pessoa jurídica de direito público interno, pelos Procuradores que esta subscrevem, vem, respeitosamente perante Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 522 e seguintes do Código de Processo Civil, interpor o presente recurso de agravo de instrumento, com pedido liminar de concessão de efeito ativo contra a r. decisão interlocutória que indeferiu o pedido de concessão de liminar nos autos da medida cautelar inominada (apreciada em sede do Plantão Judiciário da presente data) ajuizada em face da Associação dos Carcereiros da Polícia Civil do Estado de São Paulo (ACARCEPOL) e outros, com base nas razões que seguem anexas.

Esclarece-se que os co-réus, ora agravados, que figuram no pólo passivo, ainda não integram a relação jurídico-processual, eis que não foram citados, mas estão devidamente identificados:

- Associação dos Carcereiros da Polícia Civil do Estado de São Paulo (ACARCEPOL);

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo (ADPESP);
- Associação dos Escrivães da Polícia Civil do Estado de São Paulo (AEPESP);
- Associação dos Agentes Policiais Cíveis do Estado de São Paulo (AGEPOL);
- Associação dos Investigadores da Polícia Civil do Estado de São Paulo (AIPESP);
- Associação dos Professores da Academia da Polícia Civil de São Paulo (APAPESP);
- Associação dos Servidores Públicos da Polícia Científica do Estado de São Paulo (ASPC);
- Associação dos Papiloscopistas Policiais do Estado de São Paulo (APPESP);
- Internacional Policial Association do Brasil (IPA);
- Sindicato dos Escrivães de Polícia do Estado de São Paulo (SEPESP);
- Sindicato dos Delegados da Polícia Civil do Estado de São Paulo (SINDPESP);
- Sindicato dos Trabalhadores em Telemática Policial do Estado de São Paulo (SINTELPOL);
- Sindicato dos Investigadores de Polícia do Estado de São Paulo (SIPESP),

O ora agravante, Estado de São Paulo, é representado por seu Procurador Geral do Estado Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo e por seu Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Ary Eduardo Porto, ambos com endereço na Rua Pamplona, n. 227, 6º andar.

Por seu turno, para formar o instrumento, junta-se cópia integral dos autos do referido processo, em sintonia com o artigo 525 do Diploma Processual pátrio, indicando-se a localização das peças obrigatórias e de outras essenciais para o julgamento do recurso: (...)

De se destacar que ainda não consta número do processo, eis que a r. decisão agravada determinou que a distribuição se faça no primeiro dia útil. Também não há procuração do agravante nem do agravado a serem juntadas, vez que a legitimidade dos Procuradores do Estado decorre de lei e os réus, por sua vez, ainda não foram citados.

Termos em que, com a inclusa minuta,

Pede deferimento.

São Paulo, 2 de julho de 2008.

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO*
Procurador Geral do Estado

ARY EDUARDO PORTO*
Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso

* Peça de autoria da Doutora Luciana Rita L. Saldanha Gasparini.

MINUTA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Processo de origem: Medida Cautelar distribuída no Plantão Judiciário de 02.08.2008

Agravante: Estado de São Paulo

Agravados: Associação dos Carcereiros da Polícia Civil do Estado de São Paulo (ACARCEPOL) e outros

Egrégio Tribunal

Eminente Desembargador

I - Breve síntese do processo

Trata-se de medida cautelar inominada ajuizada pelo Estado de São Paulo em face de diversas entidades de classe dos funcionários policiais civis, objetivando a concessão de ordem judicial liminar objetivando a imediata proibição de veiculação de peça publicitária em redes públicas de televisão, uma vez que os agravados vêm agindo de forma abusiva, que extrapola os limites do direito à informação e livre manifestação, objetivando causar pânico à população.

O MM. Juiz de Direito do Plantão Judiciário, contudo, indeferiu o pedido liminar, sob o fundamento de que da análise da manifestação das entidades requeridas veiculadas pela mídia televisiva, em especial as expressões destacadas na inicial, não é possível concluir pela existência de abuso ou desvio de finalidade, pelo que não estaria presente o requisito do *periculum in mora* ensejador da medida.

Com todo o respeito, merece reforma a decisão, conforme se demonstrará.

II - Razões de reforma da decisão agravada

Do requisito do *periculum in mora*

A agravante fez a comprovação de que as entidades associativas e sindicatos que congregam os funcionários da Polícia Civil do Estado, conforme noticiado em seus respectivos sítios eletrônicos, bem como, em diversos jornais, têm realizado assembleias, nas quais os seus associados decidiram promover paralisação coletiva, por tempo indeterminado, agendada para iniciar-se aos 13 de agosto p.f.

Como é bastante comum em tais situações, as entidades de classe utilizam-se de meios diversos para convocar seus afiliados para participação em assembleias, divulgando, ainda, informes destinados à população, para dar ciência quanto à realização do movimento. Aludido procedimento encontra respaldo no disposto no artigo 6º, inciso I, da Lei n. 7.783/89.

A partir de 1º de agosto p.p., porém, as requeridas iniciaram a veiculação na mídia televisiva de peça publicitária com escopo muito diverso daquele previsto

em lei. Aludida peça contém encenação realizada por atores que, interpretando os próprios integrantes da Polícia Civil do Estado de São Paulo, batem nervosamente em uma porta fechada, dizendo: “Governador, precisamos falar sobre a **segurança da população!** Governador, queremos falar dos salários, os mais baixos do Brasil!”

Aos poucos, os atores se afastam, e o ambiente torna-se lúgubre, restando a solitária porta fechada e a mensagem: “Os policiais civis vêm insistindo em conversar com o Governador e ele não atende. Continuamos trabalhando em respeito ao compromisso da polícia com o povo de São Paulo **até agora**. A polícia quer respeito para não ter que parar.”

A peça publicitária em questão – como é fácil constatar – exorbita o direito à liberdade de manifestação, porquanto não possui nenhum caráter informativo ou de divulgação do movimento à população, nem tampouco de persuasão dos servidores para aderirem ao mesmo, consoante previsto no artigo 6º da Lei n. 7.783/89.

Trata-se, ao contrário, de evidente *abuso de direito*, na medida que tece ameaça velada, com objetivo de atingir a população e instaurar pânico, violando a ordem e segurança públicas.

O texto falado destaca em primeiro plano a “segurança da população”, utilizando um tom alarmista e exasperado, que não condiz com um informe publicitário. A saída dos personagens, deixando a porta abandonada, e o ambiente gradativamente mais escuro transmitem a sensação de insegurança, de alguém lançado à própria sorte.

Nada é mencionado quanto à data do movimento ou à forma como o mesmo será realizado. O termo “polícia” é empregado de modo amplo, levando a crer nele estar incluído também a militar, o que não corresponde à realidade. A população atingida pela abusiva veiculação, ademais, sequer poderá identificar a autoria da citada peça publicitária, na medida que apenas as siglas das entidades requeridas aparecem na tela, em fonte muito reduzida e por curtíssimo intervalo de tempo.

Qual o objetivo de veicular essa espécie de publicidade, mascarando a própria autoria?

O ardis disfarçado de livre expressão torna-se ainda mais evidente quando consideramos que a peça publicitária foi veiculada na Televisão Bandeirantes, exatamente durante o intervalo comercial de conhecido programa especializado em reportagens policiais, apresentado pelo jornalista Datena. Há notícias de que virá a ser veiculado também nos intervalos dos programas “Brasil Urgente”, no “Jornal da Record” e no “Jornal Nacional”, todos eles da rede aberta, de grande audiência.

A ora agravante reitera que as entidades de classe estão a agir de forma abusiva, pois extrapolaram seu direito de manifestação e divulgação do movimento paredista, praticando ato ilegal, que viola os direitos difusos da coletividade e necessita ser imediatamente inibido por esse E. Tribunal.

Mais que isso. Há fundado risco de que, em função da continuidade da veiculação da peça publicitária, venha a ocorrer grave perturbação na ordem pública, a evidenciar o *periculum in mora* que não foi afastado pela decisão recorrida.

III - Do *fumus boni iuris*

Importante destacar que não se discute aqui o direito de greve, visto que consagrado constitucionalmente, ou qualquer reivindicação formulada pelas entidades agravadas.

Todavia, esse direito, assim como qualquer outro, não é absoluto e deve ser exercido dentro dos parâmetros legais, principalmente quando se contrapõe ao interesse de toda a população do Estado de São Paulo, desrespeitando o núcleo essencial de direitos fundamentais. O desvirtuamento no exercício do direito motiva a propositura da presente, quer porque desrespeitados os pressupostos da Lei n. 7.783/89, quer por afrontar direitos da população.

De fato, no julgamento dos Mandados de Injunção ns. 670, 708 e 712, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal declarou a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público, e decidiu, por maioria, aplicar, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei n. 7.783/89).

O artigo 6º da Lei n. 7.783/89 estabelece que:

“Artigo 6º - São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

§ 1º - *Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.*” (g.n)

Ocorre que, ao exercer o direito à divulgação de informação, de forma deturpada e abusiva, as agravadas violaram o direito da população à segurança, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República. Conforme demonstrado documentalmente, o filme publicitário divulgado não possui nenhum teor informativo, pretendendo apenas instaurar ou incutir o medo e a desordem.

Vale destacar que o exercício do direito de greve em atividades e serviços essenciais não é irrestrito, devendo respeitar ao núcleo essencial de direitos fundamentais, sob pena de configurar-se o abuso e a conseqüente violação a direitos difusos da população.

Nas lições de Rodolfo de Camargo Mancuso, os direitos difusos são aqueles que ultrapassam “a órbita dos grupos institucionalizados, pelo fato de que sua indeterminação não permite sua captação em termos de exclusividade” (*Interesses difusos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 66). Os direitos difusos não pertencem a um grupo determinado de pessoas, mas a toda uma coletividade.

Em se tratando de direitos difusos, a ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24.07.1985, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a todo e qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

A presente medida cautelar possui caráter preparatório ao ajuizamento da competente ação civil pública, na qual se objetivará a responsabilização das requeridas pelo abuso cometido, inclusive com a reparação dos danos morais decorrentes do temor deliberadamente transmitido à população.

O direito social de greve está assegurado pela Constituição Federal de 1988, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, nos termos do artigo 9º. Acrescenta ainda o texto constitucional que caberá à lei definir os serviços e as atividades essenciais, bem como dispor sobre as necessidades inadiáveis da comunidade. Determina que os abusos cometidos sujeitem os responsáveis às penas da lei.

Extrai-se dos comandos constitucionais e legais que a greve é um direito, que há de ser exercido com razoabilidade e responsabilidade, sob pena de abuso.

Na esfera constitucional, há um universo de direitos fundamentais, a abranger, nos termos do título II do texto, direitos civis, políticos, de nacionalidade, bem como direitos sociais, a incluir educação, saúde, trabalho, moradia e lazer, dentre outros. A visão integral dos direitos fundamentais requer a convivência equilibrada dos direitos, de modo a evitar que, em caso de colisão de direitos, a absoluta prevalência de um deles acabe por esvaziar a efetividade dos demais direitos.

Nesse quadro, os direitos fundamentais se autolimitam, inexistindo direito fundamental absoluto ou ilimitado, na medida que os contornos dos direitos são delineados com base na razoabilidade, na proporcionalidade, e de forma a assegurar o respeito ao núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais.

Na presente hipótese, o direito de manifestação e divulgação, relacionado ao direito de greve, está sendo exercido de forma abusiva e excessiva, acabando por violar flagrantemente os demais direitos, que também têm assento no universo dos direitos fundamentais, em especial o direito à segurança, vez que a população é induzida ao pânico. Restaram violados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em sua tripla dimensão: a adequação dos meios aos fins; a necessidade, com a proibição do excesso; e a proporcionalidade estrita.

Cabe observar que “o interesse público que à Administração incumbe zelar encontra-se acima de quaisquer outros e, para ela, tem o sentido de dever, de obrigação”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 72). Esse é o prisma da demanda que será oportunamente ajuizada, objetivando a defesa dos direitos difusos

da população de São Paulo, à luz do princípio da prevalência e da indisponibilidade do interesse público.

IV - Da necessidade de concessão do efeito ativo ao agravo

Diversamente do que decidiu o MM. Juízo *a quo*, conclui-se que o direito de manifestação, relacionado ao direito de greve, foi exercido de forma ilegal e abusiva, resultando na afronta direta ao direito da população à segurança (art. 5º da CF), bem como violando o disposto no parágrafo 1º do artigo 6º da Lei n. 7.783/89, o que revela a presença do *fumus boni iuris*. Ao induzir o medo na população, a publicidade veiculada desatende aos objetivos previstos na legislação e gera ameaça de lesão à ordem e à segurança públicas. O prosseguimento na sua veiculação configura risco de dano, demonstrando o *periculum in mora*, que em nenhum momento foi afastado pela r. decisão agravada.

Dessa forma, requer-se seja recebido o presente recurso de agravo de instrumento *com o efeito ativo*, na forma do artigo 527, inciso III, do Código de Processo Civil, para a concessão da medida liminar na forma pleiteada, a fim de que se determine a imediata proibição da veiculação da peça publicitária descrita na presente, cuja íntegra é anexada, na seguinte conformidade:

- a concessão de *medida liminar*, a fim de que se determine a imediata proibição da veiculação da peça publicitária descrita na presente, oficiando-se à Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., com endereço à Rua Radianes, n. 13, Morumbi, Capital, à Rede Record de Televisão, à Rede Globo de Televisão, ao Sistema Brasileiro de Televisão (SBT), à Rede Gazeta de Televisão e à Rede TV, para cumprimento imediato;

- bem como determine à Associação das Emissoras de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo (AESP), com endereço à Rua dos Pinheiros, n. 498, 9º andar, cj. 92, para que promova ampla divulgação da ordem judicial entre as emissoras associadas, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por transmissão, sem prejuízo das sanções civis e penais, a ser imputada às emissoras que desatenderem à determinação exarada por esse MM. Juízo.

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 2 de agosto de 2008.

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO*

Procurador Geral do Estado

ARY EDUARDO PORTO*

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso

* Peça de autoria da Doutora Luciana Rita L. Saldanha Gasparini.

À vista da avistável situação de risco, a que se agrega a verossimilhança da tese jurídica desfiada no agravo *sub examine*, defiro a eficácia ativa recursal, sobrestando – até a reapreciação do Desembargador que couber, por distribuição, este agravo – a versada veiculação propagandística ou publicitária.

Oficie-se na forma requerida.

Na próxima 2ª feira, quando possível, conclua-se para apreciação e decisão do relator sorteado.

Int.

São Paulo, 2 de agosto de 2008

RICARDO DIPP

ACÓRDÃO

Agravo de Instrumento n. 811.602.5/4-00/São Paulo

Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo

Agravados: (Acarcepol) Associação dos Carcereiros da Polícia Civil do Estado de São Paulo e outros

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 811.602-5/4-00, da Comarca de São Paulo, em que é agravante Fazenda do Estado de São Paulo: Acordam, em Nona Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso, v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores João Carlos Garcia (Presidente, sem voto), Décio Notarangeli e Rebouças de Carvalho.
São Paulo, 20 de agosto de 2008.

SERGIO GOMES

Relator

VOTO

Agravo de instrumento – Medida cautelar – Pleito visando imediata não-veiculação de peça publicitária em redes públicas de televisão por parte de entidades associativas e sindicatos que congregam os funcionários da Polícia Civil do Estado, sob o argumento de que podem gerar sensação de insegurança na população – Liminar concedida em segunda instância – Na hipótese, ainda em uma análise inicial, sem se adentrar ao mérito da questão, o que será examinado com maior profundidade quando do julgamento da demanda, é possível concluir que estão presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, principalmente porque a propaganda traz à tônica um dos temas de relevância e maior impacto nos dias

atuais, pertinente à segurança pública (art. 5º, *caput*, da CF) e há evidências de que a peça publicitária transborda do caráter informativo de divulgação do movimento ou de persuasão dos servidores para aderirem à greve, como previsto no artigo 60, inciso I, da Lei n. 7.783/89 – Liminar mantida. Recurso provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em medida cautelar inominada, indeferiu pedido de liminar visando à imediata proibição de veiculação de peça publicitária em redes públicas de televisão.

Sustenta a Fazenda Pública que comprovou que as entidades associativas e sindicatos que congregam os funcionários da Polícia Civil do Estado têm realizado assembléias, nas quais seus associados decidiram promover paralisação coletiva, por tempo indeterminado, agendada para iniciar-se no próximo dia 13 de agosto.

Entretanto, a partir de 1º de agosto, as agravadas iniciaram a veiculação na mídia televisiva de peça publicitária com escopo diverso do previsto em lei.

Diz que aludida peça não possui caráter informativo ou de divulgação do movimento à população nem tampouco de persuasão dos servidores para aderirem ao mesmo, consoante previsto no artigo 6º da Lei n. 7.783/89.

Cuida-se, ao contrário, de evidente abuso de direito, na medida que tece ameaça velada, com objetivo de atingir a população e instaurar pânico, violando a ordem e segurança públicas.

Frisa que as entidades de classe estão agindo de forma abusiva, pois extrapolam seu direito de manifestação e divulgação do movimento paredista, praticando ato ilegal que viola os direitos difusos da coletividade e necessita ser imediatamente inibido pelo Tribunal de Justiça.

Além disso, há fundado risco de que, em função da continuidade da veiculação da peça publicitária, venha a ocorrer grave perturbação na ordem pública, a evidenciar o *periculum in mora*, que não foi afastado pela r. decisão agravada. Salienta que o direito de greve, assim como qualquer outro, não é absoluto e deve ser exercido dentro dos parâmetros legais e as agravadas, ao exercer o direito de divulgação de informação, de forma deturpada e abusiva, violaram o direito da população à segurança, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Como dito, o filme publicitário não possui nenhum teor informativo, pretendendo apenas instaurar ou incutir o medo e a desordem.

Assim, restaram violados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em sua tripla dimensão: a adequação dos meios aos fins, a necessidade, com a proibição do excesso, e a proporcionalidade estrita.

Assevera que o direito de manifestação foi exercido de forma ilegal e abusiva, resultando na afronta direta ao direito da população à segurança, revelando a presença do *fumus boni juris*.

De outro lado, ao induzir medo na população, a publicidade veiculada desatende aos objetivos previstos na legislação e gera ameaça de lesão à ordem e segurança públicas, configurando-se o *periculum in mora*.

Pugna pela concessão de efeito ativo ao recurso.

A liminar foi concedida por despacho inicial em sede do plantão judiciário de 2ª instância pelo ilustre Desembargador Ricardo Dip.

Resposta à fls.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, nos Mandados de Injunção ns. 670/ES e 708/DF, julgando o direito de greve dos funcionários públicos, definiu que, ante à omissão legislativa, cabível a aplicação a eles, no que couber, da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, sendo as ementas, respectivamente, as seguintes:

“O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber; vencidos, em parte, o Senhor Ministro Mauricio Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Carmen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.”

“O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Carmen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.”

A Constituição Federal, em seu artigo 9º, assegura o direito de greve, mas já prevê a possibilidade de abusos no seu parágrafo 2º, sujeitando os responsáveis às penas da lei.

Também o artigo 6º da referida Lei n. 7.783/89 estipula, em seu parágrafo 1º, que “em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.”

No caso, ainda em uma análise inicial em sede de agravo de instrumento, sem se adentrar ao mérito da questão, o que será examinado com maior profundidade quando do julgamento da demanda, é possível concluir que estão presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, principalmente porque a propaganda traz à tônica um dos temas de relevância e maior impacto nos dias atuais, pertinente à segurança pública (art. 5º, *caput*, da CF).

Referido tema, dada a repercussão que pode causar na população, deve ser tratado com extremo cuidado e, na propaganda veiculada, os agravados, ao pretenderem demonstrar, de uma maneira um tanto exasperada, que o Governador do Estado não os atende e nem tem intenção de atendê-los sobre essa questão da segurança, pode dar ensejo a uma interpretação de desídia das autoridades constituídas e desamparo.

Fávila Ribeiro, em sua obra intitulada *Direito eleitoral*, conceitua propaganda como “um conjunto de técnicas empregadas para sugestionar pessoas na tomada de decisão” (Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 445).

E continua, esclarecendo que determinados tipos de propaganda podem gerar ansiedade e medo:

“Aguçamento a reações instintivas observa-se que, na propaganda, são muitas vezes apresentadas situações procurando demonstrar ao público que determinadas correntes políticas estão a patrocinar medidas que serão altamente prejudiciais, criando-se um quadro artificial para provocar medo e ansiedade nos indivíduos. A ser admitida a propagação desse esquema publicitário, pode vir a prevalecer uma situação que oscila entre a revolta e o pânico no meio do corpo eleitoral.” (Ibidem, p. 445-448).

Como já ponderado, ainda se está em estágio inicial de instrução e, portanto, não se pode concluir que, na hipótese, essa situação ocorre, o que deverá ser examinado na ação principal, inclusive com eventual produção de perícia técnica, mas havendo evidências de que a peça publicitária transborda o caráter informativo de divulgação do movimento ou de persuasão dos servidores para aderirem à greve, como previsto no artigo 6º, inciso I, da Lei n. 7.783/89, é prudente que a liminar concedida seja mantida.

Além disso, a agravante informa que o termo “polícia” é empregado de modo amplo, sem fazer alusão a cuidar-se de reivindicação da polícia civil e que não engloba a militar e também aparecem apenas pequenas siglas das entidades requeridas, o que dificulta a sua identificação.

Ressalte-se que não se está, na espécie, tolhendo os direitos de manifestação e divulgação, que também têm garantia constitucional, e que poderão ser veiculados na forma da legislação mencionada, porém, no presente momento, devem preponderar os interesses da coletividade.

Como preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello “o interesse público que à Administração incumbe zelar encontra-se acima de quaisquer outros e, para ela,

tem o sentido de dever, de obrigação” (*Curso de direito administrativo*, 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 72).

Por tais fundamentos, dão provimento ao recurso.

São Paulo, 20 de agosto de 2008.

SERGIO GOMES

Relator

Excelentíssima Senhora Doutora Juíza de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital

Distribuição por dependência à Medida Cautelar Inominada n. 583.53.2008.132458-8.

O Estado de São Paulo, pessoa jurídica de direito público interno, domiciliado na Rua Pamplona, 227, 6º andar, São Paulo, pelos Procuradores do Estado infra-assinados, vem, respeitosamente perante Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 1º, inciso IV, 3º, 4º e 5º da Lei n. 7.347/85, 186 do Código Civil e 806 do Código de Processo Civil, propor a presente ação civil pública em face de:

- Associação dos Carcereiros da Polícia Civil do Estado de São Paulo (ACARCEPOL);
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo (ADPESP);
- Associação dos Escrivães da Polícia Civil do Estado de São Paulo (AEPESP);
- Associação dos Agentes Policiais Civis do Estado de São Paulo (AGEPOL);
- Associação dos Investigadores da Polícia Civil do Estado de São Paulo (AIPESP);
- Associação dos Professores da Academia da Polícia Civil de São Paulo (APAPESP);
- Associação dos Servidores Públicos da Polícia Científica do Estado de São Paulo (ASPC);
- Associação dos Papiloscopistas Policiais do Estado de São Paulo (APPESP);
- Internacional Policial Association do Brasil (IPA);
- Sindicato dos Escrivães de Polícia do Estado de São Paulo (SEPESP);

- Sindicato dos Delegados da Polícia Civil do Estado de São Paulo (SINDPESP);
 - Sindicato dos Trabalhadores em Telemática Policial do Estado de São Paulo (SINTELPOL);
 - Sindicato dos Investigadores de Polícia do Estado de São Paulo (SIPESP),
- pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos:

I - Breve histórico

O autor distribuiu, no plantão judiciário de 2 de agosto p.p., medida cautelar preparatória requerendo a concessão de medida liminar, a fim de que se proibisse a veiculação, pelos réus, na mídia televisiva, de peça publicitária, vez que configurado risco de dano à ordem e segurança públicas.

A liminar restou indeferida pelo MM. Juiz Rodrigo de Oliveira Carvalho. Considerando o risco de perecimento do direito invocado, vez que novas inserções estavam previstas na programação das emissoras de televisão, o autor interpôs, na mesma data, agravo de instrumento visando à reforma da r. decisão prolatada pelo MM. Juiz plantonista.

O D. Desembargador Ricardo Dipp, atuando no plantão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, vislumbrou a situação de risco, bem como a verossimilhança das alegações, deferindo o efeito ativo ao agravo. Determinou, outrossim, a remessa do feito para análise por relator sorteado.

O recurso foi autuado sob n. 811.602-5/4 e distribuído à 9ª Câmara de Direito Público que, na sessão realizada em 20 de agosto p.p., sob relatoria do D. Desembargador Sérgio Gomes, deu provimento ao mesmo.

Assim, com fundamento nos artigos 1º, inciso IV, 3º, 4º e 5º da Lei n. 7.347/85, 186 do Código Civil e 806 do Código de Processo Civil, o Estado de São Paulo propõe a presente ação civil pública objetivando a condenação dos réus ao pagamento de indenização pelos danos morais difusos causados à sociedade, em decorrência da veiculação da propaganda em análise.

II - Do cabimento e legitimidade para ajuizamento da ação civil pública

O artigo 1º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, estabelece serem objeto da ação civil pública o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, bem como todo e qualquer interesse difuso e coletivo.

Por sua vez, o artigo 5º da citada Lei confere legitimidade ao Ministério Público, à União, aos Estados e aos Municípios para propositura da aludida ação que, *in casu*, tutela direito difuso, relacionado à ordem e à segurança.

Nos termos do artigo 144 da Constituição Federal e artigo 139 da Constituição do Estado de São Paulo, a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio. Assim, ao ajuizar a presente ação civil pública, o Estado de São Paulo exerce um dever, atuando em defesa do interesse público, consubstanciado na manutenção da segurança da população e da ordem administrativa em geral.

III - Dos fatos

Conforme noticiado em seus respectivos sítios eletrônicos, bem como, em diversos jornais, os réus realizaram assembléias, nas quais os seus associados – todos pertencentes aos quadros da Polícia Civil do Estado de São Paulo – decidiram promover paralisação coletiva, por tempo indeterminado, agendada para iniciar-se aos 13 de agosto de 2008.

Como é bastante comum em tais situações, as entidades de classe utilizam-se de meios diversos para convocar seus afiliados para participação em assembléias, divulgando ainda informes destinados à população para dar ciência quanto à realização do movimento. Aludido procedimento encontra respaldo no disposto no artigo 6º, inciso I, da Lei n. 7.783/89.

Não se questiona no presente feito, portanto, o direito de manifestação e informação dos réus, o qual encontra guarida na Constituição Federal e na Lei n. 7.783/89.

Ocorre, porém, que, a partir de 1º de agosto p.p., os réus iniciaram a veiculação na mídia televisiva de peça publicitária com escopo muito diverso daquele previsto em lei. Aludida peça contém encenação realizada por atores que, interpretando os próprios integrantes da Polícia Civil do Estado de São Paulo, batem nervosamente em uma porta fechada, dizendo: *“Governador, precisamos falar sobre a segurança da população! Governador, queremos falar dos salários, os mais baixos do Brasil!”*

Aos poucos, os atores se afastam, e o ambiente torna-se lúgubre, restando a solitária porta fechada e a mensagem: *“Os policiais civis vêm insistindo em conversar com o Governador e ele não atende. Continuamos trabalhando em respeito ao compromisso da polícia com o povo de São Paulo até agora. A polícia quer respeito para não ter que parar.”*

A peça publicitária em questão – como é fácil constatar – não possui nenhum caráter informativo ou de divulgação do movimento à população, nem tampouco

de persuasão dos servidores para aderirem ao mesmo, consoante previsto no artigo 6º, da Lei n. 7.783/89.

Trata-se, ao contrário, de evidente abuso de direito, na medida que tece ameaça velada, com objetivo de atingir a população e instaurar pânico, violando a ordem e segurança públicas.

O texto falado destaca em primeiro plano a “segurança da população”, utilizando um tom alarmista e exasperado, que não condiz com um informe publicitário. A saída dos personagens, deixando a porta abandonada, e o ambiente gradativamente mais escuro, transmitem a sensação de insegurança, de alguém lançado à própria sorte.

Nada é mencionado quanto à data do movimento ou à forma como o mesmo será realizado. Em outras palavras, não há qualquer informação objetiva. O termo “polícia” é empregado de modo amplo, levando a crer nele estar incluído também a militar, o que não corresponde à realidade. A população atingida pela abusiva veiculação, ademais, sequer poderá identificar a autoria da citada peça publicitária, na medida que apenas as siglas das entidades requeridas aparecem na tela, em fonte muito reduzida e por curtíssimo intervalo de tempo.

Qual o objetivo de veicular essa espécie de publicidade, mascarando a própria autoria?

O ardil disfarçado de livre expressão torna-se ainda mais evidente quando consideramos que a peça publicitária foi veiculada na Televisão Bandeirantes, exatamente durante o intervalo comercial do programa “Brasil Urgente”, especializado em reportagens policiais, que é apresentado pelo jornalista Datena.

Em que pese a liminar deferida em 2 de agosto p.p., não houve tempo hábil para intimação da Rede Record de Televisão, e a publicidade foi exibida, naquela data, no intervalo do “Jornal da Record”, logrando-se obstar tão-somente a inserção nos intervalos comerciais do “Jornal Nacional”, prevista para 5 de agosto p.p.

Fácil constatar que a exibição da peça publicitária foi estrategicamente agendada nos intervalos comerciais de telejornais, inclusive especializados em reportagens policiais, todos eles da rede aberta e de grande audiência. Nesse sentido, requer-se, desde logo, a expedição de ofícios ao IBOPE, a fim de que informe a audiência dos citados programas televisivos, nas datas anteriormente referidas. Requer-se, também, a expedição de ofícios à Televisão Bandeirantes e à Rede Record de Televisão para que informem o número de inserções da publicidade nos intervalos dos programas jornalísticos referidos.

As entidades de classe extrapolaram, pois, seu direito de manifestação e divulgação do movimento paredista, praticando ato ilegal, que viola os direitos difusos da coletividade, induzindo o pânico. Os interesses difusos tutelados na presente – a segurança da população e a manutenção da ordem pública – configuram, na realidade, dever do Estado.

IV - Do direito

i - Do abuso no exercício do direito de livre expressão

Cumpre reiterar que não se discute aqui o direito de greve, visto que consagrado constitucionalmente, ou qualquer reivindicação formulada.

Todavia, o direito de greve, bem como o direito de livre expressão, ou qualquer outro, não são absolutos e devem ser exercidos dentro dos parâmetros legais, principalmente quando se contrapõem ao interesse de toda a população do Estado de São Paulo, desrespeitando o núcleo essencial de direitos fundamentais. O desvirtuamento no exercício do direito motiva a propositura da presente, vez que afrontados direitos da população.

No julgamento dos Mandados de Injunção ns. 670, 708 e 712, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal declarou a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público, e decidiu, por maioria, aplicar, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei n. 7.783/89).

O artigo 6º da Lei n. 7.783/89 estabelece que:

“Artigo 6º - São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

§ 1º - *Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.*” (g.n)

Ocorre que, ao exercer o direito à divulgação de informação, de forma deturpada e abusiva, os réus violaram o direito da população à segurança, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República. Conforme demonstrado anteriormente, o filme publicitário divulgado não possuía nenhum teor informativo, pretendendo apenas instaurar ou incutir o medo e a desordem.

Nas lições de Rodolfo de Camargo Mancuso, os direitos difusos são aqueles que ultrapassam “a órbita dos grupos institucionalizados, pelo fato de que sua indeterminação não permite sua captação em termos de exclusividade” (*Interesses difusos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.66). Os direitos difusos não pertencem a um grupo determinado de pessoas, mas a toda uma coletividade.

O direito social de greve está assegurado pela Constituição Federal de 1988, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, nos termos do artigo 9º. Acrescenta ainda o texto constitucional que caberá à lei definir os serviços e as atividades essenciais, bem como dispor sobre as necessidades inadiáveis da comunidade. Determina que os abusos cometidos sujeitem os responsáveis às penas da lei.

Extraí-se dos comandos constitucionais e legais que a greve é um direito, que há de ser exercido com razoabilidade e responsabilidade, sob pena de abuso.

Na esfera constitucional, há um universo de direitos fundamentais, a abranger, nos termos do título II do texto, direitos civis, políticos, de nacionalidade, bem como direitos sociais, a incluir educação, saúde, trabalho, moradia e lazer, dentre outros. A visão integral dos direitos fundamentais requer a convivência equilibrada dos mesmos, de modo a evitar que, em caso de colisão, a absoluta prevalência de um deles acabe por esvaziar a efetividade dos demais.

Nesse quadro, os direitos fundamentais se autolimitam, inexistindo direito fundamental absoluto ou ilimitado, na medida que os contornos dos direitos são delineados com base na razoabilidade, na proporcionalidade, e de forma a assegurar o respeito ao núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais.

Na presente hipótese, o direito de manifestação e divulgação, relacionado ao direito de greve, está sendo exercido de forma abusiva e excessiva, acabando por violar flagrantemente os demais direitos, que também têm assento no universo dos direitos fundamentais, em especial o direito à segurança e à manutenção da ordem pública; vez que a população é induzida ao pânico. Restaram violados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em sua tripla dimensão: a adequação dos meios aos fins; a necessidade, com a proibição do excesso; e a proporcionalidade estrita.

Cabe observar que “o interesse público que à Administração incumbe zelar encontra-se acima de quaisquer outros e, para ela, tem o sentido de dever, de obrigação”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 72).

ii - Dos danos morais difusos decorrentes do exercício do direito à liberdade de expressão

A respeito do abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação, o artigo 12, da Lei n 5.250, de 09.02.1967, dispõe que:

“Artigo 12 - Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem.”

O artigo 49 da mesma Lei estabelece que:

“Artigo 49 - Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no artigo 16, números II e IV, no artigo 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;”

O direito à indenização decorrente de dano moral foi incluído entre os direitos e garantias fundamentais, previstos no artigo 5º da Constituição da República, *verbis*:

“Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Da mesma forma, o artigo 186 c.c. o artigo 927, ambos do Código Civil, reconhecem o direito à reparação pelos danos morais, *verbis*:

“Artigo 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito.” (g.n.)

(...)

Artigo 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

A tutela dos danos morais é, portanto, amplamente acolhida no ordenamento pátrio, reconhecendo-se não apenas o dano moral à pessoa física, mas também o dano moral coletivo. Ensina Carlos Alberto Bittar Filho a respeito do dano moral coletivo:

“Com supedâneo, assim, em todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).

Ocorrido o dano moral coletivo, que tem um caráter extrapatrimonial por definição, surge automaticamente uma relação jurídica obrigacional que pode ser assim des-trinchada: a) sujeito ativo: a coletividade lesada (detentora do direito à reparação);

b) sujeito passivo: o causador do dano (pessoa física, ou jurídica, ou então coletividade outra, que tem o dever de reparação); c) objeto: a reparação – que pode ser tanto pecuniária quanto não pecuniária. Sobre essa relação incide a teoria da responsabilidade civil.

Para a perfeita compreensão da matéria, é indispensável que se ofereçam, a partir de agora, algumas situações em que se pode vislumbrar a ocorrência de dano moral coletivo.

Como primeiro grande exemplo, pode-se lembrar o dano ambiental (...).

O dano ambiental é particularmente perverso porque rompe o equilíbrio do ecossistema, pondo em risco todos os elementos deste. Ora, o meio ambiente é caracterizado pela interdependência e pela interação dos vários seres que o formam, de sorte que os resultados de cada ação contra a Natureza são agregados a todos os danos ecológicos já causados (efeito cumulativo).

Outro bom exemplo de dano moral coletivo é a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica, etc.) através de publicidade abusiva, a qual é proibida pela legislação pátria, sendo assim definida:

‘É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança’.” (Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>>. g.n.)

Dissertando sobre o dano moral coletivo, André de Carvalho Ramos asseverou:

“Com a aceitação da reparabilidade do dano moral, verifica-se a possibilidade de sua extensão ao campo dos chamados interesses difusos e coletivos. *As lesões aos interesses difusos e coletivos não somente geram danos materiais, mas também podem gerar danos morais.* O ponto-chave para o dano moral coletivo está na ampliação do seu conceito, deixando de ser o dano moral um equivalente da dor psíquica, que seria exclusividade de pessoas físicas. Pelo contrário, não somente a dor psíquica que pode gerar danos morais. *Qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade também merece reparação.*

Devemos considerar que tratamento aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade.

Imagine-se o dano moral gerado por propaganda enganosa ou abusiva. O consumidor potencial sente-se lesionado e vê aumentar seu sentimento de desconfiança na proteção legal do consumidor, bem como seu sentimento de cidadania.

É preciso sempre frisar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais. Afeta-se a boa imagem da proteção legal a estes direitos

e afeta-se a tranquilidade do cidadão, que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera.

Tal intranquilidade e sentimento de despreço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarreta lesão moral que também deve ser reparada coletivamente. Ou será que alguém duvida que o cidadão brasileiro, a cada notícia de lesão dos seus direitos, não se vê desprestigiado e ofendido no seu sentimento de pertencer a uma comunidade séria, onde as leis são cumpridas?

A coletividade é passível de ser indenizada pelo abalo moral, o qual, por sua vez, não necessita ser a dor subjetiva ou estado anímico negativo, que caracterizariam o dano moral na pessoa física, podendo ser o desprestígio do serviço público, do nome social, a boa-imagem de nossas leis, ou mesmo o desconforto da moral pública, que existe no meio social.”

Pede-se licença para transcrever trecho do voto proferido pelo i. Desembargador Franco de Godoi, atualmente no E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

“O magistrado José Marcos Marrone (...) explanou que nos denominados interesses coletivos o que une os interessados é a mesma relação jurídica. *Explicitando ainda que os interesses difusos, que dizem respeito a uma mesma situação de fato, sendo indivisíveis, não podem determinar ou quantificar o prejuízo de cada um dos lesados, citando como exemplo as pessoas atingidas por uma propaganda enganosa divulgada pelos meios de comunicação ou outro qualquer.*

Assim, perfeitamente possível a fixação de indenização por dano moral difuso, pois conforme ensina Zannoni a atividade danosa é que precisa ser coibida, independentemente das consequências que possa a vítima vir a sofrer.

O homem é um animal social, e a conduta da ré-apelada apresentou efetivamente um dano social, na órbita dos danos morais difusos, devendo ser condenada pela sua atividade com objetivos puramente enganosos.” (1º TAC SP – Apelação Cível n. 1.219.141-0, Rel. Franco de Godoi, j. 17.03.2004, DOE, de 12.04.2004).

Confira-se, também, trecho da ementa do v. acórdão prolatado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento no qual se reconhece o direito à indenização por danos morais coletivos:

“Processual Civil – Recurso especial. Inexistência de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Regular análise e julgamento do litígio pelo tribunal recorrido. *Reconhecimento de dano moral regularmente fundamentado.*

Trata-se de recurso especial que tem origem em agravo de instrumento interposto em sede de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor de AGIP do Brasil S/A, sob o argumento de poluição sonora causada pela veiculação pública de *jingle* que anuncia produtos por ela comercializados. (...) O aresto pronunciado pelo Tribunal *a quo*, de outro vértice, reconheceu caracterizado o dano moral causado pela empresa agravante – em razão da poluição sonora ensejadora de dano ambiental – e decorrente obrigação de reparação dos prejuízos causados à população. (...) Recurso especial conhecido e não provido.”(STJ – REsp n. 791.653/RS, 1ª Turma).

Pertinentes, por fim, os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar:

“Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas conseqüências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto. Nesse sentido, ocorrido o fato gerador e identificadas as situações dos envolvidos, segue-se a constatação do alcance do dano produzido, caracterizando-se o de cunho moral pela simples violação da esfera jurídica, afetiva ou moral, do lesado.” (*Reparação civil por danos morais*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 214).

Conforme se constata, é inafastável a conclusão, amparada em reiterada doutrina e jurisprudência, relativa à configuração de danos morais difusos à população, como decorrência da violação de valores ou direitos fundamentais.

iii - Do arbitramento da indenização

A jurisprudência tem entendido que o dano moral deve ser arbitrado pelo magistrado, a fim de proporcionar à vítima satisfação e, ao causador do mal, impacto considerável, a fim de inibi-lo na repetição do ato. A propósito, veja-se, em caso de protesto indevido, o acórdão da lavra do Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo Urbano Ruiz, relator, em julgamento que teve a participação do então Desembargador César Peluso:

“Indenização – Protesto indevido de duplicata- verba a ser fixada em quantia correspondente a cem vezes o valor do título, corrigido desde o ato – Critério que proporciona à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo, em contrapartida, no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado. (...) Há precedente desta Câmara (Ap. n. 113.190-1, rel. Des. Walter Moraes e Ap. n. 131.663-1, rel. Des. César Peluso) fixando, desde já, a indenização em quantia correspondente a cem vezes o valor, corrigido desde o protesto, da duplicata protestada. Com isto se proporciona à vítima satisfação na justa medida (...).” (TJSP – Ap. n. 142.932-1/3, j. 25.05.1991, RT 675/100).

Deve prevalecer, portanto, em casos como o presente, o critério prudencial do magistrado na fixação do *quantum* indenizatório, conforme já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal: “A esses elementos de ordem moral e social – porque suporte da estrutura social – não deve estar alheio o Juízo, ponderando-os serena e convictamente e valorizando-os moderadamente com o prudente arbítrio do bom varão.” (RTJ 115/1385).

Assim, resta patente o dever de os réus indenizarem os danos morais decorrentes da abusiva propaganda veiculada, em quantia a ser fixada pelo prudente arbítrio de Vossa Excelência, a teor do artigo 944 do Código Civil.

Como tem admitido a jurisprudência, e à vista das circunstâncias descritas nesta ação, relacionadas aos excessos dolosamente praticados, bem como os conseqüentes prejuízos morais, entende o autor que a indenização deve ser de tal ordem que cause impacto aos réus, de forma a coibir atos semelhantes no futuro. A situação em exame é ainda mais grave por se tratar de entidades ligadas aos servidores da Polícia Civil, cuja função precípua é diretamente relacionada à segurança. Assim, ao veicular propaganda com evidente escopo de realizar pressão por meio do pânico, os réus contrariam frontalmente a finalidade de sua atuação.

Dessa forma, espera o autor seja a condenação arbitrada por Vossa Excelência, pelo critério prudencial, sugerindo-se, desde logo, como parâmetro valor correspondente a dez vezes o custo de cada veiculação em televisão da propaganda realizada, nos intervalos dos programas em que foram apresentados, quais sejam “Brasil Urgente” e “Jornal da Record”, informação que poderá ser obtida mediante expedição de ofício à Televisão Bandeirantes e à Rede Record de Televisão, seja quanto ao número efetivo de inserções ocorridas e ao custo individual das mesmas. Requer-se a destinação de tal valor ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, instituído pela Lei n. 6.536/89, ou, alternativamente, a instituição filantrópica a ser indicada por Vossa Excelência.

Do pedido

Resulta do quanto exposto que devem os réus ser condenados à reparação dos danos morais difusos causados à população que assistiu à abusiva peça publicitária – o que se requer – a serem arbitrados por Vossa Excelência, sugerindo-se como parâmetro o valor indicado no item anterior.

Requer-se a distribuição da presente por dependência à Medida Cautelar n. 583.53.2008.132458-8, em andamento perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Requer, ainda, respeitosamente, que Vossa Excelência se digne mandar citar os réus, com os permissivos do artigo 172 e parágrafos do Código de Processo Civil, para que os mesmos, querendo, apresentem a defesa que porventura tiverem, sob pena de revelia.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo, desde logo, a expedição de ofícios ao IBOPE, a fim de que informe a audiência dos programas televisivos “Brasil Urgente” da Televisão Bandeirantes, exibido em 1º.08.2008, e “Jornal da Record” da Rede Record de Televisão, exibido em 02.08.2008. Requer-se também a expedição de ofícios

à Televisão Bandeirantes e à Rede Record de Televisão, para que informem o número de inserções da publicidade nos intervalos dos programas jornalísticos referidos.

Requer, finalmente, a intimação do d. representante do Ministério Público, nos termos da lei.

Termos em que, atribuindo à presente o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais),

P. deferimento.

São Paulo, 28 de agosto de 2008.

LUCIANA R. L. SALDANHA GASPARINI

Procuradora do Estado Assistente

Intimação de Testemunhas – Aplicação de Normas da Corregedoria Geral de Justiça. Pagamento de Diligência pela Fazenda do Estado de São Paulo

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

Distribuição por dependência à 11ª Câmara-Sessão de Direito Público

A Fazenda do Estado de São Paulo, por intermédio da Procuradora do Estado, abaixo assinada, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 522 do Código de Processo Civil, com nova redação dada pela Lei n. 11.187/2005, bem como artigos subseqüentes, dentro do prazo previsto pelo artigo 188 do mesmo diploma legal, interpor o presente recurso de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, pois não se conforma com a r. decisão de fls., que indeferiu o pedido fazendário de intimação de suas testemunhas, independentemente do depósito prévio das diligências de oficial de justiça, nos termos do artigo 28 e 29 das Normas de Serviços da Corregedoria de Justiça, decisão essa suscetível de grave lesão e danos irreparáveis aos seus interesses, por inviabilizar as respectivas oitivas na audiência de instrução e julgamento já agendada para o dia 31.08.2006.

Finalmente, requer seja incluído o nome da Procuradora do Estado Doutora Rosana Martins Kirschike, responsável pelo acompanhamento do processo em grau de recurso, para publicações e intimações, relacionadas a este feito.

Termos em que,
P. deferimento.

Jundiaí, 1º de julho de 2006.

MATILDE B. C. MICHELETTO
Procuradora do Estado

MINUTA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Processo n. 584/05 – 3ª Vara Cível da Comarca de Jundiáí.

Ação de Reparação de danos

Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo (FESP)

Agravado: José Carlos Garcia e Viação Jundiáense Ltda.

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara.

Em que pese o argumento sopesado pelo Douto Juízo Monocrático, a r. decisão por ele prolatada não merece prosperar, eis que equivocado e em notória violação a expresse artigo de lei e, também, importante regramento contido nas Normas de Serviços da Corregedoria de Justiça, conforme restará amplamente demonstrado.

Preliminarmente

Da matéria já decidida nestes próprios autos (Da distribuição por dependência)

Imperioso esclarecer que, por ocasião da citação dos réus nestes mesmos autos, o r. juízo *a quo* também determinou à Fazenda Estadual o recolhimento antecipado das diligências de oficial de justiça. Tal decisão foi objeto de Agravo de Instrumento n. 4213075/0-00, que foi provido por este Egrégio Tribunal, onde foi proferido acórdão favorável à agravante.

Desse modo, a matéria em discussão já foi enfrentada pela superior instância, entendendo a agravante que o r. juízo monocrático não poderia se recusar dar a ela integral cumprimento. Trata-se da mesma irresignação: determinação para antecipar diligências, em desacordo com a lei e com as normas da Egrégia Corregedoria de Justiça.

Tal justificativa se faz necessária, também, em face do pedido de distribuição do recurso por dependência à 11ª Câmara de Direito Público.

Do cabimento do agravo de instrumento (perigo de grave lesão ou dano de difícil reparação)

Trata-se de ação de reparação de danos por acidente de veículos movida pela Fazenda Estadual, na qual a r. juízo *a quo* determinou o recolhimento antecipado das diligências do oficial de justiça, para o fim de intimação das testemunhas, arroladas pela agravante, que deverão depor na audiência designada para 31.08.2006.

A decisão recorrida prejudica gravemente a defesa dos interesses do Estado de São Paulo em juízo, na medida que inviabiliza a oitiva das testemunhas, regularmente arroladas pela agravante, no exercício pleno do contraditório e da mais ampla defesa que lhe é assegurada pela Carta Republicana.

Trata-se de testemunhas presenciais do fato, vale dizer, imprescindíveis para o deslinde da causa, cujo comparecimento em juízo depende de intimação pessoal, nos termos do artigo 412, *caput*, do Código de Processo Civil, *por se tratar de civis*.

Convém esclarecer que a agravante arrolou três testemunhas, duas civis e uma militar, este último encarregado da viatura. As duas primeiras, conforme sindicância administrativa estavam próximas do local do acidente e puderam constatar a falta de atenção do motorista, que conduzia o ônibus da ré, o qual veio a colidir com a viatura policial que estava parada.

Ora, os fatos relatados acima são justamente os *pontos controvertidos da lide*, fixados, inclusive, pelo r. juízo monocrático, conforme se verifica da decisão proferida às fls., ora agravada, na qual também se determinou o recolhimento antecipado das diligências para intimação.

Assim, levando-se em consideração a importância da oitiva das testemunhas arroladas pela Fazenda, o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, *a proximidade da audiência designada (31/08/2006)* e a dificuldade em se obter recursos públicos para o custeamento antecipado das diligências de intimação, em discordância às normas da própria Corregedoria de Justiça, plenamente cabível o presente agravo de instrumento, face ao perigo de grave e irreparável lesão, consoante dispõe o artigo 522 do Código de Processo Civil, com a nova redação dada pela Lei n. 11.187/2005.

Dos Fatos

A agravante ajuizou ação de reparação de danos, buscando ressarcimento pelos danos causados em virtude de colisão com viatura da Polícia Militar.

Por ocasião da citação dos agravados, o juízo monocrático já havia determinado à Fazenda Pública o recolhimento das respectivas diligências de oficial de justiça, decisão essa reformada em sede de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo à época.

Apresentadas as contestações pelos réus, ora agravados, o MM. Juízo *a quo* deu o feito por saneado, fixou os pontos controvertidos, designando audiência para 31.08.2006 para a oitiva de testemunhas e determinou às partes os recolhimentos das respectivas diligências para intimação.

Ato contínuo, a Fazenda do Estado de São Paulo requereu a aplicação do artigo 28 e 29 das Normas da Corregedoria de Justiça para que as diligências fossem pagas mediante lançamento dos valores em mapa mensal, a ser entregue ao setor de

Finanças da PGE/Campinas pelo meirinho, o que foi *indeferido*, sob o entendimento de que as diligências cumprem mapa apenas e tão-somente na Comarca de São Paulo. Essa é a síntese de todo o ocorrido.

Do Direito

Inicialmente, cumpre esclarecer que a agravante *nunca* se recusou a pagar as diligências de oficiais de justiça, apenas e tão-somente pretende fazê-lo na mais absoluta consonância com as normas vigentes.

Também não procede o equivocado entendimento do Douto Juízo recorrido, no sentido de limitar a aplicação das disposições concernentes ao pagamento de diligências por parte da Fazenda Pública à Comarca de São Paulo, quando assim não determina a lei, tampouco as Normas de Serviço da Corregedoria de Justiça.

De fato, o Código de Processo Civil é claro ao assim determinar:

“Artigo 27 - As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, **serão pagas ao final pelo vencido.**” (grifos e destaques nossos).

Apesar do comando legal acima reproduzido, a Fazenda do Estado de São Paulo sempre se pautou de modo a melhor atender aos interesses dos auxiliares da justiça e às Normas de Serviço da própria Corregedoria de Justiça, as quais são enfáticas em assim determinar:

“Artigo 28 - O ressarcimento das despesas de condução do oficial de justiça será realizado pela Fazenda Pública interessada, depois de entregue ao seu representante, especialmente indicado, a relação mensal dos mandados (modelo próprio) e cópia das certidões do respectivo cumprimento, observada a disciplina fixada nos itens 13,14 e 15 e no subitem 26.2, deste Capítulo.”

E ainda:

“Artigo 29 - O ressarcimento de que trata o item anterior se fará no mês seguinte ao do cumprimento de mandados, desde que entregue a relação até o dia 5 (cinco) daquele mês, e será efetuado através de depósito em conta corrente do oficial de justiça, aberta consoante o item 22, deste Capítulo.”

Tanto é verdade que, após a determinação do recolhimento das diligências, a Fazenda peticionou ao Juízo recorrido no sentido de recolher as respectivas verbas no mês seguinte, através de mapa elaborado e entregue pelo oficial ao setor de finanças da Procuradoria Regional de Campinas, a qual sempre providencia o pagamento no mês seguinte ao cumprimento da diligência, tal como determinam as normas acima reproduzidas.

Aliás, as normas em comento, em momento algum, referem-se especificamente à Comarca de São Paulo, tampouco se limitam aos executivos fiscais, apresentando-se genéricas e amplas, não cumprindo ao Juiz singular

restringi-las, alterando-lhes o texto e complementando-as com restrições que lhe são estranhas.

Tanto é assim que, como já se disse, nos próprios autos de onde emanou a decisão ora recorrida, já houve recurso semelhante, por ocasião das diligências citatórias, oportunidade em que a Fazenda Estadual ficou desobrigada da antecipação das respectivas diligências, por força de agravo de instrumento interposto à época. (AI n. 42.13075/0-00). O Juízo recorrido, portanto, voltou a incidir no mesmo equívoco outrora corrigido por essa Egrégia Corte, em desrespeito à coisa julgada.

De fato, o posicionamento desse Excelso Pretório se acha bem delineado e pode ser mensurado com a transcrição do seguinte julgado:

“Os itens 28 e 29, do Capítulo VI, das Normas Gerais da Corregedoria Geral de Justiça disciplinam o sistema das despesas de condução dos oficiais de justiça nos mandados de interesse da Fazenda do Estado, estabelecendo que o reembolso será feito mês a mês, efetuando-se o depósito na conta bancária do servidor, após a apresentação do mapa dos mandados cumpridos”. (TJSP – AI n. 381.382-5/0-00/Jundiaí, rel. Emmanoel França, agravante: FESP, agravado: I.L.J.B.).

Outro ponto da maior importância, que não poderia deixar de ser suscitado nesta fase recursal, diz respeito ao planejamento e disponibilização dos recursos públicos, cumprindo salientar que a autoridade administrativa, conquanto adstrita aos exatos termos da lei, se vê impossibilitada de agir de outra forma, sob pena de ver-se responsabilizada em diversas instâncias.

Assim, no tocante ao pagamento de diligências de oficiais de justiça, a Fazenda do Estado de São Paulo se estruturou de modo a cumprir as Normas da Corregedoria de Justiça na sua integralidade, assim planejando e disponibilizando seus recursos, de modo a melhor atender aos princípios da legalidade e da transparência no trato da coisa pública.

Nesse diapasão, pode-se afirmar com clareza estar a Fazenda do Estado de São Paulo impedida de proceder ao recolhimento da diligência tal como foi determinada pelo Juízo *a quo* e, como consequência direta, privada da oitiva de suas testemunhas regularmente arroladas, e, assim, violada no seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, caso o posicionamento do Juízo recorrido deixe de ser reformado.

Tal situação, por certo, culminará com a posterior nulidade absoluta do feito, prejuízos a ambas as partes litigantes e da tutela jurisdicional, inócua ao final, cumprindo ser agora evitada com a mera aplicação das Normas da Corregedoria de Justiça, determinando-se a intimação das testemunhas fazendárias e posterior recebimento das diligências.

Do Pedido de Efeito Suspensivo

Pelo relatado acima, a decisão monocrática acarretará dano irreparável pelo cerceamento da produção de provas relevantes ao deslinde da ação, bem como, em face da proximidade da audiência de instrução e julgamento (31.08.2006), requer-se a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo, com imediata comunicação ao juiz da causa.

Do Pedido

Ante o exposto, a Fazenda do Estado de São Paulo, presentes o perigo de grave lesão e danos de difícil reparação, requer seja dado total provimento ao presente recurso de agravo de instrumento e reformada a r. decisão recorrida, para o fim de ser determinada a expedição de mandado de intimação das suas testemunhas independentemente de prévio recolhimento das diligências de condução do senhor oficial de justiça, nos termos dos artigos 28 e 29 das Normas da Corregedoria de Justiça, como medida da mais pura e ensejada *justiça*.

Jundiaí, 3 de julho de 2006

MATILDE B. C. MICHELETTO
Procuradora do Estado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 569.586-5/1-00, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante Fazenda do Estado de São Paulo, sendo agravados José Carlos Garcia, Viação Jundiaense Ltda.:

Acordam, em Décima Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao agravo, v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Luís Ganzerla (Presidente, sem voto), Leonel Costa e Aroldo Viotti.

São Paulo, 27 de novembro de 2006.

FRANCISCO VICENTE ROSSI
Relator

VOTO

Intimação de testemunhas – Determinação de prévio recolhimento da diligência do oficial de justiça – Inadmissibilidade – Recolhimento das despesas de condução do oficial de justiça que deve cumprir as Normas de Serviços da Corregedoria Geral de Justiça – Recurso provido

I. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão que, em autos da ação de reparação de danos movida em face de José Carlos Garcia e Viação Jundiaiense Ltda., determinou à agravante o recolhimento prévio da diligência do oficial de justiça para fins de intimação das testemunhas.

Concedido o efeito suspensivo e sem resposta dos agravados.

É o relatório

II. A matéria em discussão já foi enfrentada por esta C. 11ª Câmara no AI n. 421 307-5/0, que foi provido.

Por ocasião da citação dos réus nestes mesmos autos, o r Juízo *a quo* determinou à Fazenda Estadual o recolhimento antecipado das diligências de oficial de justiça e, nestes autos, novamente determinou o recolhimento antecipado para o fim de intimação das testemunhas.

Como bem traz as razões do recurso, a agravante não se insurge contra o pagamento das diligências dos meirinhos, mas pretende fazê-lo conforme as Normas de Serviços da Corregedoria de Justiça, artigos 28 e 29.

O artigo 39 da Lei n. 6.830/80 dispensa a Fazenda Pública de antecipação do pagamento de custas e emolumentos, devendo ressarcir a parte contrária do seu valor somente se vencida (parágrafo único).

Tal isenção não abrange os atos praticados por serventuários da justiça que impliquem em dispêndio com recursos próprios, como na hipótese dos autos, não sendo razoável que o oficial de justiça retire de seus vencimentos valores para custear despesas com condução para o exercício de suas atividades. Por isso, as Normas de Serviços da Corregedoria estabeleceram o ressarcimento de suas despesas de condução, depois da entrega de relação mensal dos mandados, com as certidões do respectivo cumprimento, com o pagamento no mês seguinte, através de depósito em conta-corrente do oficial de justiça. Foi o modo prático que a Corregedoria deste E Tribunal encontrou para a Fazenda cumprir sua obrigação.

III. Pelo exposto, dá-se provimento ao agravo, determinando-se a expedição de mandado de intimação das testemunhas, com o recolhimento das despesas de condução do oficial de justiça cumprindo as Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça.

FRANCISCO VICENTE ROSSI
Relator

Consultoria

127) Acumulação de Cargos e Funções – Jornada de trabalho

A prestação de assistência jurídica e judiciária nos termos do Convênio Defensoria Pública/OAB, ainda que remunerada pelo Erário, não constitui exercício de cargo, emprego ou função pública, donde não constituir hipótese de acumulação constitucionalmente vedada. No entanto, o Regime de Jornada Completa de Trabalho, tal como previsto no artigo 71 da Lei Complementar n. 180/78 é incompatível com o integral cumprimento das obrigações cominadas aos advogados credenciados para prestação de assistência jurídica e judiciária nos termos do Convênio celebrado em 11 de junho de 2007 entre a Defensoria Pública deste Estado e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo. (Parecer PA n. 083/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 04.07.2008).

128) Administração Indireta – Fundação

Proposta de alteração do Estatuto da Fundação Zoológico, aprovado pelo Decreto n. 45.402/2000. Atendimento às exigências do artigo 67, incisos de I a III, do Código Civil. Necessidade de aprovação da proposta pelo Governador

do Estado. Solicitação por órgãos da Secretaria da Fazenda (CEDC e CODEC) de manifestação da Procuradoria Geral do Estado sobre disposição contida no estatuto proposto, que declara a fundação interessada pessoa jurídica de direito público interno. Caráter inócuo, porém deletério do preceito. Características estruturais da Fundação Zoológico que a situam como pessoa jurídica de direito privado, conquanto tenha sido instituída pelo Poder Executivo Estadual, mediante a destinação de bens públicos, então afetados ao cumprimento de suas finalidades. Proximidade do escoamento de prazo de 50 (cinquenta) anos atribuído, por norma legal expressa, à existência da fundação em tela. Vencimento do prazo que não lhe acarreta a extinção automática. Necessidade da adoção de providências no âmbito da Casa Civil, objetivando a deflagração do competente processo legislativo viabilizador da continuidade da fundação. Retorno à origem para adequações na minuta de novo estatuto. Necessidade de comprovação da anuência da Curadoria de Fundações quanto à revisão estatutária. Nova tramitação pela CEDC e pelo CODEC, previamente à submissão final da matéria ao Governador do Estado. (Parecer PA n. 118/2008. Aprovado

pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 08.07.2008).

129) Administração Indireta – Sociedade de economia mista. Representante dos empregados. Conselho de Administração. Diretoria

As sociedades de economia mista que integram a Administração indireta do Estado de São Paulo devem contar, em seus Conselhos de Administração, com um representante regularmente eleito por seus empregados. A expressão “Diretor Representante” utilizada na Constituição Estadual, artigo 115, XXIII, deve ser interpretada em sentido lato, e se há de entender em consonância com as normas integradoras do Decreto-Lei Complementar n. 7/69 (na redação da Lei Complementar estadual n. 417/85), significando um agente que compartilha a alta direção da entidade e, nas sociedades de economia mista, alguém que participe, com direito a voz e voto, do Conselho de Administração. Proposta de alteração dos estatutos de todas as sociedades mistas que não contemplem a referida participação. (Parecer PA n. 58/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 04.07.2008).

130) Administração Pública – Corregedoria Geral da Administração. Estruturação por meio de decreto autônomo

Organização. Corregedoria Geral da Administração. Estruturação por meio de decreto autônomo. Criação do Tribunal Administrativo Disciplinar

a partir de estruturas integrantes da Procuradoria Geral do Estado. Inteligência do artigo 84, inciso VI, “a”, da Constituição Federal. Impossibilidade de criação de órgão por decreto autônomo. Questão que, ademais, exige a alteração da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado. Matéria a ser regida por lei complementar (art. 23, parágrafo único, “3” da Constituição do Estado). Inconstitucionalidade do decreto, ainda, por reger matéria de direitos e deveres de servidores públicos. Previsão de sigilo dos procedimentos investigatórios. Matéria que deve guardar conformidade com as normas constitucionais e legais de regência. A revogação da Lei n. 6.055, de 28 de fevereiro de 1961, retira da própria Corregedoria Geral da Administração seu fundamento legal de validade, exigindo a adoção de providências para sua regularização. (Parecer PA n. 130/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 21.07.2008).

131) Afastamento – Servidores estaduais

Afastamento de servidores públicos estaduais, sem prejuízo dos vencimentos para prestar serviço na Fundação Prefeito Faria Lima – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal (CEPAM) e na Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (SEADE). Natureza jurídica de direito privado – Leis estaduais ns. 902, de 18.12.1975, e 1.866, de 04.12.1978. Descabida a continuidade da percepção da Gratificação por Suporte Administrativo – GASA (LC n. 876, de 04.07.2000) e

da Gratificação Geral (LC n. 901, de 12.09.2001). Artigo 128 da Constituição do Estado. Precedentes: Parecer publicado no 2º volume de Pareceres sobre a Aplicação da Nova Constituição Federal, Pareceres PA-3 ns. 118/90, 150/91, 195/91, 263/92, 198/93 e 233/2001 e PA-191/2007. (Parecer PA n. 144/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 14.07.2008).

132) Aposentadoria por Invalidez – Proventos. Média aritmética. Servidor afastado, com prejuízo de vencimentos, antes da Lei Complementar estadual n. 943/2003

Para o efeito de se obter a média a que se refere o artigo 1º da Lei federal n. 10.887/2004 – que trata da fórmula como devem ser calculados os proventos de aposentadoria, de modo a tornar efetiva a regra do artigo 40, parágrafo 3º, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional n. 41/2003 –, deve ser incluído eventual período de afastamento do servidor do Estado, com prejuízo de vencimentos, computando-se o que houver percebido a título de remuneração durante os meses em que esteve afastado, desde que tal haja ocorrido antes da entrada em vigência da Lei Complementar estadual n. 943/2003, que instituiu a contribuição para a aposentadoria do servidor estadual. Não aplicação à hipótese das conclusões do Parecer PA n. 201/2005, que versa sobre a situação de ex-servidor aposentado que se afastou do serviço público, também com prejuízo de vencimentos, mas após a vigência da referida lei complementar. (Parecer PA

n. 317/2006. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 07.07.2008).

133) Apuração de Denúncia – Médico. Cobrança indevida

Recurso. Processo administrativo. Artigos 33, 35, 38, 39 e 41 da Lei estadual n. 500, de 13.11.1974. Artigos 241, III, XIII e XIV, 242, V, 243, XI, 256, II e 257, II e VII da Lei estadual n. 10.261, de 28.10.1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos – EFP). Encaminhamento de usuário do Sistema Único de Saúde (SUS) para consultório particular, com cobrança indevida por serviços prestados. Pena de dispensa a bem do serviço público aplicada. Recurso tempestivo (art. 312, § 1º, do EFP, com alteração da LC n. 942/2003) que deve ser conhecido. Inexistência de nulidade na oitiva de testemunhas sem intimação do indiciado (arts. 282 e 305 do EFP com alterações da LC n. 942/2003). Precedente: Parecer PA n. 30/2006. Confusão entre denunciante e/ou vítimas e testemunhas. Precedentes: PA ns. 282/2007 e 303/2007. Inocorrência de prescrição (art. 261, I e II, e § 3º do EFP, com alterações da LC n. 942/2003). Descabimento de se invocar perdão tácito em processo administrativo disciplinar, por não subsistir diante do princípio da indisponibilidade do interesse público. Precedentes: PA ns. 227/2003 e 183/2006. Tipificação que se sustenta (art. 256, II e 257, VII, do EFP), havendo adequação quanto à imposição de dispensa agravada, em conformidade com o disposto nos artigos 33 e 35, IV e § 1º, da Lei n. 500/1974. Competência decisória do Governador (§ 4º do

art. 312 do EFP, com alteração da LC n. 942/2003). (Parecer PA n. 153/2008. Aprovado pelo Subprocurador Geral da Consultoria em 04.08.2008).

134) Autarquia. Universidade – Servidor trabalhista. Vantagens pecuniárias. Gratificação de representação

Dúvidas suscitadas pelo Departamento de Despesa de Pessoal do Estado (DDPE) quanto à aplicação da Lei Complementar n. 1.001/2006, que dispõe sobre a concessão de gratificação de representação aos servidores celetistas, no âmbito da Faenquil. Atos concessivos de gratificação de representação emitidos pela direção da entidade, anteriormente à entrada em vigor da Lei Complementar n. 1.001/2006, que não se beneficiam da convalidação operada por seu artigo 3º. Vinculação do cálculo do benefício a valor-base estabelecido em resolução do Conselho de Reitores das Universidades Estaduais do Estado de São Paulo (CRUESP). Precedente: Parecer PA-3 n. 286/2000. Irregularidade de que contamina subseqüentes atos de incorporação da vantagem ao patrimônio funcional dos servidores. Inviabilidade jurídica da convalidação de atos de incorporação de gratificações de representação concedidas a servidores trabalhistas, expedidos anteriormente à entrada em vigor da Lei Complementar n. 1.001/2006. Possibilidade de incorporação de vantagens da espécie pelos servidores submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho após 25.11.2006, tendo como objeto gratificações arbitradas antes (convalidação) ou depois da entrada em vigor da Lei Complementar

n. 1.001/2006, nos termos e condições dos artigos 1º e 2º da Lei Complementar n. 813/96. Legitimidade da legislação estadual que disciplina a incorporação de gratificações de representação à remuneração de seus servidores celetistas, haja vista haver estabelecido condições mais favoráveis do que as da legislação trabalhista (Súmula n. 372 do TST). Precedentes: Pareceres PA-3 n. 348/94 e PA n. 5/2005. (Parecer PA n. 89/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 03.07.2008).

135) Concessão de Serviço Público – Rodovias

Pedágio. Isenção de tarifas. Direito que decorre do contrato de concessão. Orientação fixada no precedente Parecer PA n. 206/2002. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Reconhecimento da autonomia administrativa fixada na Constituição e na Lei Complementar estadual n. 988, de 9 de janeiro de 2006. (Parecer PA n. 141/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 14.07.2008).

136) Constitucionalidade – Autarquia. Energia. Saneamento básico. Assembléia Legislativa

Arguição da inconstitucionalidade das partes vetadas da Lei Complementar estadual n. 1.025, de 07.12.2007, que transformou a Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE) na Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP). Veto parcial rejeitado, com promulgação dos dispositivos vetados pelo presidente da

Assembleia Legislativa. Submissão do remanejamento de diretores nomeados à prévia aprovação assemblear. Diretoria da entidade que atua de forma colegiada, sem a discriminação de áreas para os seus integrantes. Ausência do pressuposto lógico da disposição. Ofensa ao princípio da razoabilidade (art. 5º, LIV, da CF), sem prejuízo à plausibilidade de argumento que vislumbra na disposição menoscabo ao princípio da independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da CF). Previsão da participação de membros do Poder Legislativo nos Conselhos de Orientação (Energia e Saneamento Básico) que integram a estrutura básica da agência. Inconstitucionalidade material, por violação ao princípio da separação dos poderes. Precedente do Supremo Tribunal Federal (MC ADI n. 2.654-2/AL). Minuta de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade, a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal (arts. 102, I, “a”, e 103, V, da CF). Pedido de medida cautelar (art. 102, I, “p”, da CF). (Parecer PA n. 158/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 19.08.2008).

137) Constitucionalidade – Autarquia. Energia. Saneamento básico. Assembleia Legislativa

Exame da constitucionalidade das partes vetadas da Lei Complementar estadual n. 1.025, de 07.12.2007, que transformou a Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE) na Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP). Veto parcial rejeitado, com promulgação dos

dispositivos vetados pelo presidente da Assembleia Legislativa. Submissão do remanejamento de diretores nomeados à prévia aprovação assemblear. Diretoria da entidade que atua de forma colegiada, sem a discriminação de áreas para os seus integrantes. Ausência do pressuposto lógico da disposição. Ofensa ao princípio da razoabilidade (art. 5º, LIV, da CF). Previsão da participação de membros do Poder Legislativo nos Conselhos de Orientação (Energia e Saneamento Básico) que integram a estrutura básica da agência. Inconstitucionalidade material, por violação ao princípio da separação dos poderes. Precedente do Supremo Tribunal Federal: MC ADI n. 2.654-2/AL). Possibilidade de impugnação mediante a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (arts. 102, I, “a”, e 103, V, da CF). Providências cabíveis. (Parecer PA n. 71/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 04.07.2008).

138) Constitucionalidade – Meio ambiente. Poder de polícia. Estado-membro. Município. Ação judicial

Ação direta declaratória de inconstitucionalidade. Exame da constitucionalidade da Lei n. 1.178/2006 do Município de Caiuá, que exige a apresentação de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) para o licenciamento de obra ou atividade no âmbito territorial daquela Municipalidade. Alegação da Pasta interessada de que o ato legislativo local teria provocado a paralisação do licenciamento ambiental da obra de construção da Ala de Progressão Penitenciária, anexa ao CDP de Caiuá.

Improcedência. Informações carreadas aos autos após diligência (Parecer PA n. 250/2007) demonstram que a obra está paralisada em virtude de liminar concedida em ação judicial, fundada na ausência de prévio licenciamento perante a Secretaria do Meio Ambiente. Irrelevância do diploma legal questionado para o licenciamento ambiental em curso, de exclusiva responsabilidade do próprio Estado, já que o Município não dispõe de suporte técnico para fazê-lo. Constitucionalidade da exigência formulada pelo legislador local, desde que interpretada de forma harmônica com o disposto no artigo 225, parágrafo 1º, IV, da Constituição Federal, que circunscreve a exigência de EIA/RIMA ao licenciamento de obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental. Inconveniência e inviabilidade da propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Providências cabíveis. (Parecer PA n. 81/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 28.07.2008).

139) Constitucionalidade – Município. Estado-membro. Segurança pública. Sistema penitenciário. Ação judicial

Ação direta declaratória de inconstitucionalidade. Exame da constitucionalidade da Lei n. 1.455, de 6 de fevereiro de 2006, do Município de Itatinga, que proibiu a instalação e construção de presídios, casas de detenção, reformatórios de menores, centros de detenção provisória ou similares, em todo o território da Municipalidade. Inconstitucionalidade

orgânica por colidência com normas gerais federais de direito penitenciário (Lei de Execuções Penais) e por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito agrário. Inconstitucionalidade de material consistente na inviabilização do dever do Estado para com a preservação da segurança pública (art. 144, *caput*, da CF). Precedentes da Procuradoria Administrativa: Pareceres PA-3 n. 137/97 e PA ns. 334/2002, 285/2006 e 204/2007. Viabilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça. Legitimação ativa do Governador do Estado. Fundamento: artigos 74, inciso VI, e 90, inciso I, da Constituição Estadual. (Parecer PA n. 126/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 18.06.2008).

140) Constitucionalidade – Município. Estado-membro. Segurança pública. Sistema penitenciário. Cidadania. Direitos políticos. Ação judicial

Ação direta declaratória de inconstitucionalidade. Exame da constitucionalidade da Lei n. 3.481, de 20 de julho de 2007, do Município de Casa Branca, que condicionou a instalação de quaisquer unidades prisionais ou estabelecimentos de internação de menores, na zona urbana e rural da Municipalidade, à prévia aprovação em “referendo”. Inconstitucionalidade orgânica sob triplice fundamento: (A) colidência com normas gerais federais de direito penitenciário (Lei de Execuções Penais) e de proteção à infância e à juventude (Estatuto da Criança e do Adolescente); (B) ofensa à competência

privativa da União para legislar sobre direito agrário; e, também, (C) sobre cidadania e direitos políticos. Inconstitucionalidade material consistente na inviabilização do dever do Estado para com a preservação da segurança pública (art. 144, *caput*, da CF). Precedentes da Procuradoria Administrativa: Pareceres PA-3 n. 137/97 e PAs ns. 334/2002, 285/2006 e 204/2007. Viabilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça. Legitimação ativa do Governador do Estado. (Parecer PA n. 93/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 16.07.2008).

141) Complementação de Aposentadoria – Sabesp. Celetista contratado pela SAEC, absorvida pela Sabesp

Não fazem jus à complementação de aposentadoria os empregados das autarquias absorvidas, nos termos do artigo 1º, parágrafos 3º e 4º da Lei Estadual n. 119/73, pela Sabesp (i.e., SAEC e FESB), que tiverem sido contratados em data posterior à do registro da ata da assembléia geral extraordinária de constituição da nova companhia de saneamento, aplicando-se – conquanto indiretamente, por analogia – o mesmo entendimento firmado no Parecer Sub-G-Cons n. 29/2004, pois, ainda que as autarquias tenham sido extintas por decreto, posteriormente a essa data, a solução contrária importaria em fraude à própria Lei n. 119/73, cujo artigo 4º, parágrafo 1º, veda o benefício aos celetistas da Sabesp. (Parecer PA n. 305/2007. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 18.06.2008).

142) Contrato Administrativo – Inexecução. Convênio

Contratos e convênios celebrados objetivando o repasse, pela Secretaria do Trabalho, de recursos para que diversas entidades executassem programas de qualificação profissional de trabalhadores. Pagamentos efetuados às executoras e falta de comprovação da correta destinação do numerário. Em relação à responsabilidade disciplinar, os ex-secretários de Estado, enquanto agentes políticos, não se submetem ao regime previsto no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, no que tange aos atos praticados no exercício do cargo de secretário. Quando se tratar de convênio, não é viável ao Estado impor unilateralmente ao outro conveniente as sanções previstas no artigo 87 da Lei n. 8666/93. Já quando se tratar de contratos administrativos, o prazo para a imposição das mencionadas sanções é de dez anos (Parecer PA n. 314/2005), contados da data em que se verificou o ilícito que ensejar a aplicação da penalidade, observadas as normas de direito intertemporal, no tocante ao advento do Código Civil de 2002. No presente caso e em casos análogos, é imprescritível a pretensão do Estado a obter a restituição dos prejuízos causados, tanto por servidores públicos e/ou agentes políticos, como por entidades contratadas ou conveniadas que hajam recebido recursos do Estado com a finalidade específica de promover programa de qualificação profissional e tenham deixado de comprovar a boa e regular aplicação

de tais recursos em conformidade com a sua destinação específica (Pareceres PA ns. 48/2004 e 315/2006). (Parecer PA n. 032/2008 Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 27.07.2008).

143) Polícia Militar – Caixa Beneficente. Regimes de pensão e de assistência médico-hospitalar e odontológica

Lei estadual n. 452, de 2 de outubro de 1974. Dúvidas decorrentes das alterações introduzidas pela Lei Complementar estadual n. 1.013, de 6 de julho de 2007. Direito intertemporal. Questão do valor da pensão. Reafirmação da orientação fixada nos precedentes Pareceres PA ns. 43/2003 e 441/2004. Até a edição da Emenda Constitucional n. 41/2003, o valor da pensão deve corresponder à integralidade dos vencimentos ou dos proventos percebidos em vida pelo servidor. Integralidade que se mantém para os beneficiários da Caixa Beneficente da Polícia Militar até a edição da Lei Complementar estadual n. 1.013/2007. Existência de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo que, no entanto, determinam o pagamento parcial a partir da Emenda Constitucional n. 41, com fundamento no artigo 26 da Lei estadual n. 452/74, em sua redação original. Entendimento que parece afrontar orientação já assente pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade. Revogação da norma estadual pelo texto constitucional superveniente. Impossibilidade de repristinação dos dispositivos legais pela revogação da norma

constitucional. Precedentes jurisprudenciais que, no entanto, por ora, parecem autorizar que a questão continue a ser discutida em juízo. A entrada em vigor do Código Civil de 2002 não teve o condão de alterar a idade limite para concessão do benefício previdenciário aos dependentes do servidor falecido. Questão já objeto do precedente Parecer PA n. 400/2003. Regime de assistência médico-hospitalar e odontológica. Pela alteração legislativa trazida pela Lei Complementar estadual n. 1.013/2007, as filhas solteiras e os filhos varões universitários entre 21 e 25 anos de idade deixaram de ser reconhecidos como beneficiários do sistema de Assistência Médico-Hospitalar e Odontológica. Enquanto subsistir o sistema, há direito adquirido à assistência médica na data em que o militar for nele admitido, ou na data do nascimento do dependente, se a ela posterior. Deixando o servidor de integrar o sistema de Assistência Médico-Hospitalar e Odontológica ou o beneficiário de observar as condições legais que autorizam seu atendimento pelo sistema, devem ser do mesmo desligados. Eventual existência de tratamento médico em curso deve ser objeto de exame individualizado, observados preceitos da ética médica. Os beneficiários do sistema de Assistência Médico-Hospitalar e Odontológica são aqueles arrolados no artigo 34 da Lei estadual n. 452/1974. No caso de companheira (o), a norma a ser observada é o artigo 34, V, que exige convívio mínimo de cinco anos, se da união não houver filho. O “menor sob guarda”, porque

não incluído entre os beneficiários legais, não tem direito à pensão nem ao atendimento pelo sistema de Assistência Médico-Hospitalar e Odontológica. (Parecer PA n. 278/2007. Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 30.06.2008).

144) Processo Administrativo Disciplinar – Prescrição. Polícia Militar

Conselho de Justificação instaurado em face de oficial da Polícia Militar, em virtude de irregularidade na prestação de contas de verba de adiantamento. Despesa considerada irregular pelo Tribunal de Contas do Estado. Absolvção do acusado no processo-crime pertinente aos mesmos fatos, conforme sentença da 4ª Auditoria da Justiça Militar Estadual. Proposta de extinção do feito disciplinar por suposta ocorrência de prescrição formulada pelo Conselho de Justificação. Entendimento da Consultoria Jurídica da Pasta em sentido contrário, contestado pela Assessoria Técnico-Policial do Gabinete. Aplicabilidade das disposições da Lei Complementar n. 893/2001 (Regulamento Disciplinar da PM) aos prazos prescricionais em curso quando de sua entrada em vigor, respeitando-se, contudo, os efeitos jurídicos já produzidos sob a égide da legislação anteriormente aplicável (Lei federal n. 5.836/72). Precedentes: Pareceres PA ns. 306/2003 e 240/2005. Incidência, *in casu*, da regra do artigo 18, *caput*, da Lei federal n. 5.836/72. Início da fluência do prazo ao ensejo da apresentação da prestação de contas, em expediente administrativo próprio. Consumação do lapso extintivo ante-

riormente à instauração do Conselho de Justificação, evento esse que, ademais, não tem o condão de interromper a prescrição disciplinar, à míngua de disposição legal expressa nesse sentido, agasalhada pela legislação de regência. Restituição à origem para as providências cabíveis. (Parecer PA n. 262/2007. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 25.04.2008).

145) Região Metropolitana

Parcelamento do solo. Região Metropolitana de Campinas. Divergência entre as Consultorias Jurídicas da Secretaria de Economia e Planejamento e da Habitação. Exame e anuência prévia à aprovação de projeto de loteamento e desmembramento (art. 13 da Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979). Aplicação do Decreto estadual n. 47.817, de 9 de maio de 2003. Invocação do precedente Parecer PA n. 20/2002. Prévia audiência para alteração de uso do solo rural para fins urbanos. Previsão de oitiva de órgão metropolitano. Conveniência de manifestação da Secretaria da Habitação, na forma sustentada pela Consultoria Jurídica. Questão que poderia ser resolvida mediante a celebração de convênio. (Parecer PA n. 127/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 26.06.2008).

146) Regime Previdenciário – Aposentadoria por invalidez. Proventos integrais ou proporcionais. Parecer PA n. 206/2006. Alcance

Os proventos das aposentadorias por invalidez concedidos pela

Administração estadual ao arripio do texto da Constituição Federal e da legislação previdenciária geral (Lei 8.112/90, art. 187, § 1º), tidos por inconstitucionais nos termos do Parecer PA n. 206/2006, devem sofrer a competente revisão a cargo da Secretaria da Fazenda. A mudança de orientação jurídica a respeito não rende ensejo a que se preservem supostos “direitos adquiridos” daqueles que se aposentaram antes da aprovação do indigitado Parecer, uma vez que o direito que se adquire e se integra ao patrimônio jurídico de alguém decorre da alteração da lei, jamais da modificação da exegese que dela fazem os operadores jurídicos e as instituições a que pertencem. Em qualquer caso, porém, deve-se observar o prazo decadencial decenal para a invalidação de atos nulos, estabelecido no artigo 10, I, da Lei estadual n. 10.177/98 – contados nos termos do Despacho Normativo Governamental de 19.11.2002 (que versa sobre o conflito intertemporal de normas relativo os atos praticados anteriormente à vigência da indigitada lei) –, vedada a exigência de devolução do eventualmente pago a mais, a teor do Despacho Normativo Governamental de 31.10.1986. (Parecer PA n. 330/2007. Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado em 16.06.2008).

147) Servidor Trabalhista – Vantagens pecuniárias. Gratificação de representação. Ato administrativo. Anulação. Convalidação

Servidor celetista do Quadro da Secretaria de Economia e Planejamento (DADE) que, durante mais de quatro anos, percebeu gratificação de representação, a despeito da irregularidade da situação, em consonância com a jurisprudência administrativa consolidada anteriormente à vigência da Lei Complementar n. 1.001/2006. Pedido de incorporação dos décimos correspondentes. Convalidação do ato concessivo da vantagem, por força do disposto no artigo 3º do referido diploma legal. Existência de resolução secretarial anulatória do ato de arbitramento da gratificação, expedida antes do advento do diploma que estendeu a vantagem aos servidores trabalhistas. Insubsistência em face da novação legislativa, muito embora persista a cessação da percepção da verba, a contar da publicação do ato invalidatório pela imprensa oficial. Pelo deferimento, nas condições dos artigos 1º e 2º da Lei Complementar n. 813/96, com efeitos financeiros a partir de 25.11.2006 (data da entrada em vigor da LC n. 1.001/2006). (Parecer PA n. 120/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 03.07.2008).

Contencioso fiscal

148) Conflito de Competência – RFFSA. União. Competência da Justiça Federal

Conflito de competência. Ação de execução fiscal movida contra a Rede Ferroviária Federal S/A. Intervenção da União como sucessora da executada. Competência da Justiça Federal. 1. Subsiste a legitimidade da União como substituta processual na Rede Ferroviária Federal S/A nas ações judiciais em que esta for parte, tendo em vista que com o advento da Medida Provisória n. 353/2007, convertida na Lei n. 11.483/2007, foi encerrada liquidação da referida sociedade de economia mista, transferindo-se à União (Departamento de Infra-estrutura de Transportes – DNIT) seus bens operacionais. 2. Com a participação da União no processo, como sucessora legal da executada, a competência para causa é da Justiça Federal. Precedente. 3. Conflito conhecido e declarada a competência de Juízo Federal da 1ª Vara de Angra dos Reis-RJ, o suscitante. (STJ – CC n. 75894/RJ (2006/0258894-6) – Rel. Juiz Carlos Fernando Mathias Juiz Conv. do TRF da 1ª Região).

149) Embargos à Execução – Sucumbência. Descumprimento da obrigação de informar o Fisco sobre alteração no quadro societário. Causalidade

Embargos à Execução Fiscal. Ação julgada procedente, com a condenação dos embargantes ao pagamento das verbas de sucumbência. Cabimento. Os embargantes deram causa à instauração indevida da lide, já que houve descumprimento da obrigação acessória de informar o Fisco acerca da alteração do quadro societário da empresa. Aplicação do princípio da causalidade. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP – Ap n. 7307955/3-00/Espírito Santo Pinhal).

150) Extinção da Execução – Fazenda Pública. Honorários advocatícios. Equidade

Exceção de pré-executividade. Cancelamento da dívida. Extinção de execução. Honorários advocatícios devidos. Necessidade de constituir advogado para se defender. Verba fixada por equidade (art. 20, §4º, do CPC) em R\$ 2.500,00. Recurso parcialmente provido. (TJSP – Ap n. 3823225/5-00/São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público).

151) Interrupção da prescrição pelo pedido de parcelamento – Não-cumulatividade. Correção monetária com base na UFESP. Importação. Lançamento de ofício. Ilegalidade na majoração do ICMS para 18%, sem acarretar nulidade

Apelação. Embargos à execução fiscal. ICMS – Improcedência dos embargos reconhecida em primeiro grau. Decisório que não merece subsistir. Prescrição. Não ocorrência. Interrupção do lapso prescricional em razão de ato inequívoco que importou em reconhecimento do débito pelo devedor (pedido de parcelamento). Não adimplido o parcelamento, inscreveu-se o débito em dívida ativa em setembro de 1998, retomando-se a contagem da prescrição da ação que, no caso, não restou consumada. Não-cumulatividade do tributo. Creditamento em favor da embargante de valores que anteriormente recolhera a título de ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações, bem como creditamento de valores resultantes de desfazimento de operações após apresentação da GIA. Pedidos não apreciados em primeira instância. Impossibilidade, por conseguinte, de apreciação por este segundo grau. Preclusão operada. Correção monetária com base na UFESP. Possibilidade. Inexistência de ilegalidade. Ausência de lançamento. Tese que não socorre a embargante, eis que o débito é referente à importação de mercadorias. Existência de processo administrativo. Lançamento de ofício. Majoração da alíquota do ICMS de 17% para 18%, estabelecida pela Lei n. 6.556/89, do Estado de São Paulo.

Inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Excesso de execução caracterizado. Surgimento do direito do executado ao recolhimento do imposto pela alíquota menor a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade do aumento do tributo, não podendo ser cobrada a diferença de 1%. Fato que, contudo, não leva à nulidade da CDA, cabendo somente a dedução do valor executado de excesso (1%), constituído pela majoração inconstitucional do tributo. Recurso parcialmente provido para esse fim. (TJSP – Ap. n. 5884005/3-00/ Campinas).

152) Regime de Substituição Tributária – Possibilidade de aplicação do regime especial de fiscalização. Não-incidência das Súmulas ns. 70, 323 e 547

1. Recurso extraordinário. Descabimento. Acórdão recorrido que se limitou a aplicar legislação que regulamenta o recolhimento do ICMS sob o regime de substituição tributária (RICMS), de natureza infraconstitucional. A alegada violação aos dispositivos constitucionais invocados seria, se ocorresse, reflexa ou indireta. Incidência, *mutatis mutandis*, da Súmula n. 636. 2. ICMS. Regime especial de fiscalização. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, II) e à garantia constitucional da liberdade de trabalho (CF, art. 5º, XIII). Não-incidência, no caso, das Súmulas ns. 70, 323 e 547, que versam sobre a proibição de restrições à atividade econômica como meio coercitivo de pagamento de tributos. (STF – AgR RE n. 474241-1/MG – Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Contencioso judicial

153) Ação Civil Pública

Agravo de instrumento tirado de decisão que determinou ao Estado e ao Município inscrição de famílias sujeitas a execução de sentença de reintegração de posse em programas de habitação social. Inadmissibilidade, diante da inexistência de *periculum in mora*, pois as famílias estariam recebendo subsídio para mudar, e do próprio *fumus boni juris* por aparentar a causa de pedir ligação a incidentes de execução relativos a interesses heterogêneos. A medida liminar, ademais, gera risco de grave lesão à ordem e às finanças públicas, por dispor sobre política habitacional e poder provocar efeito multiplicador. Decisão reformada. Recurso provido para casar a medida provisional. (TJSP – AI n. 716.229-5/9/São Paulo).

154) Ação Civil Pública – Obrigação de fazer consistente na desativação do prédio da cadeia pública. Legitimidade do Ministério Público para propor a ação em face da inafastabilidade do Poder Judiciário

Inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Via de consequência, interesse processual demonstrado. Várias ações civis públicas objetivando a redução da população carcerária

de diversos estabelecimentos penais foram propostas, o que conduziria à situação fática, em face da realidade de escassez de vagas, de que o acolhimento generalizado importaria em descumprimento da lei penal, porque muitos dos presos teriam de voltar às ruas, em prejuízo dos bons cidadãos. administrar, já foi dito alhures, é eleger prioridades, diante da escassez dos recursos econômicos para fazer frente à enorme e variada gama de problemas que afligem a população de um Município ou Estado. É evidente que não cabe ao Poder Judiciário ditar ordens à Administração Pública a respeito do que deve ser feito prioritariamente, sem quebra da harmonia e independência dos poderes imposta pelo artigo 2º da Constituição da República. Recurso da Fazenda provido, prejudicado o do Ministério Público. (TJSP – Ap n. 726.713.5/6/Guarujá – Proc. n. 223.01.2004.006613-7).

155) Ação Direta de Inconstitucionalidade

Lei n. 2 739, de 4 de novembro de 2005, que “proíbe a construção, ampliação ou a implantação de novas instalações de presídios, casas de custódia, Febems ou dependências

de cumprimento de pena privada de liberdade na zona urbana e rural do município de Casa Branca”. Invasão da competência, concorrente, da União, Estados e Distrito Federal, para legislar sobre direito penitenciário, urbanístico e de proteção a infância e a juventude, bem como da competência residual dos Estados, em matéria de segurança pública. Autonomia do município que é limitada, ante a supremacia do Estado e, sobretudo, da União. Violação a dispositivos da Carta Política Federal e, em especial, aos artigos 1º, 111, 139, *caput*, 144 e 278, VI, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei impugnada. (TJSP – ADI n. 154.726-0/2-00/ São Paulo – Órgão Especial).

156) Ação Ordinária – Atendimento hospitalar. Instituição privada. Anulação do contrato. “Estado de perigo”. Responsabilização do Poder Público. Impossibilidade

I - Filha dos autores que foi encaminhada a hospital particular para realização de exames. Agravamento do estado de saúde. Intervenção cirúrgica necessária. II - Encaminhamento a instituição privada anuído pelos autores, estando cientes de que deveriam arcar com o custo do tratamento. Existência de hospitais públicos ou conveniados ao SUS capazes de realizar o exame na região. Despicienda a remessa da paciente ao hospital réu, por não ser a única alternativa. III - Inviabilidade de se anular a avença. “Estado de perigo” não configurado. Ausência de elementos que atestem a

onerosidade excessiva do pacto. Instituição que, ao proceder desta forma, agiu em consonância com os fins almejados de um hospital, não configurando abuso. Ação improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP – Proc. n. 585.322-5/5-00/Santos – 7ª Câmara de Direito Público).

157) Administrativo – Concurso. Empresa pública. Exigência mínima de cinco anos de experiência, contida no edital do certame. Legalidade. Precedentes desta Corte

1. Recurso especial contra acórdão segundo o qual: a) “encontra-se prevista, expressamente, no Edital do Concurso, a exigência de, no mínimo, cinco anos de experiência profissional como requisito para que o candidato seja convocado para admissão, além da habilitação em provas objetivas e de conhecimento”; b) “no caso dos autos, mesmo antes das provas escritas, o candidato já tinha conhecimento de que haveria de satisfazer todas as exigências do edital, para que fosse considerado aprovado e viesse a ser convocado”; c) “inexiste comprovação de malferimento ao princípio da igualdade, não havendo indícios de discriminação, privilégios, distinção de tratamento ou arbitrariedades nos itens e subitens do edital, casos que ensejariam a interferência do Judiciário”. 2. Inexiste previsão legal que impeça se estabelecer, quando da realização de concurso com vistas à seleção de candidatos capacitados ao preenchimento de vaga oferecida, determinados requisitos compatíveis com a natureza e

complexidade das atividades inerentes ao cargo a ser ocupado. Definir o perfil do candidato para ingresso em quadro funcional, de acordo com as atividades que serão exercidas pelo profissional, constitui prática rotineira adotada por qualquer pessoa jurídica que vá realizar uma contratação nos moldes da legislação trabalhista. 3. É absolutamente razoável estabelecer-se um prazo mínimo de experiência no exercício das atividades a serem desenvolvidas pelo candidato aprovado, conquanto que não se fixem critérios relativos a aspectos pessoais que dificultem o acesso ao emprego público, como discriminação de condições estritamente pessoais como raça, cor, credo religioso ou político. O empregador tem o direito de estipular condições e requisitos que entender necessários, por se referirem diretamente à natureza e à complexidade das atividades inerentes ao cargo. 4. Ocorrência de previsão expressa no edital do concurso acerca da exigência de, no mínimo, cinco anos de experiência profissional para que o candidato seja convocado para admissão, além da habilitação em provas objetivas e de conhecimento. 5. “A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, tendo, ainda, o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes para melhor atendimento do interesse público” (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*,

12. ed, p. 369-370). 6. Precedentes desta Corte Superior. 7. Recurso não-provido. (STJ – REsp n. 801.982/RJ (2005/0200127-4) – Rel. Min. José Delgado).

158) Administrativo – Funcionários do Banespa. Complementação de aposentadoria. Prescrição do fundo de direito. Direito adquirido. Análise reflexa da Lei estadual n. 4.819/58 e da Lei Complementar estadual n. 200/74. Impossibilidade. Súmula 280/STF

1. Nas ações que objetivam o reconhecimento do direito à complementação de aposentadoria, a prescrição atinge o próprio fundo de direito daqueles que se aposentaram mais de cinco anos antes de seu ajuizamento, nos termos do artigo 1º do Decreto n. 20.910/32. 2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual a análise da existência, ou não, de direito à complementação integral da aposentadoria está sujeita à interpretação da Lei estadual n. 4.819/58 e da Lei Complementar estadual n. 200/74, o que é vedado diante da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal, de maneira que incide o disposto na Súmula 280/STF. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para reconhecer a prescrição do fundo de direito à complementação de aposentadoria com relação aos autores. (STJ – REsp n. 751.735/SP (2005/0078687-2) – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

159) Administrativo – Processo civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Servidor. Concurso público. Indenização. Posse e nomeação tardia. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas. Agravo regimental improvido

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o ato administrativo que impede a nomeação de candidato aprovado em concurso público, ainda que considerado ilegal e posteriormente revogado por decisão judicial, não gera direito à indenização por perdas e danos ou ao recebimento de vencimentos retroativos. 2. Para comprovação da divergência jurisprudencial, é necessário que os acórdãos confrontados guardem similitude fática, o que não ocorreu na hipótese. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgR AG n. 819.726/DF (2006/0224091-7) – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

160) Administrativo – Processual civil. Concurso público. Regra editalícia. Impugnação. Termo *a quo*. Publicação do edital. Prazo estabelecido no artigo 18 da Lei n. 1.533/51. Inobservância. Decadência reconhecida

1. O prazo decadencial para impetração de mandado de segurança objetivando questionamento de normas editalícias – como no caso, nulidade de determinado item do edital que exige a comprovação prévia de conclusão de licenciatura para o deferimento da inscrição no certame –, tem como termo *a quo* a data da publicação do edital do

concurso público. 2. Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ – REsp n. 613.542/SP (2003/0226878-7) – Rel. Min. Laurita Vaz).

161) Administrativo – Recurso especial. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ex-prefeito que, no exercício do mandato, vinculou sua imagem a repasse de verba pública como se fosse doação pessoal. Acórdão que reconheceu que a conduta do agente se enquadrava no artigo 11, I, da Lei n. 8.429/92, fundamentando-se em preceitos constitucional (art. 37, § 1º) e infraconstitucional (art. 11, I, da Lei n. 8.429/92). Ausência de recurso extraordinário. Súmula n. 126/STJ. Aplicação da pena (art. 12, III, da Lei n. 8.429/92). Suspensão de direitos políticos por três anos. Proporcionalidade e razoabilidade. Manutenção. Desnecessidade de lesão patrimonial ao erário. Precedentes

1. Tratam os autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face de ex-prefeito, acusado de aproveitar-se de acidente ocorrido na Santa Casa de Misericórdia para divulgar na imprensa que fez uma doação ao nosocômio no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), omitindo-se de dizer que a verba era pública e já se encontrava consignada no orçamento municipal, conforme previsão da Lei n. 6.102/98 e do Decreto n. 204/99. A sentença julgou procedente o pedido, condenando o réu à suspensão de seus direitos

políticos por três anos e ao pagamento das custas processuais. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Paraná confirmou a decisão singular. Recurso especial do réu fundamentado na alínea “a”, apontando violação dos artigos 11, I, e 12, III, da Lei n. 8.429/92. Defende que inexistente fato no processo que demonstre ter agido com a vontade livre e consciente (dolo) de tirar proveito próprio da situação, o que descaracteriza a tipificação do artigo 11, I; a fixação de penalização foi muito grave, com ausência de análise dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, eis que não houve prejuízo ao erário. Parecer do Ministério Público Federal pelo não-conhecimento do apelo, em razão do teor da Súmula n. 7/STJ. Ausência de recurso extraordinário. 2. A conclusão adotada pelo aresto de segundo grau de que ficou configurado o ato de improbidade administrativa, enquadrando-se no disposto no artigo 11, I, da Lei n. 8.429/92, decorreu da constatação de que o ex-prefeito objetivou, aproveitando-se do incêndio ocorrido no hospital, vincular a sua imagem ao ato de repasse da verba para obter projeção perante os administrados. O Tribunal exprimiu esse pensamento após detida análise do artigo 37, § 1º, da Constituição Federal. O deslinde da questão, portanto, com análise do elemento volitivo (dolo) do agente, não pode ser dissociado do exame do dispositivo posto na Lei Maior, hipótese absolutamente inviável em sede de recurso especial. Como o recorrente não manejou

recurso extraordinário, sobejou fundamento de natureza constitucional inatado suficiente para manter a conclusão adotada. Súmula n. 126/STJ. 3. Não se vislumbra nenhuma ilegalidade no fato de o recorrente receber sanção de direito de natureza pessoal, como a suspensão dos direitos políticos pelo período de três anos (pena mínima), medida que o artigo 12, III, da Lei n. 8.429/92, com clareza, autoriza, após o reconhecimento de que a conduta do agente se amoldou à hipótese do artigo 11, I, da Lei n. 8.429/92. A penalidade, portanto, sugerida em primeiro grau no mínimo legal, e ratificada pelo Tribunal *a quo*, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, não havendo que se falar em desproporcionalidade ou ausência de razoabilidade. 4. Não se visualiza hipótese de rigor extremado e excessivo na eleição da sanção imposta, pelo contrário. Tanto a sentença quanto o aresto recorrido ponderaram o fato de que não foi consumado dano ao erário, nem a conduta foi motivada por eventual proveito econômico, sendo adequado e razoável deixar-se de impor as penalidades de proibição de contratar ou receber benefícios ou incentivos fiscais do Poder Público. 5. A jurisprudência desta Corte vem-se alinhando no entendimento de que, quanto ao artigo 11 da Lei n. 8.429/92, por tratar-se de violação a princípios administrativos, a lei não exige prova da lesão ao erário público. Nesse ponto, basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de

improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, o inciso III do artigo 12 da mesma lei autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário. Se não houver dano ou se este não restar demonstrado, o agente poderá ser condenado às demais sanções previstas no dispositivo como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a impossibilidade de contratar com a Administração Pública por determinado período de tempo, dentre outras (REsp n. 621.415/MG, voto-vista do Min. Castro Meira, *DJU*, de 30.05.2006). Precedentes: REsp n. 650.674/MG, Rel. Min. Castro Meira, *DJU*, de 01.08.2006; REsp n. 604.151/RS, Rel. p/ Ac. Min. Teori Albino Zavascki, *DJU*, de 08.06.2006; REsp n. 717.375/PR, Rel. Min. Castro Meira, *DJU*, de 08.05.2006; REsp n. 711.732/SP, Rel. Min. Luiz Fux, *DJU*, de 10.04.2006. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (STJ – REsp n. 884.083/PR (2006/0160272-4) – Rel. Min. José Delgado).

162) Agravo de Instrumento

Ação cautelar. Decisão que deferiu a liminar autorizando transporte de passageiros. Lei Complementar n. 914/2002 e Decretos ns. 29.912 e 29.913 de 1989. Competência da ARTESP para regular transporte intermunicipal, ainda que, ponto a ponto, de grupo fechado de passageiros. Recurso provido. (TJSP – AI n. 767.692.5/9/São Bernardo do Campo (Proc. n. 17220/2007)).

163) Apelação Cível

Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, com o objetivo de

fornecimento de medicamento a pessoa maior e capaz. Ausência de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Inexistência de previsão legal para a legitimação extraordinária do Ministério Público para defesa de direito individual particular do cidadão em ação civil pública. Carência da ação, por ilegitimidade ativa, na forma do disposto no artigo 267, inciso VI, combinado com seu parágrafo 3º, ambos do Código de Processo Civil. Dá-se provimento ao recurso, para o fim de ser declarado extinto o processo, sem julgamento do mérito. (TJSP – Ap n. 776 010 5/9-00/Ribeirão Preto – 2ª Câmara de Direito Público).

164) Assistência Judiciária Gratuita – Pessoa jurídica

Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo. (STF – AgR ED RCL n. 1.905-5/ São Paulo – Tribunal Pleno – Rel. Min. Presidente). *DJU*, de 20.09.2002, *Ementário* n. 2083-2.

165) Concurso público – Investigação sobre a vida pregressa. Ausência de contraditório. Investigação sumária. Precedente da Suprema Corte

1. Precedente da Suprema Corte afasta a aplicação do artigo 5º, LV, da Constituição Federal quando se trate de investigação sumária sobre a vida pregressa para efeito de

inscrição em concurso público. 2. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF – RE n. 233.303/CE – 1ª Turma – Rel. Min. Menezes Direito – j. 27.05.2008). *DJe*, n. 142, de 31.07.2008, *DJU*, de 01.08.2008, *Ementário* v. 2.326-05, p. 1.020.

166) Constitucional - Administrativo – Mandado de segurança. Concurso público para provimento de cargos de Procurador Federal. Edital CESP/UnB n. 1/2005. Preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* do Advogado-Geral da União e de falta de interesse de agir. Rejeição. Critérios adotados no edital. Não-impugnação. Portador de deficiência. Lista geral de candidatos aprovados e classificados. Inobservância do percentual fixado. Artigo 37, parágrafo 2º, da Constituição Federal. Artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei n. 8.112/90. Segurança concedida em parte

1. Os impetrantes insurgem-se contra a posição que assumiram, na condição de portadores de deficiência, na lista geral de candidatos aprovados e classificados do Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador Federal de 2ª Categoria do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral Federal, regido pelo Edital CESP/UnB n. 1/2005. 2. Tendo sido homologado o resultado final do certame pelo Advogado-Geral da União, por meio da Portaria n. 610, de 28.06.2006, não há falar em sua ilegitimidade passiva *ad causam*. 3. Os critérios fixados no edital não se mostram impugnados no *mandamus*, mas, tão-somente, sua

efetiva aplicação, considerando, ainda, as normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria. Daí a possibilidade de exame da controvérsia pelo Poder Judiciário, porquanto não envolve aspectos relacionados ao mérito administrativo. 4. Permanece incólume o interesse de agir dos impetrantes diante da retificação na lista geral de candidatos aprovados e classificados, considerando que teria persistido o desacordo com as normas de regência. 5. A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso VIII, assegura, para provimento de cargo ou emprego público, reserva de percentual de vagas aos candidatos portadores de deficiência. Os percentuais mínimo e máximo devem ser de 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas, conforme a Lei n. 8.112/90 e o Decreto n. 3.298/99. 6. No edital que disciplina o concurso em exame, foram reservadas 14 (catorze) vagas para os candidatos portadores de deficiência, o que corresponde a 5% (cinco por cento) das 272 (duzentos e setenta e duas) previstas, sendo que, ao final, apenas 6 (seis) lograram aprovação.. Desse modo, todos os candidatos portadores de deficiência aprovados, ainda que com média inferior aos demais, deveriam, para dar efetividade à norma constitucional, posicionar-se dentro do número total de vagas previsto, e não simplesmente de acordo com a nota final obtida. 8. Segurança concedida em parte para reconhecer aos impetrantes o direito de figurarem nas posições 269 e 270, respectivamente,

na lista geral de candidatos aprovados e classificados do certame em tela. (STJ – MS n. 11.983/DF (2006/0136409-1) – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima). DJe, de 09.05.2008.

167) Constitucional e Administrativo – Teto remuneratório

Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público ativo ou inativo. Emenda Constitucional n. 41/2003. Artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal. Auto-aplicabilidade. Vantagem pessoal. Inclusão. Ausência de violação aos princípios do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos. Precedentes. Recurso a que se nega seguimento. (STJ – RMS n. 25.537/RJ (2007/0259678-6) – Rel. Min. Laurita Vaz).

168) Execução Fiscal – Bloqueio *on line*

“Não há nada a retificar na decisão em xequê, porquanto reflete o posicionamento mais recente deste Tribunal, no sentido de que, para a garantia da execução, é possível a constrição de valores existentes em conta bancária do executado (penhora *on line*), pois além de obedecer à gradação prevista no artigo 655 do Código de Processo Civil, não ofende o princípio da menor onerosidade para o devedor.” (STJ – AgR AG n. 935.082 – Rel. Min. Fernando Gonçalves). Não-provimento do agravo. (TJSP – AI 797.371.5-9/Diadema – Rel. Des. Ricardo Dip – 11ª Câmara).

169) Ferroviário – Pensão

Complementação do benefício de modo a atingir o correspondente à totalidade dos proventos que eram

percebidos pelo falecido, observados os limites previstos nos artigos 37, XI, e 40, parágrafo 7º, da Constituição Federal (redação da EC n. 41/2003). Inadmissibilidade. Direito exclusivo dos servidores públicos. Qualidade não ostentada pelos empregados. Conservação do direito à complementação limitada a 80% dos proventos percebidos, como preceituam o chamado Estatuto dos Ferroviários e legislação posterior. Sentença que julgou procedente a ação. Recursos oficial, considerado interposto, e voluntário providos. (TJSP – Ap. c/ Rev. n. 718 162-5/7/Rancharia – 10ª Câmara de Direito Público).

170) Pensionistas – Pretensão à percepção de reajustes de acordo com a variação da URV

Medida Provisória n. 434/94, convertida na Lei n. 8.880/94. Conversão em URV em 01.03.1994. Autonomia dos Estados. Inexistência de determinação legal que os obrigue a converter em URV os benefícios dos pensionistas de seus servidores. Pretensão, ademais, que implica alteração do limite de despesas com pessoal e dos reajustes posteriores. Circunstância que autorizaria a compensação com os reajustes concedidos. Ausência de demonstração de que as alegadas diferenças subsistam, consideradas as compensações e a prescrição quinquenal das parcelas. Sentença que reconheceu a prescrição. Recurso improvido, alterado o dispositivo para improcedência, nos termos do artigo 269, 1, do Código de Processo Civil. (TJSP – Ap. c/ Rev. n. 725.219-5/4/São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público).

171) Perda de Objeto – Ilegitimidade ativa. Falta de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Preliminares afastadas

Ação civil pública. Limitação do número de detentos em cadeia pública. Matéria que se insere na competência do juízo da execução penal, não cabendo ao juízo cível se imiscuir em assuntos de competência do juízo criminal. Improcedência da ação. Recurso provido. (TJSP – AC n. 735.533-/5-00/São Carlos – Proc. n. 1.327/06).

172) Processual Civil – Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Contratação de advogado para defesa pessoal de prefeito por ato de improbidade. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211/STJ

1. As despesas com a contratação de advogado para a defesa de ato pessoal perpetrado por agente político em face da Administração Pública não denota interesse do Estado e, *a fortiori*, deve correr às expensas do agente público, sob pena de configurar ato imoral e arbitrário, exegese que não nega vigência aos artigos 22 e 23 da Lei n. 8.906/94. 2. A 2ª Turma desta Corte, no julgamento de *leading case* versando hipótese análoga, decidiu: “Processual Civil – Administrativo. Dissídio jurisprudencial configurado. Conhecimento parcial do recurso especial. Contratação de advogado privado para defesa de prefeito em ação civil pública. Ato de improbidade. 1. Merece ser conhecido o recurso especial, se devidamente

configurado o dissídio jurisprudencial alegado pelo recorrente. 2. Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas. 3. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário. 4. Agravo regimental parcialmente provido, para conhecer em parte do recurso especial. 5. Recurso especial improvido.” (AgR REsp n. 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU, de 29.06.2006). 3. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, objetivando o ressarcimento ao erário municipal dos prejuízos advindos do pagamento, pela Municipalidade, de honorários a advogado contratado para a defesa pessoal de prefeito municipal, processado por crime de responsabilidade (art. 1º, inc. VI, do Dec.-Lei n. 201/67). 4. A simples indicação do dispositivo tido por violado (art. 47 do CPC), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula n. 211/STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”. 5. *Ad argumentandum tantum*, ainda que transposto o óbice da Súmula n. 211/STJ, melhor sorte não socorre

o recorrente no que pertine à aventada à necessidade de citação do Município, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, notadamente porque o acórdão local afastou o interesse da Municipalidade, sob a alegação de inexistência de qualquer “fagulha de interesse do Município em suportar a defesa de seus representantes em ação que visa a imposição de pena por menoscabo à prática de atos que lhe são inerentes pela condição de prefeito (prestação de contas), e que visam à preservação da transparência na Administração”, o que evidentemente denota incursão em matéria de índole fática, interdita em sede de recurso especial pela Súmula n. 7/STJ. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (STJ – REsp n. 703.953/GO (2004/0164201-8) – Rel. Min. Luiz Fux).

173) Processual Civil – Administrativo. Embargos de divergência em recurso especial. Ação indenizatória. Desapropriação indireta. Decreto estadual n. 10.251/77/SP. Criação do Parque Estadual da Serra do Mar. Limitações administrativas pré-existentes ao direito de propriedade. Inocorrência, *in casu*, de prejuízo a ser indenizado. Imóvel adquirido por preço simbólico em data muito posterior à criação do Parque Estadual

1. Controvérsia gravitante em torno da indenizabilidade ou não de área atingida por limitação administrativa advinda da criação de Área de Proteção Ambiental. 2. É inadmissível a proposição de ação indenizatória na hipótese em que a aquisição do imóvel objeto da

demanda tiver ocorrido após a edição dos atos normativos que lhe impuseram as limitações supostamente indenizáveis, como ocorrera, *in casu*, com os Decretos estaduais ns. 10.251/77 e 19.448/82 de preservação da Serra do Mar (Precedente: EREsp n. 254.246-SP, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio Noronha, j. 13.12.2006) 3. *In casu*, consoante o consignado pela Corte *a quo*, a partir do conjunto probatório carreado nos autos, nenhum prejuízo acarretou o Decreto estadual n. 10.251/77 aos autores da presente demanda, ora embargados, porquanto eles “adquiriram o imóvel em 31.01.1989, quando já havia sido criado o Parque Estadual da Serra do Mar, e certamente tinham conhecimento desse fato, tanto que no preço certo e ajustado, declarado para a venda e compra foi irrisório, dado o tamanho da gleba, podendo mesmo ser considerado simbólico (Ncz\$ 1,65)”. 4. Embargos de divergência providos. (STJ – EREsp n. 209.297/SP (2004/0158358-6) – Rel. Min. Luiz Fux).

174) Processual Civil – Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais. Pretensão indenizatória ajuizada por magistrado em face de promotor de justiça. Ato ilícito e dano moral não caracterizados. Justiça gratuita. Concessão parcial do benefício. Possibilidade. Alegada violação dos artigos 159 do Código Civil de 1916, 186 do Código Civil de 2002 e 4º da Lei n. 1.060/50. Não-ocorrência. Doutrina. Precedentes. Desprovimento

1. O acórdão local deu solução adequada à controvérsia, porquanto não caracterizados o ato ilícito e o dano à honra subjetiva do juiz. As palavras e expressões empregadas pelo promotor no exercício de suas atribuições funcionais – embora ríspidas e desnecessárias – não configuram, concretamente, o *animus injuriandi*, e, conforme ressaltado, não foram dirigidas à pessoa do juiz, mas proferidas no contexto e nos limites da causa. 2. O juiz, dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode conceder o benefício da gratuidade judiciária parcial. Exegese do artigo 13 da Lei n. 1.060/50. Doutrina. 3. Se o Tribunal de Justiça entendeu que o recorrente tem condições de arcar, em parte, com as despesas do processo, a reversão dessa conclusão – notadamente para se saber se, de fato, o magistrado é hipossuficiente e faz jus, nos termos da lei, à integralidade do benefício – pressupõe, necessariamente, o reexame de provas, atividade cognitiva vedada nesta instância superior (Súmula n. 7/STJ). 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ – REsp n. 790.807/MG (2005/0176360-4) – Rel. Min. Denise Arruda).

175) Processual Civil – Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público de ingresso para os serviços notarial e de registro. Adequação aos princípios da legalidade e da vinculação ao edital. Recurso desprovido

1. Conquanto a Administração tenha certa discricionariedade

na elaboração de normas destinadas à realização de concursos públicos, devem elas, como qualquer outro ato administrativo, estar de acordo com a Constituição Federal e toda a legislação infraconstitucional que rege a atividade pública. Daí é que se torna possível a intervenção do Poder Judiciário em causas que digam respeito aos concursos públicos todas as vezes em que for observada eventual violação dos princípios que regem a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da vinculação ao edital. 2. Se o edital exige conhecimentos acerca dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, é, no mínimo, exigível que o candidato conheça a jurisprudência da Corte Suprema – a quem incumbe, em última instância, a exata interpretação das normas constitucionais – a respeito desse tema, bem como de todos aqueles inseridos no conteúdo de Direito Constitucional. Dentre as diversas fontes do Direito estão a lei, a doutrina e a jurisprudência, não se podendo pretender que o examinador tenha a sua área de atuação restrita à letra fria da lei. 3. Hipótese em que o conhecimento exigido pelo examinador estava devidamente previsto no conteúdo programático do certame. 4. “Não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela Administração, na formulação, correção e atribuição de notas nas provas de concurso público, quando fixados de forma objetiva e imparcial.” (RMS n. 18.877/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU, de 23.10.2006). 5. Recurso em mandado

de segurança desprovido. (STJ – RMS n. 19.353/RS (2004/0176791-8) – Rel. Min. Denise Arruda).

176) Processual Civil – Recurso especial. Administrativo. Ação de improbidade administrativa. Artigo 11 da Lei n. 8.429/92. Exigência de conduta dolosa

1. A improbidade administrativa, consubstanciada nas condutas previstas no artigo 11 da Lei n. 8.429/92, impõe “necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa” (REsp n. 480.387/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJU*, de 24.05.2004).

2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre que a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (art. 10 da Lei n. 8.429/92).

3. A doutrina do tema é assente que “imoralidade e improbidade devem-se distinguir, posto ser a segunda espécie qualificada da primeira, concluindo-se pela inconstitucionalidade da expressão culposa constante do *caput* do artigo 10 da Lei 8.429/92” (Aristides Junqueira, José Afonso da Silva e

Weida Zancaner). É que “estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conclusão inarredável é a de que a expressão ‘culposa’ inserta no *caput* do artigo 10 da lei em foco é inconstitucional. Mas, além da questão sobre a possibilidade de se ver caracterizada improbidade administrativa em conduta simplesmente culposa, o que se desejou, primordialmente, foi fixar a distinção entre improbidade e imoralidade administrativas, tal como acima exposto, admitindo-se que há casos de imoralidade administrativa que não atingem as raias da improbidade, já que esta há de ter índole de desonestidade, de má-fé, nem sempre presentes em condutas ilegais, ainda que causadoras de dano ao erário” (Cassio Scarpinella Bueno; Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (Coords.), *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108).

4. Destarte, “somente nos casos de lesão ao erário se admitiria a forma culposa – cumulativamente com a dolosa – de improbidade administrativa, porquanto teria o legislador silenciado quanto às hipóteses em que não houvesse prejuízo ao patrimônio público. Com efeito, a forma culposa de lesão aos princípios que regem a atuação dos agentes públicos, por si só, sem o correspondente prejuízo patrimonial efetivo, não basta para justificar incidência das sanções de improbidade administrativa, ante o princípio

da reserva legal” (Fábio Medina Osório, *Improbidade administrativa*, Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 82). 5. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 939.142/RJ (2007/0071808-0) – Rel. Min. Francisco Falcão – Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux).

177) Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – Artigo 93, I, da Constituição Federal. Eficácia limitada. Inocorrência. “Atividade jurídica”. Constitucionalidade. ADI n. 3.460-0. Enunciado n. 266 da Súmula do STJ. Não-aplicabilidade ao caso em tela

I - O artigo 93, I, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, não possui eficácia limitada, vez que esse dispositivo já determina o requisito a ser exigido para ingresso na magistratura e, pois, não depende de lei para que o seu comando seja aplicado. II - A decisão do c. Supremo Tribunal Federal que julgou improcedente a ADI n. 3460-0, acabou por reconhecer a aplicabilidade imediata do disposto no artigo 93, I, da Constituição Federal, tendo em vista que não vislumbrou vício na regulamentação de concurso implementada por resolução do e. Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a qual contém teor semelhante ao do edital para o concurso de magistrado do Estado do Mato Grosso. III - A abrangência da expressão “atividade jurídica” adotada pelo edital do concurso identifica-se com a reconhecida pela

resolução do e. Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, cuja legalidade acabou por ser reconhecida com a decisão que julgou improcedente a ADI n. 3460-0. IV - A comprovação da exigência de três anos de atividade jurídica, quando da inscrição definitiva para o concurso, foi considerada legal pelo c. Supremo Tribunal Federal (ADI n. 3460-0), ao apreciar regulamentação análoga a que ora se analisa. V - Não é aplicável o Enunciado n. 266 da Súmula do c. Superior Tribunal de Justiça em concursos públicos relativos às carreiras da magistratura (art. 93, I, da CF) e do Ministério Público (art. 129, § 3º, da CF), haja vista a interpretação conferida pelo Pretório Excelso (ADI n. 3460-0) ao disposto no artigo 129, parágrafo 3º, da Constituição Federal, o qual se identifica com o teor do artigo 93, I, da Constituição. Essa conclusão, contudo, não implica revisão do Enunciado n. 266/STJ em relação a outras carreiras, para as quais se deve analisar a legislação infraconstitucional pertinente. Recurso ordinário desprovido. (STJ – RMS n. 21.426/MT (2006/0023320-5) – Rel. Min. Felix Fischer).

178) Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – Gratificação de incentivo funcional

Artigos 175 e 176 da Lei estadual n. 10.460/88. Benefício revogado pela Lei estadual n. 12.706/95. Decadência. Caracterização. *Dies a quo*. Data da ciência do indeferimento administrativo.

Recurso a que se nega o provimento.

1. Nas hipóteses em que o pedido do mandado de segurança corresponde ao reconhecimento de direito líquido e certo ao recebimento de gratificação, cujo pedido administrativo fora indeferido, o prazo para impetração tem por *dies a quo* a data em que o servidor toma ciência do indeferimento na via administrativa. 2. No presente caso, restou caracterizada a decadência. 3. Recurso ordinário a que se nega o provimento. (STJ – RMS n. 20.862/GO (2005/0171988-3) – Rel. Des. Jane Silva (Des. Conv. do TJMG).

179) Recurso Ordinário – Mandado de segurança. Processo civil e administrativo. Ação civil pública. Determinação de que fossem recalculadas notas finais de concurso público. Eficácia *erga omnes*. Perda do cargo. Constitucionalidade. Artigo 41, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988

1. A Lei n. 7.347/85, em seu artigo 16, consagrou hipótese de exceção ao princípio dos limites subjetivos da coisa julgada (art. 472 do CPC) ao estabelecer a eficácia *erga omnes* da decisão proferida nos autos de ação civil pública. 2. O ato que torna sem efeito a nomeação de servidores públicos estáveis, com fundamento em decisão transitada em julgado proferida nos autos de ação civil pública, não incorre em inconstitucionalidade. Com efeito, nos termos do artigo 41, parágrafo 1º, da Constituição Federal, a perda de cargo de servidor estável deve ser determinada por sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo. 3. Recurso ordinário improvido. (STJ –

RMS n. 10.839/RS (1999/0038366-4) – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

180) Responsabilidade Civil do Poder Público – Pressupostos primários que determinam a responsabilidade civil objetiva do Estado

O nexo de causalidade material como requisito indispensável à configuração do dever estatal de reparar o dano. Não-comprovação, pela parte recorrente, do vínculo causal reconhecimento de sua inexistência, na espécie, pelas instâncias ordinárias. Soberania desse pronunciamento jurisdicional em matéria fático-probatória. Inviabilidade da discussão, em sede recursal extraordinária, da existência do nexo causal. Impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória (Súmula n. 279/STF). Recurso de agravo improvido. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1.107-1.109, v.g.), a comprovada existência

do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o *eventus damni*, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. -A comprovação da relação de causalidade – qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) – revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. Doutrina. Precedentes. - Não se revela processualmente lícito reexaminar matéria fático-probatória em sede de recurso extraordinário (RTJ 161/992; RTJ 186/703; Súmula n. 279/STF), prevalecendo, nesse domínio, o caráter soberano do pronunciamento jurisdicional dos tribunais ordinários sobre matéria de fato e de prova. Precedentes. Ausência, na espécie, de demonstração inequívoca, mediante prova idônea, da efetiva ocorrência dos prejuízos alegadamente sofridos pela parte recorrente. Não-comprovação do vínculo causal registrada pelas instâncias ordinárias. (STF – AgR RE n. 481.110-3/PE – 2ª Turma – Rel. Min. Celso de Mello). DJU, de 09.03.2007, *Ementário* n. 2.267-4.

181) Serventia Notarial Extinta

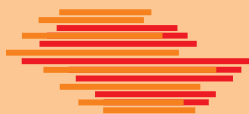
Inexiste inconstitucionalidade de provimento editado pelo Poder Judiciário paulista para cassar delegação

ineficiente e desnecessária aos usuários da Comarca de Promissão. Do mesmo modo, não há vício no ato administrativo exarado pelo Conselho Superior da Magistratura ao cassar a delegação, pois recebeu do artigo 236 do Texto Constitucional e dos artigos 38 e 44 da Lei nacional n. 8.935/94, o poder de, concretamente, regulamentar, fiscalizar, alterar e cassar delegações ineficientes e desnecessárias ao ente público local. Assim, se o ato concreto do juízo competente, que é a Corregedoria Geral da Justiça, e do ato subsequente, que é do Conselho Superior da Magistratura, foram no sentido de cassar a delegação, com o falecimento do seu titular e da posse de dados objetivos coletados no IBGE para conduzir a Serventia ao seu encerramento, atendeu-se ao critério legal da chamada discricionariedade técnica exercida pelos Órgãos Superiores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Não há que se falar, igualmente, em ofensa aos princípios da moralidade, da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, pois o ato discricionário atendeu a todos eles, baseados em critérios objetivos e necessários para a extinção da concessão. Sentença de procedência. Recurso da Fazenda provido para julgar improcedente a demanda, impondo-se aos autores os ônus da sucumbência, ficando, em consequência, prejudicado o apelo dos autores, objetivando majoração da condenação. (TJSP – São Paulo – 7ª Câmara de Direito Público).

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

Rua da Mooca, 1921 São Paulo SP
Fones: 2799-9800 - 0800 0123401
www.imprensaoficial.com.br



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO