



BO

PGE-SP

VOLUME 48 | NÚMERO 3
SETEMBRO/DEZEMBRO 2024

LE

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

ISSN 2966-1862



BO

PGE-SP

**VOLUME 48 | NÚMERO 3
SETEMBRO/DEZEMBRO 2024**

LE

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

EXPEDIENTE

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Inês Maria dos Santos Coimbra

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO ADJUNTO

Caio Cesar Guzzardi da Silva

PROCURADOR DO ESTADO CHEFE DE GABINETE

Eric Ronald Januário

SUBPROCURADORA-GERAL DA CONSULTORIA-GERAL

Alessandra Obara

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA ÁREA DO CONTENCIOSO-GERAL

Bruno Lopes Megna

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA ÁREA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-FISCAL

Danilo Barth Pires

CORREGEDOR-GERAL

Fábio Trabold Gastaldo

OUIDORIA

Eduardo José Fagundes

CONSELHO DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO (PGE)

Inês Maria dos Santos Coimbra (Presidente)
Fabio Trabold Gastaldo, Bruno Lopes Megna,
Danilo Barth Pires, Alessandra Obara,
Cintia Byczkowski, Gustavo Campos Abreu,
Ana Paula Vendramini, Milena Carla
Azzolini Pereira da Rosa, Paulo Henrique
Godoy, Rafael Politi Esposito Gomes,
João Guilherme Simões Herrera, Eduardo Luis
de Oliveira Filho.

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADORA DO ESTADO CHEFE

Cintia Byczkowski

ASSESSORIA

Valter Farid Antonio Junior

Fernanda Lopes dos Santos

COMISSÃO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Cintia Byczkowski

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Fernanda Lopes dos Santos

MEMBROS DA COMISSÃO EDITORIAL

Anselmo Prieto Alvarez, Arilson Garcia Gil,
Caio Augusto Nunes de Carvalho,
Carlos Ogawa Colontonio, Lucas Soares
de Oliveira, Norberto Oya, Roberto Pereira
Perez, Sueine Patrícia Cunha de Souza e
Talita Leixas Rangel.

REDAÇÃO E CORRESPONDÊNCIA

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos
da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo,
Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 –
São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7005.

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

PROJETO E PRODUÇÃO GRÁFICA

Procurador(a) do Estado responsável:

Fernanda Lopes dos Santos

Equipe: Juliana Aguilera do Nascimento Silva
Guedes, Maisa Maciel Rodrigues e Luciene
de Cássia de Santana.

Créditos: Eliane Neves Moitinho (posts do
Instagram – Principais Notícias); Fernanda
Lopes dos Santos e equipe: Juliana Aguilera
do Nascimento Silva Guedes, Maisa Maciel
Rodrigues e Luciene de Cássia de Santana
(posts do Instagram – Cursos e Eventos
do Centro de Estudos e ESPGE).

PROJETO GRÁFICO:

Tikinet Edição Ltda.

Rua Santanésia, 528, 1º andar - Vila Pirajussara

CEP 05580-050 - São Paulo - SP - Brasil

(11) 2361-1808 / 2361-1809

comercial@tikinet.com.br

Revisão de Texto e Editoração:

Piero Younan Kanaan | Tikinet

Diagramação: Jonathan Leandro | Tikinet

TIRAGEM: BOLETIM ELETRÔNICO

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 se vinculando à Administração Pública.

Os pareceres previamente aprovados e divulgados são disponibilizados na íntegra, sem alterações.

SUMÁRIO

- **Apresentação 9**
- **Cursos e Eventos 11**
- **Principais notícias 23**
- **Parecer PA nº 43/2023 31**

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NA CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO. PESSOAS PRETAS, PARDAS E INDÍGENAS. IGUALDADE RACIAL. AÇÃO AFIRMATIVA. APLICABILIDADE IMEDIATA E MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. MATÉRIA NÃO SUJEITA À RESERVA LEGAL. Sob os influxos do princípio da igualdade substancial (artigos 1º, incisos III e V, 3º, incisos I e VIII, 4º, inciso VIII e 5º, caput e incisos XLI e XLII, da Constituição da República), da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto nº 10.932/2022), da Convenção nº 111, da OIT (Anexo XXVIII do Decreto nº 10.088/2019) e do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), é legítimo ao gestor optar pela política pública que, no caso concreto, demonstrar maior efetividade para a promoção da igualdade racial, em detrimento daquela prevista na legislação estadual para a generalidade das situações.

Juliana de Oliveira Duarte Ferreira 32

- **Parecer CJ/SE nº 788/2022..... 64**

EDUCAÇÃO E ENSINO. DISCRIMINAÇÃO. Consulta formulada por Diretoria de Ensino sobre a possibilidade da frequência de sanitário feminino por aluno homossexual. Regramento sobre utilização de banheiros determinada por usos e costumes vigentes e reforçadas com normas decorrentes do poder disciplinar da Administração. Distinção dos banheiros por gênero, baseada em aspectos relacionados ao pudor e à prevenção de violência sexual. Possibilidade de utilização do banheiro conforme a identidade de gênero correspondente, o que não se confunde com a orientação sexual. Responsabilidade da equipe de gestão escolar em garantir ao aluno o direito ao respeito e salvaguardar seu bem-estar físico e psicossocial, por meio de outras medidas administrativas e pedagógicas. Alerta quanto à responsabilização criminal ou infracional por condutas discriminatórias, nos termos da Lei nº 7.716/89, por força da decisão do STF na ADO nº 26/DF e sobre a possibilidade de responsabilização administrativa, nos termos da Lei Estadual nº 10.948/2001.

Constituição da República: art. 3º, IV; art. 206, I; art. 227. Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.394/96: art. 3º, I e IV; Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90: art. 17; art. 18; art. 53; art. 103. Resolução SE nº 56/2016.

Carlos Jose Teixeira de Toledo 65

• **Peça Contrarrazões - Processo nº 1053722-11.2016.8.26.0053 73**

Trata-se de resposta a embargos de declaração opostos pela Comgás em feito de relevante impacto econômico em que a PGE atuou com diligência em defesa da ARSESP, de modo a conter prejuízos.

Rômulo Silva Duarte..... 74

• **Artigos 123**

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria e as metodologias para a sua recomposição

Iago Oliveira Ferreira..... 124

A mutação constitucional e o controle incidental de constitucionalidade no estado de São Paulo
Paulo Henrique Procópio Florêncio 137

Regulação de leitos e judicialização da saúde no estado de São Paulo durante a pandemia:
o papel dos diálogos interinstitucionais

Juliana Yumi Yoshinaga Kayano 158

• **Ementário da Procuradoria Administrativa 180**

• **Ementário da Procuradoria para Assuntos Tributários 186**

APRESENTAÇÃO

Ao longo desses 46 anos de existência, o Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (CEPGE-SP) vem promovendo a divulgação de matéria doutrinária, jurisprudencial e legislativa de interesse da carreira. Com o tempo, expandiu para incluir cursos, eventos patrocinados pelo Centro de Estudos e transmitir as principais notícias envolvendo a instituição.

Os trabalhos incluídos neste Boletim são atuais, voltados aos temas ligados ao dia a dia profissional do Procurador do Estado e da Administração Pública, reunindo a participação dos integrantes das áreas do Contencioso-Geral e da Consultoria-Geral, aos quais agradecemos a colaboração com o excelente material enviado para compor esta edição.

A Procuradoria Administrativa contribui com o **Parecer n. 43/2023**, emitido por **Juliana de Oliveira Duarte Ferreira**, ao responder consulta do Gabinete da Procuradora-Geral sobre a possibilidade de ser adotado o método de reserva de vagas em detrimento do método de pontuação diferenciada como ação afirmativa no 23º concurso de ingresso à carreira de Procurador do Estado, matéria que contou com sensível desenvolvimento teórico e jurisprudencial na história recente, sendo analisada a questão também com influxos de normas constitucionais, tratados internacionais e leis federais e estaduais.

Carlos Jose Teixeira de Toledo colabora com o **Parecer n. 788/2022**, expedido na Consultoria Jurídica da Secretaria da Educação, e versa sobre a possibilidade da frequência de sanitário feminino por aluno homossexual, mencionando aspectos de gênero, orientação sexual, normas constitucionais e legais, além de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Rômulo Silva Duarte, do Núcleo de Regulação e Contratações Públicas, apresenta sua peça processual civil **Contrarrrazões ao Recurso de Embargos de Declaração**, na defesa em juízo do Estado de São Paulo e da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (Arseps).

Iago Oliveira Ferreira esclarece, no artigo **O Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Parceria e as Metodologias para a sua Recomposição**, sobre o que se denomina equilíbrio econômico-financeiro no caso de contratos com as peculiaridades inerentes às concessões e parcerias público-privadas e à matriz de risco própria

dessas contratações. Esclarece que essa tutela se dá pelo sistema de reequilíbrio econômico-financeiro e expõe as duas principais metodologias utilizadas: do Fluxo de Caixa Original (FCO) e Fluxo de Caixa Marginal (FCM), apresentando as diferenças das premissas de cada método e as implicações do uso de cada um deles.

Paulo Henrique Procópio Florêncio revela que na Constituição de 1934 se encontra a origem da discussão sobre os efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade, época em que a ordem constitucional somente previa o controle difuso de constitucionalidade. Assevera que o artigo 20, inciso XIII, da Constituição do Estado de São Paulo deve passar por uma releitura, diante do reconhecimento da mutação do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade números 3.406 e 3.470, encerrado em 2023 pelo Supremo Tribunal Federal. Esse estudo está no artigo **A Mutação Constitucional e o Controle Incidental de Constitucionalidade no Estado de São Paulo**.

Juliana Yumi Yoshinaga Kayano, no artigo **Regulação de leitos e judicialização da saúde no estado de São Paulo durante a pandemia: o papel dos diálogos interinstitucionais**, aborda o tema da judicialização do direito à saúde na perspectiva das complexas políticas públicas criadas para enfrentar os desafios da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, com destaque para as dificuldades extremas impostas ao sistema público de saúde pela pandemia da covid-19. A abertura ao diálogo e à colaboração entre instituições ocorrida naquele momento crucial de impacto ao sistema de saúde pública indica um caminho a ser mantido no cenário pós-pandêmico em prol da coordenação de efetivas políticas públicas de saúde.

Ademais, em **Cursos e Eventos** são apresentadas 24 atividades, entre muitas outras, realizadas no Centro de Estudos, no último quadrimestre de 2024.

De setembro a dezembro de 2024, foram ainda selecionadas 16 **notícias** protagonizadas pela Procuradoria-Geral do Estado.

Este Boletim é ainda composto de **ementários** da Procuradoria Administrativa (PA) e da Procuradoria de Assuntos Tributários (PAT).

Esperamos que este acervo possa ser útil aos leitores!

CAIO AUGUSTO NUNES DE CARVALHO
NORBERTO OYA
ROBERTO PEREIRA PEREZ

CURSOS E EVENTOS



ce_pge_sp

ce_pge_sp Hoje (10/09), o Centro de Estudos - Escola Superior da PGE realizou o evento "A Transação Tributária nas Procuradorias". Como mediador, contamos com a participação do Dr. Thiago de Oliveira Matos - Subprocurador Geral Adjunto do Contencioso Tributário-Fiscal. Os palestrantes convidados foram Dr. Alvaro Feitosa da Silva Filho - Procurador do Estado de SP integrante da Procuradoria da Dívida Ativa, Dra. Carmen Sabrina Cochrane Santiago - Procuradora do Estado de SP integrante do Núcleo de Transação, Dr. Gabriel Augusto Luis Teixeira Gonçalves - Procurador da PGFN e Dra. Débora Martins de Oliveira - Procuradora da PGFN.

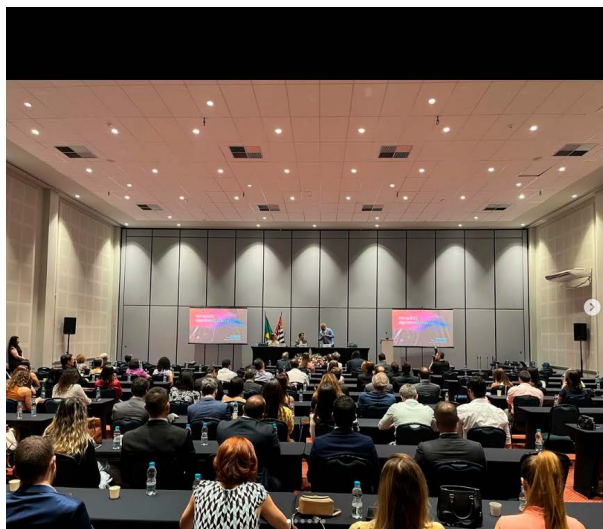
Foi um dia de debates enriquecedores e troca de conhecimentos valiosos entre as instituições participantes. A palestra contribuiu para incentivar a reflexão crítica sobre as práticas atuais e como elas podem ser aprimoradas com base no aprendizado e experiência adquirida na transação tributária. Agradecemos a todos os participantes e palestrantes por contribuírem para o sucesso do evento!

16 sem

ferreira.damyana Deveria ser transmitido pelo canal do YouTube da PGE

16 sem Responder

Ver estatísticas Promover publicação



ce_pge_sp

ce_pge_sp 56º Curso de Atualização Jurídica - Encontro Estadual de Procuradores do Estado

Ortem, tivemos o prazer de iniciar este evento transformador com um café de boas-vindas acolhedor, seguido por uma palestra de abertura inspiradora sobre "Cultura Digital e o Tempo Líquido" com o Dr. Guto Niche, renomado professor e pesquisador.

O coquetel finalizou a noite com momentos de networking e troca de ideias, abrihantando com o show da banda Os Procurados, formada por talentosos colegas! Agradecemos a todos os participantes e palestrantes por fazerem deste encontro um sucesso! Continuem acompanhando nossas atualizações e compartilhem suas experiências conosco. #AtualizaçãoJurídica #EncontroEstadual #CulturaDigital #Networking

16 sem

Ver estatísticas Promover publicação



ce_pge_sp

ce_pge_sp Nessa tarde (25/09), o Centro de Estudos - Escola Superior da PGE promoveu a palestra "Actio Nata e a prescrição envolvendo a Fazenda Pública: desafios contemporâneos na defesa dos cofres públicos". Como mediadora, contamos com a presença da Dra. Ana Karina Silveira D'Elboux - Procuradora do Estado de São Paulo, integrante do Núcleo de Propositura de Ações (NPA). Participaram como debatedores: Dr. Rodrigo Xande Nunes - Procurador municipal, professor e membro da Comissão da Advocacia Pública de Atibaia e Dra. Sueine Patrícia Cunha de Souza - Procuradora do Estado de São Paulo, coordenadora do Núcleo de Propositura de Ações (NPA).

Esperamos que as reflexões e aprendizados deste evento inspirem ações concretas em nossos núcleos, fortalecendo nosso compromisso com a proteção do patrimônio público e a promoção da justiça. A colaboração entre os profissionais da área é fundamental para superarmos os desafios e garantirmos uma defesa eficaz e transparente.

Agradecemos a presença de todos e esperamos vê-los em futuras edições, onde continuaremos a debater temas relevantes e a construir um futuro mais forte para a defesa do interesse público.

#pgeesp #cepgeesp #fazendapublica

14 sem

Ver estatísticas
Promover publicação



ce_pge_sp

ce_pge_sp Nessa tarde (30/09), o Centro de Estudos - Escola Superior da PGE promoveu a "5ª Palestra do Curso de Formação Continuada de Estagiários da PGE - 2024". Para discorrer sobre Responsabilidade Civil do Estado, contamos com a participação do Dr. Claudio Henrique de Oliveira. Na segunda parte do evento, Dr. Rafael Santos de Jesus participou expondo pontos cruciais acerca da temática Contratos e Convênios Administrativos.

As palestras e debates foram enriquecedores para nossos estagiários, colaborando assim na formação dos estudantes participantes.

Edição - 13 sem

Ver estatísticas
Promover publicação



ce_pge_sp

ce_pge_sp Senta-feira (04/10), o Centro de Estudos - Escola Superior da PGE teve a honra de premiar os vencedores do Prêmio "O Estado em Julho 2023". Dr. Alessandro Rodrigues Junqueira, Dr. Alexandre Aboud, Dr. Cassiano Luiz Souza Moreira, Dr. Paulo David Cordoli e Dr. Thiago Oliveira de Matos, todos integrantes do Grupo de Atuação Especial para Recuperação Fiscal (Gaerfis) na ocasião do trabalho. Na abertura da cerimônia, contamos com a presença da Dra. Inês Maria dos Santos Coimbra- Procuradora-Geral do Estado de São Paulo, Dr. Caio Guzzardi da Silva - Procurador-Geral do Estado Adjunto, Dr. Danilo Barth Pires- Subprocurador-Geral do Contencioso Tributário Fiscal e responsável pela apresentação da publicação e Dra. Cintia Byczkowski, Procuradora Chefe do Centro de Estudos. A cerimônia contou ainda com a presença de diversas autoridades e convidados. O trabalho vencedor foi uma Ação Cautelar Fiscal ajuizada contra um grupo econômico na luta contra a fraude fiscal e na proteção dos recursos públicos. O trabalho pode ser conferido no site da PGE, na área destinada ao Centro de Estudos - publicações. Agradecemos a presença de todos e parabenizamos mais uma vez os vencedores!

13 sem

teimagablu Parabéns 🥳🥳🥳 12 sem 1 gosto Responder

verawolffbava 🥳🥳🥳🥳🥳 12 sem 1 gosto Responder

haroldopereira94 🥳🥳🥳🥳🥳🥳 12 sem 1 gosto Responder

[Ver estatísticas](#) [Promover publicação](#)

👍 🗨️ 📌



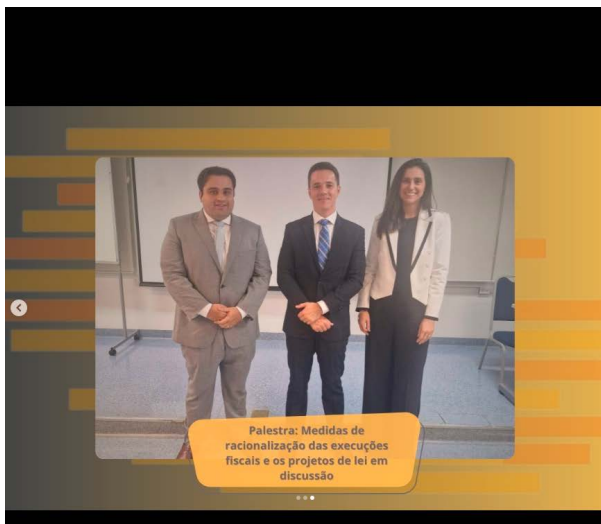
ce_pge_sp

ce_pge_sp PGE/SP no 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo

Editada · 12 sem

[Ver estatísticas](#) [Promover publicação](#)

👍 🗨️ 📌



ce_pge_sp

ce_pge_sp Hoje (09/10), o CEPGE/SP promoveu a palestra "Medidas de racionalização das execuções fiscais e os projetos de lei em discussão". Contamos com a presença do Dr. João Guilherme Simões Herrera discorrendo sobre "Medidas de racionalização das execuções fiscais", da Dra. Danielle Eugenne Migoto Ferrari Frattini apresentando a temática "Projetos de lei sobre a execução fiscal e cobrança administrativa em pauta" e do Dr. Alvaro Feitosa da Silva Filho promovendo discussões acerca do tema "A nova cobrança administrativa na PGE".

Agradecemos a todos os palestrantes e participantes pela troca de ideias e construção coletiva de conhecimento. A continuidade desse diálogo é essencial para buscarmos soluções que promovam a eficiência, a justiça e a transparência nas cobranças fiscais, e assim avançarmos na implementação de mudanças que beneficiem toda a sociedade.

#cepgeesp #pgeesp #execuçõesfiscais #projetosdelei

12 sem

Ver estatísticas Promover publicação



ce_pge_sp

ce_pge_sp Hoje (09/10), a PGE, por meio do Programa Vida Melhor e com o apoio do Centro de Estudos, realizou um evento sobre "Assédio Moral e Sexual no Trabalho e o Impacto do Assédio na Autoestima". A Dra. Margaret Pedrosa abordou o assédio moral e sexual como uma questão de integridade na Administração Pública, trazendo à tona conceitos fundamentais, formas de escuta e acolhimento das vítimas.

Na segunda parte do evento, tivemos a presença da Dra. Alice Cezar, que conduziu um debate enriquecedor sobre "O impacto do Assédio na Autoestima". Ela destacou tópicos de grande relevância, como os impactos emocionais e na autoestima em situações de assédio no ambiente de trabalho, o adoecimento físico e comportamental decorrente dessas situações, e os desdobramentos na saúde psíquica e emocional, como burnout, depressão, ansiedade e pânico. Além disso, discutiu a relação entre autoestima, assédio e produtividade.

Reafirmamos a importância de continuar dialogando sobre esses temas, desestigmatizando-os e incentivando a denúncia de comportamentos inadequados. A construção de uma cultura de respeito e dignidade no ambiente de trabalho é uma prioridade para todos nós.

Agradecemos a presença de todos e o empenho em transformar essa discussão em ação. Juntos, podemos fazer a diferença e contribuir para um ambiente profissional mais justo e saudável.

#cepgeesp #pgeesp #assediomoral #autoestima #assediionotrabalho

12 sem

Ver estatísticas Promover publicação





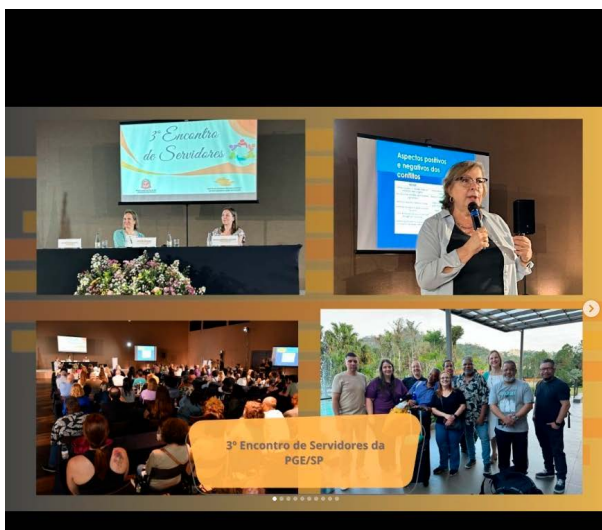
ce_pge_sp

ce_pge_sp Hoje (23/10), o Centro de Estudos - Escola Superior da PGE promoveu o Curso de Capacitação em Cálculos Judiciais Aplicados à Fazenda Pública. Para discorrer sobre o tema "Aspecto Visual dos Relatórios e Aspectos Gerais dos Cálculos", contamos com a presença do Dr. Rodrigo Leite Orlandelli. Na sequência, a temática abordada foi "Critérios de Atualização Aplicados à Fazenda Pública - Cível", ministrada pelos Doutores Rodrigo Leite Orlandelli e Renan Raulino Santiago. Dr. Luis Augusto de Deus Silva apresentou os "Critérios de Atualização Aplicados à Fazenda Pública - Trabalhista e Previdenciário". A explanação sobre "Critérios de Atualização Aplicados à Fazenda Pública - Ações de Reparação de Danos" coube ao Dr. Ismael Nedehf do Vale Correa. Por fim, "Especificidades dos Cálculos em Desapropriação (Juros)" esteve sob o crivo do Dr. Rafael Augusto Freire Franco. O evento foi muito importante para melhor capacitar os profissionais e minimizar equívocos que podem resultar em perdas financeiras para o Estado, além de garantir a correta aplicação das leis e regulamentos. Agradecemos a presença de todos!

10 sem

valeskanedehf 🙌🙌🙌
10 sem · Responder

Ver estatísticas Promover publicação



ce_pge_sp

ce_pge_sp Entre os dias 24 e 25 de outubro, o Centro de Estudos, da Escola da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo promoveu o 3º Encontro de Servidores da PGE. Foi uma excelente oportunidade para os envolvidos refletirem sobre as mudanças e novos desafios na construção do futuro da PGE, compartilharem conhecimentos sobre gestão de pessoas, planejamento estratégico, bem como informações gerais sobre os projetos da instituição - Comunica PGE, Inova Dados, Apis Escritório de Processos, PGE Digital 2023 e Carreiras dos servidores. Agradecemos a presença e participação de todos e esperamos que as discussões engrandecem o compromisso com a inovação, eficiência e melhoria na qualidade da prestação do serviço público.

#pgeesp #cepgep #encontro #servidores #procuradores

Editada · 9 sem

leticiaquady Uma experiência enriquecedora! 🙌
9 sem · 1 gosto · Responder

valterfaridantoniojunior Foi um sucesso!
9 sem · 1 gosto · Responder

Ver estatísticas Promover publicação



ce_pge_sp

ce_pge_sp Hoje (21.10), o CEPGE/SP promoveu a palestra "O Novo Marco Legal das Agências Reguladoras de São Paulo". Juntos, debatemos como esse marco representa um avanço na regulação, reafirmando nosso compromisso com transparência e bem-estar social.

A Procuradora-Geral do Estado/SP, Dra. Maria Inês Coimbra, iniciou o evento e o Dr. Caio Cesar Alves Ferreira Ramos foi mediador contando com a participação dos expositores Dr. André Iper (ARTESP) e Dra. Natália Resende (Secretaria de Meio Ambiente). Ademais, foram compartilhadas valiosas perspectivas acerca do tema, com insights do Dr. Gustavo Binenbojm e da Dra. Juliana Palma. Dra. Alessandra Obara, Subprocuradora da Consultoria-Geral, integrou também a rica mesa de palestras.

#pgeesp #cepgeesp #novomarclegal

9 sem

Ver estatísticas

Promover publicação



ce_pge_sp

ce_pge_sp Nos dias 5 e 6, a PGE/SP recebeu os novos estagiários com uma programação incrível!

O primeiro dia do evento começou com as boas-vindas dos Subprocuradores Gerais Alessandra Obara (Consultoria-Geral), Danilo Barth Pires (Contencioso Tributário-Fiscal) e Amanda de Moraes Modotti (representando o Contencioso-Geral). Em seguida, os participantes aprenderam um pouco mais sobre as áreas que compõem a Procuradoria, com apresentações dos Procuradores do Estado Guilherme Cavalcanti, Janine Macatrão, Laísa Mandu e Sabrina Novis.

Encerrando o primeiro dia do evento, Bettina Cogo (Procuradora do Estado) explicou com inspiração sobre o papel do estagiário na PGE e como aproveitar ao máximo essa experiência para o desenvolvimento pessoal e profissional.

No segundo dia de evento, iniciamos o curso com o tema "Informações e orientações sobre questões administrativas", com apresentação de Nathalie Zucheratto.

Em seguida, Raphael Barbosa fez a "Apresentação do Attus e dos sistemas eletrônicos de Justiça". Após as palestras, os novos estagiários tiveram a oportunidade de fazer a escolha de área de interesse.

Foi um evento cheio de aprendizado e motivação com conteúdos enriquecedores e trocas de experiências!

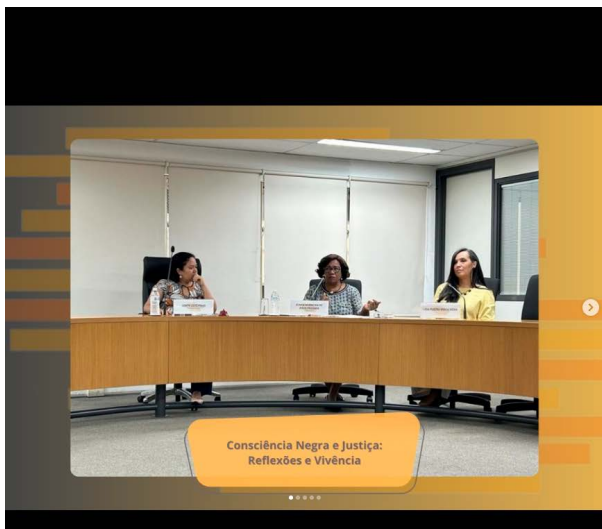
#pgeesp #cepgeesp

8 sem

Ver estatísticas

Promover publicação





ce_pge_sp

ce_pge_sp Na tarde de hoje (06/11), o CEPGE, em parceria com o Comitê de Diversidade da PGE, realizou o curso "Consciência Negra e Justiça: Reflexões e Vivência" com a abertura por conta da Procuradora do Estado Lenita Leite Pinho. A Professora Eunice Prudente iniciou o curso discorrendo sobre o tema "Equidade. Percepção das Diferenças", e em seguida a Procuradora do Estado Lígia Pereira Braga Vieira abriu o debate entre todos os participantes. Num segundo momento, tivemos a participação da Professora Liliane Braga (Ndembwem) que abordou a temática "Valores civilizatórios afrobrasileiros e jogos africanos: fundamentos para a educação antirracista", onde tivemos uma demonstração do jogo de tabuleiro Mancala Awelé. As vivências compartilhadas e as reflexões levantadas nos lembram da importância de lutar por equidade e inclusão em todas as esferas da sociedade. Agradecemos a presença, engajamento e a disposição de todos os presentes em dialogar sobre esses temas tão relevantes. Que possamos seguir juntos nessa jornada de construção de uma sociedade mais justa e igualitária. #pgeesp #cepgep #consciencianegra

8 sem

Ver estatísticas Promover publicação

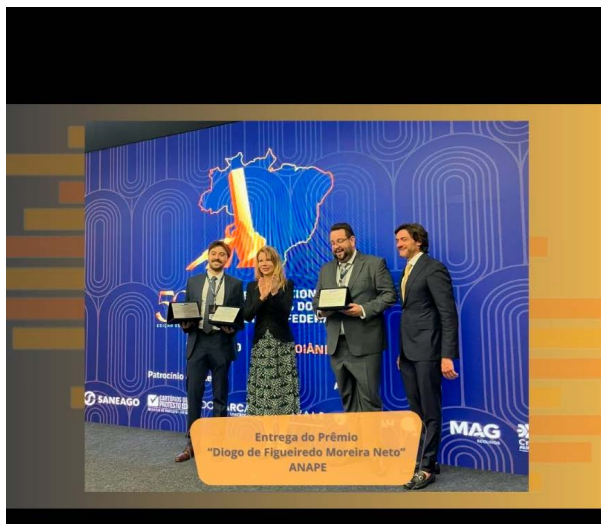


ce_pge_sp

ce_pge_sp PGE/SP participando em peso no 50º Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF, realizado entre os dias 11 e 14 de novembro em Goiânia. Teses brilhantes e muito bem apresentadas por Paulo Henrique Procópio Florêncio, Carmen Sabrina Cochrane Santiago Viana, Gustavo Campos Abreu e Lenita Leite Pinho. O evento contou ainda com instigantes palestras dos colegas Alexandre Aboud e Mateus Camilo Ribeiro da Silveira. Foram também realizadas as reuniões do FONACON, Procuradorias Fiscais e FONACE, com PGE/SP representada por Alessandra Obara, Danilo Barth Pires e Fernanda Lopes dos Santos, respectivamente. Foram dias de aprendizado e troca de experiências entre as diversas PGEs, além de momentos de confraternização!

7 sem

Ver estatísticas Promover publicação



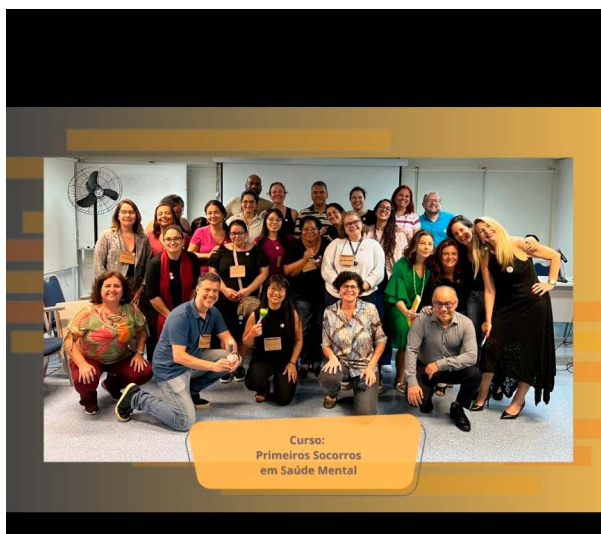
ce_pge_sp

ce_pge_sp Ao final do 50º Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF, foi realizada a cerimônia de entrega do prêmio "Diogo Figueiredo", atribuído pela ANAPE aos melhores trabalhos apresentados no 49º Congresso Nacional. Os prêmios conferidos aos colegas Fernando Henrique Medici, Lucas Soares de Oliveira e Raphael Franco Del Duca, podem ser acessados neste link: <https://revistas-pge.sp.gov.br/index.php/diversos/issue/view/165>

Editada - 7 sem

Ver estatísticas

Promover publicação



ce_pge_sp

ce_pge_sp Hoje esse grupo empático e acolhedor finalizou o curso de Primeiros Socorros em Saúde Mental. Uma parceria do Núcleo de Gestão Estratégica e Qualidade de Vida no Trabalho e Centro de Estudos, com apoio do CRH e Corregedoria. O curso permitiu o desenvolvimento do Programa de saúde mental da PGE/SP, de forma a integrar servidores e procuradores, fortalecendo a rede de Socorristas e tornando nossa PGE uma instituição com segurança psicológica.

#pgeesp #cepgesp

Editada - 6 sem

agianechini 🌟🌟🌟 Parabéns ao Centro de Estudos da PGE, ao DRH e ao Núcleo de Qualidade de Vida por esta iniciativa incrível

6 sem 2 gostos Responder

Ver estatísticas

Promover publicação





ce_pge_sp

ce_pge_sp Nos dias 25 e 26 de novembro, o Centro de Estudos da PGE/SP recebeu o professor Roque Rabechini Jr., que ministrou o último módulo do curso de Gestão da PGE. Na temática "Gestão de Projetos", o professor apresentou um panorama geral, conceitual e prático a respeito do assunto, viabilizando a concepção, planejamento e execução dos projetos da PGE/SP.

5 sem

Ver estatísticas Promover publicação

♡ 🔍 📌



ce_pge_sp

ce_pge_sp Hoje (29/11), o Centro de Estudos da PGE/SP patrocinou o I Encontro Ecosistema ASG da PGE/SP. A abertura do evento contou com a presença da Procuradora Geral do Estado, Dra. Inês Maria dos Santos Coimbra, e participação de coordenadores e integrantes dos Comitês de Sustentabilidade e Programa Vida Melhor (Emanuel Fonseca Lima e Ana Maria Figueira Cerqueira), Diversidade (Lentia Lente Proko) e Direitos Humanos (Melissa Di Lascio Sampaio). Após, tivemos a palestra "Cotas e Inclusão", com exposição de Laís Rocha Portilho, Gabriela Costa Oliveira e Sueine Patricia Cunha de Souza, com interessantes dados e apontamentos sobre o tema. No período da tarde os comitês tiveram a oportunidade de realizar oficinas para debates e, ao final do evento, o Procurador do Estado Clério Rodrigues da Costa tratou do tema "Caminhos e encruzilhadas do enegrecimento", com reflexões sobre a importância das cotas. O evento foi de suma importância para fomentar o debate sobre valores inclusivos e sustentáveis ao longo da trajetória da nossa instituição, refletir acerca do combate às desigualdades, das políticas afirmativas na criação de um espaço de trabalho mais diverso e equilibrado, fortalecendo, assim, o compromisso da PGE na construção de uma sociedade mais inclusiva e sustentável para todos.

Editada · 5 sem

Ver estatísticas Promover publicação

♡ 🔍 📌



ce_pge_sp

ce_pge_sp PGE/SP presente no XXI Congresso Nacional de Estudos Tributários, promovido pelo IBET.

4 sem

Ver estatísticas

Promover publicação

👍 🗨 📌



ce_pge_sp

ce_pge_sp No dia 05/12/2024, na sede da Escola Superior de Advocacia (ESA/SP), aconteceu a cerimônia de assinatura de acordo de cooperação entre o CEPGE e a ESA/SP, que tem por objetivo o intercâmbio didático-científico e cultural entre as instituições de ensino.

Foram ajustadas a promoção conjunta de atividades formativas, treinamentos e cursos destinados a Advogados, Procuradores do Estado e servidores da PGE/SP nas modalidades telepresencial e EAD, além de intercâmbio de conhecimento em matéria de Advocacia pública.

O evento contou com a participação do Dr. Flavio Tartuce, Diretor da ESA/SP e da Dra. Cintia Byczkowski, Procuradora do Estado, chefe do Centro de Estudo, que assinaram o Acordo de Cooperação, que estreitará os laços acadêmicos entre as duas instituições de ensino. Participaram, também, o Dr. Ricardo Ferrari, presidente da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB/SP, Dr. Vitor Covolatto, Secretário Geral da mesma Comissão e o Dr. Valtér Farid Antonio Junior, Coordenador da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

4 sem

Ver estatísticas

Promover publicação



ce_pge_sp

ce_pge_sp Hoje tivemos a inauguração oficial da sala de Tecnologia da Informação do Centro de Estudos - Escola Superior da PGE. Mais uma ótima iniciativa para viabilizar a formação e aperfeiçoamento dos Procuradores do Estado e servidores da nossa PGE!

Foi ministrado o curso "Jurimetria" pelo Dr. Wolker Volanin Bicalho, Procurador do Estado de São Paulo Coordenador do Núcleo de Transação e pelo assessor Wellington da Silva Nascimento, responsável pelo assessoramento do Núcleo de Transação e do Setor de Jurimetria da Procuradoria Fiscal. Tema atual e indispensável, jurimetria consiste na ciência que busca analisar dados jurídicos por meio da aplicação de métodos estatísticos e matemáticos. Foram abordados conceitos, objetivos, finalidades, fundamentos e contextualização da jurimetria no âmbito jurídico, bem como conceitos estatísticos básicos, escopos e medidas estatísticas. O curso contou ainda com um estudo de caso, além da exposição de plano prático e utilização de ferramentas informatizadas, extração e comunicação dos dados, elaboração de parecer jurimétrico e apresentação e navegação na plataforma JUIT (contratada pela PGE).

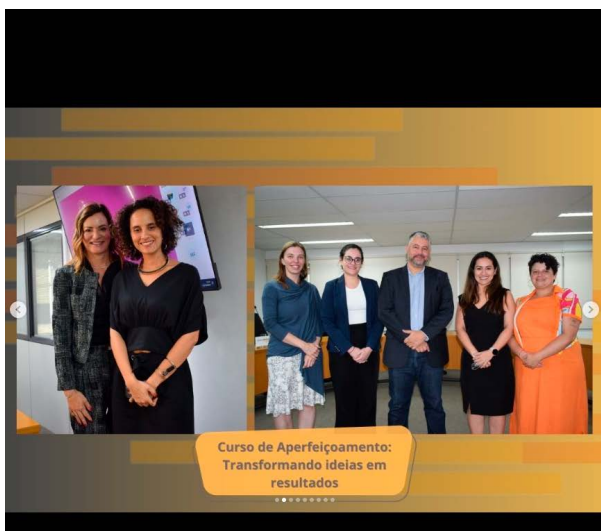
O estudo da jurimetria propicia o aumento da eficiência na solução de litígios, permitindo aprimorar a tomada de decisões estratégicas, promovendo uma gestão mais eficaz.

3 sem

bernardosantos1556 3 sem Responder

haroldopereira94 3 sem Responder

Ver estatísticas Promover publicação



ce_pge_sp

ce_pge_sp Nos dias 12 e 13 de dezembro, a Coordenadoria de Administração, com o apoio do Centro de Estudos, promoveu o curso "Transformando ideias em resultados". A abertura contou com a presença da Dra. Inês Maria dos Santos Coimbra, Procuradora-Geral do Estado de São Paulo e Regina Esteves, Presidente da ComunidadeBR, que apresentaram a proposta do evento. O curso reiterou o compromisso da PGE com o planejamento estratégico, com apresentação dos principais projetos estratégicos da instituição. Uma grande oportunidade para conhecimento e engajamento de todos no crescimento e fortalecimento da nossa PGE!

Editada - 3 sem

Ver estatísticas Promover publicação

PRINCIPAIS NOTÍCIAS

PRINTS DO INSTAGRAM DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – 2024

SETEMBRO





NA IMPRENSA

MENU

g1

PRESIDENTE PRUDENTE E REGIÃO

TV MONTEA

Construído há mais de 80 anos, atual prédio da Procuradoria Regional do Estado de São Paulo é marco arquitetônico da história de Presidente Prudente





pgespoficial

Prédio histórico que abriga a PGE/SP de Presidente Prudente é destaque em reportagem do G1 como marco arquitetônico no aniversário da cidade.

16 sem

Ver estatísticas

Promover publicação



Gostos: erikashalleinemartins e 122 outras pessoas

16 de setembro de 2024

Adicionar comentário...

Publicar

PGE RECEBE NOVOS



PROCURADORES DA PGE/SP COMPLETAM 30 ANOS DE CARREIRA





pgespoficial

A PGE/SP parabeniza todos os procuradores do Estado de São Paulo que ingressaram na carreira em 1994 e agradece pela dedicação à instituição e ao interesse público nesses 30 anos.

16 sem

Ver estatísticas

Promover publicação



Gostos: erikashalleinemartins e 196 outras pessoas

16 de setembro de 2024

Adicionar comentário...

Publicar

marl_sarubbofragata Olha nós ali! Muito orgulho da minha/nossa carreira 🥰🥰🥰

16 sem 3 gostos Responder

valcfarias Como o tempo passou rápido. Orgulho de ser PGE/SP 🥰🥰🥰

16 sem 3 gostos Responder

miadv_concursos 🥰🥰🥰

16 sem 3 gostos Responder

mm.petrifarsky 🥰🥰

16 sem 3 gostos Responder

paulo1968 35 Parabéns a todos nós da turma de aprovados em 1994. Grande conquista pessoal e profissional para todos nós, cada um com sua história de vida. Orgulho da nossa caminhada!

16 sem 6 gostos Responder

carmencervantes27 Exatamente hoje, ingressamos nessa Instituição que nos proporcionou atuarmos em defesa dos

OUTUBRO



pgespoficial Audio original

pgespoficial Programa Vida Melhor em parceria com o Centro de Estudos trouxe, pela primeira vez, para a PGE/SP o curso de Capacitação de Socorrista em Saúde Mental-SSM para Procuradores e Servidores poderem identificar traços e comportamentos de risco, de insegurança psicológica e atuar na medida preventiva e educativa, realizado na última sexta-feira, 27/09.

14 sem

haroldopereira94 2 gostos Responder

miadv_concursos Excelente iniciativa, ainda mais nos tempos atuais 2 1 gosto Responder

mari_sarrubbofragata Que Bela iniciativa 3 1 gosto Responder

iniahealth_brasil Parabéns pela linda iniciativa 1 1 gosto Responder

aglancechini Excelente iniciativa da PGE -SP valorizando a saúde mental e cuidando do ser humano 3 3 gostos Responder

luciana_jobato Ótima iniciativa da PGE. Parabéns 1

Ver estatísticas Promover reel

Gostos: **dayane.castroadv** e 199 outras pessoas
1 de outubro de 2024

pgespoficial Audio original

pgespoficial Na tarde de ontem, o Centro de Estudos e o Núcleo de Gestão Estratégica de Pessoas e Qualidade de Vida no Trabalho, promoveram palestras sobre Assédio Moral e Sexual no Trabalho e O Impacto do Assédio na Autoestima

Confira no vídeo acima

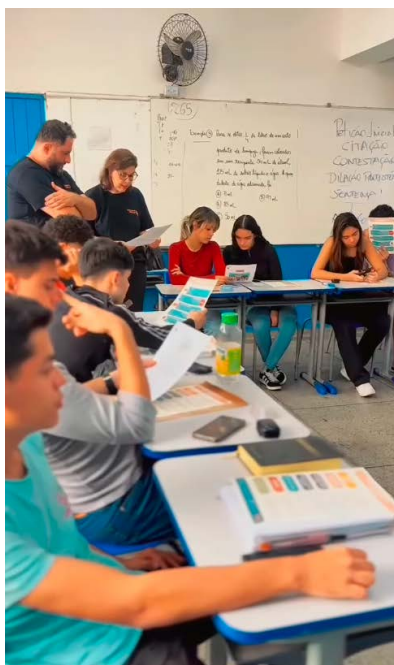
12 sem

viniciusdeoliveira52 5 1 gosto Responder

cristiane.cb Temas extremamente importante. falas incríveis 1 1 gosto Responder

Ver estatísticas Promover reel

Gostos: **erikashalleinemartins** e 63 outras pessoas
10 de outubro de 2024



pgespficial Audio original

pgespficial Programa Procurando Saber está de volta em sua terceira edição!

Trata-se de um programa promovido pela PGE/SP em parceria com a SEDUC e realiza aulas ministradas por procuradores do estado voluntários, para alunos do ensino médio da rede pública estadual. Os encontros são realizados em dois dias, sendo o primeiro mais voltado a atividades lúdicas e expositivas, e o segundo, focado no debate e simulação de um júri formado pelos estudantes.

Na edição de deste ano, além de procuradores da ativa, a PGE/SP também convidou procuradores aposentados a participarem da experiência de voluntariado, compartilhando suas vivências e desafios na carreira.

No vídeo você acompanha as atividades na escola Padre Anchieta, no Brás, com a participação dos seguintes procuradores do Estado: Dulce Myriam Caçapava França Hibide Claver - Subprocuradoria da Consultoria Jurídica e Carlos Caram Caill - Subprocuradoria do Contencioso Geral.

#pgesp #saopaulo #procurandosaber #advocaciapublica

12 sem

wesley_dourado_cordeiro 11 sem 1 gosto Responder

glauca_turkinha 10 sem Responder

Ver estatísticas Promover reel

Gostos: erikashalleinemartins e 72 outras pessoas

17 de outubro de 2024



pgespficial Audio original

pgespficial Confira no vídeo o Encontro de Núcleos de Serviço Público e Residual do Contencioso Geral, da PGE/SP, realizado nesta sexta-feira, 18/10, na sede da PGE/SP, em São Paulo.

11 sem

zilla.olivaroma 11 sem 4 gostos Responder

sg_juridico 11 sem 2 gostos Responder

prismenario 11 sem 3 gostos Responder

sylviakoga 11 sem 6 gostos Responder

Quero parabenizar também o trabalho da Assessoria de Comunicação e Imprensa da PGE que compartilhou esse momento. Valeu @eliane.moitinho e toda Equipe

Ver estatísticas Promover reel

Gostos: congebr e 246 outras pessoas

18 de outubro de 2024

NOVEMBRO



pgespficial e ce_pge_sp
Áudio original

pgespficial Nesta sexta-feira, 25/10, aconteceu o segundo dia do Encontro dos Servidores da PGE/SP, 2024, realizado pelo Centro de Estudos. Dinâmicas de integração e palestras marcaram a programação.

Abaixo, confira as palestras e os respectivos palestrantes:

- Construção do Futuro da PGE – Dra. Renata Santiago Pugliese
- O que é a 3ª fase do Planejamento Estratégico? – Maria Deusilene Teixeira Alves
- Comunica PGE – Anelise S. Beltrão
- Inova Dados – Lucas Amorim Leal
- Apis Escritório de Processos – Thais Barbosa de Oliveira
- PGE Digital 2023 – Igor Moraes Rocha
- Carreira + : Geovana de Oliveira Souza
- Engajamento Ativo – Rodrigo Lemos Curado

Editada · 10 sem

glauciane-franco 10 sem Responder

luciana_lobato_ 10 sem Responder

Ver estatísticas Promover reel

Gostos: ce_pge_sp e 154 outras pessoas
25 de outubro de 2024



pgespficial Na tarde desta quinta-feira, 31/10, a PGE/SP através do Centro de Estudos realizou a palestra "O Novo Marco Legal das Agências Reguladoras de São Paulo". A mesa foi composta pela procuradora geral do Estado de São Paulo, Inês Maria dos Santos Coimbra, pela subprocuradora geral da Consultoria Geral, Alessandra Obara e pelo procurador do Estado de São Paulo, Caio Cesar Alves Ferreira Ramos.

O tema foi exposto e debatido pela secretária de Meio Ambiente, Infraestrutura e Logística do Estado de São Paulo, Natália Resende, pelo diretor-presidente da ARTESP, André Insper, pelo professor e procurador do Estado do Rio de Janeiro, Gustavo Binenbojm, e pela professora pesquisadora e consultora na área de direito público, Juliana Palma.

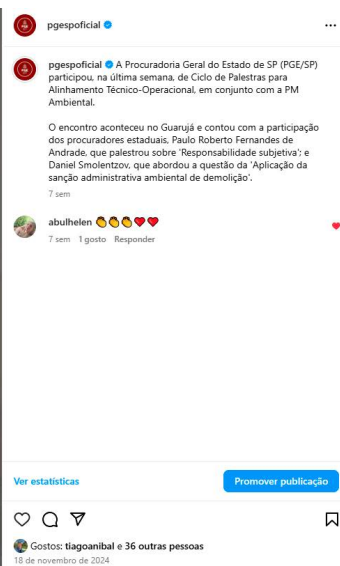
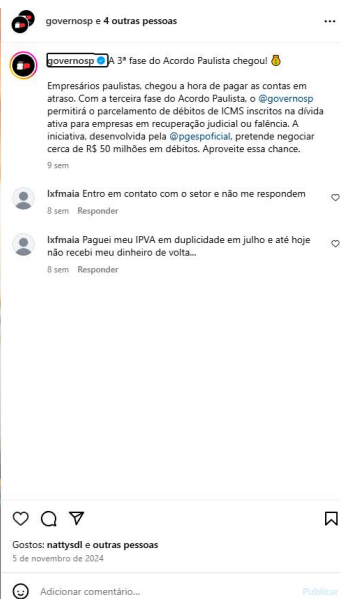
O evento foi aberto ao público em geral e contou com participantes de modo presencial e online.

Editada · 9 sem

vinciusdeoliveira52 9 sem 2 gostos Responder

Ver estatísticas Promover publicação

Gostos: leticianomaria86 e 150 outras pessoas
31 de outubro de 2024



DEZEMBRO



pgespoficial · Áudio original

pgespoficial ASG é uma sigla com o significado de Ambiental, Social e Governança. É um conjunto de padrões e boas práticas de gestão que as organizações podem adotar para se envolverem de forma sustentável, responsável socialmente e transparente

Pensando nisso, nesta sexta-feira, 29/11, a PGE/SP reuniu os grupos que tratam de diversidade, sustentabilidade, direitos humanos, qualidade de vida e integridade na Instituição, e realizou o I Encontro Ecossistema ASG, em parceria com o Centro de Estudos

Editada · 5 sem

bettinabuelau Maravilhoso! 🍌🍌🍌
5 sem · 2 gostos · Responder

_brunabsm 🍌🍌🍌
5 sem · 1 gosto · Responder

abulhelen ❤️❤️❤️❤️❤️ muito excelentes
5 sem · 1 gosto · Responder

[Ver estatísticas](#) [Promover reel](#)

👍👎🔄

Gostos: **ce_pge_sp** e 126 outras pessoas
29 de novembro de 2024



pgespoficial ·

pgespoficial Na última quinta-feira, 05/12, na sede da Escola Superior de Advocacia (ESA/SP), aconteceu a cerimônia de assinatura de acordo de cooperação entre o CEPGE e a ESA/SP, que tem por objetivo o intercâmbio didático-científico e cultural entre as instituições de ensino.

Foram ajustadas a promoção conjunta de atividades formativas, treinamentos e cursos destinados a Advogados, Procuradores do Estado e servidores da PGE/SP nas modalidades: telepresencial e EAD, além de intercâmbio de conhecimento em matéria de Advocacia pública.

O evento contou com a participação do Dr. Flávio Tartuce, Diretor da ESA/SP e da Dra. Cintia Byczkowski, Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudo, que assinaram o Acordo de Cooperação, que estreitará os laços acadêmicos entre as duas instituições de ensino. Participaram, também, o Dr. Ricardo Ferrari, presidente da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB/SP, Dr. Vítor Covolatto, Secretário Geral da mesma Comissão e o Dr. Valter Farid Antonio Junior, Coordenador da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

4 sem

[Ver estatísticas](#) [Promover publicação](#)

👍👎🔄

Gostos: **jair_santos80** e 79 outras pessoas
9 de dezembro de 2024

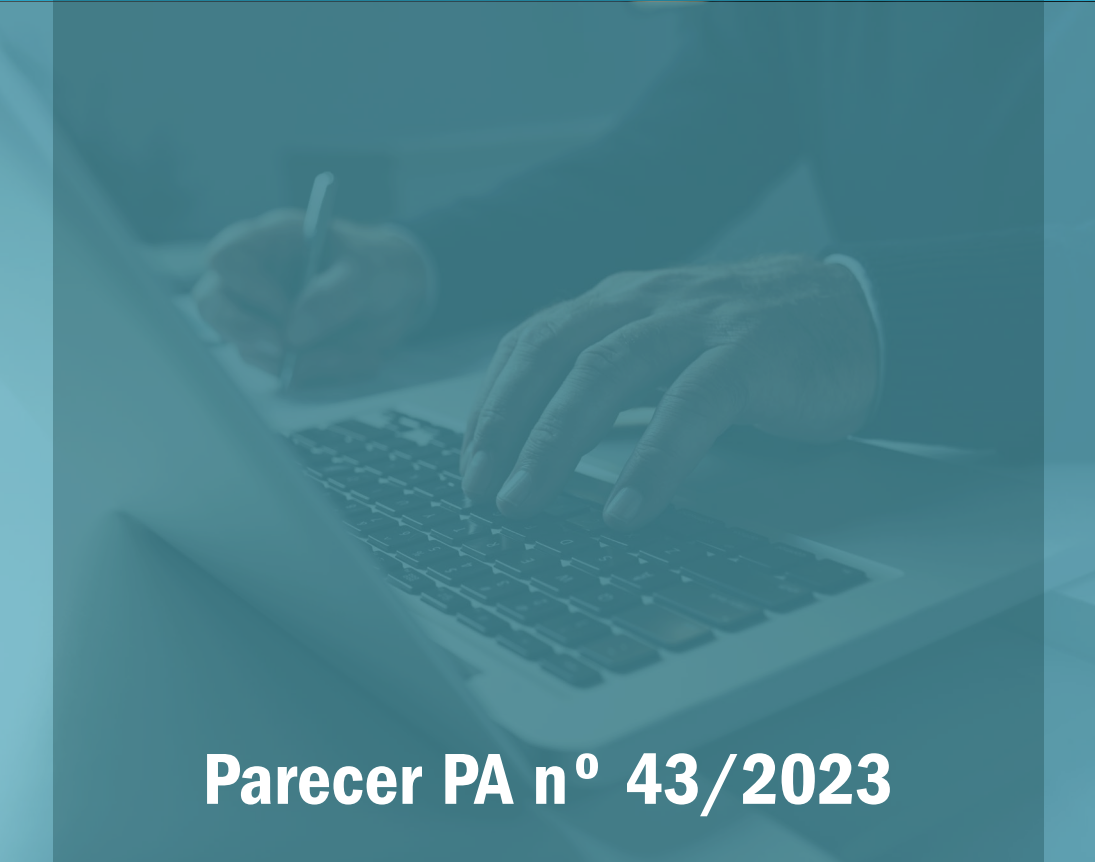


PGE/SP REALIZA MUTIRÃO PARA ATENDIMENTO PRESENCIAL DO ACORDO PAULISTA



PROCURADORA DA PGE/SP TOMA POSSE COMO DIRETORA PRESIDENTE DA SP ÁGUAS





Parecer PA nº 43/2023

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NA CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO. PESSOAS PRETAS, PARDAS E INDÍGENAS. IGUALDADE RACIAL. AÇÃO AFIRMATIVA. APLICABILIDADE IMEDIATA E MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. MATÉRIA NÃO SUJEITA À RESERVA LEGAL.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: 023.00006215/2023-80

INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

PARECER: PA nº 43/2023

EMENTA: **[PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NA CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO. PESSOAS PRETAS, PARDAS E INDÍGENAS. IGUALDADE RACIAL. AÇÃO AFIRMATIVA. APLICABILIDADE IMEDIATA E MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. MATÉRIA NÃO SUJEITA À RESERVA LEGAL.** Sob os influxos do princípio da igualdade substancial (artigos 1º, incisos III e V, 3º, incisos I e VIII, 4º, inciso VIII e 5º, *caput* e incisos XLI e XLII, da Constituição da República), da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto nº 10.932/2022), da Convenção nº 111, da OIT (Anexo XXVIII do Decreto nº 10.088/2019) e do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), é legítimo ao gestor optar pela política pública que, no caso concreto, demonstrar maior efetividade para a promoção da igualdade racial, em detrimento daquela prevista na legislação estadual para a generalidade das situações. **PECULIARIDADES DA CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO.** Enquadramento constitucional da Advocacia Pública entre as funções essenciais à Justiça. Artigo 132 da Constituição da República e artigo 98 da Constituição Estadual, que revelam especial

1 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

deferência ao concurso de ingresso na carreira de Procurador. Artigo 9º da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, internalizada nos termos do artigo 5º, § 3º, da CR/1988, que eleva a integração das minorias raciais nas carreiras jurídicas a mandamento constitucional. Demonstrada a superioridade do método de cotas (reserva de vagas) em relação ao método de preferências (pontuação diferenciada), previsto na Lei Complementar nº 1.259/2015 e disciplinado no Decreto nº 63.979/2018, para a promoção da igualdade racial no contexto do concurso de ingresso na carreira de Procurador do Estado de São Paulo, a adoção do primeiro exsurge como política pública juridicamente possível.】

1. Trata-se de consulta em que o Gabinete da Procuradora Geral do Estado questiona a possibilidade de “adotar o método de cotas (reserva de vagas) em detrimento do método de preferências (pontuação diferenciada) como ação afirmativa em seu 23º concurso de ingresso à Carreira de Procurador do Estado”.

2. A questão jurídica se coloca pois, embora a legislação estadual discipline apenas o método de pontuação diferenciada como política pública vocacionada a promover a igualdade racial no âmbito do serviço público paulista, o Parecer Técnico nº 1/2023 (fls. 01/30) indica que, “considerando **as especificidades dos concursos públicos para as carreiras jurídicas**, a técnica de igualação denominada cotas raciais é mais hábil a garantir que candidatos pretos, pardos e indígenas (PPI) possam ter, concretamente, a mesma possibilidade dos brancos de serem alçados ao cargo de Procurador do Estado” (fls. 31/38).

Feito o relato do essencial, passo a opinar.

Parecer PA nº 43/2023

2 de 29

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

3. A análise acerca da possibilidade jurídica da utilização do método de cotas raciais como ação afirmativa no 23º concurso de ingresso à carreira de Procurador do Estado de São Paulo, no lugar do método de pontuação diferenciada, previsto na legislação paulista para a generalidade dos concursos públicos, está a demandar o exame das diversas normas que regem o assunto, bem como das principais decisões judiciais que se debruçaram sobre o tema da promoção da igualdade racial na sociedade brasileira.

4. Antes de dar início a essa tarefa, porém, cumpre trazer a lume as seguintes lições do i. MIN. CELSO DE MELLO, que devem guiar quaisquer estudos a respeito do tema em debate:

[...] a questão das quotas étnicas não pode (e não deve) ser tratada de maneira inconsequente, porque de seu adequado tratamento depende a proteção jurisdicional de milhões de pessoas que continuam a sofrer inaceitável processo de exclusão que as coloca, injustamente, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais.

De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais, como aqueles proporcionados pelas políticas de ação afirmativa, cujos altos objetivos, por efeito de sua própria vocação constitucional, consistem em dar efetividade e expressão concreta a políticas e a programas de inclusão.

É preciso proclamar, desse modo, que assiste à população negra uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades.

Toma-se imperioso afirmar, por isso mesmo, que toda pessoa tem direito a ter direitos, assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa de ver tais direitos efetivamente implementados em seu benefício.

É que, Senhora Presidente, sem se considerar que a Constituição impõe ao Estado o dever de atribuir aos desprivilegiados – verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional – a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social, não se tornará possível construir a igualdade nem realizar a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I).

[...] cabe reconhecer que a adoção de mecanismos compensatórios, fundados em políticas públicas de ação afirmativa, tem por explícita finalidade contribuir para a realização, no plano material, do princípio constitucional da igualdade, além de revelar extrema fidelidade à exigência, que é também constitucional, de viabilizar a promoção do bem-estar de todos, de erradicar a marginalização e de fazer respeitar o postulado da dignidade da pessoa humana, em ordem a permitir que se construa, em nosso País, uma sociedade justa, uma sociedade livre, uma sociedade fraterna, uma sociedade solidária.

Busca-se, enfim, por esses meios, compensar situações de desnível que historicamente se registraram e que ainda, lamentavelmente, subsistem no Brasil.

3 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

[ADC nº 41, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 08/06/2017; g.n.].

5. Demonstrada, assim, a máxima importância do assunto sob exame, que diz respeito à concretização dos mais relevantes pilares sobre os quais o nosso Estado de Direito foi edificado, cumpre dar início ao estudo da questão jurídica posta.

I – ARCABOUÇO NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL.

I.1 – A CENTRALIDADE DA IGUALDADE RACIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. A APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE IMPÕEM AO PODER PÚBLICO A OBRIGAÇÃO DE PROMOVÊ-LA.

6. A Constituição da República de 1988 consagra a **igualdade racial** como um dos principais vetores do Estado Democrático de Direito em que vivemos.

7. Com efeito, já no preâmbulo, ao “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a **justiça** como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social”, o Constituinte originário está a enunciar compromisso inafastável com a igualdade em sua dimensão substancial.

8. Deveras, para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, decerto não basta o mero reconhecimento do direito à igualdade. É preciso mais: faz-se imperiosa a efetiva **promoção** desse direito, por meio das mais diversas ações estatais hábeis a tornar nossa sociedade mais inclusiva.

9. Do mesmo modo, ao contemplar, no artigo 1º, a **dignidade da pessoa humana** (inciso III) e o **pluralismo político** (inciso V), entre os fundamentos do Estado de Direito recém-inaugurado, o Constituinte está a revelar que a



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

igualdade entre as pessoas, sem o que não há que se falar em vida digna¹, e a participação de todos, independentemente da raça, na construção da sociedade brasileira, são pressupostos de qualquer atuação estatal legítima.

10. A seu turno, o artigo 3º da Constituição, ao prever, entre os objetivos da República, a construção de “uma **sociedade livre, justa e solidária**” (inciso I) e a promoção do “**bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**” (inciso VIII), também está a consagrar a igualdade em sua dimensão material, redistributiva, que a todos impõe um agir voltado à concretização da igualdade racial².

11. Bem por isso, ao examinar tal norma, a MIN.
CÁRMEN LÚCIA observou:

Todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente a mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a **Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído.**

[g.n.]

12. Ainda a demonstrar o alto grau de comprometimento do Constituinte com a promoção da igualdade racial, o inciso VIII do artigo 4º prevê o “**repúdio ao racismo**” como um dos princípios que deverão reger a República Federativa do Brasil nas relações internacionais.

13. E, como não poderia deixar de ser, o artigo 5º da Lei Maior, principal sede dos direitos e garantias fundamentais, contém relevantes comandos vocacionados à concretização da igualdade racial, *in verbis*:

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,** garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

¹ O MIN. ROBERTO BARROSO, observa que “da dignidade humana resulta que todas as pessoas são fins em si mesmas, possuem o mesmo valor e merecem, por essa razão, igual respeito e consideração” [ADC nº 41, j. 08/06/2017].

² *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade*. Revista de informação legislativa, Brasília, ano 33, nº 131, 1996. p. 289.

5 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

.....
XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[g.n.]

14. Ou seja, afora garantir a todas as pessoas tratamento igualitário “perante a lei” (*caput*), o artigo 5º da Constituição estabelece mandamento antidiscriminatório dirigido tanto ao legislador (inciso XLI) quanto às pessoas em geral (inciso XLII).

15. Note-se que a repulsa do Constituinte à discriminação racial sobressai novamente incontroversa da **criminalização do racismo**, qualificado como “crime inafiançável e imprescritível”. Segundo o MIN. MARCO AURÉLIO³, “nem a passagem do tempo, nem o valor ‘segurança jurídica’, estabilidade nas relações jurídicas, suplantam a ênfase dada pelo nosso legislador constituinte de 1988 a esse crime odioso, que é o crime racial”.

16. Pois bem. De todos esses dispositivos, é possível extrair a centralidade conferida à promoção da igualdade racial pela Constituição de 1988, que não se limita a consagrar o princípio da igualdade racial em sua dimensão formal, que impõe o tratamento igualitário perante a lei e veda os comportamentos discriminatórios. A Constituição Cidadã, tomando por premissa a inaceitável situação de desigualdade racial que assola nosso país desde os tempos da escravidão⁴, vai além, consagrando a dimensão material da igualdade, que impõe a todos, máxime ao legislador e ao administrador, uma conduta ativa para a superação desse estado de coisas.

³ ADPF nº 186, Rel. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 26/04/2012.

⁴ Quanto ao ponto, em voto proferido no julgamento da ADPF nº 186, o MIN. LUIZ FUX anotou: “A situação de desigualdade decorre de um histórico de segregação e mazelas, em que a abolição da escravatura apenas serviu para trocar o negro de senhor: passou a ser escravo de um sistema feito para que nada mude, apesar das mudanças. [...] a abolição do regime escravocrata ocorrida no final do século XIX, embora tenha suprimido formalmente a submissão do negro, não apagou o código racial que até hoje viceja dissimuladamente nas relações sociais do País. Sua perpetuação foi facilitada pela inexistência de qualquer política inclusiva das etnias afrodescendentes logo após o fim da mão de obra cativa. O preconceito e a discriminação, embora desde então não mais ostensivos ou institucionalizados, passaram a fazer vítimas em silêncio, camuflados sob o mito da “democracia racial”, tão propalada pela obra de Gilberto Freyre”.

6 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

17. Nesse sentido, o i. professor DANIEL

SARMENTO⁵ leciona:

A igualdade objetivada pela Constituição de 88 não é apenas formal, mas também material ou substantiva. Ela não se limita a proibir discriminações em desfavor de grupos estigmatizados. A igualdade é vista como uma meta a ser perseguida pelo Estado, que deve agir positivamente para promovê-la, buscando a redução das desigualdades presentes não apenas na economia, como também na cultura, na política e nas relações sociais em geral. Como destacou o STF, “não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade”. Essa conclusão pode ser extraída da enunciação dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, proclamados no art. 3º, em que figuram “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). Nota-se que o constituinte empregou verbos de ação ao tratar da igualdade, porque partiu da premissa de que ela, no Brasil, não é um dado da realidade, mas algo que deve ser construído, por meio da ação enérgica do Estado e da sociedade. [...] No Brasil, é evidente a adoção da perspectiva da antissubordinação. Afinal, como já dito, a Constituição de 88 é clara ao adotar um projeto de transformação social, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva. E, para incluir os excluídos, é essencial atuar objetivando remediar as injustiças existentes, com base não apenas em instrumentos universais, como também por meio de medidas focalizadas, que envolvem a criação de tratamento mais favorável aos integrantes desses grupos oprimidos. É o que registrou o STF no julgamento da ADI nº 3.330: “A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade”.

[g.n.]

18. À altura, cumpre ter em vista que o Brasil é signatário da **Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância**, promulgada pelo Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022, e dotada de **hierarquia constitucional**, porquanto aprovada pelo Congresso Nacional nos termos do artigo 5º, § 3º, da Lei Maior⁶.

19. Dentre as premissas para a elaboração do

⁵ Em parecer intitulado “Mulheres no Poder Judiciário e Discriminação de Gênero: criação de política de ação afirmativa para acesso de juízas aos tribunais de 2º grau como imperativo constitucional”, proferido aos 29 de agosto de 2023, diante de consulta formulada pelo Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

⁶ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

7 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pjeweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

instrumento, consta que os Estados Partes estariam

CONVENCIDOS de que os princípios da igualdade e da não discriminação entre os seres humanos são conceitos democráticos dinâmicos que propiciam a promoção da igualdade jurídica efetiva e pressupõem uma **obrigação por parte do Estado de adotar medidas especiais para proteger os direitos de indivíduos ou grupos que sejam vítimas da discriminação racial em qualquer esfera de atividade**, seja pública ou privada, com vistas a promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, bem como combater a discriminação racial em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais [...].

[g.n.]

20. A discriminação racial contra a qual os Estados Partes se insurgem não se restringe, porém, à ideia de discriminação direta, que nos termos do artigo 1.1 do diploma “é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes”. De acordo com o artigo 1.2, abrange, ainda, a ideia de **discriminação racial indireta**, que

é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

21. Com isso, é certo que os Estados signatários da Convenção se comprometem a agir não apenas contra a discriminação racial intencional, mas também contra aquela que se dá com a utilização de critérios aparentemente neutros que, no entanto, acabam por ocasionar desvantagens a grupos estigmatizados⁷.

22. Assim, sob o pressuposto de que incumbe aos Estados atuar contra todas as formas de discriminação racial, a Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância estabelece:

⁷ É o caso, por exemplo, dos processos seletivos que se valem de critérios puramente objetivos, incidentes sobre todos os candidatos, indistintamente, e que acabam por perpetuar desigualdades históricas.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Artigo 5

Os Estados Partes comprometem-se a adotar as políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos. Tais medidas ou políticas não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto desta Convenção, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo.

Artigo 6

Os Estados Partes comprometem-se a **formular e implementar políticas cujo propósito seja proporcionar tratamento equitativo e gerar igualdade de oportunidades para todas as pessoas**, em conformidade com o alcance desta Convenção; entre elas políticas de caráter educacional, medidas trabalhistas ou sociais, ou qualquer outro tipo de política promocional, e a divulgação da legislação sobre o assunto por todos os meios possíveis, inclusive pelos meios de comunicação de massa e pela internet.

Artigo 9

Os Estados Partes comprometem-se a **garantir que seus sistemas políticos e jurídicos reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades, a fim de atender às necessidades legítimas de todos os setores da população, de acordo com o alcance desta Convenção.**

[g.n.]

23. Inquestionável, portanto, que nosso ordenamento jurídico impõe ao poder público, em **norma de status constitucional**, a adoção das **ações afirmativas** necessárias para assegurar o pleno gozo dos direitos fundamentais às pessoas sujeitas à discriminação racial, inclusive por meio de políticas cujo propósito seja proporcionar tratamento equitativo e gerar igualdade de oportunidades a todos.

24. E, especificamente quanto ao tema do presente estudo, que diz respeito à adoção de política pública vocacionada a promover a igualdade racial no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, a Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância é certa: **ao poder público incumbe atuar no sentido de “garantir que os sistemas jurídicos reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades, a fim de atender às necessidades legítimas de todos os setores da população”.**

25. Ou seja, o comando normativo, reconhecendo as desigualdades existentes na sociedade contemporânea, impõe aos Estados que adotem medidas hábeis a garantir que o sistema jurídico, ao qual incumbe a responsabilidade

9 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

última pela tutela dos direitos e garantias fundamentais, seja tão plural quanto a sociedade que deve tutelar. **A integração das minorias raciais nas carreiras jurídicas exsurge, assim, como mandamento constitucional.**

26. Ora, considerando que, nos termos do § 2º do artigo 5º da Constituição da República, as referidas normas encerram garantias fundamentais, de rigor concluir, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo, que os comandos nelas veiculados têm **aplicabilidade imediata**⁸⁻⁹, isto é, cobram aplicação independentemente do advento de lei que as discipline.

27. Consoante observou o MIN. MARCO AURÉLIO, em voto proferido no julgamento da ADPF nº 186, que teve por objeto o exame da constitucionalidade de ação afirmativa levada a efeito por universidade pública com o fito de promover a igualdade racial em processos seletivos para acesso ao ensino superior,

em relação aos direitos e às garantias individuais, a Carta de 1988 tornou-se, desde que promulgada, autoaplicável, incumbindo aos responsáveis pela supremacia do Diploma Máximo do País buscar meios para torná-lo efetivo. Consoante o § 2º desse mesmo artigo 5º, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e, aqui, passou-se a contar com os denominados direitos e garantias implícitos ou insertos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

28. Daí que **o dever de implementar políticas públicas hábeis a promover a igualdade racial, destacadamente nos processos seletivos para ingresso nas carreiras jurídicas, recai sobre todas as esferas do poder público de modo imediato, sem que necessária seja a prévia mediação legislativa.**

29. Não se pode olvidar, contudo, que mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988 nosso ordenamento contava com comando vocacionado a garantir a promoção da igualdade racial no âmbito dos concursos públicos.

⁸ § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁹ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁹ GEORGE MARMELESTEIN adverte que a cláusula da aplicação imediata “é a consagração do princípio da máxima efetividade, que é inerente a todas as normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos. Ela é o reconhecimento formal por parte do constituinte de que os direitos fundamentais têm força jurídica especial e potencializada” [Curso de Direitos Fundamentais. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 312].



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

30. De fato, no plano infraconstitucional, a Convenção nº 111 da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24 de novembro de 1964, e promulgada em 19 de janeiro de 1968, há muito prescreve: “qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor **compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria**” (artigo 2º).

31. Na mesma trilha, já na vigência da Constituição Cidadã, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010) estabeleceu:

Art. 39. **O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.**

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

§ 4º As ações de que trata o caput deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

§ 5º Será assegurado o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres negras.

§ 6º O poder público promoverá campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural.

§ 7º O poder público promoverá ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização.

[g.n.]

32. Com lastro em tais diplomas normativos e nos mandamentos previstos no texto original da Lei Maior, mesmo antes da internalização da Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, a jurisprudência pátria vinha afirmando a legitimidade das ações afirmativas voltadas à promoção da igualdade racial no âmbito dos concursos públicos, independentemente da existência de previsão da medida em lei específica.

11 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

I.2 – A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS UTILIZADAS EM PROCESSOS SELETIVOS PÚBLICOS COM O FITO DE PROMOVER A IGUALDADE RACIAL. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À RESERVA DE LEI.

33. Instado a examinar a constitucionalidade dos programas de ação afirmativa que estabelecem sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a **ADPF nº 186**¹⁰, que porta a seguinte ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, *CAPUT*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, *CAPUT*, 205, 206, *CAPUT*, I, 207, *CAPUT*, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas

¹⁰ Rel. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 26/04/2012.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. [Rel. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 26/04/2012, g.n.].

34. No voto condutor do julgado, o MIN. RICARDO LEWANDOWSKI alertou que o emprego de critérios puramente objetivos para a seleção de candidatos às vagas do ensino público superior no mais das vezes ocasionará inaceitável discriminação racial indireta. Veja-se:

[...] critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes.

Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos.

35. E prosseguiu ponderando que se “toda a seleção, em qualquer que seja a atividade humana, baseia-se em algum tipo de discriminação”, a legitimidade dos critérios empregados deve, necessariamente, guardar “estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles”. Por isso a reserva de vagas com base em critérios étnico-raciais para o acesso ao ensino superior, vocacionada a promover a igualdade racial nesse âmbito, conta com pleno respaldo constitucional.

36. Na mesma toada, o MIN. LUIZ FUX destacou a insuficiência das políticas universalistas, que não são capazes de promover justiça racial, também concluindo pela regularidade da política de cotas raciais para acesso ao ensino público superior:

[...] políticas universalistas (i.e., desapegadas a aspectos raciais) de melhoria das condições econômico-sociais da população não são *suficientes* para combater a disparidade de índices de desenvolvimento humano entre brancos e negros no Brasil. **É que a injustiça racial opera não apenas no campo da distribuição das riquezas produzidas em sociedade. Envolve também uma significativa dimensão de reconhecimento, essencialmente cultural ou simbólica.** Os problemas de reconhecimento dizem respeito ao modo como determinados grupos são enxergados no contexto social, têm que ver com a sua identidade e auto-estima coletivas (cf. FRASER, Nancy. “Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça”. In: *Igualdade, Diferença*

13 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

e *Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp.188-212).

Daí por que, segundo Daniel Sarmento, “para promover os direitos fundamentais dos afrodescendentes é necessário combater nestes dois fronts – distribuição e reconhecimento” (SARMENTO, Daniel. “A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação ‘De Facto’ Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa”. In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141). **Isso requer a necessária conjugação de medidas universalistas e iniciativas racialmente conscientes para equalização das relações étnicas no Brasil. Não se trata de preferir uma estratégia a outra, mas sim de empregá-las concertadamente.**

[g.n.]

37. Ainda seguindo essa linha de raciocínio, a

MIN. ROSA WEBER lecionou:

A igualdade, é consabido, se apresenta, na construção do constitucionalismo moderno, por dois enfoques: formal e material. A igualdade formal é a igualdade perante a lei. É aquela que permite que todos sejam tratados, em abstrato, da mesma forma, independentemente de critérios outros que não o seu reconhecimento como sujeito de direito. Se todos têm os mesmos direitos e obrigações, todos são igualmente livres para realizar suas próprias perspectivas de vida, respeitada a máxima segundo a qual, no plano do indivíduo, o que não é proibido é permitido. Mas, por ser uma igualdade formal, com idêntico tratamento em normas gerais e abstratas, trata-se de igualdade presumida, enquanto desconsidera processos sociais concretos de formação de desigualdades.

Identificadas essas desigualdades concretas, a presunção de igualdade deixa de ser benéfica e passa a ser um **fardo**, enquanto impede que se percebam as necessidades concretas de grupos que, por não terem as mesmas oportunidades, ficam impossibilitados de galgar os mesmos espaços daqueles que desfrutam de condições sociais mais favoráveis. E, **sem igualdade mínima de oportunidades, não há igualdade de liberdade**. Inegavelmente as possibilidades de ação, as escolhas de vida, as visões de mundo, as chances econômicas, as manifestações individuais ou coletivas específicas são muito mais restritas para aqueles que, sob a presunção da igualdade, não têm consideradas suas condições particulares.

Necessária se faz, então, a intervenção do Estado, que tem ocorrido em especial por meio das chamadas ações afirmativas. É preciso adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter seu papel benéfico. Assim, a desigualdade material, que justifica a presença do Estado nas relações sociais, só se legitima quando identificada concretamente, a impedir que determinado grupo ou parcela da sociedade usufrua das mesmas chances de acesso às oportunidades sociais de que beneficiários outros grupos. Se as oportunidades são limitadas, é necessário que todos os indivíduos e todos os grupos tenham chances equivalentes de usufruí-las. Uma vez que tal situação está em perspectiva, só então é dado ao legislador e ao aplicador do Direito voltar a presumir a igualdade em razão do igual tratamento legal. Em outros termos, às vezes se fazem necessários tratamentos desiguais em determinadas questões sociais ou econômicas para que o resto do sistema possa presumir que todos são iguais nas demais esferas da sociedade.

[g.n.]

38. Por seu turno, o MIN. MARCO AURÉLIO

14 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

contribuiu para os debates lembrando que a própria Constituição de 1988 prevê ações afirmativas vocacionadas à concretização da igualdade substancial, para rematar que “a meritocracia sem ‘igualdade de pontos de partida’ é apenas uma forma velada de aristocracia”. Confira-se:

A Carta agasalha amostragem de ação afirmativa, por exemplo, no artigo 7º, inciso XX, ao cogitar da proteção de mercado quanto à mulher e ao direcionar à introdução de incentivos; no artigo 37, inciso III, ao versar sobre a reserva de vaga – e, portanto, a existência de quotas –, nos concursos públicos, para os deficientes; no artigo 170, ao dispor sobre as empresas de pequeno porte, prevendo que devem ter tratamento preferencial; no artigo 227, ao fazê-lo também em relação à criança e ao adolescente. Quanto ao artigo 208, inciso V, há de ser interpretado de modo harmônico com os demais preceitos constitucionais. A cláusula “segundo a capacidade de cada um” somente pode fazer referência à igualdade plena, considerada a vida pregressa e as oportunidades que a sociedade ofereceu às pessoas.

39. Mais tarde, no julgamento da **ADC nº 41**, instado a examinar a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, que reservou a pessoas negras 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos no âmbito da administração pública federal, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos.

1.1. Em primeiro lugar, a **desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.**

1.2. Em segundo lugar, **não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.**

1.3. Em terceiro lugar, **a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão.** A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii)

15 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.

2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “*É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa*” [Rel. MIN. ROBERTO BARROSO, j. 08/06/2017].

40. Ao proferir o voto condutor do v. aresto, o MIN. ROBERTO BARROSO houve por bem destacar os estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA que demonstram que os métodos usualmente empregados para a seleção de servidores públicos têm limitado consideravelmente o acesso das pessoas pretas às vagas disponibilizadas à população em geral, o que autoriza concluir pela legitimidade da medida de desequiparação promovida pela Lei nº 12.990/2014. Veja-se:

Especificamente em relação ao serviço público, Nota Técnica do IPEA elaborada para subsidiar a discussão do projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.990/2014, trouxe dados reveladores. **Mesmo no setor público, em que são empregados critérios supostamente impessoais de seleção, os negros ocupam majoritariamente as carreiras e posições de menor qualificação e prestígio e têm níveis de rendimento inferiores, quando comparados com servidores públicos brancos com o mesmo nível de escolaridade. Nas carreiras mais valorizadas, que exigem curso superior e que oferecem melhores remunerações, servidores negros são pouco presentes.** Na diplomacia, apenas 5,9% são negros. Na Advocacia Geral da União, somente 15%. E na Defensoria Pública, são 19,5%. Já nas carreiras menos valorizadas, como as de suporte técnico em vários órgãos federais, de nível médio, o percentual de negros é maior, de quase 40%.

34. A eloquência dos números demonstra que a ideia de democracia racial representa uma máscara que tem dificultado tremendamente o enfrentamento dos processos históricos e culturais de discriminação contra a população

16 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

afrodescendente. É preciso desconstruir a ideia romântica e irreal de que somos uma sociedade homogeneizada pela miscigenação e de que aqui transcendemos a questão racial. [...].

35. Portanto, **diante da persistência das desigualdades enfrentadas pela população afrodescendente, evidenciada em todos os indicadores sociais, há fundamento constitucionalmente legítimo para a desequiparação promovida pela Lei nº 12.990/2014. Afinal, a reserva de vagas para negros no serviço público se volta a combater o racismo estrutural presente na sociedade brasileira, na linha dos compromissos firmados pela Constituição de 1988 com a promoção da igualdade em seu sentido material, com a redução das desigualdades e com o combate ao racismo (CF/1988, arts. 3º, III e 5º, caput e XLII).**

[g.n.]

41. Além de afirmar a aderência do diploma normativo às dimensões formal e substancial da igualdade, o MIN. ROBERTO BARROSO sublinhou o papel da **igualdade como reconhecimento**, que, como explica, “significa respeitar as pessoas nas suas diferenças, mas procurar aproximá-las, igualando as oportunidades”. Segundo ele, “a política afirmativa instituída pela Lei nº 12.990, de 2014, tem esse papel da igualdade como reconhecimento”, na medida em que “há uma dimensão simbólica importante que é a de ter negros ocupando posições de destaque na sociedade brasileira”¹¹.

42. No tocante ao argumento de que a reserva de vagas para o ingresso de pessoas pretas no serviço público estaria a impingir mácula aos princípios do concurso público e da eficiência, previstos no artigo 37 da Constituição da República, o relator do julgado foi enfático:

[...] **a reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/2014 não viola os princípios do concurso público e da eficiência.** A reserva de vagas para negros não constitui uma modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se em cargo ou emprego na administração pública federal sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento. Ao contrário, **como qualquer outro candidato, o beneficiário das cotas deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer o cargo em questão.** Além disso, **a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, permite sua realização em maior extensão, na medida em que pode contribuir para que todos os pontos de vista e interesses da comunidade e de seus membros sejam considerados na tomada de decisões estatais.**

¹¹ Em outra passagem, o i. Ministro acrescenta: “Além desse papel simbólico, há um efeito importante sobre a autoestima das pessoas. Eu insisto nessa questão da autoestima, porque, quando ela existe, ela cria uma resistência ao preconceito dos outros. Passa a ser uma realidade que vem de dentro, e as coisas verdadeiras na vida são as que vêm de dentro. Se você não introjeta o preconceito dos outros, você não o absorve também. Portanto, a ideia de ter símbolos de sucesso, ascensão e acesso a cargos importantes para as pessoas pretas e pardas tem esse papel de influenciar a autoestima das comunidades negras. Por fim, evidentemente, há o papel de que o pluralismo e a diversidade tornam qualquer ambiente melhor e mais rico”.

17 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

[g.n.]

43. Na mesma trilha, o MIN. ALEXANDRE DE MORAES observou que a utilização do método de reserva de vagas nos concursos públicos tem por fundamento o princípio da igualdade, que “deve ser aplicado como um dos princípios básicos da administração pública, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, juntamente com a impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e todos os preceitos previstos nos diversos incisos do referido artigo, inclusive aqueles referentes aos concursos públicos”.

44. Releva destacar, ainda, o teor do voto do MIN. EDSON FACHIN, que lança luzes sobre a **aplicabilidade imediata da política de cotas raciais**, decorrência direta da consagração da igualdade racial pela Constituição de 1988. Em suas palavras:

[...] essa **política de cotas raciais se aplica, com todas as vênias às percepções em sentido contrário, direta e imediatamente a todos os órgãos e instituições da Administração Pública**. E isso porque, nos termos da Constituição, **direitos e garantias individuais não têm essa mediação necessária**. E, onde há diferença, a diferença que se excepciona precisa ter assento constitucional para distinguir aquilo que o próprio legislador constitucional tenha distinguido.

[...] O art. 1º da Lei 12.990 estabelece a reserva de vagas no âmbito da “administração pública federal”. Seria possível imaginar uma interpretação que restringisse esse sintagma apenas ao Poder Executivo, porquanto, tendo sido a lei proposta pela Presidência da República, não seria possível aplicá-la aos demais poderes.

No entanto, essa interpretação afigurar-se-ia inconstitucional. Como já se aduziu nesse voto, o qual, em síntese, acolhe os fundamentos do precedente firmado na ADPF 186, **o sistema de cotas dá pleno cumprimento ao princípio da igualdade material, um dos pilares do art. 3º da Constituição Federal**. Trata-se de direito que, em verdade, sequer depende de lei para ser efetivamente cumprido.

Nesse sentido, é preciso observar que na ADPF 186 o objeto de impugnação não era a lei em sentido estrito, mas Resoluções Administrativas da Universidade de Brasília.

Além disso, **quando do julgamento do RE 570.392, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe 18.02.2015, Tema 29 da Repercussão Geral, o Tribunal assentou que “não é privativa do Chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na Administração Pública: leis com esse conteúdo normativo dão concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade do art. 37, caput, da Constituição da República, que, ademais, têm aplicabilidade imediata**, ou seja, independente de lei”. Em seu voto a Ministra Relatora assentou:

“Se os princípios do art. 37, caput, da Constituição da República sequer precisam de lei para serem obrigatoriamente observados, não há vício de iniciativa legislativa em norma editada com o objetivo de dar eficácia específica àqueles princípios e estabelecer casos nos quais, inquestionavelmente, configurariam

18 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

comportamentos administrativamente imorais ou não-isonômicos”.
Noutras palavras, a regra relativa à iniciativa legislativa aplica-se apenas aos casos em que a obrigação imposta por lei não deriva automaticamente da própria Constituição. Tal interpretação deve ainda ser corroborada pelo disposto no art. 5º, § 1º, da CRFB, segundo o qual os direitos e garantias previstos na Constituição têm aplicação imediata.

[g.n.]

45. Aderindo a essa orientação, o MIN. LUIZ FUX chegou a afirmar que “como essa política pública é calcada no preâmbulo da Constituição Federal, eu entendo que não há peculiaridade local de município nem de Estado que permita a não adoção desse critério. Então, em maior extensão, eu não só aplico essa regra a todos os Poderes, como também a todas as unidades federadas”.

46. Conquanto essa exegese por demais ampliativa esposada pelo i. Ministro carioca não tenha sido acolhida pelos demais julgadores, que optaram por restringir a incidência do diploma examinado à seara federal¹², permite entrever entendimento pacificado na Corte Suprema, ainda antes do advento da Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, no sentido de que **o emprego de políticas públicas vocacionadas a fazer valer a igualdade material decorre de comando constitucional dotado de autoaplicabilidade, que independe de previsão legal específica.**

47. Nessa direção, interessante anotar que, ao julgar o RMS nº 26.071¹³, o Supremo Tribunal Federal concluiu que, apesar de o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, não contemplar a visão univalente entre as causas ensejadoras da caracterização de deficiência hábil a fazer incidirem os benefícios previstos nesse diploma legal, seria legítimo o enquadramento do candidato portador de visão univalente dentre aqueles que fazem jus à reserva de vagas em concurso público. E isso porque essa condição estaria a impor desigualdade que, por imperativo constitucional, deve ser necessariamente superada

¹² Sobre o assunto, o MIN. DIAS TOFFOLI aduziu: “Também não adiro à proposta de estender automaticamente a disciplina da Lei nº 12.990/2014 aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, visto que o diploma também é claro ao afirmar que a reserva de vagas se restringe aos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração direta e indireta da União, devendo ser resguardada a autonomia dos entes federativos”.

¹³ Da ementa do v. acórdão extrai-se que “a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988”. [1ª T., Rel. MIN. AYRES BRITO, j. 13/112007].

19 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

por ação do poder público. Do voto da MIN. CÁRMEN LÚCIA, colhe-se:

Os decretos citados são parâmetros confiáveis para a Administração Pública dar o tratamento adequado àqueles que são considerados deficientes físicos, posto serem indispensáveis para se evitar abusos de toda ordem – como, por exemplo, quem usa óculos passar a ser considerado deficiente físico. Entretanto, compete ao Poder Judiciário interpretar as normas vigentes no sentido de dar efetividade ao princípio da isonomia, o que, no presente caso, impõe ser reconhecido como fundamento da decisão a ser tomada, pois a deficiência configura fator de discriminação e de inacessibilidade ou, no mínimo, de ampliação considerável da dificuldade de acesso às oportunidades que são ofertadas para o crescimento individual e profissional dos interessados que comparecem ao concurso público.

48. Não é outra a opinião do professor DANIEL SARMENTO¹⁴, para quem “em determinados contextos, a instituição das políticas de ação afirmativa representa um verdadeiro **dever constitucional**, e não mera faculdade política”. Segundo ele,

Afinal, em face de desigualdade estrutural e persistente, há o dever estatal de combatê-la. A inércia diante desse dever pode caracterizar inconstitucionalidade, pela proibição de proteção deficiente de direitos fundamentais. Como disse o Min. Dias Toffoli, para incluir os historicamente excluídos, “*uma política destinada a reduzir as desigualdades fáticas [...] não é apenas compatível com a Constituição Federal, sendo uma exigência do princípio da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal*”.

49. Importante observar que foi sob a premissa de que incumbe ao poder público atuar em prol da concretização da igualdade, operando para superar as discriminações indiretas independentemente de mediação legislativa, que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, aos 26 de setembro de 2023, adotou política pública concebida para promover a igualdade de gênero no âmbito dos tribunais brasileiros de 2º grau.

50. A valer, por meio do **Ato normativo CNJ nº 0005605-48.2023.2.00.0000**, considerando que “de acordo com levantamento realizado em 2023 pelo CNJ, as mulheres, embora constituam cerca de 51% da população brasileira, representam somente 38% da magistratura, sendo 40% no 1º grau de jurisdição e 21,2% no 2º grau, sem a possibilidade de se estabelecer uma tendência de crescimento de tais

¹⁴ Em parecer intitulado “Mulheres no Poder Judiciário e Discriminação de Gênero: criação de política de ação afirmativa para acesso de juízas aos tribunais de 2º grau como imperativo constitucional”, proferido aos 29 de agosto de 2023, diante de consulta formulada pelo Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

percentuais à luz das séries históricas aferidas”, o Colegiado aprovou a Resolução nº 525, de 27 de setembro de 2023, que acrescentou à Resolução nº 106/2010 o seguinte dispositivo:

Art. 1º-A No acesso aos tribunais de 2º grau que não alcançaram, no tangente aos cargos destinados a pessoas oriundas da carreira da magistratura, a proporção de 40% a 60% por gênero, as vagas pelo critério de merecimento serão preenchidas por intermédio de editais abertos de forma alternada para o recebimento de inscrições mistas, para homens e mulheres, ou exclusivas de mulheres, observadas as políticas de cotas instituídas por este Conselho, até o atingimento de paridade de gênero no respectivo tribunal.

§ 1º Para fins de preenchimento das vagas relativas à promoção pelo critério de merecimento, os quintos sucessivos a que alude o art. 3º, § 1º, aplicam-se a ambas as modalidades de edital de inscrição (misto ou exclusivo de mulheres) e devem ser aferidos a partir da lista de antiguidade, com a observância da política de cotas deste Conselho.

§ 2º Para fins de aplicação do art. 93, II, a, da Constituição Federal, a consecutividade de indicação nas listas triplíces deve ser computada separadamente, conforme a modalidade de edital aberto (exclusivo ou misto), salvo a hipótese de magistrada que tenha figurado em lista mista, considerando-se consecutiva a indicação de: a) magistrado ou magistrada que figurou em duas listas seguidas decorrentes de editais com inscrições mistas, independentemente do edital de inscrição exclusiva de mulheres que tenha sido realizado entre eles; b) magistrada que figurou em duas listas seguidas, decorrentes de editais com inscrições exclusivas de mulheres, independentemente do edital de inscrição misto que tenha sido realizado entre eles; c) magistrada que figurou em duas listas seguidas decorrentes, uma de edital de inscrição exclusiva para mulheres e outra de edital de inscrição mista, ou vice-versa.

§ 3º Ficam resguardados os direitos dos magistrados e das magistradas remanescentes de lista para promoção por merecimento, observados os critérios estabelecidos nesta Resolução quanto à formação de listas triplíces consecutivas.

§ 4º Para a aferição dos resultados, o CNJ deverá manter banco de dados atualizado sobre a composição dos tribunais, desagregado por gênero e cargo, especificando os acessos ao 2º grau de acordo com a modalidade de editais abertos.

§ 5º As disposições deste artigo não se aplicam às Justiças Eleitoral e Militar.

51. Impende perceber que sequer o fato de o acesso aos tribunais de 2º grau estar disciplinado em norma constitucional que não faz qualquer alusão ao possível emprego de política pública vocacionada a promover a igualdade de gênero – o artigo 93 – intimidou o CNJ a fazê-lo, também a despeito da inexistência de previsão legal específica que o amparasse. E isso porque, repise-se: **a adoção de ações afirmativas com o fito de superar as discriminações indiretas decorre diretamente do mandamento constitucional que consagra a igualdade material, norma de aplicabilidade imediata.**

52. Diante desse panorama, afigura-se possível

21 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

elencar as principais diretrizes firmadas a respeito da utilização de políticas afirmativas destinadas a promover a igualdade racial no âmbito dos concursos públicos, quais sejam: (i) a Constituição da República, nos artigos 1º, incisos III e V, 3º, incisos I e VIII, 4º, inciso VIII e 5º, *caput* e incisos XLI e XLII, atribui centralidade à promoção da igualdade racial, incumbindo o poder público de concretizá-la por meio da adoção de políticas públicas adequadas; (ii) a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto nº 10.932/2022), dotada de hierarquia constitucional, atribui ao poder público o dever de implementar políticas públicas hábeis a promover a igualdade racial, destacadamente nos processos seletivos para ingresso nas carreiras jurídicas, sem que necessária seja a prévia mediação legislativa; (iii) antes mesmo da internalização desse diploma, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que a adoção do critério de cotas raciais nos concursos públicos, com o fito de superar a discriminação indireta constatada nesse setor, encontra pleno amparo constitucional e, por decorrer de norma de aplicabilidade imediata, independe de intermediação legal (ADPF nº 186 e ADC nº 41).

53. Donde se extrai que, **ao realizar concurso para admissão de servidores públicos em setor no qual constatada a presença deficitária de pessoas pretas, pardas e indígenas, o gestor público estará jungido a, independentemente de previsão legal específica, adotar política pública adequada à promoção da igualdade racial no caso concreto.**

II – ANÁLISE DO CASO CONCRETO - A IGUALDADE RACIAL E O ACESSO AOS CARGOS DE PROCURADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. O DEVER DO GESTOR DE ADOTAR A POLÍTICA PÚBLICA MAIS EFICIENTE À PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL. AS PECULIARIDADES DAS CARREIRAS JURÍDICAS E, EM ESPECIAL, DA CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO.

54. Conforme despacho de fls. 31/34, da lavra da i. DRA. FLÁVIA DELLA COLETTA DEPINE, Procuradora do Estado Assessora, dados apresentados pelo Departamento de Recursos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo indicam que “6,4% dos Procuradores são autodeclarados negros – sendo



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

5,5% pardos e 0,9% pretos – e cerca de 90% são brancos”, enquanto “a população do Estado de São Paulo, de acordo com levantamento do censo de 2010 do IBGE, é composta por cerca de 34,9% de negros – sendo 29,4% pardos e 5,4% pretos – e 63,7% de brancos”.

55. Esse cenário revela, sem sombra para dúvidas, situação de **acentuada desigualdade racial no âmbito desta Instituição**, cujos integrantes não espelham a diversidade da população a que servem.

56. Logo, com fincas nas normas constitucionais que consagram o dever de promoção da igualdade racial, principalmente nos artigos 5º, 6º e 9º da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, que impõem ao poder público que implemente políticas públicas hábeis a garantir que os sistemas jurídicos “reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades”, é certo que **incumbe à Procuradoria Geral do Estado, independentemente de previsão legal específica, adotar ação afirmativa adequada à promoção da igualdade racial no 23º Concurso de Ingresso na Carreira de Procurador do Estado**¹⁵.

57. Ocorre que, na órbita estadual, vigora a Lei Complementar nº 1.259, de 15 de janeiro de 2015, que autorizou o Poder Executivo a “instituir sistema de pontuação diferenciada para pretos, pardos e indígenas em concursos públicos destinados à investidura em cargos e empregos no âmbito do serviço público paulista” (artigo 1º).

58. Esse diploma foi regulamentado pelo Decreto nº 63.979, de 19 de dezembro de 2018, que preceitua:

Artigo 1º - Fica instituído, na forma da Lei Complementar estadual nº 1.259, de 15 de janeiro de 2015, o sistema de pontuação diferenciada para pretos, pardos e indígenas, em concursos públicos e processos seletivos destinados à investidura em cargos e empregos no âmbito da Administração Direta e Indireta do Estado, **mediante acréscimos percentuais na pontuação final dos candidatos**

¹⁵ Pelas mesmas razões, jamais acedemos à tese outrora propugnada no âmbito desta Instituição, no sentido de que a regulamentação da Lei Complementar Estadual nº 1.259, de 15 de janeiro de 2015, seria *conditio sine qua non* para o emprego de ação afirmativa vocacionada a promover a igualdade racial no âmbito do 22º Concurso de ingresso à Carreira de Procurador do Estado.

23 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

beneficiários, em cada fase do concurso público, conforme fatores de equiparação especificados neste decreto.

§ 1º - Fica estabelecido como meta para a Administração Pública Estadual elevar a porcentagem de pretos, pardos e indígenas nos quadros de pessoal da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, de modo a atingir parâmetros análogos aos da participação deste grupo na população total do Estado de São Paulo, de acordo com os dados constantes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 2º - A porcentagem de participação de servidores pretos, pardos e indígenas a que se refere o § 1º deste artigo, deverá ser observada em dada classe de cargos e empregos públicos, ou carreiras públicas, e não na totalidade do quadro de pessoal da Administração Pública Estadual.

[g.n.]

59. À luz desses normativos seria natural intuir que a Procuradoria Geral do Estado estaria jungida a adotar, como ação afirmativa vocacionada a promover a igualdade racial em concurso para a carreira, o sistema de pontuação diferenciada, eleito pelo legislador como o método a ser utilizado pelos integrantes da Administração estadual.

60. Todavia, a i. Procuradora Geral do Estado, DRA. INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA, ciente de que as demais carreiras jurídicas¹⁶ têm se valido do método de cotas para selecionar seus integrantes e certa do dever ético e jurídico de agir para concretizar a igualdade racial no âmbito da Instituição de que é gestora¹⁷, solicitou estudo técnico a fim de esclarecer qual o método mais eficiente para garantir o acesso das pessoas pretas, pardas e indígenas à Procuradoria Geral do Estado.

61. A conclusão a que chegou o Parecer Técnico nº 1/2023, conforme adrede mencionado, indica que **“considerando as especificidades dos concursos públicos para as carreiras jurídicas, a técnica de igualação denominada cotas raciais é mais hábil a garantir que candidatos pretos, pardos e indígenas (PPI) possam ter, concretamente, a mesma possibilidade dos brancos de serem alçados ao cargo de Procurador do Estado”**.

¹⁶ No Estado de São Paulo, a Magistratura, o Ministério Público e a Defensoria Pública se valem da política pública de cotas para a promoção da igualdade racial nas respectivas carreiras.

¹⁷ O MIN. CEZAR PELUSO, no julgamento da ADPF nº 186, ponderou que, em decorrência da consagração da igualdade racial no texto da Lei Maior, a “responsabilidade ética e jurídica do Estado e da sociedade é adotar políticas públicas que respondam a esse déficit histórico, na tentativa de desenvolver um processo - que, por definição, não se realiza num dado momento, mas que se faz e aperfeiçoa ao longo do tempo - capaz de viabilizar a desejada igualdade material e, portanto, de desfazer a injustiça histórica de que os negros são vítimas no Brasil”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

62. Ora, demonstrado que o sistema de cotas é mais adequado à promoção da igualdade racial no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, creio que não haja empecilho à sua utilização no 23º Concurso para ingresso na carreira de Procurador do Estado de São Paulo.

63. Ao contrário, nessas circunstâncias, utilizar o modelo de política pública previsto na legislação estadual, cujo resultado mais se aproximaria dos critérios de neutralidade tradicionalmente aplicados nos certames públicos, seria compactuar, em algum grau, com a discriminação racial indireta.

64. Lembre-se: a aplicabilidade imediata e a máxima efetividade de que se revestem as garantias constitucionais impõem ao poder público “**o dever de adotar instrumentos efetivos de redução das desigualdades e de inclusão social**”. Essas as palavras da i. MIN. ROSA WEBER:

[...] realizar a constituição se traduz no laborar pela construção de uma sociedade plural, livre de preconceitos e solidária. Em suma, além de incontáveis outros objetivos previstos no texto constitucional, emprestar força normativa à Constituição é caminhar incansavelmente em busca do aperfeiçoamento da sociedade e da ampliação dos espaços democráticos, permitindo na medida do máximo possível a promoção do bem de todos, essência da vida em sociedade. Tal tarefa, entendo, se mostra irrealizável tão somente no nível do discurso, impondo a todos e em particular ao Estado um agir, na hipótese **o dever de adotar instrumentos efetivos de redução das desigualdades e de inclusão social**.

[ADC nº 41, g.n.]

65. Sendo assim, se, por imperativo constitucional, o gestor está obrigado a adotar política pública **adequada** à promoção da igualdade racial para a seleção dos integrantes das carreiras jurídicas, independentemente de lei específica que o ampare, decerto estará também jungido a adotar a política pública que, no caso concreto, **melhor** satisfaça tal objetivo, a despeito da existência de lei que estabeleça sistemática diversa para a generalidade das carreiras.

66. Nesse ponto, cabe destacar as peculiaridades de que se reveste a Procuradoria do Estado, carreira de *status* constitucional, contemplada pela Lei Maior entre as **funções essenciais à Justiça**, que a apartam consideravelmente das demais carreiras que compõem a Administração estadual. Veja-se:

25 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

[g.n.]

67. Ao examinar o tratamento conferido pelo Constituinte às procuradorias dos estados, CELSO RIBEIRO BASTOS¹⁸ lecionou:

Um dos méritos da Constituição Federal de 1988 consiste em ter definido, com rigor, o papel institucional a ser desempenhado pelas Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal.

De fato, nas décadas anteriores, houve uma hesitação sobre o exato posicionamento do advogado quando em defesa do Poder Público. Para uns predominaria, nessa situação, o papel do mero burocrata, ou, se quisermos, do servidor público comparado aos demais. Outros, de sua parte, preferiam ver a função do advogado e do consultor das unidades federadas desempenhada por profissionais liberais sem vínculos funcionais com o Poder Público, regendo-se a sua relação com este pelas leis do Código Civil e pela legislação própria da carreira do advogado. Seria, portanto, uma contratação de serviço e não uma integração ao Poder Público.

É evidente que as duas soluções propostas padeciam de manifestas insuficiências. A primeira, por não reconhecer o vulto e justa dimensão do que significa representar judicialmente o Estado e prestar-lhe a consultoria jurídica.

Tal atividade, além da condição óbvia de bacharel em direito, demanda uma integração ao Poder Público, para que este possa, efetivamente, contar com um defensor livre das âleas normais de um mero contrato de locação de serviços.

Há, pois, uma continuidade na prestação da defesa judicial e uma permanente responsabilidade de quem exerce essa atividade perante o Poder Público, de tal sorte que este só terá defesa suficiente e cabal dos seus interesses se a investitura do advogado resultar acumulada de ônus, mas também servida por vantagens, tais como a estabilidade no serviço público e, até certo ponto, a inamovibilidade.

¹⁸ *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 – 4º volume – Tomo IV*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 229/235.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

[...] Nessa linha de ideias, há que se pôr em destaque o texto de Jari Vargas, a seguir transcrito, inclusive pelo supedâneo que procura no eminente Ministro Celso de Mello:

“Releva-se, pois, a importância no mundo jurídico da posição do advogado público, no âmbito da administração, tais os contornos determinantes oriundos da atual Constituição Federal que atribui ao Procurador do Estado a exclusividade da defesa judicial e consultoria jurídica do Estado, extraindo-se a premissa de que a sua posição não pode mais ser incompreendida e depreciada, como se o Procurador do Estado fosse simplesmente equiparado ao funcionário comum.

É preciso assinalar, portanto, que a Constituição Federal, no artigo 132, ao dispor que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial das respectivas unidades federadas, conferiu expressamente a esses singulares agentes públicos atribuições reservadas, com funções de inegável caráter institucional, com representação judicial e extrajudicial da pessoa jurídica de direito público, e de superior assessoria e consultoria jurídica de exclusivo interesse do Estado. [...]”.

[...]. Ao nos referirmos às Procuradorias, sempre tivemos como consideração basilar o papel fundamental exercido pela advocacia pública. Todavia, para que esta revele com sua atividade resultados satisfatórios que todos esperam fazer mister a operacionalização de seu atuar por meio de uma “concretização” de suas atividades funcionais. Precisando a assertiva colocada, lembramos as palavras de Adelmo Fioranelli Júnior, que sabiamente teceu considerações relevantes sobre o dispositivo constitucional em análise:

“Momento da revisão constitucional proporciona motivação ainda mais intensa para a discussão de temas relevantes ao aproveitamento das instituições democráticas.

A Procuradoria Geral do Estado como função essencial à Justiça é um desses temas. Nesse contexto, insere-se de modo profundo a necessidade de valorização da advocacia pública.

A valorização da advocacia pública (em geral) e da Procuradoria Geral do Estado (em particular) passa necessariamente pela concretização das seguintes dimensões da experiência funcional: o aprimoramento da formação dos advogados públicos, sob aspecto técnico-humanístico, bem como sua integração nas carreiras; a conscientização da missão do advogado público, na defesa do interesse público e da sociedade; o desenvolvimento de uma ética própria para a advocacia pública, fundada no Estado de Direito, com base nos valores da democracia, da Justiça e da solidariedade social; o estudo, reflexão e aplicação dos princípios – constitucionais pertinentes à função do advogado público; o estímulo ao convívio e à cooperação entre novos integrantes das carreiras e a edificação das bases que permitirão aos advogados públicos atuar como agentes da evolução das Instituições e do Estado.

[g.n.]

68. Note-se que o artigo 132 da Constituição da

República alude expressamente ao concurso para ingresso na carreira de Procurador do Estado, a demonstrar o tratamento especial conferido pela Lei Maior a tais certames. Confira-se:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o **ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases**, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

27 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

[g.n.]

69. De modo parelho, a Constituição Estadual estabelece:

Artigo 98 - A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

§1º - Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos artigos 132 e 135 da Constituição Federal.

§2º - Os Procuradores do Estado, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica na forma do "caput" deste artigo. [...]

[g.n.]

70. Essa deferência do Constituinte à Procuradoria do Estado e ao concurso para ingresso na carreira, somada ao mandamento contido na Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, que atribui ao poder público o especial dever de implementar políticas públicas hábeis a promover a igualdade racial nas carreiras jurídicas, certamente estão a autorizar que a Procuradoria Geral do Estado se aparte das demais carreiras que compõem o Executivo estadual, para estabelecer ação afirmativa comprovadamente mais adequada para fazer valer a igualdade racial no âmbito dos concursos para ingresso na carreira de Procurador do Estado de São Paulo.

71. Registre-se que o método de cotas, ao contrário do método de pontuação diferenciada, previsto na legislação paulista para a generalidade dos concursos públicos, conta com legitimação constitucional, porquanto expressamente previsto no artigo 37, inciso VIII¹⁹, como ação afirmativa adequada à promoção da igualdade em prol das pessoas com deficiência.

¹⁹ VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

28 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

72. Por todo o exposto, conclui-se que, demonstrada a superioridade do método de cotas em relação ao método de preferências para a promoção da igualdade racial no contexto do 23º Concurso de Ingresso na Carreira de Procurador do Estado de São Paulo, a adoção do primeiro exsurge como política pública juridicamente possível.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 21 de novembro de 2023.

Juliana de Oliveira Duarte Ferreira
Procuradora do Estado



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

GDOC: 023.00006215/2023-80

INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: PARECER PA nº 43/2023

Ao examinar consulta formulada pelo Gabinete da Procuradoria Geral a respeito da possibilidade de ser adotado o método de reserva de vagas em detrimento do método de pontuação diferenciada como ação afirmativa no 23º concurso de ingresso à carreira de Procurador do Estado, o judicioso **Parecer PA nº 43/2023**, da lavra da Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa, principiou enumerando as principais diretrizes já firmadas no ordenamento jurídico pátrio a respeito das políticas afirmativas destinadas a promover a igualdade racial em concursos públicos, a saber:

(i) a Constituição da República, nos artigos 1º, incisos III e V, 3º, incisos I e VIII, 4º, inciso VIII e 5º, caput e incisos XLI e XLII, atribui centralidade à promoção da igualdade racial, incumbindo o poder público de concretizá-la por meio da adoção de políticas públicas adequadas; (i) a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto nº 10.932/2022), dotada de hierarquia constitucional, atribui ao poder público o dever de implementar políticas públicas hábeis a promover a igualdade racial, destacadamente nos processos seletivos para ingresso nas carreiras jurídicas, sem que necessária seja a prévia mediação legislativa; (iii) antes mesmo da internalização desse diploma, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que a adoção do critério de cotas raciais nos concursos públicos, com o fito de superar a discriminação indireta constatada nesse setor, encontra pleno amparo constitucional e, por decorrer de norma de aplicabilidade imediata, independe de intermediação legal (ADPF nº 186 e ADC nº 41).

Com essas premissas, concluiu que “ao realizar concurso para admissão de servidores públicos em setor no qual constatada a presença deficitária de pessoas pretas, pardas e indígenas, o gestor público estará jungido a, independentemente de previsão legal específica, adotar política pública adequada à promoção da igualdade racial no caso concreto.”.

Aplicando aludida conclusão ao caso concreto submetido a exame, à vista da instrução procedimental e nos limites das atribuições do órgão consultivo, a i. parecerista destacou o *status* constitucional de que se reveste a carreira de

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por ALESSANDRA OBARA SOARES DA SILVA, em 22/11/2023 às 18:28:29 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/9818F5A0-7B48-44A0>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO GABINETE DO PROCURADOR GERAL

Procurador do Estado, “contemplada pela Lei Maior entre as **funções essenciais à Justiça**, que a apartam consideravelmente das demais carreiras que compõem a Administração estadual”¹, para indicar que uma vez “demonstrada a superioridade do método de cotas em relação ao método de preferências para a promoção da igualdade racial no contexto do 23º Concurso de Ingresso na Carreira de Procurador do Estado de São Paulo, a adoção do primeiro exsurge como política pública juridicamente possível.”.

Por anuir com a orientação jurídica traçada no opinativo em análise, elevo o expediente à apreciação da Senhora Procuradora Geral do Estado, com recomendação para aprovação do **Parecer PA nº 43/2023**.

São Paulo, 22 de novembro de 2023

ALESSANDRA OBARA SOARES DA SILVA
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA GERAL

¹ Destaque do original.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Gabinete da Procuradora Geral

PROCESSO: 023.00006215/2023-80
INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
ASSUNTO: PARECER - RESERVA DE VAGAS PARA CONCURSO

1. Aprovo o alentado **Parecer PA n° 43/2023**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

2. Como se vê do parecer ora aprovado, o ordenamento jurídico nacional “atribui ao poder público o especial dever de implementar políticas públicas hábeis a promover a igualdade racial nas carreiras jurídicas”, autorizando, desse modo, que a Procuradoria Geral do Estado estabeleça ação afirmativa comprovadamente mais adequada para fazer valer a igualdade racial no âmbito dos seus concursos.

3. Nesse sentido, conforme evidenciado pela i. parecerista, cabe ao gestor público, constatada a desigualdade racial, independentemente de previsão legal específica, adotar a política pública adequada à promoção da igualdade racial no caso concreto.

4. Considerando a orientação jurídica traçada no Parecer PA n° 43/2023 e a conclusão alcançada pelo Parecer Técnico n° 1/2023, encaminhem-se cópias dos referidos pareceres à Presidente da Comissão do 23° Concurso de Ingresso na Carreira de Procurador do Estado, para ciência, instrução do Processo SEI n° 0001.00003543/2023-55 e adoção das providências destinadas à elaboração do edital.

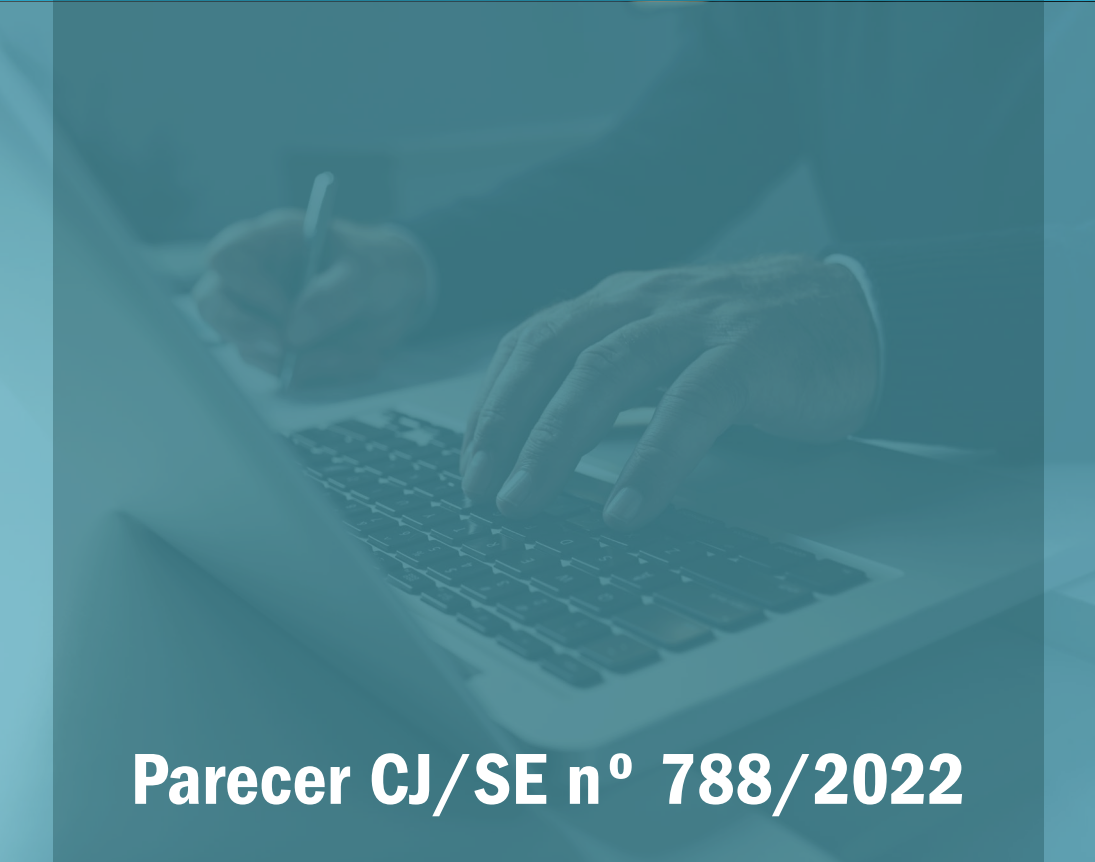
5. Adotada a providência aludida no item anterior, restitua-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para adoção das medidas de estilo.

GPG, em 29 de novembro de 2023.

INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA

Procuradora Geral do Estado

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA DE ALMEIDA PRADO, em 29/11/2023 às 15:25:05 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/5AE4AB8C-F5E7-42D5>



Parecer CJ/SE nº 788/2022

EDUCAÇÃO E ENSINO. DISCRIMINAÇÃO. Consulta formulada por Diretoria de Ensino sobre a possibilidade da frequência de sanitário feminino por aluno homossexual. Regramento sobre utilização de banheiros determinada por usos e costumes vigentes e reforçadas com normas decorrentes do poder disciplinar da Administração.

PARECER CJ/SE Nº 788/2022

PROCESSO: SEDUC-EXP-2022/626836

INTERESSADO: DIRETORIA DE ENSINO - REGIÃO DE JOSÉ BONIFÁCIO

PARECER: CJ/SE n.º 788/2022

EMENTA: EDUCAÇÃO E ENSINO. DISCRIMINAÇÃO. Consulta formulada por Diretoria de Ensino sobre a possibilidade da frequência de sanitário feminino por aluno homossexual. Regramento sobre utilização de banheiros determinada por usos e costumes vigentes e reforçadas com normas decorrentes do poder disciplinar da Administração. Distinção dos banheiros por gênero, baseada em aspectos relacionados ao pudor e à prevenção de violência sexual. Possibilidade de utilização do banheiro conforme a identidade de gênero correspondente, o que não se confunde com a orientação sexual. Responsabilidade da equipe de gestão escolar em garantir ao aluno o direito ao respeito e salvaguardar seu bem-estar físico e psicossocial, por meio de outras medidas administrativas e pedagógicas. Alerta quanto à responsabilização criminal ou infracional por condutas discriminatórias, nos termos da Lei nº 7.716/89, por força da decisão do STF na ADO nº 26/DF e sobre a possibilidade de responsabilização administrativa, nos termos da Lei Estadual nº 10.948/2001. Constituição da República: art. 3º, IV; art. 206, I; art. 227. Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.394/96: art. 3º, I e IV; Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90: art. 17; art. 18; art. 53; art. 103. Resolução SE nº 56/2016.

À Douta Chefia da Consultoria Jurídica,

1. Cuida-se de consulta formulada pela Diretoria de Ensino da Região de José Bonifácio, consubstanciada na seguinte manifestação (fls. 02):

“Temos um aluno homossexual que quer usar o banheiro feminino de uma escola por não se sentir à vontade para usar o banheiro masculino. Precisamos de orientação e fundamentação legal quanto ao caso supracitado.”

2. Com esses singelos elementos, vêm os autos para exame desta Consultoria Jurídica.

É o relatório. Opino.

3. Observo, preliminarmente, que a análise a ser feita por esta Consultoria Jurídica limita-se aos aspectos técnico-jurídicos da questão suscitada, não ingressando nos aspectos de conveniência, oportunidade ou adequação técnico-administrativa das medidas a ela referentes, visto que tal matéria foge à expertise e à competência legal deste órgão jurídico.

4. Ressalto, inicialmente, a precariedade dos elementos informativos e documentais da consulta, motivo pelo qual a resposta será igualmente genérica.

4.1. O questionamento vem desacompanhado da devida contextualização e de informações relevantes, tais como: qual a Unidade Escola; qual a estrutura da UE (quantas instalações sanitárias); quais as etapas educacionais atendidas; qual a idade do aluno; se a família do aluno está ciente do pleito; se houve relato de violência contra o aluno; se a direção escolar propõe alguma solução; se houve envolvimento de outros alunos e familiares na questão; se o Conselho de Escola está ciente etc.

5. Apesar da carência de informações, acima retratada, tentaremos estabelecer algumas balizas, do ponto de vista jurídico, para nortear a conduta administrativa.

6. De início, observo que é princípio da educação nacional a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (art. 206, I da CRFB/88) e o “respeito à liberdade e apreço à tolerância” (art. 3º, incisos I e IV da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – g.n.). Tais preceitos, aliás, são decorrências diretas do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV da CRFB/88 – g.n.).

7. Igualmente alinhado a tal objetivo está o dever constitucional da família, da sociedade e do Estado de “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227 da CRFB/88 – g.n.).

8. Vale lembrar também que a “criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa” e que também fazem jus ao

direito ao respeito, que consiste “na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.” Portanto, é dever de todos – inclusive das autoridades escolares – “velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (artigos 17, 18 e 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente – g.n.).

9. Estabelecido esse quadro normativo, passemos ao exame da questão submetida.

10. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que não há regra legal única que imponha, de forma taxativa, o regime de utilização de equipamentos sanitários em ambientes públicos, tais como escolas, hospitais etc.

10.1. Tais regras de utilização são decorrentes de usos e costumes sociais, por vezes reforçados por normas que a Administração emite, com base no seu poder disciplinar, quando se trata de promover a disciplina interna dos estabelecimentos estatais.

10.2. A diferenciação dos sanitários pelo gênero – masculino ou feminino – é estabelecida com base nas convenções sociais relativas ao pudor e, a depender do contexto social, à proteção de grupos vulneráveis e especialmente sujeitos à violência sexual, como as mulheres e as crianças.

10.3. Vale lembrar também que, mais recentemente, graças ao reconhecimento social e legal do direito de acesso das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, os equipamentos de uso público ou coletivo passaram a contemplar também os sanitários PCD, com acesso independente (art. 22 do Decreto nº 5.296/2004).

11. A divisão dos sanitários com base no gênero passou a ser alvo de debate relativamente recente, em razão do reconhecimento de que tal conceito – **gênero** – é uma construção de natureza sociocultural, sendo que há indivíduos cujo comportamento não corresponde àquele convencionalmente atribuído ao sexo biológico ou que com ele não se identifiquem. Dessa constatação, surgem os conceitos de “expressão de gênero” e de “identidade de gênero.”

11.1. Vale à pena, para fins de melhor compreensão, transcrever os conceitos constantes em Cartilha “Diversidade Sexual e Cidadania LGBTQIA+”, editada pela Secretaria da Justiça e Cidadania:¹

1 Disponível em: <<https://justica.sp.gov.br/wp-content/uploads/2022/06/Cartilha-Diversidade-Sexual-1.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

1.5. EXPRESSÃO DE GÊNERO: É como a pessoa se manifesta publicamente, independente da sua orientação sexual, papel e identidade de gênero, por meio do seu nome, da vestimenta, do estilo de cabelo, dos comportamentos, da forma de falar e/ou linguagem corporal.

[...]

1.6. IDENTIDADE DE GÊNERO: É a percepção íntima que uma pessoa tem de si como sendo do gênero masculino, feminino ou de alguma combinação dos dois, independente do sexo biológico.

A identidade traduz o entendimento que a pessoa tem sobre ela mesma, como ela se descreve, reconhece-se e deseja ser reconhecida socialmente.

Resumindo, é a identificação subjetiva da pessoa, ou seja, é a forma como ela se identifica no mundo e para o mundo.

De forma geral, podemos encontrar as seguintes identidades de gênero:

Cisgênero: pessoa cuja identidade de gênero está alinhada ao seu sexo biológico. Aquelas que são biologicamente mulheres e possuem identidade de gênero feminina ou biologicamente homens que possuem identidade de gênero masculina.

Transgênero: terminologia normalmente utilizada para descrever pessoas que transitam entre os gêneros. Contudo, há quem utilize esse termo para se referir apenas àquelas pessoas que não se identificam nem como travestis, nem como mulheres transexuais e nem como homens trans, mas que vivenciam as suas expressões de gêneros de maneira não convencional.

Mulheres Transexuais e Homens Trans: pessoa que possui uma identidade. A pessoa transexual “é aquela que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento. As pessoas transexuais podem ser homens ou mulheres, que procuram se adequar à identidade de gênero.” (REIS, 2018, p.30) de gênero diferente do seu sexo biológico.

12. A questão do reconhecimento de **outras identidades** que não apenas aquelas alinhadas ao sexo biológico coloca em questão a tradicional divisão do uso de equipamentos pelo binômio masculino / feminino.

12.1. O tema passa a ter relevância jurídica quando determinado grupo se sente discriminado pelo tratamento que lhe é oferecido, sem levar em consideração a sua **identidade** – ou seja, o “entendimento que a pessoa tem sobre ela mesma, como ela se descreve, reconhece-se e deseja ser reconhecida socialmente”.

12.2. Ora, a identidade de uma pessoa refere-se à dimensão intersubjetiva, ou seja, o ponto de encontro entre sua autopercepção e a percepção de sua subjetividade pelo grupo social a que pertence.

12.3. A rejeição da autopercepção da pessoa pelo grupo social equivale à sua própria negação enquanto sujeito, com prejuízo de sua dignidade pessoal. Tal atitude pode conduzir à autodepreciação, marginalização e, em última instância, à própria aniquilação da pessoa, seja por deflagrar processos autodestrutivos, seja por sujeitá-la a atos de violência física, facilitados por sua invisibilização.

12.4. É triste o registro, mas vale lembrar que o Brasil é o país em que mais se pratica violência contra pessoas LGBTQUIA+. Em relação especificamente à população trans, o Brasil registrou de janeiro de 2008 a setembro de 2021, 1641 homicídios, o que equivale a 40% das ocorrências no planeta,² em gritante contraste com sua participação na população mundial, de apenas 2,69%.

12.5. Vale lembrar que a questão do uso de banheiros com base na identidade de gênero é objeto de julgamento ainda não concluído no Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 845.779, com repercussão geral reconhecida. Nestes autos, a Procuradoria-Geral da República emitiu parecer favorável à pretensão indenizatória de vítima de discriminação, valendo a leitura de sua ementa:

1 - Tese de Repercussão Geral – Tema 778: Não é possível que uma pessoa seja tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal (CF).

2 - É cabível a condenação de estabelecimento comercial a pagamento por dano moral, na hipótese de abordagem de transgênero que visa constranger a pessoa a utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu, por identificação psicossocial, uma vez que viola a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade que conferem aos transgêneros os direitos referentes à sua identidade, ao reconhecimento, à igualdade, à não discriminação e à segurança, previstos nos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal (CF), caracterizando combate à discriminação racial e de gênero.

3 - Parecer pelo provimento do recurso, a fim de que seja reconhecido o direito à indenização da recorrente pelo dano moral sofrido, restabelecida a indenização fixada pela sentença de primeiro grau.

4 - No caso do Supremo Tribunal Federal (STF) entender ilíquida a indenização, opina, desde logo, pela remessa ao Tribunal a quo, com objetivo de, respeitada a premissa jurídica estabelecida, fixar o valor da indenização.

2 Dados compilados por TGEU – Transgender Europe - Disponível em: <<https://transrespect.org>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

12.6. Esclareço que, embora não haja conclusão do julgamento pela Suprema Corte, já há dois votos favoráveis à pretensão indenizatória, declarados pelo Ministro Luis Roberto Barroso (Relator) e pelo Ministro Edson Facchin, na mesma linha do parecer da Procuradoria Geral da República.

13. Assim, entendendo **recomendável** que, caso haja **alunos ou alunas trans** – isto é, que se identificam com gênero distinto de seu sexo biológico – seja autorizado o uso do sanitário correspondente ao gênero com o qual se identificam, haja vista o já referido **dever de respeito** constante do ECA, que implica a preservação da imagem e da identidade da criança e do adolescente.

13.1. Evidentemente, para que tal respeito ocorra de forma **substancial** e não apenas formalmente, é importante que a medida seja acompanhada das adequadas ações pedagógicas junto aos demais membros da comunidade escolar, lembrando que cabe à Direção Escolar, “promover valores e princípios democráticos e participativos, éticos, de inclusão, de justiça e equidade” e “compreender representações sociais sobre diversidade, gênero e etnia na comunidade escolar e considerá-las nas ações da escola” (Resolução SE nº 56/2016, Anexo, itens 2.1 e 2.2).

14. Acerca do caso em questão, todavia, não há informação sobre a identidade de gênero do aluno, mas apenas em relação à sua orientação sexual (homossexualidade).

14.1. Portanto, salvo a possibilidade de reexame, com maior detalhamento dos elementos fáticos da questão, não parece possível aplicar a diretriz acima estabelecida, visto que o elemento equalizador – a identidade de gênero – não está presente. Se o aluno é cisgênero, a sua orientação sexual não é motivo por si só para autorizar o banheiro destinado às pessoas do gênero feminino.

14.2. Por outro lado, cabe à equipe de gestão escolar avaliar as medidas administrativas e pedagógicas necessárias e adequadas para garantir a esse aluno o devido respeito por parte dos seus pares e demais membros da comunidade escolar, bem como salvaguardar seu bem-estar físico e psicossocial.

14.3. Não custa lembrar que atitudes discriminatórias em relação a pessoas LGBTQUIA+ podem ser enquadradas como crime, nos termos da Lei nº 7.716/89 (Lei Caó), graças à interpretação conforme realizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26/DF. Por consequência, também podem ser consideradas ato infracional, nos termos do art. 103 do ECA, quando praticadas por adolescentes.

14.4. Além disso, condutas discriminatórias também são qualificadas como infração administrativa, nos termos da Lei Estadual nº 10.948/2001, sendo a ela sujeitos todos os cidadãos, inclusive os detentores de função pública, civil ou militar, e toda organização social ou empresa, com ou sem fins lucrativos, de caráter privado ou público, situadas no Estado, que incorrerem nas tipificações ali contidas.³

14.5. Vale lembrar, por fim, que é uma das competências da Base Nacional Curricular Comum, reiterada pelo Currículo Paulista, a ser desenvolvida no ambiente escolar:

9. Exercitar a empatia, o diálogo, a resolução de conflitos e a cooperação, fazendo-se respeitar e promovendo o respeito ao outro e aos direitos humanos, com acolhimento e valorização da diversidade de indivíduos e de grupos sociais, seus saberes, identidades, culturas e potencialidades, sem preconceitos de qualquer natureza. (g.n.)

15. São essas, portanto, as balizas que julgamos relevantes e apropriadas, em vista do caráter genérico da indagação formulada.

16. Proponho, pois, a devolução do expediente por intermédio da Douta Chefia de Gabinete, para ciência e providências que entender pertinentes e necessárias.

É o parecer que submeto à apreciação superior.

São Paulo, 17 de novembro de 2022.

CARLOS JOSE TEIXEIRA DE TOLEDO

Procurador do Estado

³ Para denúncias de condutas de intolerância, vale consultar o sítio eletrônico da Secretaria da Justiça e Cidadania: <<https://justica.sp.gov.br/index.php/coordenacoes-e-programas/coordenacao-de-politicas-para-a-diversidade-sexual/servicos/>>. Acesso em 17 nov. 2022.

PROCESSO: SEDUC-EXP-2022/626836

INTERESSADO: DIRETORIA DE ENSINO - REGIÃO DE JOSÉ BONIFÁCIO **ASSUNTO:** USO DE BANHEIRO - HOMOSSEXUAL. Educação e ensino. Discriminação. Consulta.

PARECER: CJ/SE n.º 788/2022

Por seus próprios e jurídicos fundamentos, aprovo o bem-lançado Parecer CJ/SE n.º 788/2022.

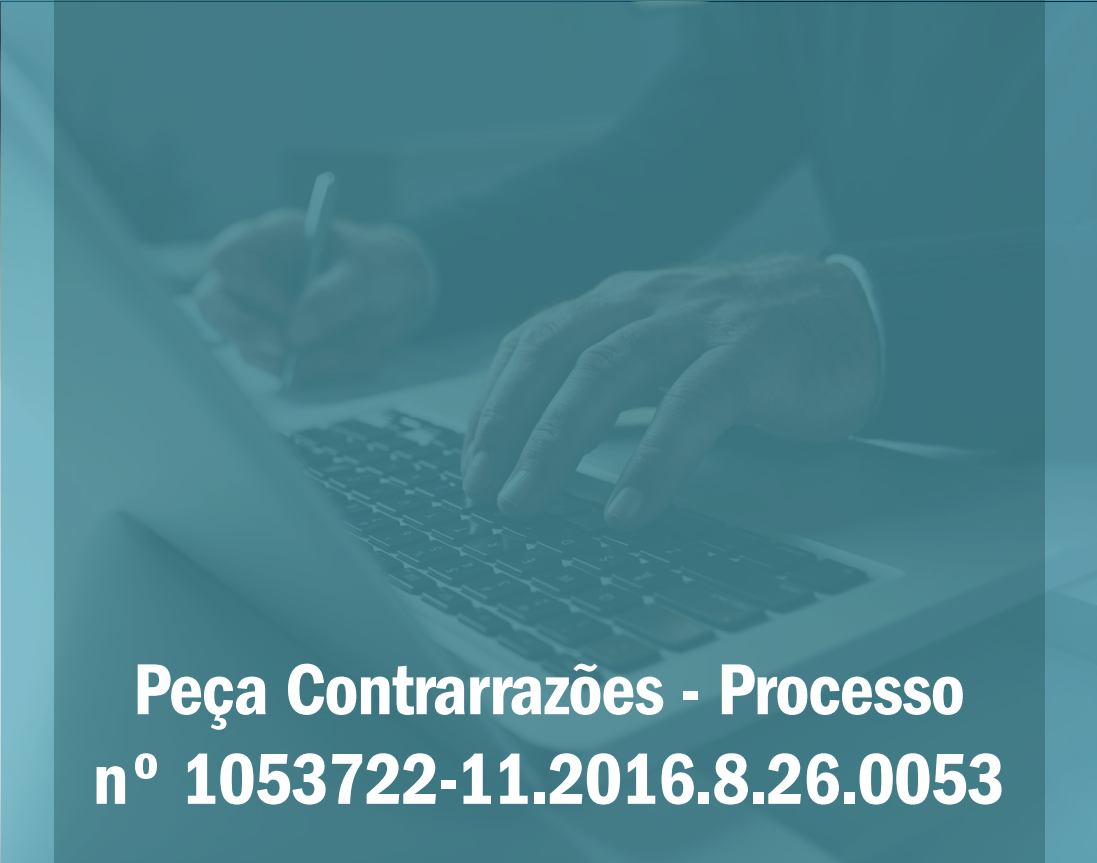
Devolva-se à origem, por intermédio da Chefia de Gabinete.

São Paulo, 18 de novembro de 2022.

DULCE MYRIAM CAÇAPAVA FRANÇA HIBIDE CLAVER

PROCURADORA DO ESTADO

(Chefe substituta – Respondendo pelo expediente da Consultoria Jurídica da SEDUC)



Peça Contrarrazões - Processo nº 1053722-11.2016.8.26.0053

Trata-se de resposta a embargos de declaração opostos pela Comgás em feito de relevante impacto econômico em que a PGE atuou com diligência em defesa da ARSESP, de modo a conter prejuízos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ(A) DE DIREITO DA DIREITO PÚBLICO - FICTÍCIA DA
COMARCA DA CAPITAL

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA Nº. 1053722-11.2016.8.26.0053

APTE/APDO: COMPANHIA DE GAS DE SAO PAULO-COMGAS

APDO/APTE: AGENCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO
PAULO - ARSESP E OUTRO

O ESTADO DE SÃO PAULO e AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO
E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP, por seu Procurador subscritor, vem
respeitosamente perante V. Exa. nos autos em epígrafe, dentro do prazo legal e com suporte no art. 1.023,
§ 2º, do Código de Processo Civil (CPC), apresentar **CONTRARRAZÕES** ao recurso de embargos de
declaração pelas razões de fato e de direito que a seguir passa a expor.

1. A INADMISSIBILIDADE DO RECURSO

1.1 Recurso que Expressa Mero Inconformismo; Acórdão que Apreciou Expressamente o Mérito da Causa

Os embargos declaratórios pertencem à categoria dos recursos vinculados, isto é, cujos
pressupostos intrínsecos de admissibilidade estão estritamente relacionados a específicas autorizações
expressas no ordenamento jurídico-positivo, que, no caso, estão listadas taxativamente no art. 1.022 do
CPC.

E o caso em questão não se inclui em nenhuma dessas autorizações.

O recurso, com efeito, expressa mero inconformismo com o pronunciamento judicial. A
pretensão é de reforma do julgado, circunstância que, portanto, leva ao juízo negativo de admissibilidade:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES
PREVISTAS EM LEI - DESVIRTUAMENTO DO RECURSO,
ESPECIALMENTE DO SEU CARÁTER INTEGRATIVO E ESCLARECEDOR
– Os embargos declaratórios somente são admissíveis quando presente alguma das

Rua Maria Paula, 67, 1º Andar, Bela Vista, São Paulo-SP

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jsp.jus.br/pastadigital/sj/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

hipóteses previstas no artigo 1022 do CPC/15. A ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material impõe a sua rejeição. Embargos de declaração rejeitados¹.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Ação Civil Pública. Porto Ferreira. Área de preservação permanente. Margens de curso d'água. Córrego Brejo Grande. Desvio artificial do curso. Nova faixa de APP. Dano ambiental. Desfazimento das edificações. Isolamento da área. Recuperação da vegetação. Omissão. Infringência. – 1. Omissão. Configura-se a omissão quando o acórdão não aprecia questão que deveria apreciar; não há omissão quando examina as questões e fundamentos necessários à solução da controvérsia, deixando de lado questões irrelevantes, implicitamente rejeitadas ou que, pela natureza, não permitem apreciação nesse momento do processo. – 2. Infringência. Os embargos de declaração não visam à revisão do julgado, mas à correção da omissão, contradição ou obscuridade; poderão ter efeito modificativo quando a modificação for decorrência necessária do saneamento da omissão ou da contradição. Não é o caso dos autos, em que inexistem tais falhas; o embargante pretende, como fica claro de seus argumentos, novo julgamento do recurso oficial; e para isso os embargos não se prestam. – Improcedência. Recurso oficial provido, com observação. Embargos rejeitados².

Logo, conforme se verá mais detalhadamente nos tópicos seguintes, o r. acórdão embargado **apreciou a questão de mérito decisiva para o exame do mérito da causa**, sem deixar omissões capazes de reverter seu resultado, e os presentes embargos de declaração, por arrefecer no escrutínio de admissibilidade, sequer merecem conhecimento.

1.2 O Termo de Ajuste K Como Causa de Pedir da Ação; Relação e Interdependência com Todos os Termos da Demanda; Acórdão que, Apreciando o Termo de Ajuste K, Resolve o Fundamento Determinante da Ação

Com efeito, o mérito do processo, causa mesmo de pedir, foi a interpretação jurídica das cláusulas contratuais que definem o *Termo de Ajuste K*. Isto está posto, à exaustão, tanto nas razões da Autora, ora Embargante, quanto nas do Poder Público (**fls. 39 e seguintes – petição inicial; fls. 1701 e seguintes – contestação; fls. 2260 e seguintes – manifestação sobre a contestação; fls. 3278 e seguintes – razões de apelação; e fls. 3304 – contrarrazões de apelação**).

Quanto ao mérito, a petição inicial anuncia que "(...) a Comgás pretende nesta ação

¹ TJSP; Embargos de Declaração Cível 1006985-37.2018.8.26.0066; Relator (a): Walter Fonseca; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barretos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/07/2019; Data de Registro: 17/07/2019.

² TJSP; Embargos de Declaração Cível 1001075-77.2015.8.26.0472; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 1ª Câmara



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

questionar a interpretação contratual levada a efeito pela ARSESP a respeito da aplicação do Termo de Ajuste K e, bem assim, obter a devida reparação pelos danos suportados até Maio/2014, data em que deveria ter encerrado o 3º Ciclo do Contrato de Concessão. Tal interpretação, como já dito acima, não leva em consideração a sistemática contratual, em especial o critério da justa remuneração, gerando desequilíbrio na equação contratual" (fls. 39 dos autos).

Mais à frente, *e aqui está o ponto essencial*, diz que a interpretação da agência reguladora, que apura e calcula o *Termo de Ajuste K* anualmente, está equivocada, por ser "(...) *paradoxal aos princípios e demais dispositivos contratuais, vez que os principais marcos contratuais levam em consideração o ciclo tarifário de 5 (cinco) anos e não resultados anuais*" (fls. 41 dos autos).

Assim, sustenta que o *Termo de Ajuste K* também deve ser quinquenal, situando aqui toda a origem de sua causa de pedir, inclusive relacionando os demais fatores que influenciam na apuração e no cálculo do *Termo de Ajuste K* a essa pretensão de revers o contrato e a sua fórmula matemática.

E isto se mostra muito claro não só pela leitura da petição inicial e dos seus termos, como também do próprio índice que a antecede, quando se lê os seguintes tópicos: "(...) 3.5 *Ainda sobre o Termo de Ajuste K: equívoco em sua aplicação decorrente do "Alto Fator de Carga";*" "(...) 3.7.2 *A alteração dos volumes dentre os segmentos e mercado. Aumento da incidência do Termo de Ajuste K*" (fls. 2 dos autos).

Colocadas essas premissas, surge indeclinável a percepção de que a resolução do mérito do processo tem como razões decisivas a interpretação jurídica da correção conceitual e da própria fórmula matemática do *Termo de Ajuste K*, de maneira que, apreciando o r. acórdão esta temática, seja pelo reconhecimento do acerto dos atos regulatórios adotados pela ARSESP, seja pela valoração da prova produzida e, conseqüentemente, o reconhecimento de sua clara inaptidão e insuficiência para provar os fatos articulados na petição inicial, o recurso de embargos de declaração que se volta contra este mérito e mesmo contra outras supostas questões autônomas – *mas que não modificam o julgado* – é inadmissível:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. Os embargos de declaração não se prestam à rediscussão de temas, à luz dos argumentos

Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Porto Ferreira - 1ª Vara; Data do Julgamento: 26/12/2020; Data de Registro: 26/12/2020.

Rua Maria Paula, 67, 1o Andar, Bela Vista, São Paulo-SP

3

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jsp.jus.br/pastadigital/sgabrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

reinvocados, alegadamente relevantes para a solução da questão juris, na busca de decisão que seja favorável ao embargante. Em se tratando de discordância quanto ao conteúdo substancial do julgamento – o que é indissociável – a via processual a ser utilizada é outra, não os embargos declaratórios. EMBARGOS REJEITADOS³.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DISSONÂNCIA DE ENTENDIMENTO. ESCOPO INFRINGENTE. "É incabível, nos declaratórios, rever a decisão anterior, reexaminando ponto sobre o qual já houve pronunciamento, com inversão, em consequência, do resultado final. Nesse caso, há alteração substancial do julgado, o que foge ao disposto no artigo 535 e incisos do CPC" (STJ, ED no REsp 44.500, j. 24-6-2003). Rejeição dos embargos de declaração⁴.

E, como se nota, o acórdão resolveu o mérito reconhecendo (i) que o *Termo de Ajuste K* tem sua formulação conceitual e matemática desde a origem do contrato de concessão conscientemente assinado pela Comgás em 1999 (acórdão, fls. 7); (ii) que, embora o laudo pericial – puramente contábil – tenha encontrado valores que seriam devidos à Concessionária, restou suficientemente provado no processo que o mecanismo contratual não gera qualquer desequilíbrio na equação econômica do contrato, uma vez que a ARSESP vem fazendo incidir o *Termo de Ajuste K* conforme expressa previsão contratual (acórdão, fls. 8); (iii) que conclui-se facilmente que a Comgás, embora tenha tido limitadas as suas receitas, não foi prejudicada por qualquer atuação da ARSESP que se ateve a observar o contrato de concessão (acórdão, fls. 11); (iv) e que, finalmente, não havendo prova de nenhuma circunstância extraordinária e externa ao contrato público, não é devida nenhuma indenização à Concessionária (acórdão, fls. 12).

Conclui-se, pois, não haver qualquer omissão a ser sanada, surgindo o recurso como mero inconformismo, e, em se tratando de discordância quanto ao conteúdo substancial do julgamento – o que é indissociável – a via processual a ser utilizada é outra, não os embargos declaratórios.

Requer, portanto, o juízo negativo de admissibilidade dos presentes embargos de declaração.

2. INADMISSIBILIDADE/IMPROVIMENTO DO RECURSO

³ TJSP: Embargos de Declaração Cível 1069751-34.2019.8.26.0053; Relator (a): Souza Nery; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/12/2020; Data de Registro: 18/12/2020.

⁴ TJSP: Embargos de Declaração Cível 1002147-34.2018.8.26.0104; Relator (a): Ricardo Dip; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

2.1 O Termo de Ajuste K e o "Alto Fator de Carga"

Passando à análise de mérito dos termos do recurso, inicialmente aponta-se para suposta omissão no r. acórdão embargado, porque não teria havido manifestação sobre o "Alto Fator de Carga" (fls. 4-9 dos embargos de declaração).

Argumenta, logo às fls. 4 dos embargos de declaração, que o mencionado "(...) desconto, e suas consequências, não guardam nenhuma relação com a Cláusula 13ª, Vigésima Sexta Subcláusula do Contrato, citadas pelo v. Acórdão embargado".

Desde logo, pontua-se a incorreção da afirmação em questão, ora lançada no recurso, e a intrínseca relação do "Alto Fator de Carga" com o cláusula contratual acima mencionada, o *Termo de Ajuste K*, apenas pela leitura da petição inicial e de sua causa de pedir.

Com efeito, a ação gira em torno do *Termo de Ajuste K* e sua metodologia, sendo o "Alto Fator de Carga" apenas um dos elementos desta equação. Ora, o "Alto Fator de Carga" é apenas um específico segmento de consumo atendido pela Concessionária, e cuja definição é pertinente, ao lado de outros tantos segmentos, para a definição das margens máximas de distribuição autorizadas pelo órgão regulador (MM), e que serão – como reconhecido pelo r. acórdão – confrontadas anualmente com as margens obtidas (MO), para fins de definição do próprio *Termo de Ajuste K*.

Assim, o ajuste anual realizado pelo *Termo de Ajuste K*, tendo em conta as margens máximas autorizadas (MM) e as margens efetivamente obtidas pela Concessionária (MO), há que considerar o "Alto Fator de Carga", de maneira que a incidência do *Termo de Ajuste K* tal qual previsto no contrato público e reconhecido no r. acórdão, não gera nenhum dano ou ilícito à Embargante.

Neste sentido, a própria petição inicial relaciona as questões:

"(...) A consequência disto é muito clara. A Comgás atinge e supera a Margem Máxima de Distribuição pelo fato de a ARSESP não computar o desconto decorrente do AFC para a aferição da Margem Efetivamente Obtida. Logo, aplica-se o Termo de Ajuste K a uma situação que, na prática, não é verdadeira e não foi causada pela Comgás.

Público; Foro de Cafelândia - Vara Única; Data do Julgamento: 18/12/2020; Data de Registro: 18/12/2020.

Rua Maria Paula, 67, 1o Andar, Bela Vista, São Paulo-SP

5

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATATAÇÕES PÚBLICAS

A aplicação do Termo de Ajuste K, nas bases acima, teve por resultado aniquilar ou diminuir o acréscimo na tarifa permitido pela ARSESP para compensar o AFC, gerando prejuízos à Comgás e direito à respectiva reparação, o que igualmente se busca por meio da presente demanda" (petição inicial, fls 23).

Não bastasse, a petição inicial também explicita que a pretensão relacionada ao "Alto Fator de Carga" está, segundo afirma, "(...) aliada à incorreta aplicação do Termo de Ajuste K (...)":

"(...) Dessa forma, no que tange ao Alto Fator de Carga, é evidente que a fórmula utilizada pela ARSESP para concessão de descontos aliada à incorreta aplicação do Termo de Ajuste K acarretou em severos prejuízos à Comgás, na medida em que os descontos não foram compensados no preço das tarifas, e, consequentemente, repercutiram na Margem de Distribuição Obtida pela Comgás" (petição inicial, fls. 55).

Por outro lado, a própria Deliberação ARSESP nº 063/2009 – de que reclama a Embargante - que considera, na sua ementa, "(...) o disposto na cláusula Décima Primeira, do referido contrato de concessão, que prevê revisões tarifárias ao final de cada período de 5 (cinco) anos nos termos da Cláusula Décima Terceira", considera o "Alto Fator de Carga Industrial" como segmento de aferição das margens máximas de distribuição (MM), a ser, portanto, aferido anualmente pelo Termo de Ajuste K (fls. 207 dos autos):

SEGMENTO ALTO FATOR DE CARGA INDUSTRIAL

Aplica-se os termos do Art. 4º. desta Deliberação, em seus parágrafos 2º. ao 8º., sendo que as margens do Segmento Interruptível serão utilizadas para o incentivo, por coincidirem com as Margens Máximas do Segmento Industrial.

Logo, já se nota que o chamado "Alto Fator de Carga", como agora pretende fazer crer a Embargante, não é instituto dissociado do *Termo de Ajuste K*, tal como definido na 13ª Cláusula contratual.

Porém, cabe anotar que a compreensão firmada no acórdão, de que "(...) a metodologia de incidência do termo K está toda prevista no contrato de concessão conscientemente assinado pela Comgás em 1999 (...)" e que "(...) a regulamentação do equilíbrio econômico do contrato está prevista na Cláusula Décima Terceira e nas suas demais subcláusulas (...)" (acórdão, fls 7), é manifestação expressa acerca da metodologia do Termo de Ajuste K, e, logo, sobre a escoreita incidência anual em



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

torno do "Alto Fator de Carga".

Não bastasse, ora se reforça, brevemente, o acerto do r. acórdão e a absoluta improcedência da questão.

Veja-se, precisamente, o que diz o recurso declaratório:

"(...) A ARSESP concedeu um desconto unilateral e compulsório a determinado segmento de consumo sem qualquer autorização contratual e sem a respectiva compensação nas margens obtidas ("MO") pela Comgás. Em outras palavras, a MO foi calculada como se nenhum desconto tivesse sido concedido, o que prejudicou a apuração correta da razão margem máxima/margem obtida" (fls. 5 dos embargos de declaração).

No entanto, ao contrário do que é afirmado, o "Alto Fator de Carga", como incentivo econômico aos grandes consumidores de gás do segmento industrial, tem suporte contratual expresso e específico.

Com efeito, a Deliberação ARSESP n° 063/2009, que cria o "Alto Fator de Carga Industrial", prevê (fls. 198 dos autos):

Art. 4º. Parágrafo 2º - Para os fins desta Deliberação, enquadram-se no Segmento Alto Fator de Carga Industrial aqueles usuários do Segmento Industrial cuja Unidade Usuária realize consumos médios mensais superiores a 500 mil m3 e que superem o fator de carga de 0,90 ao longo do ano calendário anterior.

E ainda que o incentivo é aplicado sobre o valor da margem máxima de distribuição do próprio segmento industrial:

Parágrafo 4º - O incentivo é aplicado sobre o valor da margem máxima do Segmento Industrial da seguinte forma: se for verificado para um usuário um fator de carga de 0,91 no ano calendário t-1 será obtido um redutor em seu importe ao equivalente a 1% da margem máxima do Segmento Industrial correspondente ao volume de consumo mensal para o ano regulatório t. De forma similar, se verificado um fator de carga de 0,92 será obtido um incentivo equivalente a 2% para o ano seguinte; e assim sucessivamente de tal forma que para um fator de carga de 0,99 o redutor atingirá a 9%, nos termos da Nota Técnica da Estrutura Tarifária Final.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Agora veja-se que o contrato público de concessão **já previa expressa e especificamente a possibilidade do incentivo (a partir das fls. 96 dos autos):**

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA

Décima Quinta Subcláusula - Os segmentos de usuários, vigentes na data de assinatura deste Contrato, são os seguintes:

- . Residencial;
- . Comercial;
- . Industrial;
- . **Grandes Usuários: consumo médio mensal contratual equivalente a, no mínimo, 500.000 m3 (quinhentos mil metros cúbicos):**
- . Termoeletrica: consumo médio mensal contratual equivalente a, no mínimo, 1.000.000 m3 (um milhão de metros cúbicos);
- . Cogeração: consumo médio mensal contratual equivalente a, no mínimo, 1.000.000 m3 (um milhão de metros cúbicos);
- . Gás Natural Veicular; e
- . Interruptível.

E, apesar desta expressa e específica previsão contratual, o contrato ainda prevê que "**Vigésima Segunda Subcláusula** - A CSPE poderá criar modalidades tarifárias em segmentos e classes de fornecimento que venham a incentivar a otimização e melhoria do fator de carga do sistema de distribuição da CONCESSIONÁRIA" (fls. 97 dos autos).

Assim, implementado o "Alto Fator de Carga", **e incrementada a respectiva margem máxima de distribuição (MM), como explicitamente previu o art. 4º, parágrafo 4º, da Deliberação ARSESP nº 063/2009, a margem efetivamente obtida (MO) também é incrementada,** de forma que a apuração do *Termo de Ajuste K* segue escorreita.

No entanto, segue o arrazoado recursal fiel à perícia meramente contábil, pretendendo fazer crer que o mero encontro de contas entre tarifas e receitas é capaz de provar sua pretensão. **Neste sentido,** o laudo pericial contábil – **no ponto em que o recurso de embargos de declaração faz referência** – informa, no quesito 34, os valores de descontos a título do "Alto Fator de Carga" que seriam devidos, pura e simplesmente, à Concessionária, **e pior,** o faz **tomando em consideração os valores calculados pela própria Concessionária:**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Resposta ao Quesito 34 do Requerente

Conforme ofício CR 440/15, enviado pela Comgás ao órgão regulador, temos:

Cálculo do montante de descontos concedidos pela Comgás desde 2009, com seus valores nominais anuais e atualizados (SELIC diária até mai/15)

Ano	Valor do desconto (R\$)	Valor do desconto atualizado (R\$)
2009/10	5.601.576	16.422.617
2010/11	4.938.293	7.985.352
2011/12	7.245.797	10.738.039
2012/13	8.495.262	11.633.283
2013/14	9.789.954	12.308.856
Total	40.070.882	59.088.147

Tabela 2

Cabe também salientar que já foi apurado para o ano 2014/15 o seguinte montante de descontos concedidos, que deverá ser considerado quando a apuração do Termo de Ajuste K correspondente:

Ano	Valor do desconto (R\$)	Valor do desconto atualizado (R\$)
2014/15	16.425.234	17.951.759

A inaptidão de metodologia e objeto da prova é nítida e foi objeto de consideração pelo r. acórdão, notadamente por somente considerar uma planilha de descontos em relação a determinado segmento de consumo, deixando de lado (i) as demais definições de margens máximas pelo órgão regulador, (ii) o confronto entre todos os demais segmentos de consumo para obtenção do P0, enfim, (iii) não sendo capaz de captar e analisar toda a dinâmica regulatória por detrás do sistema de incentivos *Price Cap* e, conseqüentemente, dos ajustes levados a efeito pelo *Termo de Ajuste K*.

Por outro lado, a deficiência de conteúdo da prova contábil também é decisiva, uma vez que, como é registrado, o encontro de contas meramente sufraga e reproduz os números apresentados pela própria Concessionária, de maneira a não restar dúvidas quanto à improcedência da pretensão.

Repisa-se, pois, os termos do r. acórdão quando conclui que "(...) *Por outro lado, quanto às circunstâncias extraordinárias, sendo inimputáveis ao concessionário, devem ser arcadas pelo poder concedente, autorizando a revisão tarifária (com fulcro nas teorias do fato do príncipe, do fato da administração e da imprevisão). Como no caso não se comprovou a ocorrência de nenhuma destas hipóteses, não é devida qualquer indenização por danos materiais à concessionária*" (acórdão, fls. 12).

Veja-se, portanto, que no r. acórdão se assentou a premissa de que, para ter direito a uma indenização por existência de desequilíbrio contratual, a parte autora teria de ter alegado a existência



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

de um fato externo ao contrato dotado das características de imprevisibilidade e incalculabilidade, na forma como prevê a regra geral enunciada no artigo 65, II, “d”, da Lei 8.666/93. Uma vez que o Autor não narrou fatos jurídicos dotados desta qualidade (e tampouco os provou), não tem direito à indenização como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, o arrazoado afirma ter havido confissão sobre parte do pedido, alegando que “(...) *deve-se lembrar que a ARSESP já confessou dever R\$ 7.442.042,33 (sete milhões, quatrocentos e quarenta e dois mil e quarenta e dois reais e trinta e três centavos) a valores de 30.05.2014 nos termos dos artigos 90 e 356, I, do CPC, número este que, se adotado, em contraposição à prova técnica, deverá ser justificado pelo Tribunal de forma minudente*” (fls. 9, embargos de declaração).

Tal pretensão não pode prosperar, porque, como se sabe, (i) a confissão não vale contra direitos indisponíveis, como o é a revisão de um contrato público de tal magnitude; (ii) a confissão não é válida se feita por quem não pode dispor do direito; e, ainda, (iii) a confissão, quando se tratar de representação, somente vincula o representado na extensão dos poderes do representante, tudo nos termos do art. 392 do CPC:

Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

§ 1º A confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.

§ 2º A confissão feita por um representante somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

Nestes termos, a Nota Técnica juntada aos autos e a qual se apegua a Embargante não poderia sequer gerar qualquer expectativa neste sentido, porque, *para a revisão de um contrato público deste vulto*, a legislação paulista estabelece trâmites próprios, inclusive garantindo a ampla participação social:

LC estadual nº 1.025/07, Artigo 4º - A ARSESP promoverá consultas públicas previamente à edição de quaisquer regulamentos e à aprovação de diretrizes, níveis, estruturas e revisões tarifárias, bem como nos demais casos definidos no regimento interno.

§ 1º - A consulta pública será divulgada pela Imprensa Oficial e na página da ARSESP na rede mundial de computadores.

§ 2º - O prazo entre a efetiva disponibilização dos documentos indispensáveis à consulta pública e a instalação desta não será inferior a 15 (quinze) dias.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

§ 3º - A cada consulta pública será elaborado e publicado relatório circunstanciado.

Artigo 5º - Antes da tomada de decisão em matéria relevante, a ARSESP deverá realizar audiência pública para debates, cuja data, hora, local e objeto serão divulgados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, pela Imprensa Oficial e na página da ARSESP na rede mundial de computadores.

Parágrafo único - A audiência pública será convocada pela Diretoria da ARSESP, na forma do regimento interno.

Ademais, a competência decisória em matéria tarifária é exclusiva da Diretoria da agência, que se manifesta em colegiado:

Artigo 14 - Compete privativamente à Diretoria:

(...)

VI - deliberar sobre:

(...)

c) matéria tarifária;

(...)

Artigo 15 - A Diretoria exercerá suas competências de forma colegiada, deliberando sempre por maioria absoluta, nos termos do regimento interno.

Já nesta análise preliminar, portanto, conclui-se que quer a Embargante tirar do texto de uma Nota Técnica os efeitos jurídicos que ela, desde seu nascedouro, não poderia ter. Em outras palavras, não é possível, definitivamente, interpretar a Nota Técnica como uma deliberação que reconheça um valor de desequilíbrio contratual, pois tal decisão pública possui um procedimento administrativo próprio, com um órgão de deliberação colegiada tendo a competência decisória final, tudo nos termos da LC estadual nº 1.025/2007.

E, ainda considerando esta competência legal para a matéria tarifária, é certo que a escolha acerca de eventual metodologia de reequilíbrio contratual é *função regulatória administrativa*, atribuída exclusivamente à agência reguladora, de maneira que, sendo a indenização ora pleiteada apenas um destes métodos (que pode envolver revisão tarifária, ajustes nas margens e etc), não pode o Poder Judiciário decidir pela indenização, sob pena de avanço em matéria sujeita à *reserva de administração* (art. 2 da CF).

Finalmente, cabe ainda anotar que a confissão, em ações judiciais de interesse do Estado de São Paulo, é materializada mediante ato administrativo complexo, a envolver, no caso particular, a

Rua Maria Paula, 67, 1º Andar, Bela Vista, São Paulo-SP

11

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jsp.jus.br/pastadigital/sigabrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

agência reguladora (como se viu), e a competência decisória do Procurador Geral do Estado, o que não se tem na hipótese:

LC estadual nº 1.270/2015, Artigo 7º - Além das competências previstas na Constituição Estadual e em lei, cabe ao Procurador Geral:

(...)

X - desistir, transigir, firmar compromisso e confessar nas ações de interesse da Fazenda do Estado;

Portanto, colocados tais pontos, e associados à ausência de provas acerca do alegado desequilíbrio relacionado ao “*Alto Fator de Carga*”, a improcedência da ação, tal qual colocada no r. acórdão, deve ser mantida.

2.2 O Termo de Ajuste K e o Plano de Negócios

Avança o arrazoado recursal, agora fazendo menção à suposta omissão do r. acórdão ao analisar o plano de negócios da Concessionária Embargante, também pretendendo fazer crer que a análise em questão não se relaciona ao *Termo de Ajuste K*, nos seguintes termos: “(...) *apenas a consequência dessa ilícita alteração foi a aplicação do Termo de Ajuste K, engatilhado por métricas não constantes do Plano de Negócios. Assim, não se trata de julgar a licitude do Termo de Ajuste K, mas sim verificar em que medida sua aplicação, à luz da unilateral alteração das premissas do Plano de Negócios, teria sido condizente com o Contrato (...)*” (**fls. 13 dos embargos de declaração**).

No ponto, os embargos de declaração fazem menção à seguinte passagem da petição inicial:

Quando da revisão tarifária ocorrida em Maio de 2009, a ARSESP não aceitou o Plano de Negócios desenvolvido pela Comgás no tocante a dois específicos aspectos, alterando-os da seguinte forma:

- (i) os volumes de gás propostos pela Comgás foram aumentados;
- (ii) a distribuição dos volumes nos distintos segmentos em que a Comgás atua (residencial, industrial etc.) foi aleatoriamente alterada (**petição inicial, fls. 25**).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

E a conclusão:

"(...) Fundamentalmente, a ARSESP alterou a distribuição do Volume total dentre os diversos segmentos de mercado, aumentando os Volumes para aqueles com menor Margem.

Tal situação trouxe profundo desequilíbrio contratual e, de igual maneira, resultou na aplicação prejudicial do Termo de Ajuste K (...)" (*petição inicial, fls. 26*).

Sobre o tema, inicialmente se aponta a correção das razões apresentadas no recurso de apelação, particularmente a partir das fls. 3272 dos autos, quando é detalhado o regime de apreciação, levado a cabo pelo órgão regulador (ARSESP), do plano de negócios apresentado periodicamente pela Concessionária, especialmente no que tange à definição, para fins de aplicação e incidência do Termo de Ajuste K, das margens máximas de distribuição (MM).

Tudo como previsto no Contrato de Concessão:

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA

Quinta Subcláusula – A CSPE aprovará P0 após avaliar a receita requerida para cobrir os custos permitidos à CONCESSIONÁRIA, no ciclo, e levando em conta os seguintes fatores:

- . estabelecimento de tarifas apropriadas e estáveis para os usuários; e
- . a oportunidade para a CONCESSIONÁRIA obter uma remuneração apropriada para os seus ativos.

Sexta Subcláusula – Para fixar o valor P0 a CONCESSIONÁRIA deverá fornecer à CSPE um plano de negócios que contenha, dentre outras, as seguintes informações:

- . valor da base de ativos da empresa, de acordo com o Plano de Contas a ser publicado pela CSPE;
- . o Plano de Investimento (físico e financeiro), incluindo investimentos em reposição de ativos e novas instalações;
- . receitas e custos operacionais, não operacionais e financeiros;
- . informação relativa a custos históricos e volume de gás canalizado distribuído;
- . projeções de gás canalizado a ser distribuído;
- . custo médio ponderado do capital projetado.

Oitava Subcláusula - A CSPE revisará a base de ativos apresentada pela CONCESSIONÁRIA para garantir que somente sejam incluídos ativos relacionados com a prestação do serviço, e que a depreciação tenha sido calculada adequadamente.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Nona Subcláusula - A CSPE revisará as projeções de custo e o volume de gás a ser distribuído em relação a:

- . a consistência interna;
- . tendências históricas;
- . comparações com parâmetros nacionais e internacionais da indústria de gás;
- e
- . a consistência com as projeções realizadas por outras distribuidoras em condições similares.

Décima Subcláusula - Para permitir à CONCESSIONÁRIA a oportunidade de obter uma rentabilidade apropriada sobre sua base de ativos, a CSPE levará em conta:

- . a razão dívida/capital próprio da CONCESSIONÁRIA; e
- . o custo de oportunidade do capital.

Décima Primeira Subcláusula - A CSPE considerará, entre outros, para determinar o custo de oportunidade do capital:

- . a rentabilidade de empresas similares no País e em outros países; e
- . as condições de rentabilidade para os investimentos no País (**fls. 98-102 dos autos**).

E, colocadas estas premissas, **surgem as conclusões adotadas pelo r. acórdão, que corretamente interpretou o contrato público e seu mecanismo de regulação por incentivos (Price Cap), em que é função pública indeclinável da entidade reguladora a apreciação, conforme este mesmo contrato, do plano de negócios apresentado pela Concessionária**, de forma que não há, aqui, *nenhum fato extracontratual que gere desequilíbrio na equação econômico-financeira do ajuste*:

"(...) Consta destes autos digitais que as partes firmaram contrato de concessão do serviço de distribuição de gás natural. É fato incontroverso que o contrato é do tipo Margem Máxima (MM), também denominado de "price cap", o que significa dizer que são estipulados tetos para os rendimentos da concessionária. Mais especificamente, a MM ou PO corresponde, nos termos do contrato, à receita suficiente para cobrir os custos da prestação do serviço e obter rentabilidade razoável, sendo certo que esta margem máxima é calculada endo como base as projeções de mercado propostas pela concessionária e pela agência reguladora.

O contrato, como se vê, não garante à concessionária a rentabilidade máxima, mas sim aquela razoável (...)" (**acórdão, fls. 6-8**).

Logo, a questão também foi abordada no julgamento da causa, sendo desprovida de sentido a afirmação, ora lançada nos aclaratórios, de que "(...) tal tema em nada tem a ver com a análise de qualquer cláusula contratual, a questão foi tratada pela perícia técnica (...)" (**fls. 10 dos embargos de**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

declaração).

Sobre a análise puramente contábil, o r. acórdão:

"(...) Tendo em vista que houve razoável justificativa para que não fosse realizada a recomposição, não pode o Poder Judiciário, a partir de uma análise meramente contábil, concluir de maneira distinta, sob pena de gerar não apenas danos à realização do interesse público, mas também de, aí sim, gerar desequilíbrio econômico em favor da concessionária (...)" (acórdão, fls. 10).

Neste sentido, mais uma vez a Embargante se apegava ao laudo pericial de contabilidade, que, a exemplo do que ocorreu em relação ao "Alto Fator de Carga", meramente tomou os dados apresentados pela Concessionária, e, numa planilha nitidamente contábil, apurou alegados "prejuízos" sem considerar a lógica regulatória que permeia um contrato que atribui à agência reguladora o poder-dever de analisar e decidir sobre a consistência do plano de negócios apresentado pela Concessionária:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Resposta ao Quesito 40 do Requerente

Conforme ofício CR 440/15, enviado pela Comgás ao órgão regulador, temos

Rua Paschoa Moreira, 378 - Mooca - São Paulo - 05182-080
11 - 3605-3760 ou 11 - 97368-0300 - damasio@damasio.com.br
HÁ 16 ANOS CONTRIBUINDO PARA O EQUILÍBRIO DA JUSTIÇA

fls. 2

DAMÁSIO CONSULTORIA						
Administração Judicial Perícia Contábil Perícia de Engenharia e Arquitetura Perícia Química Lavrado						
Incidência de K no cido 2009/15 (SEM AGREGAÇÃO DE VOLUMES) (R\$)	2009/2010	2010/2011	2011/2012	2012/2013	2013/2014	
MM tem efeito do MIX de agregação de volumes (IGPM-X anual)	0,308027	0,314382	0,345117	0,354851	0,377899	
MO's	0,300400	0,310500	0,349000	0,363627	0,389817	
(MM Comgás - MO)	0,007627	0,003882	-0,003883	-0,009736	-0,011918	Total
Dif. Receita gerada com os volumes realizados	35.961.814	18.914.208	-19.091.915	-43.345.684	-58.540.388	-66.101.964
K volume original proposto	0	0	-19.091.915	-43.345.684	-58.540.388	-120.977.987
K volume original proposto (atualizado ma/15-10PM)	0	0	-23.530.763	-51.560.933	-64.896.048	-139.996.746

Anexo F - Tabela 7

Portanto, a agregação de volume pelo regulador que produziu alterações nas margens que seriam estabelecidas aos usuários com o plano de negócios proposto pela Comgás, resultou em uma aplicação de K superior em R\$ 66,5 MM (R\$ 206,5 MM vs. R\$ 140,0 MM, moeda mai/15).

Para neutralizar o efeito no mix da adição de volume realizada pelo regulador, se pleiteia a restituição do montante de R\$ 66,5 MM (moeda mai/15)

Ora, como transcrito da 13ª Cláusula contratual acima, é prerrogativa indeclinável, verdadeiro dever-poder do agente regulador, a apreciação do plano de negócios proposto pela Concessionária, que, por isso mesmo, não tem qualquer direito subjetivo à sua aprovação tal qual proposto, circunstância que, como facilmente se vê, não foi apreciada pelo perito contábil.

O que fez o perito contábil foi, a partir de números apresentados pela própria Concessionária, referendar a estimativa de lucro por ela mesmo feita caso o seu plano de negócios proposto fosse aprovado sem nenhuma alteração pela agência reguladora, o que não tem, absolutamente, qualquer respaldo legal ou contratual.

Logo, o perito contábil não examinou a dinâmica regulatória em relação ao plano de negócios e às definições de margens máximas de distribuição (MM) por segmento de consumo, o que é natural ao regime de incentivos do contrato (*Price Cap*) e à política regulatória de interditar qualquer



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

discriminação ou preferência entre estes segmentos, dados os diferentes níveis de rentabilidade, bem como a própria modicidade tarifária e expansão dos serviços público⁵.

Assim, está correto o r. acórdão quando conclui que "(...) *Por outro lado, quanto às circunstâncias extraordinárias, sendo inimputáveis ao concessionário, devem ser arcadas pelo poder concedente, autorizando a revisão tarifária (com fulcro nas teorias do fato do príncipe, do fato da administração e da imprevisão). Como no caso não se comprovou a ocorrência de nenhuma destas hipóteses, não é devida qualquer indenização por danos materiais à concessionária*" (acórdão, fls. 12).

Portanto, como legal e contratualmente cabe à ARSESP revisar as projeções de custo e determinar aspectos relativos à prestação dos serviços públicos, não se pode falar, do ponto de vista jurídico, em desequilíbrio contratual, pois a Concessionária assumiu esse risco contratualmente (álea contratualizada).

3. INADMISSIBILIDADE/IMPROVIMENTO DO RECURSO

3.1 Inexistência de Cerceamento de Defesa; Inexistência de Decisão Surpresa

Alega a Embargante ter havido cerceamento de defesa em razão da não produção de prova oral no primeiro grau de jurisdição, bem como qualificar-se o r. acórdão como decisão surpresa, nos termos do art. 10 do CPC, pelo fato de o Tribunal ter valorado a perícia técnica como insuficiente para provar os fatos constitutivos de seu direito, sem que, com isso, houvesse tido oportunidade de prová-los.

E assim, conclui:

"(...) Honestamente, entende-se que o acórdão incorreu nessa grave nulidade pelo fato de não ter atentado que (i) a Embargante havia requerido prova oral e que (ii)

⁵ LC estadual nº 1.025/07, Artigo 36 - Na prestação dos serviços de gás canalizado serão observados os seguintes princípios, além daqueles dispostos na legislação federal de concessões:

I - serviço adequado;

II - incentivo à competitividade em todas as atividades do setor;

III - tratamento não discriminatório entre usuários dos serviços de gás canalizado, inclusive os potenciais, quando se encontrem em situações similares;

IV - modicidade das tarifas e garantia do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, consideradas taxas de remuneração compatíveis com as praticadas no mercado para atividades assemelhadas.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

o Juízo a quo havia sentenciado o feito logo após a perícia, sem apreciar referido pedido (não tendo a Comgás interesse recursal para isso salientar).

De todo modo, seja pela decisão surpresa, que se trata de questão de ordem pública a ser trazida ao conhecimento de V. Exas. na primeira oportunidade, seja pela contradição acima apontada, impõe-se o reconhecimento da nulidade do acórdão embargado, sendo de rigor a conversão do julgamento em diligência, a fim de que a Comgás tenha a oportunidade de produzir a prova oral que tempestivamente requereu" (**fls. 20 dos embargos de declaração**).

Inicialmente, cabe destacar, para o que interessa, a marcha processual no primeiro grau de jurisdição.

Às **fls. 2425-2428** protestou a Embargante, ao lado da prova pericial, pela produção de prova oral; às **fls. 2441-2443**, em decisão de saneamento e organização do processo, o magistrado deferiu a realização da prova pericial, e consignou, quanto à prova oral:

"(...) Quanto à prova oral em audiência, sua necessidade e conveniência será avaliada com a vinda do laudo pericial" (**fls. 2443 dos autos**).

Realizado o estudo pericial e entregue o laudo, a Embargante peticiona nos autos, às **fls. 2865-2872**, afirmando anuir completamente com seu teor, concluindo expressamente que:

"(...) Assim, a Comgás manifesta sua anuência aos termos do laudo pericial juntado às fls. 2.634/2.832, nada tendo a opor com relação ao seu conteúdo, sendo de rigor a procedência dos pedidos formulados na petição inicial.

Por fim, a Comgás resguarda o direito de, após a conclusão da prova pericial, avaliar a conveniência e necessidade de produção de provas adicionais para instrução do feito (...)" (fls. 2872 dos autos).

Às **fls. 3154**, após a finalização da prova pericial, o magistrado abriu prazo às partes para apresentação de alegações finais.

E, neste momento processual, a Embargante, que havia protestado por "avaliar a conveniência e necessidade de produção de provas adicionais para instrução do feito", manifestou-se em alegações finais **pela suficiência das provas produzidas (fls. 3164-3180 dos autos)**, dizendo, inclusive, que "**a prova é contundente a esse respeito" (fls. 3175 dos autos)**, e concluindo:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

"(...) por todo o acima exposto e diante de todas as provas produzidas no processo, chega-se à inafastável conclusão de que a aplicação do Termo de Ajuste K pela ARSESP está em desacordo com a essência do Contrato de Concessão (...)" (fls. 3180 dos autos).

Assim, pela breve análise da marcha processual tida em primeiro grau de jurisdição, já se nota a absoluta ausência de amparo e pertinência na alegação, a esta altura, de cerceamento de defesa pela não produção de prova oral, seja pela preclusão consumativa ou mesmo pela patente postura processual contraditória (art. 5 do CPC).

Ora, a Embargante protestou por "*avaliar a conveniência e necessidade de produção de provas adicionais para instrução do feito*" após a conclusão da prova pericial, e, uma vez concluída, manifestou-se em alegações finais pela suficiência das provas. Isto é, a Embargante, à vista do seu ônus probatório (art. 373, inc. I, do CPC), aquiesceu com o caderno probatório e não requereu mais provas.

Por outro lado, segundo o recurso, "(...) *era impossível prever ou adivinhar que esse E. Tribunal desconsideraria por completo a robusta prova pericial e decidiria com fundamento em ausência de provas dos fatos constitutivos do direito da Comgás*" (fls. 19 dos embargos de declaração).

A argumentação é desprovida de fundamento.

Com efeito, os fundamentos principais firmados no r. acórdão concernem, em linhas gerais, sobre a interpretação do contrato de concessão e do *Termo de Ajuste K*. Todos estes argumentos foram colocados desde a contestação (fls. 1687-1744), e, especificamente quanto à impropriedade e insuficiência da prova meramente contábil, nas alegações finais (fls. 3190-3200), no recurso de apelação (fls. 3552-3286) e na própria sustentação oral realizada na sessão de julgamento.

Logo, não prospera a afirmação de que não seria possível imaginar ou prever que o Tribunal se pronunciaria sobre tais questões, e, mais relevante ainda, valoraria as provas que foram produzidas nos autos.

Como se sabe, **decisão surpresa** é a que versa sobre **tema ou assunto não tratado pelas partes no processo**, e cuja adoção não foi precedida de oportunidade às partes para manifestação, **não se qualificando como tal** o julgamento de um recurso de apelação com suporte em valoração de



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

prova (no caso, a prova pericial) que já havia sido (bem ou mal) valorada pela sentença, e cujo conteúdo vinha sendo debatido pelas partes no processo. **Não se qualifica como decisão surpresa o acórdão que interpreta o contrato de concessão, suas cláusulas e subcláusulas, nos termos do que fora provocado desde a petição inicial e na linha do que apresentado pela defesa em todas suas manifestações.**

Veja-se que, proposta a ação pela Comgás, sabia ela do seu ônus probatório (art. 373, inc. I, do CPC) e da indeclinável função jurisdicional de apreciar as provas (art. 371 do CPC) tidas por ela mesma como *suficientes e contundentes* (**fls. 3164-3180 dos autos - fls. 3175 dos autos**).

Não é razoável propor que o colegiado de segundo grau tenha de avisar previamente à Comgás sobre a insuficiência das suas provas, ainda mais quando a própria parte Autora as considerou suficientes no fim da instrução processual. *Para além de não se compatibilizar com o sistema de valoração do ônus probatório estático do processo*, haveria tratamento desigual entre as partes (art. 139, inc. I, do CPC) e prestígio a uma conduta autocontraditória.

Portanto, considerando (i) que a Embargante se manifestou depois da conclusão da prova pericial pela *suficiência* das provas que se destinavam a provar os fatos constitutivos do seu direito – e o fez, diga-se, em letras garrafais; (ii) que, no sistema processual civil, adepto à persuasão racional do juiz, as provas são a eles dirigidas (art. 371 do CPC) e que, em virtude do ônus probatório estático (art. 373, inc. I, do CPC), serão elas valoradas na sentença ou no acórdão; a única conclusão possível é a de que **não há cerceamento de defesa ou decisão surpresa**.

Não bastasse o ponto, cabe destacar a notória impertinência e impropriedade da prova oral sinalizada pela Embargante em seu recurso, que teria por objeto a oitiva de testemunhas para aferir a "(...) a existência ou não de desequilíbrio contratual, racional do Termo de Ajuste K, discussões que determinaram sua inclusão no Contrato, possibilidade técnica de interpretação e aplicação do Contrato de Concessão tal como pretendido pela Comgás, sem qualquer violação legal ou contratual etc" (**fls. 14 dos embargos de declaração**).

Ora, agora já ter o Tribunal, no irretocável acórdão, apreciado profundamente a metodologia do *Termo de Ajuste K* – amplamente discutido nos autos, **não há que se ouvir testemunhas sobre matéria jurídica, como o é a "possibilidade técnica de interpretação e aplicação do Contrato de Concessão tal como pretendido pela Comgás, sem qualquer violação legal ou contratual"**, porque

Rua Maria Paula, 67, 1o Andar, Bela Vista, São Paulo-SP

20

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 13:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jsp.jus.br/pastadigital/sgr/abr/ComercioDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

tal desate representa o mérito jurídico da causa, ao qual o Poder Judiciário já deu a sua resposta.

Como ensina o professor Fredie Didier Jr – um dos autores do CPC – “[...] *não cabe à testemunha fazer juízo de valor sobre os fatos, muito menos enquadrá-los juridicamente – isso é função do órgão jurisdicional [...]*”. Soa até mesmo curioso que o autor defenda a oitiva de testemunhas para falar sobre a possibilidade de interpretação jurídica de um contrato de concessão, quando testemunhas são pessoas naturais chamadas a juízo para dizer o que sabe sobre os **fatos** probandos. Não se convoca testemunha para dar seu testemunho sobre a interpretação de disposições contratuais.

Outra heterodoxa proposição feita pela Autora é a de que teria sido prejudicado porquanto teria direito, na forma do artigo 464, §2º, do CPC, a que alguns servidores da agência fossem convocados em juízo para compartilhar suas impressões sobre a devida interpretação jurídica do contrato. Basta uma simples leitura do dispositivo mencionado para chegar-se à conclusão de que a pretensão é desprovida de fundamento:

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:

I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III - a verificação for impraticável.

§ 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§ 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

No presente feito, foi realizada prova pericial a pedido da parte Autora e – *a todo momento* – ela própria reconheceu a causa como de grande complexidade técnica.

Ora, o §2º acima destacado **expressamente** estabelece que o juiz poderá *em substituição à perícia* determinar a produção de **prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade**. Assim, pelo que decorre da norma, não existe a possibilidade de ouvir o corpo técnico da ARSESP (ou seus antigos funcionários) a respeito da interpretação jurídica ou das distorções provocadas pela aplicação do *Termo de Ajuste K* com base nesse dispositivo.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Com todo o respeito à Embargante, nem mesmo em tese faria sentido invalidar o r. acórdão por cerceamento de defesa ou proferimento de decisão surpresa com base no suposto direito à produção de provas orais.

É que, ainda que o feito retornasse à origem, não haveria *provas testemunhais ou análises técnicas de baixa complexidade* processualmente admissíveis que pudessem servir de supedâneo à superação da interpretação jurídica de cláusulas contratuais e de normas constantes na legislação que rege as contratações públicas.

Todos sabemos que a atividade hermenêutica recai sobre o texto do contrato e da lei, cabendo ao juiz, como *expert em direito*, definir *o alcance de disposições normativas*. Dessa forma, é impertinente a produção tanto de provas periciais (complexas ou simplificadas) como de provas testemunhais sobre a interpretação jurídica de um contrato. Em caso semelhante (e paradigmático), esta colenda 10ª Câmara de Direito Público assentou posicionamento idêntico ao que se está a defender, *in verbis*:

APELAÇÃO. Ação de nulidade de ato administrativo. Contrato de concessão. **Pleito de anulação de decisão administrativa que anulou parcialmente termo aditivo de reequilíbrio econômico financeiro do contrato. Sentença que julga a ação improcedente. Manutenção. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Prova pericial desnecessária. Matéria técnico-econômica suficientemente esclarecida nos autos, por meio de juntada de prova documental, a apoiar decisão jurídica do juiz da causa. Ponto nodal – metodologia adequada para o reequilíbrio contratual – que é matéria jurídica, cujo expert é o juiz da causa. (...) (TJSP; Apelação Cível 1014891-25.2015.8.26.0053; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 21/05/2018; Data de Registro: 18/06/2018).**

Diante da clareza e da aplicabilidade ao feito, destaca-se trecho do acórdão acima mencionado o qual enfrenta de modo impecável o não cabimento de realização de prova pericial sobre questões jurídicas, *in verbis*:

“[...] Ora, todas as perícias juntadas aos autos pela apelante demonstram que foi efetivada interpretação de cláusulas contratuais pelos peritos em economia, sendo o direito contratual administrativo matéria estranha à especialidade dos peritos em questão.

Decidir sobre interpretação de contratos administrativos, à luz da legislação aplicável, é matéria de especialidade técnica do juiz da causa, não sendo

Rua Maria Paula, 67, 1o Andar, Bela Vista, São Paulo-SP

22

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO01000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sgrabitConferenciaDocumento.do>, informe o processo 103722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

necessária a produção de perícia econômica para que um especialista em economia leigo em matéria contratual administrativa interprete qual seria a metodologia aplicável.

Desse modo, a controvérsia posta nos autos era mesmo exclusivamente de direito, cuja análise jurídica é anterior às demonstrações econômicas (apesar de nelas se apoiar): qual metodologia de aferição do equilíbrio contratual é juridicamente mais adequada. Se a defendida pelas apeladas (receita real) ou se a defendida pela apelante (receita projetada), estando correta a r. sentença, pois, quando decidiu a controvérsia jurídica (apoiada nos dados econômicos já trazidos aos autos), prescindindo de prova pericial.

Para tanto, de nada adiantaria a opinião de um técnico em economia, mormente já tendo havido a opinião de ao menos três técnicos na matéria nos autos (FIPE, FGV e Ernst & Young), sendo necessário para a solução da lide posta – qual metodologia é juridicamente adequada e justa no contexto de contratos de concessão se socorrer do técnico na matéria jurídica, que é o próprio juiz da causa e não o perito.

Isso porque “é evidente que, na medida em que se supõe o conhecimento do direito pelo juiz (iuri novit curia), não tem cabimento a realização de perícia em matéria jurídica” (Antonio Carlos Araújo Cintra, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV: arts. 332 a 475, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 212, g.n.).

Não é, pois, matéria de técnica econômica, mas de técnica jurídica, cujo expert é o juiz da causa e não o perito.[...]”.

As demais Câmaras de Direito Público compartilham deste entendimento, como se pode observar nas Apelações nº. 1014902-54.2015.8.26.0053 e 1027267-77.2014.8.26.0053, julgadas, respectivamente, em 06/03/2020 e 13/11/2019, pela 12ª Câmara de Direito Público; nas Apelações Cíveis nº. 1014593-67.2014.8.26.0053 e nº. 1013617-60.2014.8.26.0053, da 2ª Câmara de Direito Público, Julgado em 25/06/2019, e na Apelação nº. 1040986-29.2014.8.26.0053, da 3ª Câmara de Direito Público, julgada em 17/04/2018. Em todas, a prova pericial foi considerada impertinente para fins de definição da correta interpretação de cláusulas contratuais.

Portanto, uma vez que o reconhecimento do direito à indenização como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão tem como premissa a correta interpretação do contrato – afinal, *somente existe direito ao reequilíbrio se o contrato não houver originariamente alocado o risco nele descrito à parte que sofre os efeitos econômico-financeiros de sua materialização* – não há que se falar em cerceamento de defesa ou de decisão se a prova almejada for processualmente inadmissível e se prestar exclusivamente a orientar a interpretação jurídica do órgão julgador.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Outrossim, é importante destacar que a Comgás atuou à exaustão nos autos, produzindo documentos e provas periciais reputadas, pela própria parte Autora, como suficientes para provar os fatos constitutivos de seu suposto direito.

Isso posto, o recurso é manifestação improcedente.

4. INADMISSIBILIDADE/IMPROVIMENTO DO RECURSO

4.1 A Nota Técnica n° RTM/02/2009; Inexistência de Confissão

Prossegue a Embargante afirmando que o documento juntado às fls. 344-395 dos autos, consistente na Nota Técnica n° RTM02/2009, seria uma confissão do Estado de São Paulo e da ARSESP quanto à matéria de fato versada na ação, porque reconheceria:

- "(...) 1. Ter a ARSESP conduzido “estudos”, no plural, em relação à onerosidade trazida pela aplicação do Termo de Ajuste K, tal como ela é feita.
2. Ter a ARSESP concluído, nesta exata expressão, de que ajuste ao Termo de Ajuste K seria devido.
3. Ter a ARSESP se obrigado a realizar tais ajustes no Ciclo de 2009 a 2014" (fls. 21 dos embargos de declaração).

E continua:

"(...) Nos termos do artigo 374, II e 389, do CPC, trata-se de confissão clara, expressa e acachapante, sobre a onerosidade excessiva trazida à Embargante em razão da aplicação literal da cláusula Décima Terceira do Contrato de Concessão tal como pretendida pela ARSESP.

(...)

Na visão da Embargante, tal documento tornaria prescindível qualquer outra prova sobre os elementos ensejadores de uma revisão contratual. Afinal, o órgão regulador, depois de conduzir estudos, concluiu pela onerosidade e, mais que isso, prometeu revisar o Contrato (...)" (fls. 23 dos embargos de declaração).

Passemos à análise do documento em questão.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Segundo consta de sua ementa, a Nota Técnica n° RTM/02/2009 – versão final – tratou da "metodologia detalhada para o processo de revisão tarifária das Concessionárias de Gás Canalizado do Estado de São Paulo" (fls. 344-395), e teve como objetivo apresentar:

"(...) a versão final da Metodologia a ser utilizada na Segunda Revisão Tarifária das Concessionárias de Distribuição de Gás Canalizado do Estado de São Paulo, Companhia de Gás de São Paulo – COMGÁS, Gás Brasileiro Distribuidora S/A e Gás Natural São Paulo Sul S/A, a ser desenvolvida segundo o disposto na Cláusula Décima Primeira e nos termos da Cláusula Décima Terceira de cada Contrato de Concessão" (fls. 350).

Já se nota, portanto, que a nota técnica em questão versou sobre (i) todas as Concessionárias de gás canalizado do Estado de São Paulo, e não apenas à Embargante, e, *mais importante*, (ii) **definiu a metodologia de revisão tarifária contra a qual a Embargante reclama nesta ação**.

Já fica clara a inconsistência do argumento: como poderia a nota técnica qualificar-se como confissão sobre suposta onerosidade do *Termo de Ajuste K*, se foi ela mesma – a própria nota técnica – que definiu seus critérios de incidência anual e respectiva apuração?

Neste sentido, **não há, pura e simplesmente, qualquer afirmação relacionada aos fatos articulados nesta ação no referido documento**, em especial às **fls. 391 e seguintes dos autos**. No documento (i) não há reconhecimento de "onerosidade"; (ii) não há reconhecimento de que o *Termo de Ajuste K* deva ser aplicado quinquenalmente, e não anualmente como determina o contrato público; (iii) tampouco há assunção de obrigação relacionada à modificação ou revisão das cláusulas contratuais.

O que está registrado no documento, particularmente a partir das fls. 392 dos autos, são resultados de estudos e recomendações acerca da calibração das margens máximas de distribuição entre os setores de consumo de gás canalizado, e que teriam por fim diminuir a volatilidade e, assim, a imprevisibilidade nos resultados do *Termo de Ajuste K*.

Não há, absolutamente, admissão da verdade do fato de que, como é a causa de pedir da ação, (i) deva ser o *Termo de Ajuste K* apurado e calculado quinquenalmente, como quer a Comgás, ou mesmo (ii) que exista qualquer desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em razão da



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

aplicação do *Termo de Ajuste K* tal como previsto neste mesmo contrato.

Por outro lado, algumas observações cabem, ainda que por exercício argumentativo.

Com efeito, ainda que se cogitasse que a mencionada Nota Técnica tivesse algum conteúdo relativo à confissão dos fatos articulados neste processo, caberia, em primeiro lugar, atentar-se para a característica indivisível da confissão⁶, porque, como já dito, foi a mencionada Nota Técnica que definiu a metodologia de apuração e incidência anual do *Termo de Ajuste K*, não podendo, por isso mesmo, reconhecer que o correto seria esta apuração e incidência quinquenal.

Não bastasse, ainda haveria que se verificar (i) que a confissão não vale contra direitos indisponíveis, como o é a revisão de um contrato público e a específica tutela dos usuários contida no *Termo de Ajuste K*; (ii) que a confissão não é válida se feita por quem não pode dispor do direito; e, ainda, (iii) que a confissão, quando se tratar de representação, somente vincula o representado na extensão dos poderes do representante, tudo nos termos do art. 392 do CPC:

Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

§ 1º A confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.

§ 2º A confissão feita por um representante somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

Particularmente quanto ao conteúdo normativo dos parágrafos 1º e 2º acima, cabe anotar que, mesmo que fosse o caso da Nota Técnica reconhecer (como não o fez, já se pontuou) ser devida a interpretação quinquenal do *Termo de Ajuste K*, mencionada Nota Técnica não poderia sequer gerar qualquer expectativa nesta revisão contratual, porque, *para a revisão de um contrato público deste vulto*, a legislação paulista estabelece trâmites próprios, inclusive garantindo a ampla participação social:

LC estadual nº 1.025/07, Artigo 4º - A ARSESP promoverá consultas públicas previamente à edição de quaisquer regulamentos e à aprovação de diretrizes, níveis, estruturas e revisões tarifárias, bem como nos demais casos definidos no regimento interno.

§ 1º - A consulta pública será divulgada pela Imprensa Oficial e na página da

⁶ CPC, Art. 395. A confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável, porém cindir-se-á quando o confitente a ela aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

ARSESP na rede mundial de computadores.

§ 2º - O prazo entre a efetiva disponibilização dos documentos indispensáveis à consulta pública e a instalação desta não será inferior a 15 (quinze) dias.

§ 3º - A cada consulta pública será elaborado e publicado relatório circunstanciado.

Artigo 5º - Antes da tomada de decisão em matéria relevante, a ARSESP deverá realizar audiência pública para debates, cuja data, hora, local e objeto serão divulgados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, pela Imprensa Oficial e na página da ARSESP na rede mundial de computadores.

Parágrafo único - A audiência pública será convocada pela Diretoria da ARSESP, na forma do regimento interno.

Veja-se que é especialmente problemático, do ponto de vista jurídico, assumir que inferências retiradas de uma *Nota Técnica* podem implicar o reconhecimento de confissão quanto à onerosidade excessiva.

A alteração de um contrato público – em especial de uma cláusula que envolve o seu cerne econômico-financeiro – deve ser precedida de ampla discussão e aprovação por autoridades regulatórias e jurídicas do Estado.

Sob essa ótica, não há como ler a nota, nem mesmo em tese, como uma *confissão*, porquanto não é dado aos seus formuladores *dispor* sobre essa questão. Para dispor sobre o reconhecimento de onerosidade excessiva ou sobre a devida interpretação jurídica das cláusulas contratuais, os elaboradores precisam ter *competência*, isto é, poderes jurídicos para falar em nome do Poder Concedente.

A agência – e seus servidores – existem para arbitrar conflitos sobre a aplicação do contrato existente e para aprovar deliberações. Não poderiam os servidores propor o descumprimento de cláusulas contratuais sob o argumento de que se estaria a aprimorar o regime jurídico-regulatório. Isso traria uma **enorme insegurança jurídica para o setor**, inclusive com questionamentos por parte daqueles que poderiam ter participado do certame licitatório que adjudicou à Concessionária o direito a explorar o serviço. Além disso, se ignorada a cláusula – que compõe a substância do contrato – há que se pensar se restaria título jurídico hábil a manter o regime jurídico concessional ora em vigor, especialmente porque se trata de uma cláusula essencial à defesa dos usuários do serviço.

E mais, diz o arrazoado recursal "(...) *Ter a ARSESP concluído, nesta exata expressão,*



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

de que ajuste ao Termo de Ajuste K seria devido. Ter a ARSESP se obrigado a realizar tais ajustes no Ciclo de 2009 a 2014" (fls. 21 dos embargos de declaração).

Ora, se ainda assim fosse, é de se ter em mente que suposta e eventual revisão do contrato de concessão, afora passar por todo o trâmite legal já tangenciado, não deveria, necessariamente, que corresponder à vontade da Comgás, que ora é manifestada nesta ação, sob pena, inclusive, de indevida captura do agente regulador pelo agente regulado, realidade em que a própria Comgás escolheria os termos da regulação setorial incidente sobre ela própria⁷.

Logo, mais uma questão improcedente no recurso.

5. INADMISSIBILIDADE/IMPROVIMENTO DO RECURSO

5.1 Interpretação Jurídica do Termo de Ajuste K Expressa no Acórdão; Impossibilidade de se Modificar os Termos Claros do Contrato

Com efeito, apesar da expressiva manifestação do Poder Judiciário sobre o tema, insiste a Embargante na pretensão de se interpretar o contrato público de maneira "teleológica" e "sistemática", produzindo o resultado que lhe é de interesse.

Nestes termos, reproduz argumentos já rechaçados pelo r. acórdão:

"(...) o Poder Judiciário tem o dever de analisar todas as cláusulas contratuais de forma teleológica e sistemática, nos termos da própria fundamentação, não podendo se ater a um mero recorte de cláusulas contratuais isoladas para afirmar que os danos causados à Comgás pela aplicação equivocada do Termo de Ajuste K seriam decorrentes de mera aplicação do Contrato sem consequências financeiras ou onerosidade excessiva (...)" (fls. 25 dos embargos de declaração).

A partir daí, insiste na tese de que o *Termo de Ajuste K* deveria ser apurado e incidir a cada ciclo contratual (período de 05 – cinco – anos), e não anualmente, como textualmente definido no contrato e naturalmente reconhecido no r. acórdão:

⁷ GUERRA, Sérgio. *Teoria da Captura da Agência Reguladora em Sede Pretoriana*. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj34orbv4fuAhUDFLkGHQ2BdE4ChAWMAR6BAGKEAI&url=http%3A%2F%2Fbibliotecadigital.fgv.br%2Ffojs%2Findex.php%2Fda%2Farticle%2FviewFile%2F42475%2F41195&usq=>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

"(...) Esse "excedente" não pode ser constatado somente pela verificação da margem unitária obtida (MO) em relação à margem máxima autorizada (MM) pois, conforme verificou-se nos últimos ciclos, em nenhum momento a receita obtida superou a receita autorizada e, mesmo nestes casos houve aplicação de Termo de Ajuste K (fls. 2.657/2658):

Quesito 15 do Requerente

Os cálculos anexos (Anexo II) foram feitos a partir de dados extraídos da Nota Técnica Final, Revisão Tarifária da Comgás, Terceiro Ciclo Tarifário e Estrutura Tarifário. Queira o Sr. Perito esclarecer, a partir dos cálculos abaixo, se a metodologia que a ARSESP pretende aplicar faria com que, mesmo que a Concessionária cumprisse fielmente o Plano de Negócios, esta seria privada de parte de sua receita por conta da comparação entre uma média anual e outra quinzenal?

Resposta ao Quesito 15 do Requerente

15555 v2

MAREST

fls. 28
28/35

Resposta positiva, mesmo se a concessionária cumprir fielmente o plano aprovado pelo órgão regulador, a mesma não conseguiria recuperar a receita requerida em sua totalidade devido à aplicação do termo de ajuste K.

Caso as projeções do regulador se confirmem a Margem Obtida (MO) da concessionária ano a ano seriam as seguintes:

Sobre o tema, as razões de decidir do acórdão são precisas:

"(...) Muito embora o laudo pericial tenha encontrado a referida distorção, restou suficientemente provado no processo que tal não gera qualquer desequilíbrio na equação econômica do contrato, uma vez que a Arseps vem fazendo incidir o termo K, conforme previsão expressa no referido contrato.

Logo, o argumento contábil não pode se sobrepor aos termos contratuais que, como se verá, são bastante claros.

(...)

Os argumentos levantados pela Comgás contra a incidência do fator K devem ser divididos em dois: de um lado, a autora aponta vício na incidência do fator K no segundo ciclo, quando este poderia ser positivo ou negativo; de outro, sustenta

AOvVaw2CrBoCs-WMMAYKXbEoWVTq.

Rua Maria Paula, 67, 1o Andar, Bela Vista, São Paulo-SP

29

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jsp.jus.br/pastadigital/sj/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

haver distorção na incidência do termo K durante o terceiro ciclo, quando tal ocorreria anualmente.

(...)

Alegou, ainda, a Comgás que no terceiro ciclo a Arsesp teria feito incidir o índice K de maneira equivocada, pois apesar da verificação de atingimento da MM pela concessionária ter de ocorrer anualmente, a incidência do termo K apenas deveria ocorrer se, ao final do ciclo tarifário, a soma das MO tivessem superado a soma da MM para este período. Ora, não há como acolher tal pretensão, pois busca impor metodologia de cálculo que não foi prevista contratualmente.

A análise do contrato não deixa dúvidas de que a metodologia pretendida pela Comgás e chancelada pela perícia contábil, não encontra respaldo nos termos do contrato. Daí ter razão a Arsesp ao impugnar o valor probante do laudo pericial que se limitou a analisar aspectos contábeis quando, em verdade, o que se põe em relevo aqui são os termos contratuais.

E, ao analisar as cláusulas que tratam especificamente da equação econômica do contrato, conclui-se facilmente que a Comgás, embora tenha tido limitadas as suas receitas, não foi prejudicada por qualquer atuação da Arsesp que se ateve a observar o contrato de concessão. Ao mesmo tempo, não provou a Comgás a ocorrência de fatos externos ao contrato, imprevistos ou de efeitos incalculáveis, que teriam impactado na execução deste" (fls. 3662-3674 dos autos).

Não bastasse, o arrazoado recursal, no ponto, propõe verdadeira confusão entre conceitos, pretendendo levar à conclusão de que, para a incidência do *Termo de Ajuste K* – quinquenalmente, como deseja – existem duas condicionantes autônomas: (i) desvios entre as margens máximas (MM) e as margens obtidas (MO); e a verificação de receita adicional num período de 05 (cinco) anos.

No entanto, como se lê textualmente no contrato administrativo – *e mais uma vez se traz o tema -*, o *Termo de Ajuste K* corrige desvios anuais entre as margens máximas (MM) e as margens obtidas (MO) pela Concessionária, e, uma vez incidente, reduzirá a margem máxima (MM) do ano no valor exato e atualizado da receita adicional obtida para este mesmo ano.

Em outras palavras, o *Termo de Ajuste K* tem como fator gerador de incidência desvios entre as margens de distribuição de gás, e, como medida de cálculo para reduzir a receita excedente obtida pela Concessionária – não autorizada pelo contrato e pelo órgão regulador, portanto – a própria receita adicional que foi obtida.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

As cláusulas, neste sentido, são absolutamente claras:

DÉCIMA TERCEIRA CLÁUSULA

Décima Sexta Subcláusula – O Termo de Ajuste K é utilizado para corrigir os desvios anuais existentes entre a Margem Máxima (MM) e a Margem Obtida pela CONCESSIONÁRIA e será aplicado anualmente somente quando a Margem Obtida pela CONCESSIONÁRIA exceder a Margem Máxima (MM) autorizada pela CSPE.

Décima Sétima Subcláusula – O Termo de Ajuste K reduzirá a Margem Máxima (MM) do ano t, em um montante equivalente ao valor atualizado da receita adicional obtida, quando a Margem Obtida pela CONCESSIONÁRIA em t – 1 for maior que a Margem Máxima (MM) autorizada pela CSPE para esse ano.

Décima Oitava Subcláusula – O Termo de Ajuste (K t) para o período t será expresso em reais por m³ e será calculado da seguinte forma: $K_t = [(MM_{t-1} - MO_{t-1}) (1 + r_{t-1}) V_{t-1}] / V_t$ Onde: MM t-1: Margem Máxima (MM), no ano t – 1, expressa em reais por m³; MO t-1: Margem Obtida, no ano t – 1, expressa em reais por m³; r t-1: taxa de juros média anual, no ano t – 1; V t : volume anual previsto para o ano t, expresso em m³; e V t-1 : volume anual distribuído, no ano t – 1, expresso em m³.

Essa proposição está provada pela leitura da fórmula matemática de incidência do *Termo de Ajuste k*, prevista, como tal, na redação original do contrato público, **e que não contempla, como fator de verificação de sua incidência ou não, a receita adicional obtida, mas apenas as margens:**

Décima Oitava Subcláusula – O Termo de Ajuste (K t) para o período t será expresso em reais por m³ e será calculado da seguinte forma:

$$K_t = [(MM_{t-1} - MO_{t-1}) (1 + r_{t-1}) V_{t-1}] / V_t$$

Onde:

MM t-1: Margem Máxima (MM), no ano t – 1, expressa em reais por m³;

MO t-1: Margem Obtida, no ano t – 1, expressa em reais por m³;

r t-1: taxa de juros média anual, no ano t – 1;

V t : volume anual previsto para o ano t, expresso em m³; e

V t-1 : volume anual distribuído, no ano t – 1, expresso em m³.

Logo, não há o que reparar na exatidão da leitura da fórmula pela ARSESP, e assim sufragada pelo Poder Judiciário.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Surge, assim, desprovida de sentido e fundamento a afirmação, contida no arrazoadado recursal, de que "(...) a *inconsistência matemática* apontada no processo impede a concessionária de auferir os recursos suficientes para garantir o equilíbrio inicialmente proposto, através da aplicação de um termo de ajuste em uma condição de não materialização dos recursos pactuados inicialmente" (**fls. 29 dos embargos de declaração**).

Ora, em primeiro lugar, é impossível existir inconsistência matemática numa fórmula, justamente pelo fato de que a matemática é ciência exata; *inconsistência matemática* é uma expressão que resulta numa contradição de termos. E, em segundo lugar, a fórmula matemática não pode impedir a aferição de receitas em descompasso com o "*equilíbrio inicialmente proposto*", justamente porque a fórmula está presente no pacto inicialmente proposto.

Nestes termos, mais uma vez o irretocável acórdão:

"(...) A análise do contrato não deixa dúvidas de que a metodologia pretendida pela Comgás e chancelada pela perícia contábil, não encontra respaldo nos termos do contrato. Daí ter razão a Arsesp ao impugnar o valor probante do laudo pericial que se limitou a analisar aspectos contábeis quando, em verdade, o que se põe em relevo aqui são os termos contratuais.

E, ao analisar as cláusulas que tratam especificamente da equação econômica do contrato, conclui-se facilmente que a Comgás, embora tenha tido limitadas as suas receitas, não foi prejudicada por qualquer atuação da Arsesp que se ateve a observar o contrato de concessão. Ao mesmo tempo, não provou a Comgás a ocorrência de fatos externos ao contrato, imprevistos ou de efeitos incalculáveis, que teriam impactado na execução deste" (**fls. 3662-3674 dos autos**).

Mais uma vez, conclui-se, o recurso é improcedente.

6. INADMISSIBILIDADE/IMPROVIMENTO DO RECURSO

6.1 A Verba Honorária: O *Inegável* Proveito Econômico

Finalmente, a peça recursal arremata sua irrisignação pela estipulação da base de cálculo dos honorários sucumbenciais devidos tendo em conta o valor da causa.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Para isso, afirma que "(...) *Já na hipótese de manutenção do v. acórdão embargado, o que se admite apenas para argumentar, deve-se atentar para a ausência de condenação e afastamento dos valores apurados pela perícia, de forma que os honorários sejam fixados segundo os critérios do art. 85, §2º, do CPC, ou seja, sobre o valor da causa, uma vez que não há que se falar em proveito econômico obtido*" (**fls. 30 dos embargos de declaração**).

Sobre o tema, a prescrição do Código de Processo Civil restou textual:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, **do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo**, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: (...)

Logo, o dispositivo deixa claro que a definição da base econômica sobre a qual incidirá os honorários sucumbenciais é, preferencialmente, orientada pelo valor da condenação ou pelo **exato conteúdo econômico do processo**, apenas e tão somente recaindo sobre o valor da causa **quando não se puder utilizar nenhum dos dois anteriores critérios**.

Com a clareza na exposição, o informativo 0645 do Superior Tribunal de Justiça:

"(...) Percebe-se que o Código de Processo Civil/2015 sinaliza ao intérprete o desejo de objetivar o processo de fixação do *quantum* da verba honorária. **Em terceiro lugar, introduziu autêntica e objetiva "ordem de vocação" para fixação da base de cálculo da verba honorária**, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria. De fato, a seguinte ordem de preferência, na fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, é obtida pela conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85 do CPC: (a) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (b) **segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (b.1) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor** (art. 85, § 2º); ou (b.2) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); (c) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art; 85, § 8º)"⁸ (grifos nossos).

⁸ STJ, REsp 1.746.072-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. Acđ. Min. Raul Araújo, por unanimidade, julgado em 13/02/2019, DJe



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Mencionado precedente, como é natural esperar, vem sendo seguido à risca pelo STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXORBITÂNCIA NÃO EVIDENCIADA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. APRECIÇÃO EQUITATIVA. EXCEPCIONALIDADE. PROVEITO INESTIMÁVEL OU IRRISÓRIO OU VALOR DA CAUSA MUITO BAIXO. HIPÓTESES INOCORRENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

(...)

4. Não havendo condenação, a verba sucumbencial há de ser arbitrada em 10% a 20% sobre o montante do proveito econômico ou, caso este não possa ser aferido, sobre o valor da causa, reservando-se a apreciação equitativa prevista no § 8º do art. 85 do NCPC às excepcionais hipóteses em que, havendo ou não condenação, (i) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (ii) o valor da causa for muito baixo.

5. Agravo interno não provido⁹.

O escólio doutrinário não discrepa:

"Como se vê, não há mais distinção de base de cálculo e de limites percentuais entre as decisões condenatórias, declaratórias e constitutivas. Não importa a natureza da decisão, os parâmetros de fixação da verba honorária são os mesmos. O art. 85, § 2o, elege três bases de cálculo distintas: os valores da condenação, do proveito econômico e da causa, a serem observados nessa ordem. Assim, os honorários devem ser fixados com base no valor da condenação; não a havendo, utiliza-se o proveito econômico; em última instância, recorre-se ao valor da causa. É o que se extrai do art. 85, § 4o, III, do CPC/2015¹⁰ (grifos nossos).

Por fim, neste rumo também está a jurisprudência deste TJSP:

Agravo de Instrumento. Impugnação ao Cumprimento de sentença. Condenação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo ao pagamento de honorários com base no proveito econômico obtido em decisão que acolheu a exceção de pré-executividade e determinou a substituição das CDA's. Cálculo do cumprimento de sentença que teve como base o valor da causa e não o proveito econômico obtido. Decisão reformada. Recurso provido¹¹.

Assim, considerando que a reforma da sentença tem conteúdo econômico certo e

29/03/2019.

⁹ STJ, AgInt no AREsp 1650659/SE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 28/08/2020.

¹⁰ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto B. de. **Honorários de sucumbência e direito intertemporal: entre o CPC/1973 e o CPC/2015**. Revista de Processo, vol. 265, ano 42, p. 348. São Paulo: Ed. RT, mar. 2017.

¹¹ TJSP: Agravo de Instrumento 3004331-13.2019.8.26.0000; Relator (a): Paola Lorena; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

definido, consistente, exata e precisamente, no valor que fora imposto de condenação ao Erário pela sentença, a base de cálculo da verba honorária deverá corresponder exatamente a esta realidade.

Ademais, cabe argumentar que, caso assim não o fosse – e entendesse o Tribunal pela fixação da verba honorária segundo o valor da causa –, a Embargante teria uma posição processual privilegiada em relação ao Poder Público, já que, caso vencida, pagaria os honorários sobre o valor da causa – que é, como se nota, infinitamente irrisório perante o seu conteúdo econômico –; e, caso vencedora, necessariamente receberia os honorários segundo o valor da condenação, em montante, pois, muito superior.

Com outros termos, caso vencedora, a Comgás teria sua verba honorária calculada sobre o valor, firmado à data da sentença, de R\$ 419.000.000,00 (quatrocentos e dezenove milhões de reais); caso vencida, apenas sobre o valor da causa, de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

E aqui reside, certa e seguramente, um dos grandes méritos do CPC/2015 ao estabelecer objetivamente a ordem de gradação das bases de cálculo: evitar tratamentos desiguais entre as partes de uma mesma demanda, o que seria, de resto, verdadeira iniquidade.

Destaque-se que o sistema estabelecido pelo CPC tem como escopo não somente remunerar a atividade dos advogados, mas gerar um desincentivo a aventuras jurídicas, impondo aos que teriam um enorme proveito econômico uma sanção pela indevida movimentação da máquina judiciária.

Pelo exposto, também a inversão sucumbencial estabelecida no r. acórdão surge irrepreensível.

7. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o **ESTADO DE SÃO PAULO** e a **ARSESP** requerem (i) o juízo negativo de admissibilidade do recurso; e, na remota hipótese de admissão, (ii) que lhe seja negado provimento.

Foro de Pindamonhangaba - SEF - Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 15/06/2020; Data de Registro: 15/06/2020.

Rua Maria Paula, 67, 1o Andar, Bela Vista, São Paulo-SP

35

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.

Rômulo Silva Duarte

Procurador do Estado

OAB/SP Nº 423.402



1

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000209318

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante C. DE G. DE S. P. C., são embargados E. DE S. P. e A. R. DE S. E E. DO E. DE S. P. - A..

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram parcialmente os embargos de declaração, apenas para sanar as omissões apontadas pela Comgás, sem, contudo, haver efeitos infringentes. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente) E ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 22 de março de 2021.

TERESA RAMOS MARQUES
A PRESIDENTE E RELATOR
Assinatura Eletrônica

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jus.br/pastadigital/sgr/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Embargos de Declaração nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001

Comarca de São Paulo

Embargante: Companhia de Gás de São Paulo - COMGÁS

Embargada: Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP) e outro

Voto nº 26905

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Alegação de omissões – Honorários advocatícios – Base de cálculo:

Acolhidos parcialmente, sem efeitos infringentes, posto que apenas reforçados e complementados pontos da motivação do acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Comgás, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, em síntese, sob o fundamento de que é preciso sanar graves omissões consistentes no fato de que este Tribunal não analisou duas causas de pedir. A primeira delas diz respeito à criação unilateral pela Arsesp do “Alto fator de carga” que concedeu descontos especiais variáveis entre 1% a 10% da margem de distribuição sem a respectiva compensação, gerando prejuízos à embargante. A segunda, refere-se à alegação de que houve alteração unilateral e injustificada dos volumes e de sua distribuição nos respectivos segmentos, o que também teria gerado desequilíbrio contratual, pois afetou a capacidade da Comgás de cumprir as metas e compromissos regulatórios assumidos no próprio plano.

Sustenta, ademais, que ao reformar a sentença desconSIDERANDO o laudo pericial, o acórdão embargado teria se omitido quanto ao disposto no artigo 10 do CPC que proíbe a decisão surpresa. Nesse sentido, alega que era impossível prever que este Tribunal fosse desconSIDERAR o laudo pericial. Sendo assim, deveria ter transformado este julgamento em diligência

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigital/sgr/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para se determinar a colheita de prova oral que, por sua vez, poderia influenciar e combater premissas do acórdão, seja quanto ao reconhecimento de uma interpretação sistemática do contrato, seja quanto ao preenchimento dos requisitos que autorizariam o reequilíbrio em razão de onerosidade excessiva. Ainda neste ponto, alega haver contradição no acórdão que ao mesmo tempo em que aponta haver provas suficientes nos autos, afirma não ter restado provado o desequilíbrio econômico-financeiro. E, por isso, entende haver contornos kafkianos no acórdão embargado.

Aduz que o acórdão embargado não discutiu, avaliou, tampouco decidiu sobre o documento formal da Arsesp no qual a agência confessa a existência de desequilíbrio relacionado ao Termo de Ajuste K e, mais, obriga-se a revê-lo. Do mesmo modo, teria deixado de analisar a Décima Sétima Subcláusula da Cláusula 13ª do contrato.

Por fim, requer o prequestionamento de diversos dispositivos legais e, ainda, pede a concessão de efeito suspensivo ao acórdão, nos termos do artigo 1026, §1º do CPC.

Houve a apresentação de contrarrazões (fls.84/119).

FUNDAMENTOS

Acolhe-se parcialmente os embargos, apenas para que sejam sanadas algumas das omissões suscitadas sem, contudo, haver qualquer efeito infringente.

Em primeiro lugar, ficam rejeitadas as alegações de que houve decisão surpresa e cerceamento do direito de defesa da Comgás.

O dispositivo que a embargante sugere ter sido violado dispõe expressamente que:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
 Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigital/sigabrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

A tese acolhida pelo acórdão embargado, no sentido de que o laudo contábil seria inapto para subsidiar a alegação de desequilíbrio econômico do contrato foi aventada pela Arsesp e pela Fesp em mais de uma ocasião ao longo do processo. E, inclusive, foi objeto de preliminar nas razões de apelação interposta pela Arsesp, tendo a Comgás expressa e pontualmente rebatido tal argumento.

Ou seja, bem se vê que não houve decisão surpresa, pois o acórdão adotou tese em relação a qual houve intenso debate entre as partes.

Ao analisar detalhadamente a discussão travada nestes autos, concluiu-se, conforme argumentou a Arsesp, não se tratar de questão contábil, mas sim de uma discussão jurídica e que a análise dos termos contratuais era suficiente para decidir o caso.

A surpresa que o art. 10 pretende evitar diz respeito às teses jurídicas levantadas de ofício pelo magistrado e sobre as quais não tenha havido debate entre as partes. Este não é o caso dos autos, em que houve exaustiva discussão sobre a aptidão do laudo contábil de subsidiar a tese da Comgás de que houve desequilíbrio econômico do contrato administrativo em questão.

É bem possível crer que a Comgás tenha se surpreendido com a reforma da sentença. Afinal, esperava vencer também em segunda instância. No entanto, não é deste tipo de surpresa que o artigo 10 do CPC cuida.

Assim, não há violação ao artigo 10 do CPC.

Do mesmo modo, o afastamento da eficácia probante

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44 .
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sgr/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do laudo pericial, não impunha a conversão do julgamento em diligência para a produção de novas provas, bem porque o acórdão deixou claro que a questão discutida neste processo poderia ser decidida com base na análise e interpretação do contrato de concessão, de modo que a produção de prova oral não se mostra adequada nem teria valor relevante no deslinde da causa.

Por essas razões, não se pode admitir ter havido cerceamento do direito de defesa da Comgás que, ao contrário, vem tendo seus interesses defendidos de maneira plenamente satisfatória, foi instada a se manifestar sobre todas as questões levantadas pela Arsesp e apenas teve, agora, negada a produção de prova irrelevante para o julgamento da causa.

Por fim, é de certo modo incômodo encontrar nos embargos de declaração da Comgás a sugestão de que o acórdão teria contornos kafkianos, pois ao mesmo tempo em que teria negado a produção de novas provas, afirmou não ter restado provada o desequilíbrio econômico.

Ora, trata-se de argumento puramente retórico da Comgás.

O acórdão foi coerente ao afirmar que: (a) a Comgás aplicou o Termo de Ajuste K nos moldes previstos no contrato e, portanto, não houve qualquer inconsistência matemática; (b) que apenas seria possível argumentar pela ocorrência de desequilíbrio econômico, caso ocorridos fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis que alterassem significativamente a equivalência entre as obrigações do particular e da Administração, o que não ocorreu.

A prova pretendida pela Comgás, por sua vez, não tem a função de demonstrar a ocorrência de supostos fatos imprevisíveis, mas sim de demonstrar as *inconsistências matemáticas apontadas e, ainda, a possibilidade técnica de interpretação do contrato de concessão tal como pretendido pela Comgás sem qualquer violação legal ou contratual*. (fl. 13)

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
 Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sgr/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Logo, não há “contornos kafkianos” no acórdão ao dispor expressamente que *“restou suficientemente provado no processo que tal não gera qualquer desequilíbrio na equação econômica do contrato, uma vez que a Arsesp vem fazendo incidir o termo K, conforme previsão expressa no referido contrato. Logo, o argumento contábil não pode se sobrepor aos termos contratuais que, como se verá, são bastante claros.”*

Por essas razões, afasto as alegações de decisão surpresa e, ainda, de cerceamento do direito de defesa.

A seguir, enfrento as alegações de omissões no julgado.

A primeira delas diz respeito à criação unilateral pela Arsesp do “Alto fator de carga” que concedeu descontos especiais variáveis entre 1% a 10% da margem de distribuição sem a respectiva compensação, gerando prejuízos à embargante.

Trata-se, o “alto fator de carga”, conforme explica a embargante, de um desconto concedido pelo poder concedente para um determinado segmento de consumo nos seguintes termos:

O Alto Fator de Carga nada mais é do que um incentivo ao consumo linear e constante de gás canalizado. Àqueles clientes que consumiram ao longo de um ano quantidades lineares de gás, a ARSESP busca conceder-lhes na tarifa do ano seguinte um desconto, variável, justamente para agracia-los e incentiva-los a manter sua conduta. Todavia, pelo fato de aludido desconto gerar uma diminuição não voluntária das receitas da COMGÁS, a ARSESP permite que a Margem de Distribuição seja aumentada, a fim de que o aumento compense a perda oriunda do desconto decorrente do AFC.

A crítica da embargante quanto ao uso deste estímulo tem a ver, no entanto, com o fato de que “apesar de incrementar as Margens Máximas de Distribuição”, a Arsesp faria uma “conta incorreta para fins de aplicação do Termo de Ajuste K”, de tal modo que a compensação seria

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sig/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aniquilada. Pois, “para realizar a apuração da Margem Efetivamente Obtida, a Arsesp considera apenas o montante incluído a fim de compensação, mas, contudo, despreza a redução de tarifa determinada pela Arsesp para usuários enquadrados na classe AFC”.

A Comgás ainda argumentou que a Arsesp teria confessado que a aplicação do referido incentivo AFC teria gerado um “prejuízo” de R\$ 50.235.909,13 para a Comgás, sendo certo que, por outro lado, a aplicação do “termo variável complementar” teria gerado uma arrecadação adicional de R\$ 42.793.866,80, de modo que seria devida uma diferença de R\$ 7.442.042,33 pela compensação insuficiente, valor este válido para 30.05.2014. Contudo, para a Comgás a diferença devida seria de R\$ 98.037.952, valor este calculado pelo perito contábil.

A Arsesp, em suas contrarrazões, impugna o valor desta suposta confissão, destacando que eventuais alterações contratuais que impliquem mudanças no cálculo das referidas margens para fins de incidência do termo K, devem seguir procedimento próprio, previsto em lei.

Tem razão a Arsesp.

Em primeiro lugar, deve-se novamente destacar que, ao contrário do que pretende fazer crer a Comgás, a discussão acerca do Alto Fator de Carga está intrinsecamente relacionada à forma de incidência do Termo de Ajuste K, de modo que, em verdade, não se poderia falar em omissão no acórdão, quando este expressamente declarou que a maneira como referido termo de ajuste incidiu estava já prevista contratualmente.

Contudo, apenas para que não se alegue a omissão, deve-se, de um lado, deixar claro que o Alto Fator de Carga, longe de configurar uma alteração unilateral da Arsesp, tem previsão contratual expressa (vigésima segunda subcláusula da 11ª Cláusula do contrato de concessão), de modo que sua aplicação não constitui elemento incalculável ou surpreendente.

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigital/sgr/artr/ConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De outro lado, quanto à suposta confissão, como bem sustentado pela Arsesp, esta não tem valor jurídico por se tratar de direito indisponível, nos termos do disposto no artigo 392, CPC.

A segunda, refere-se à alegação de que houve alteração unilateral e injustificada dos volumes de gás e de sua distribuição nos respectivos segmentos, o que também teria gerado desequilíbrio contratual, pois afetou a capacidade da Comgás de cumprir as metas e compromissos regulatórios assumidos no próprio plano.

Segundo a embargante, o laudo pericial teria confirmado que

“na revisão tarifária ocorrida em Maio de 2009, a Arsesp não aceitou o Plano de Negócios desenvolvido pela Comgás, alterando-os da seguinte forma: (i) os volumes de gás propostos pela Comgás foram aumentados; (ii) a distribuição dos volumes nos distintos segmentos em que a Comgás atua (residencial, industrial, etc) foi aleatoriamente alterada.”

E, em seguida, conclui a Comgás: não tivesse a Arsesp, de modo unilateral, alterado o Plano de Negócios, os volumes máximos para cada segmento seriam diferentes. Não teria a Comgás, assim, superado tais limites, de tal modo que o Termo de Ajuste K não teria sido aplicado. Assim, afirma que este proceder da Arsesp teria imposto um prejuízo de R\$ 84,63 milhões à Comgás.

Esta alegação não merece acolhida.

Segundo disposto na cláusula 13ª, nona subcláusula, a CSPE revisará as projeções de custo e o volume de gás a ser distribuído, ou seja, o agente regulador poderia ou não acolher o plano de negócios apresentado pela Comgás.

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44 .
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sgr/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em outros termos, não estava a Arsesp obrigada a acolher o plano apresentado pela Comgás, de modo que a alteração nos volumes de gás não corresponde a violação contratual e, menos ainda, justifica a condenação da Arsesp ao ressarcimento de prejuízo que a Comgás supõe ter sofrido.

Nesse sentido, correta a Arsesp quando afirmou que: *o que fez o perito contábil foi, a partir de números apresentados pela própria concessionária, referendar a estimativa de lucro por ela mesmo feita caso o seu plano de negócios proposto fosse aprovado sem nenhuma alteração pela agência reguladora*, o que, de fato, não tem respaldo contratual.

Note-se, assim, que não houve alteração unilateral indevida por parte da Arsesp, mas alteração contratualmente autorizada do plano de negócios apresentado pela Comgás.

Portanto, suprida esta omissão no acórdão, afasto a alegação da Comgás no sentido de que a alteração unilateral nos volumes de gás teriam gerado prejuízos indenizáveis à Comgás.

A terceira omissão refere-se à análise do impacto da Nota Técnica n RTM/02/2009 da Arsesp de fevereiro de 2009 na qual teria a embargada conduzido estudos sobre a onerosidade trazida pela aplicação do Termo de Ajuste K, comprometendo-se a realizar ajustes no ciclo de 2009 a 2014.

A nota técnica referida pela Comgás em nada altera a conclusão do acórdão no sentido de que o Termo de Ajuste K foi aplicado nos segundo e terceiro ciclos conforme expressa previsão contratual.

É preciso, em primeiro lugar, considerar que o contrato firmado entre a Comgás e o ente público prevê justamente estes acertos, estas revisões, a cada ciclo, justamente para que seja calibrada a equação econômico-financeira do contrato. Conforme esclarecido no acórdão embargado, trata-se

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sgr/artr/ConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de contrato regulado pelo sistema de Margem Máxima (MM) que estipula tetos de rendimento para a concessionária, tetos estes fixados, a cada ciclo tarifário, a partir de previsões de mercado feitas tanto pela Comgás (estabelecidas no referido plano de negócios) quanto pela agência reguladora.

Consta destes autos digitais que as partes firmaram contrato de concessão do serviço de distribuição de gás natural. É fato incontroverso que o contrato é do tipo Margem Máxima (MM), também denominado de “price cap”, o que significa dizer que são estipulados tetos para os rendimentos da concessionária. Mais especificamente, a MM ou P0 corresponde, nos termos do contrato, à receita suficiente para cobrir os custos da prestação do serviço e obter rentabilidade razoável, sendo certo que esta margem máxima é calculada tendo como base as projeções de mercado propostas pela concessionária e pela agência reguladora. (fl.3667)

A nota técnica de 2009, referida pela Comgás, estabeleceu a sistemática de incidência do termo de ajuste “K” justamente para o terceiro ciclo tarifário e bem ponderou sobre as possíveis distorções desta incidência, tendo em vista o ciclo tarifário anterior (2º ciclo).

Assim, referida nota técnica expõe os estudos prévios realizados pela Arsesp, antes de dar início ao terceiro ciclo tarifário. Veja que tal nota foi expedida em 2009, logo após o fim do segundo ciclo, e buscou antecipar algumas eventuais distorções na aplicação do Termo K. Na mesma ocasião, ou seja, antes mesmo de se dar início ao terceiro ciclo, a Arsesp já cuidou de propor medidas que pudessem impedir a ocorrência das distorções que poderiam, veja bem, poderiam ocorrer no terceiro ciclo.

Em outros termos, a nota técnica apenas prova a boa-fé da Arsesp no cumprimento do contrato, identificando prontamente eventuais distorções, agindo para preveni-las e, ainda, comprometendo-se a compensar eventuais prejuízos sofridos pela Comgás.

Para dizer o mínimo, o argumento é contraditório, pois
Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44 .
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pretende usar documento produzido previamente ao terceiro ciclo tarifário para provar distorções que supostamente ocorreram ao longo do terceiro ciclo e que este mesmo documento buscou sanar.

Suprida a omissão apontada no acórdão, deve-se concluir que a referida nota técnica em nada altera as conclusões ali postas.

A quarta, diria respeito à omissão do acórdão quanto à análise das demais cláusulas contratuais, visto que a análise de apenas a décima terceira cláusula seria demasiadamente simplista. Sustenta a embargante que uma interpretação sistemática da cláusula 13ª em conjunto com a 17ª subcláusula indicaria a não incidência do Termo de Ajuste K quando a RO fosse menor do que a RR.

Em verdade, não houve omissão quanto a este ponto, pois o acórdão afastou expressamente esta tese da Comgás ao, justamente, fazer a interpretação sistemática do contrato de concessão. Não se trata, portanto, de omissão, mas de puro inconformismo da Comgás em relação ao entendimento expresso no acórdão recorrido.

Por essa razão, rejeito este argumento, não havendo aqui omissão a ser sanada.

A quinta, refere-se aos ônus de sucumbência, pois em primeiro grau a Arsesp foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 2% sobre o valor da condenação. E, no entanto, como foi afastada a condenação em segundo grau, haveria de ser estabelecida outra base de cálculo para o cômputo dos honorários advocatícios.

Aqui, está correta a Comgás, pois, de fato, não havendo condenação, a base de cálculo dos honorários advocatícios deverá ser o valor atualizado da causa.

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sgr/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Desse modo, ficará condenada a Comgás ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 2% sobre o valor atualizado da causa.

Destarte, pelo meu voto, acolho parcialmente os embargos de declaração, apenas para sanar as omissões apontadas pela Comgás, sem, contudo, haver efeitos infringentes.

Teresa Ramos Marques
Relatora

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44 .
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sig/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 SJ 4.11 - Serv. de Proces. de Rec. aos Tribunais Superiores do 5º
 ao 8º Gr. de Câm. de Dir. Público
 Endereço - Av. Brigadeiro Luís Antônio, 849 - sala 503 - Cep:
 01317001 - São Paulo/SP

CERTIDÃO

Processo nº: **1053722-11.2016.8.26.0053**
 Classe – Assunto: **Apelação / Remessa Necessária - Equilíbrio Financeiro**
 Apelante/Apelado: **C. de G. de S. P. C.**
 Apelado/Apelante: **A. R. de S. e E. do E. de S. P. - A. , E. de S. P.**
 Relator(a): **TERESA RAMOS MARQUES**
 Órgão Julgador: **10ª Câmara de Direito Público**

CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO

Certifico e dou fé que a r. decisão do(s) recurso(s)
 transitou em julgado.

São Paulo, 10 de novembro de 2021.

 Milena Margutti Moretin - Matrícula: 367430
 Escrevente Técnico Judiciário

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MILENA MARGUTTI MORETIN, liberado nos autos em 10/11/2021 às 17:17.
 Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.jus.br/pastadigitalsg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1771D40C.

A photograph of a person's hands typing on a laptop keyboard. A pen is resting on a notepad to the left of the keyboard. The image is overlaid with a semi-transparent teal filter.

ARTIGO

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria e as metodologias para a sua recomposição

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE PARCERIA E AS METODOLOGIAS PARA A SUA RECOMPOSIÇÃO

Iago Oliveira Ferreira¹

SUMÁRIO: 1. Notas sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria; 2. O sistema de reequilíbrio econômico-financeiro e sua implementação: metodologias para a apuração do desequilíbrio contratual e dos valores necessários para a sua neutralização; 3. Conclusões; Referências bibliográficas.

RESUMO: Este artigo analisa o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria (concessões e parcerias público-privadas), abordando questões jurídico-econômicas relevantes acerca do seu regime. Em primeiro plano, destrincha-se conceitualmente o que se identifica por equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ressaltando-se a sua relação com a proteção à rentabilidade legitimamente esperada do projeto, à luz dos encargos e riscos assumidos pelo concessionário. Sequencialmente, explica-se como a sua tutela se dá pelo sistema de reequilíbrio econômico-financeiro, que, assente sobre uma matriz de riscos contratual, funciona como o seu braço operacional. Por fim, expõe-se as duas principais metodologias que são utilizadas para o reequilíbrio econômico-financeiro na prática brasileira, voltadas a apurar o impacto que decorre dos eventos de desequilíbrio e determinar os valores que devem embasar as compensações necessárias para neutralizá-los, identificadas pelas alcinhas de Fluxo de Caixa Original (FCO) e Fluxo de Caixa Marginal (FCM), detalhando os seus aspectos mais relevantes e principais diferenças.

Palavras-chave: Contratos de parceria; equilíbrio econômico-financeiro; metodologias de reequilíbrio; Fluxo de Caixa Original; Fluxo de Caixa Marginal.

1. NOTAS SOBRE O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE PARCERIA

A descrição do escopo de contratos de parceria (concessões comuns e parcerias público-privadas) por meio das atividades fins do concessionário, como a construção, manutenção e operação de equipamentos e sistemas destinados à prestação de um serviço à população, apesar de intuitiva, é limitada. Isso porque, ao reduzir a

1 Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Economia pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) em São Paulo.

figura contratual às obrigações jurídicas nela encartadas, não capta a essência da lógica econômico-financeira que define, de um lado, o significado do ajuste entre Poder Público e investidores privados e, de outro, a relação entre benefícios e ônus que caracteriza a equação contratual.

É que, malgrado usualmente se enxergue o concessionário como um construtor, fornecedor ou prestador de serviço, o principal papel por ele desempenhado é o de financiador do investimento em infraestrutura pública.

O parceiro privado age como investidor que viabiliza recursos ao interesse público e, em troca, guarda a expectativa de recuperá-los acrescidos de uma remuneração adequada ao final do prazo de concessão, seja mediante o recebimento de receitas tarifárias decorrentes da operação da infraestrutura construída, seja pela percepção das contraprestações públicas avençadas (no caso de concessões patrocinadas). Nesse sentido, é possível compará-lo a um credor de uma “dívida” firmada junto ao poder concedente, a ser amortizada ao longo do tempo através da exploração da infraestrutura pública implantada².

Um primeiro aspecto importante que se extrai dessa constatação é que, assim como os juros a serem recebidos por um financiador estão diretamente atrelados ao valor do empréstimo, a remuneração a ser percebida pelo privado ao longo do prazo da concessão é diretamente proporcional ao valor investido na infraestrutura (o “empréstimo” ao poder concedente)³. Isso pois, na fase de modelagem, busca-se

- 2 “O investidor desenvolve o papel de credor ao renunciar ativos líquidos, como capital próprio ou capacidade de alavancagem de recursos de terceiros (por meio de outros ativos de sua propriedade), para construir e adquirir bens para o poder concedente pela realização dos investimentos que integram o escopo da concessão, cuja remuneração só será percebida no longo prazo. [...] Ao realizar esses investimentos em ativos e bens cuja propriedade é pública, o valor se assemelha a uma ‘dívida’ do poder concedente e um crédito para o concessionário, remunerado pelo direito de exploração do serviço, com cobrança do usuário ou do poder concedente, ao longo do período de concessão”. GALÍPOLO, Gabriel Muricca; HENRIQUES, Ewerton de Souza. Rentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro do contrato. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 458-459 (grifo nosso).
- 3 “A comparação mais didática é com operações de crédito cotidianas, como o financiamento de um imóvel. O valor do financiamento não amortizado é incrementado por uma taxa de juros a cada unidade de tempo, de sorte que há em cada parcela um componente de pagamento dos juros e do valor principal captado. Descontado o valor de pagamento de juros de cada uma das parcelas, ao longo do tempo, teremos o valor inicial da dívida. Nesse sentido, o ganho do financiador é justamente o valor dos juros, pois descontando esse valor se obtém novamente o valor inicial do qual o credor já dispunha”.

compatibilizar a projeção de custos de investimento (*Capital Expenditure* ou CAPEX) à expectativa de resultado operacional da concessão e ao prazo de sua duração, de tal modo que os lucros esperados do investidor sejam suficientes para restituir e remunerar o capital aportado, ao longo do tempo em que empregado na concessão, a uma taxa de rentabilidade adequada.

Apesar de didática, a aproximação a uma operação de crédito possui suas limitações pois, diferentemente do que se dá com um empréstimo, o retorno projetado da concessão é incerto, dado que o fluxo de caixa que remunera o investimento concessionário está sujeito a uma diversidade de riscos não presentes em um investimento de renda fixa.

Assim, diferentemente do que ocorre em um contrato administrativo comum, a remuneração do concessionário não é previamente fixada, mas está, inclusive por imperativo legal, sujeita aos riscos do negócio⁴, riscos estes que repercutem não apenas na realização das receitas decorrentes da exploração da infraestrutura (ex: risco de demanda), mas também no dimensionamento dos custos para a sua implantação e operação (ex: risco cambial, risco de variação de preços de financiamento e insumos, risco de engenharia – *completion* –, riscos de operação etc.).

A incerteza é refletida na taxa de rentabilidade média exigida para a alocação de recursos privados nesses projetos, ou Taxa Mínima de Atratividade (TMA), que será superior à praticada em investimentos de renda fixa e tanto maior quanto sejam os riscos envolvidos no projeto.

HENRIQUES, Ewerton de Souza. Contabilização dos ativos em concessões e PPPs. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, v. 19, n. 74, p. 53-71, 2021, p. 58.

4 Art. 2º, Lei federal nº 8.987/1995: “Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União já teve oportunidade de consolidar que “não há como afastar por completo o risco associado a uma atividade econômica, muito menos quando se trata de uma concessão de serviços públicos, em que a assunção de riscos por parte do particular é uma premissa fundamental do negócio” (Acórdão 2611/2020, Plenário, § 34) BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 2611/2020 - Plenário**. Acompanhamento do processo de relicitação da Rodovia BR-040/DF/GO/MG. Relatora: Ana Arraes. Brasília, DF: TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, 30 set. 2020.

Para aferir esta taxa, utiliza-se como base comparativa a rentabilidade que poderia ser obtida pela aplicação do mesmo numerário em outros investimentos de risco semelhante, pois esta é a remuneração à qual o investidor renuncia ao alocar o seu capital no projeto e torná-lo indisponível para usos alternativos. A taxa mínima de atratividade reflete, assim, o que se conhece por custo de oportunidade do capital empregado na concessão⁵ – ou, simplesmente, custo de capital –, cujo cálculo pode ser obtido por diversos métodos estudados pelas finanças corporativas, dentre os quais o mais utilizado é o do Custo Médio Ponderado do Capital (CMCP ou WACC).

A análise dessas considerações sobre risco e retorno resulta na definição da Taxa Interna de Retorno (TIR) do projeto, a qual deve se aproximar ao custo de oportunidade do capital a ser alocado à concessão para torná-la atrativa, isto é, deve aproximar-se ao valor da liquidez renunciada pelo investidor⁶. É como sintetizam Gabriel Muricca Galípolo e Ewerton de Souza Henriques⁷:

Quando o privado realiza o investimento em uma concessão, este não configura um empréstimo do bem físico ao poder concedente, mas do valor monetário que se empenhou para sua constituição. A remuneração do concessionário corresponde ao valor da liquidez renunciada e seu custo de oportunidade. [...]. Os riscos presentes no projeto são precificados para definir o prêmio de risco que, juntamente com a TMA, deverão nortear a TIR necessária à participação do agente privado e o valor ofertado no certame licitatório. A análise risco/rentabilidade é indissociável

- 5 “Uma decisão de investimentos, como a decisão de operar uma rodovia sob concessão, pressupõe uma criteriosa análise de risco e retorno por parte do investidor potencial. Nesse sentido, ele deve comparar todas as alternativas de investimento sujeitas ao mesmo nível de risco, o que é pouco usual, ou definir uma taxa mínima de atratividade que incorpore os prêmios de risco necessários para remunerar corretamente a exposição do investidor, compensando o seu custo de oportunidade”. COVA, Carlos José Guimarães. *Manual de estruturação de concessões e parcerias público-privadas*. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 102.
- 6 A rigor, a TIR do fluxo de caixa estimado para um projeto de investimento é a taxa de desconto que iguala, em determinado momento no tempo, o valor presente das entradas (recebimentos) com o valor das saídas (pagamentos) previstas de caixa, ou seja, que faz com que o Valor Presente Líquido (VPL) do fluxo seja zero. Para investimentos em geral, esta taxa não possui uma relação necessária de equivalência com o custo de oportunidade do capital aportado ao projeto, pois este pode oferecer ao investidor uma rentabilidade superior à sua taxa mínima de atratividade, rendendo-lhe lucros extraordinários (econômicos). Porém, no contexto de uma concessão, o projeto é modelado pelo Poder Público de modo a garantir o mínimo retorno necessário à atração do capital privado, buscando-se construir um fluxo de caixa cuja TIR seja igual, ou pelo menos próxima, ao custo de oportunidade do *mix* de capital previsto para o desenvolvimento do projeto – aferido pelo seu WACC –, o que faz com que todos esses conceitos – TIR, TMA e custo de oportunidade do capital – sejam, na prática, tratados como equivalentes.
- 7 GALÍPOLO, Gabriel Muricca; HENRIQUES, Ewerton de Souza. *Op. cit.*, p. 461 e 470.

do momento de decisão dos investimentos. A TIR, portanto, remunera o investidor pelos encargos e riscos assumidos no contrato, dado que sua oferta se pauta na avaliação das receitas necessárias para remunerar a renúncia à liquidez frente aos riscos do projeto.

Logo, do ponto de vista do privado, os contratos de concessão e PPP adquirem uma feição eminentemente financeira, no sentido de que a decisão de ingressar na relação contratual não difere substancialmente da decisão de investir em qualquer outro ativo de risco disponível no mercado financeiro. Isto é, baseia-se em uma análise de risco-retorno que visa avaliar se a rentabilidade esperada sobre o capital a ser investido para a execução do projeto, expressa por sua TIR, remunera adequadamente os riscos assumidos pelo investidor, igualando ou superando o seu custo de oportunidade⁸.

Disso decorre que, ao tomar a decisão de investir na concessão, o parceiro privado forma a legítima expectativa de não ver a rentabilidade prevista afetada por eventos que não tenham sido alocados à sua esfera de responsabilidade, expectativa essa que é devidamente tutelada pelo ordenamento jurídico sob o conceito de equilíbrio contratual.

Assim, o que se tutela como equilíbrio econômico-financeiro do contrato é a expectativa de rentabilidade considerada à luz dos encargos de investimento e dos riscos assumidos pelo concessionário, ou seja, a relação entre risco e retorno que decorre da matriz de riscos contratual e da projeção de fluxo de caixa constante da modelagem econômico-financeira.

8 “O contrato de concessão, mais que um típico contrato público de obra segundo uma determinada modalidade, se caracteriza por ser um negócio financeiro. O colaborador da Administração na provisão de bens públicos destina recursos próprios (*equity*) ou por ele gestados (dívida) à construção da obra e à sua exploração. O Estado se obriga a executar as prestações que permitem ao privado recuperar seu investimento (cessão de pedágio, por exemplo). A vantagem econômica que o concessionário persegue com a celebração deste contrato não surge do preço pactuado, como no contrato de obra, mas sim do rendimento dos recursos investidos para cumprir o objeto contratual”. PEÑA, Santiago Fajardo. Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: el valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Bogotá, n. 22, p. 61-96, 2019, p. 62-63 (tradução nossa). Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6035>. Acesso em: 21 dez. 2021.

2. O SISTEMA DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E SUA IMPLEMENTAÇÃO: METODOLOGIAS PARA A APURAÇÃO DO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL E DOS VALORES NECESSÁRIOS PARA A SUA NEUTRALIZAÇÃO

À luz do contexto exposto acima, o sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é o sistema de compensações de parte a parte que opera quando da ocorrência de eventos de responsabilidade de uma parte que afetam, do ponto de vista econômico ou financeiro, a outra. Como sintetiza Maurício Portugal Ribeiro⁹:

O conceito de equilíbrio econômico-financeiro de contratos presta-se a operacionalizar compensações de uma a outra parte do contrato na ocorrência de eventos que (i) configuram risco atribuído a uma parte do contrato, mas que (ii) impactem de uma perspectiva econômica e/ou financeira a outra parte.

Logo, a ideia é que, por meio desse sistema de compensações, assegure-se que eventos alheios à matriz de riscos assumidos pelo contratado não tenham o condão de obstar o seu direito a perseguir a rentabilidade esperada por meio do negócio, preservando a equação econômico-financeira do contrato por meio da neutralização dos efeitos causados pelos eventos em questão. É o que assenta a doutrina advogada por Gabriel Galípolo e Ewerton Henriques¹⁰:

Do ponto de vista econômico e financeiro, o conceito de equilíbrio se associa ao direito do investidor de perseguir a rentabilidade esperada quando da decisão de empenhar seus recursos no projeto, com a garantia de compensação em casos de desvios provocados por fatores não alocados sob sua gestão e risco.

Para ilustrar com um exemplo prático, pode-se citar o caso de um contrato de concessão de uma linha metroviária em que parte das obras permanece, por previsão contratual, a cargo do Estado, e o atraso na sua entrega impede o início da operação plena do objeto da concessão, gerando frustração de receitas à concessionária¹¹.

9 RIBEIRO, Maurício Portugal. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 538.

10 GALÍPOLO, Gabriel Muricca; HENRIQUES, Ewerton de Souza. *Op. cit.*, p. 470.

11 O exemplo se espelha em um caso concreto ocorrido no contrato de concessão patrocinada da Linha 4-Amarela do Metrô de São Paulo, em que houve a prorrogação do início da Fase II da operação da linha metroviária, motivado pelo atraso, pelo Estado de São Paulo, na entrega de obras civis pertinentes às estações a serem operadas, gerando perda de receita à concessionária. Ao final, o desequilíbrio correspondente foi equacionado, juntamente com outros passivos contratuais, no âmbito do 6º Termo Aditivo

Nesse caso, por se tratar de risco alheio à sua esfera de responsabilidade, é preciso que se apure e compense o efeito econômico-financeiro suportado pela contratada, buscando neutralizar o impacto adverso ocasionado pelo evento de desequilíbrio.

De forma específica, o efeito econômico-financeiro gerado pelo evento é apurado pelo seu impacto no fluxo de caixa projetado para a concessão, tendo a compensação o objetivo de neutralizar este impacto, reestabelecendo este fluxo de caixa e preservando os ganhos inicialmente esperados¹².

Importante ressaltar que, a rigor, o reequilíbrio opera tanto em face de impactos negativos como positivos no fluxo de caixa do concessionário, desde que estejam referidos a eventos alheios à sua matriz de riscos, deflagrando o mecanismo de compensações em ambos os casos¹³. Um exemplo usual de reequilíbrio em favor do Poder Concedente decorrente de impacto positivo no fluxo de caixa do concessionário se dá quando há supressão de investimentos previstos para a concessão. Nas concessões rodoviárias federais, esse evento dá ensejo à aplicação do Desconto de Reequilíbrio – Fator D na tarifa de pedágio cobrada pelo concessionário, que compensa, pela diminuição de suas receitas, o menor custo incorrido com as obrigações de investimento¹⁴.

Quando a compensação é promovida logo em seguida ao impacto, não há maiores dificuldades em calculá-la: o Poder Concedente deverá realizar um pagamento ao concessionário no exato montante do custo adicional ou receita frustrada que tenha incorrido como resultado do evento de desequilíbrio.

ao Contrato de Concessão, que pode ser consultado no seguinte endereço eletrônico: <https://www.parceriaseminvestimentos.sp.gov.br/projeto-qualificado/linha-4-amarela/>. Acesso em 27 ago. 2024.

12 “Isto é: o poder concedente deverá colocar o concessionário na mesma situação em que se encontrava antes do rompimento do equilíbrio contratual. Tal significa que o fluxo de caixa do projeto deverá ser integralmente restabelecido, neutralizando os custos e investimentos que não de ser necessários para fazer frente à materialização dos riscos”. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: RIBEIRO, Maurício Portugal. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 110.

13 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Op. cit.*, p. 538.

14 Cf., nesse sentido, Anexo 5 do Contrato de Concessão do Sistema Rodoviário BR-153/414/080/TO/GO. BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES E TERRESTRES. **Contrato de Concessão do Sistema Rodoviário BR-153/414/080/TO/GO**. Edital N° 01/2021. BR-153/414/080/TO/GO, no trecho da BR-153/TO/GO, de 624,1 km, entre o entroncamento com a TO-070 (Aliança do Tocantins) até o entroncamento com a BR-060 (Anápolis)... Brasília, DF: ANTT, 2021.

No entanto, quando não há identidade temporal entre o impacto no fluxo e a compensação destinada a neutralizá-lo, é preciso considerar as diferenças do valor do dinheiro no tempo, sob pena de o fluxo de caixa originalmente previsto para a concessão não ser devidamente recomposto.

Nesse caso, descortinam-se dois métodos principais para a operacionalização do reequilíbrio, que pode se dar via utilização do Fluxo de Caixa Original (FCO) ou pela criação de um Fluxo de Caixa Marginal (FCM) decorrente exclusivamente do evento de desequilíbrio.

O método que toma por base o Fluxo de Caixa Original (FCO) é o mais direto e intuitivo: computando-se a alteração promovida no fluxo de caixa da concessão em virtude do evento de desequilíbrio, calcula-se o valor de compensação que, considerando o ano do seu ingresso, preserva a Taxa Interna de Retorno (TIR) do fluxo enquanto parâmetro de equilíbrio contratual¹⁵ e, consequentemente, zera o seu Valor Presente Líquido (VPL)¹⁶.

15 Tal premissa de reequilíbrio é amplamente respaldada pela doutrina e pela prática em concessões brasileira. Para Sérgio Guerra: “Essa taxa, a Taxa Interna de Retorno – TIR, é a expectativa de lucro que o empresário terá na concessão caso todas as premissas apresentadas no estudo/modelagem sejam cumpridas, ou seja, se os custos e o faturamento decorrentes da concessão forem os previstos. A definição e a manutenção da TIR referem-se, portanto, à própria correlação entre as ‘condições do contrato’ e o seu ‘equilíbrio econômico-financeiro’”. GUERRA, Sérgio. Concessões de serviços públicos: aspectos relevantes sobre o equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno (TIR). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 554. No mesmo sentido, para Gabriel Galípolo e Ewerton Henriques (*Op. cit.*, p. 472): “Apesar de tratamentos distintos entre desequilíbrios que afetam as condições originais e aqueles em decorrência da realização de obras e serviços não acordados quando da pactuação do contrato, ambos se apoiam na rentabilidade como medida para o equilíbrio do contrato”. Já no âmbito institucional, o Anexo I da Resolução ANTT nº 5.850/2019, que regulamenta o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias, estipula ser a TIR “o parâmetro do equilíbrio econômico-financeiro utilizado nos contratos de concessão rodoviárias regulados pela ANTT”. BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Resolução nº 5.850, de 16 de julho de 2019**. Estabelece os procedimentos a serem observados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. Brasília, DF: ANTT, 2019.

16 O VPL nulo do fluxo de caixa da concessão decorre do fato de que, por premissa de modelagem, este fluxo é projetado para que a sua TIR iguale o custo de capital (WACC) estimado para a concessão. Isso implica reconhecer que a TIR será a taxa de desconto adequada para trazer a valor presente as entradas e saídas do fluxo do projeto e, por consequência da própria definição matemática da TIR, que o seu VPL é zero.

A referência a um único impacto econômico-financeiro e um pagamento único a título de compensação é utilizada para fins de simplificação, mas registra-se que o cenário pode ser bem mais complexo. De um lado, os impactos podem ser múltiplos ou se diluírem ao longo do tempo. De outro, há diversas formas de reequilibrar os contratos de concessão além do pagamento direto pelo Poder Concedente – tais como revisão tarifária, redução de investimentos ou extensão de prazo – que implicam compensações diluídas no tempo. Porém, apesar de a inserção dessas complexidades exigir o cômputo de diversas variações no FCO, para expressar os efeitos dos múltiplos eventos de desequilíbrio e das parcelas da compensação diluída no tempo, a essência do racional que orienta o ato de reequilíbrio – neutralizar o impacto sobre o fluxo de caixa da concessão – permanece a mesma.

De outro lado, pela metodologia do Fluxo de Caixa Marginal (FCM), gera-se um fluxo de caixa paralelo cujo objetivo é isolar o impacto do evento de desequilíbrio e neutralizá-lo em apartado, impedindo que afete o desempenho econômico-financeiro da concessão.

O método para promover a neutralização do impacto é o mesmo, porém dirigido apenas ao fluxo de caixa marginal: deve-se calcular o valor de compensação que, considerando o ano do seu ingresso, zera o VPL do fluxo. Aqui também são aplicáveis os vários meios de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, podendo a compensação se dar em um único momento ou de forma diluída temporalmente, desde que, descontados no tempo a uma taxa apropriada, a soma desses valores iguale o impacto econômico-financeiro suportado pelo concessionário em virtude do evento de desequilíbrio¹⁷.

Um importante diferencial deste método é a possibilidade de considerar os melhores dados disponíveis, tanto no que diz respeito à apuração do montante de desequilíbrio como em relação à taxa de desconto que reflete o custo de oportunidade da

17 Sobre a aplicação do método do FCM, Maurício Portugal Ribeiro comenta: “A sua utilização implica em – todas as vezes que se realizar evento cujo risco não seja do parceiro privado e que cause desequilíbrio no contrato – o Poder Concedente gerar um fluxo de caixa paralelo para o parceiro privado que compense o desvio criado pelo evento causador do desequilíbrio econômico-financeiro. Esse fluxo de caixa, que compensará o desvio, poderá ser criado por qualquer das formas lícitas de realizar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro: aumento do prazo do contrato, aumento do valor da contraprestação pública, redução do pagamento pela outorga, pagamento a vista, aumento de tarifa ou redução de custos ou encargos do parceiro privado”. RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 121-122.

liquidez frustrada ao concessionário. Assim, ao invés de se considerar as premissas que embasaram as projeções econômico-financeiras originais – relacionadas, por exemplo, a custos, demanda, WACC etc. –, estas são novamente estimadas considerando o cenário macroeconômico e setorial vigente no momento em que ocorreu o evento de desequilíbrio, na tentativa de aferir o real impacto de caixa por ele causado e neutralizá-lo da forma mais precisa possível.

Por fim, deve-se mencionar que as duas metodologias de reequilíbrio discutidas possuem prós e contras, não se podendo dizer que uma é superior à outra. Não por menos, ambas são adotadas em contratos de referência na prática de parcerias brasileiras.

Em grande síntese, o método do Fluxo de Caixa Original é mais simples, seguro e livre de controvérsias, tendo em vista que todos os dados a serem considerados já se encontram pré-estabelecidos nos documentos que compõem o fluxo de caixa da concessão para fins regulatórios. De outro lado, o método do Fluxo de Caixa Marginal atinge maior precisão no que diz respeito ao objetivo de neutralizar o impacto efetivamente criado pelo evento de desequilíbrio, ainda que à custa de uma maior complexidade e abertura a controvérsias quanto à estimação das premissas atualizadas a serem consideradas. Tudo isso deve ser devidamente ponderado no momento de se definir o método de reequilíbrio a ser incorporado no contrato de concessão ou PPP, o que depende, em grande medida, de uma escolha discricionária da equipe responsável pela modelagem econômico-financeira.

3. CONCLUSÕES

Ao longo deste artigo, buscou-se destrinchar conceitualmente o que se denomina correntemente como equilíbrio econômico-financeiro, tendo-se apontado que, no caso de contratos com as peculiaridades inerentes às concessões e parcerias público-privadas, de longo prazo e cercados de riscos inerentes a qualquer projeto de investimento, esse conceito remete à proteção da rentabilidade legitimamente esperada do projeto, à luz dos encargos e riscos assumidos pelo concessionário.

Colocou-se, em sequência, que essa tutela se dá pelo sistema de reequilíbrio econômico-financeiro, que, assente sobre uma matriz de riscos contratual, efetiva-a na prática mediante compensações de parte a parte diante da ocorrência de eventos que impactam a situação econômico-financeira de uma parte, mas decorrem de riscos assumidos pela outra, os chamados eventos de desequilíbrio.

Por fim, expôs-se as duas principais metodologias que são utilizadas, na prática brasileira, tanto para apurar o impacto econômico-financeiro que decorre dos eventos de desequilíbrio, como para determinar os valores que devem embasar as compensações necessárias para neutralizá-los. Nesse tocante, expôs-se como funcionam as metodologias do Fluxo de Caixa Original (FCO) e Fluxo de Caixa Marginal (FCM), que se diferenciam, na essência, no que tange à base informacional em que irão se apurar os cálculos mencionados, se nas projeções e taxa de retorno estimadas no início da concessão (FCO), ou se em premissas atualizadas sobre a situação do projeto no momento da ocorrência do desequilíbrio (FCM).

Espera-se, com isso, ter oferecido uma contribuição para trazer clareza às tortuosas discussões metodológicas envolvidas nos reequilíbrios de contratos de parceria, em que não raro surgem confusões ou incompreensões conceituais sobre as implicações de cada método eventualmente adotado em contrato, com grandes repercussões práticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Resolução n° 5.850, de 16 de julho de 2019**. Estabelece os procedimentos a serem observados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. Brasília, DF: ANTT, 2019.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Contrato de Concessão do Sistema Rodoviário BR-153/414/080/TO/GO**. Edital N° 01/2021. BR-153/414/080/TO/GO, no trecho da BR-153/TO/GO, de 624,1 km, entre o entroncamento com a TO-/070 (Aliança do Tocantins) até o entroncamento com a BR-060 (Anápolis)... Brasília, DF: ANTT, 2021.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 2611/2020 - Plenário**. Acompanhamento do processo de relicitação da Rodovia BR-040/DF/GO/MG. Relatora: Ana Arraes. Brasília, DF: TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, 30 set. 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2611%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em 27 jan. 2024.

BRASIL. **Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

COVA, Carlos José Guimarães. **Manual de estruturação de concessões e parcerias público-privadas**. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

HENRIQUES, Ewerton de Souza. Contabilização dos ativos em concessões e PPPs. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 19, n. 74, p. 53-71, 2021.

GALÍPOLO, Gabriel Muricca; HENRIQUES, Ewerton de Souza. Rentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PEÑA, Santiago Fajardo. Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: el valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, Bogotá, n. 22, p. 61-96, 2019. p. 62-63 (tradução nossa). Disponível em: <https://revistas.uec.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6035>. Acesso em: 21 dez. 2021.

RIBEIRO, Maurício Portugal. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.



ARTIGO

A mutação constitucional e o controle incidental de
constitucionalidade no estado de São Paulo

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO ESTADO DE SÃO PAULO

Paulo Henrique Procópio Florêncio¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da mutação constitucional do artigo 52, X, CF/1988; 3. A mutação constitucional e o controle de constitucionalidade estadual; 4. Conclusões; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O trabalho busca abordar o tema da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de entender a repercussão deste julgamento na interpretação da norma prevista no artigo 20, XIII da Constituição do Estado de São Paulo. A partir da compreensão doutrinária acerca de mutação constitucional, o estudo objetiva investigar a aplicabilidade dos fundamentos utilizados pela corte ao contexto de controle exercido no âmbito estadual, para se reconhecer a mutação constitucional a respeito do papel atual da Assembleia Legislativa no controle difuso de constitucionalidade. Ao final, busca-se demonstrar que, com algumas ressalvas, é possível reconhecer os efeitos vinculantes da decisão definitiva do Tribunal de Justiça independentemente da suspensão da execução da lei pelo Poder Legislativo.

Palavras-chave: Mutação. Constituição. Legislativo. Controle.

1. INTRODUÇÃO

Um tema que tem chamado bastante atenção dos estudiosos do direito constitucional é a compreensão do fenômeno da mutação constitucional. No direito brasileiro, apesar de existir uma base doutrinária sólida a respeito do instituto jurídico, este tem despertado maior curiosidade da comunidade jurídica a partir das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), diante do receio de uma jurisdição constitucional que não respeite os próprios limites.

1 Mestrando em Direito Constitucional no IDP Advogado. Procurador do Estado de São Paulo. Pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Público pela Universidade Anhanguera. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Por ocasião do julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, foi inaugurado o debate acerca da possível mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988².

Apesar de, à época da Rcl. nº 4.335/AC³, ter sido afastada a tese da mutação constitucional, o recente julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.406 e 3.470⁴ reacendeu a discussão a respeito do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade exercido pelo STF. Dessa vez, prevaleceu a tese pela mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, de modo que a decisão de inconstitucionalidade em sede de controle incidental passaria a ter efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, cabendo ao Senado Federal somente a atribuição de conferir maior publicidade a esta decisão.

Este trabalho científico terá por finalidade identificar os principais fundamentos utilizados pelo STF para o reconhecimento desta mutação constitucional. A partir do estudo desses fundamentos, investigará a possibilidade de aplicação dessas bases para o reconhecimento da mutação constitucional da norma do artigo 20, inciso XIII da Constituição do Estado de São Paulo, que reproduz de maneira simétrica o texto constitucional federal.

O presente trabalho será dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo, o estudo será concentrado na conceituação do fenômeno da mutação constitucional, a partir da definição como processo informal pela professora Anna Cândida da Cunha Ferraz, e na investigação dos elementos que podem ser colhidos a partir dos votos dos ministros nas ADI's nº 3.406 e nº 3.470 para se reconhecer a mudança do

2 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_atual/art_53_.asp. Acesso em: 28 jan. 2025.

3 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação nº 4.335/AC**. O senhor Ministro Eros Grau: Antecipando-me à Ministra Cármen Lúcia e ao Ministro Lewandowski pedi vista dos autos... Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 2006.

4 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.406-5**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei do Estado do Rio de Janeiro. Proibição de Extração... Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.470**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto... Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF: STF, 2019.

sentido do artigo 52, X. No segundo capítulo, o trabalho buscará delimitar as bases do controle difuso de constitucionalidade no âmbito estadual, a fim de compreender o alcance do artigo 20, XIII, da Constituição do Estado de São Paulo⁵, e, assim, observar em que medida seria possível se admitir uma mutação constitucional da norma constitucional estadual e os impactos no papel exercido pela Assembleia Legislativa estadual e nos efeitos das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Diante da simetria guardada entre as normas constitucionais federal e estadual, a hipótese inicial partirá da admissão da mutação constitucional também do dispositivo da constituição estadual paulista.

Para alcançar o desiderato proposto, será utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de fontes variadas, tais como: doutrina especializada, documentos legislativos, além de precedentes judiciais.

Por fim, este trabalho científico buscará compreender a possibilidade de reconhecer a mutação constitucional do artigo 20, XIII, da Constituição do Estado de São Paulo, com base no entendimento firmado pelo STF no julgamento das ADI's nº. 3.406 e nº 3.470.

2. DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X, CF/1988

O fenômeno da mutação constitucional está relacionado a uma alteração do sentido da norma constitucional, sem que haja uma mudança formal na literalidade do texto da constituição. Diferentemente do processo formal de reforma da Constituição, o instituto da mutação é caracterizado pela ausência de disciplina quanto à legitimidade, ou limitações de forma, tempo ou circunstâncias. Trata-se de um fenômeno difuso, desorganizado e verificado pela necessidade de evolução e adaptação das normas constitucionais.

Nas palavras de Uadi Lamêgo Bulos, temos que:

5 SÃO PAULO (ESTADO). *Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989*. O Povo Paulista, invocando a proteção de Deus, e inspirado nos princípios constitucionais da República e no ideal de a todos assegurar justiça e bem-estar, decreta e promulga, por seus representantes, a CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 28 jan. 2025.

De fato, mudanças informais são difusas, inorganizadas, porque nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos, de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir formalidades legais⁶.

A doutrina inclusive busca classificar e enumerar as modalidades do processo de mutação constitucional, no intuito de estabelecer padrões através dos quais o fenômeno se exterioriza na dinâmica constitucional. Contudo, pelo próprio fato de não ser um instituto jurídico formal, mas de natureza social, política e econômica com reflexos na hermenêutica constitucional, não é possível estabelecer limites de métodos e modalidades para o reconhecimento da mutação. Assim, qualquer tentativa de classificação não será exaustiva.

Ainda assim, torna-se indispensável o conhecimento do estudo desenvolvido pela professora Anna Cândida da Cunha Ferraz, pelo pioneirismo da abordagem profunda do tema já na década de 1980. Segundo a autora, a mutação constitucional:

[...] consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas⁷.

Na terminologia adotada, denomina esse fenômeno de processos indiretos, processos não formais ou processos informais, de modo a contrapor aos processos formais desenhados para o Poder Constituinte Derivado no contexto das reformas constitucionais através de emendas. E, sem pretensão de exaurimento da matéria, seguindo as lições do jurista italiano Biscaretti di Ruffia, a autora distingue esses processos informais em dois grupos: no primeiro, reúne as mutações decorrentes de interpretações constitucionais; no segundo, aquelas originadas dos usos e costumes constitucionais. Por fim, revela as mutações inconstitucionais, quando analisa processos informais que conduzem a mudanças não admitidas pela Constituição.

A respeito da interpretação constitucional, observa que não é toda atividade hermenêutica que gera a mutação constitucional, mas sim “quando, por esse processo,

6 BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 25-43, 1996, p. 28.

7 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. 2. ed. Osasco: EdIFIEO, 2015, p. 9.

se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja uma modificação da letra da Constituição”⁸. Nessa modalidade de mutação por meio da interpretação constitucional, identificam-se três principais subgrupos: a interpretação constitucional legislativa, a judicial e a administrativa. A interpretação constitucional legislativa decorre da própria necessidade de complementação e integração das normas constitucionais, que muitas vezes delega ao legislador o desdobramento de um direito, um instituto ou uma regra constitucional, diante da própria incapacidade da Constituição de regular de forma pormenorizada. A interpretação administrativa, exercida preponderantemente pelo Poder Executivo, alcança desde os atos normativos (resoluções, deliberações) revestidos de caráter estritamente administrativo até aqueles atos com conteúdo político, por traduzir uma modalidade de interpretação mais próxima do caso concreto. Por último, destaca-se a interpretação constitucional judicial, por excelência exercida pelo Poder Judiciário, que ganha especial importância por exercer, além de uma modalidade de interpretação orgânica, uma atividade de controle do papel de interpretação do Poder Legislativo e Executivo, no âmbito do controle de constitucionalidade do intérprete judicial.

Com isso, o resultado do julgamento das ADI’s nº 3.406 e nº 3.470 pelo STF revela-se ainda mais importante, pois, além de reconhecer a possibilidade de mutação constitucional no direito brasileiro, procede a uma verdadeira redefinição dos limites da própria interpretação constitucional judicial como modalidade de futuras mutações constitucionais. Conforme será adiante aprofundado, a partir do novo sentido conferido ao art. 52, X, da Constituição Federal, o STF ampliou a eficácia de suas decisões em sede de controle de constitucionalidade incidental, o que lhe confere ainda maior protagonismo como intérprete constitucional.

Discutia-se, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, de maneira principal, a eventual invasão de competência legislativa da União pelo Estado do Rio de Janeiro, no âmbito das regras de competência legislativa concorrente. A lei estadual fluminense, no entendimento dos autores, havia extrapolado a competência suplementar, por vedar a exploração de espécie de amianto autorizado pela lei federal, norma geral, nos termos do art. 24, da Constituição.

No voto condutor, a ministra relatora Rosa Weber, julgando pela improcedência da ação de inconstitucionalidade da lei estadual, reconheceu incidentalmente a

8 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Op. cit.* p. 57.

inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/1995⁹. Afirmou que a norma federal, ao admitir a exploração de uma espécie de amianto, já não poderia ser admitida como constitucional na atual etapa de conhecimento científico a respeito de danos ao meio ambiente e do reconhecimento da ineficácia das medidas de controle previstas. Ou seja, de forma incidental, houve o reconhecimento de uma inconstitucionalidade material de norma federal. Incidental pelo fato de a norma prevista no art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 não ser originalmente objeto do controle concentrado abstrato na ADI, mas sim uma prejudicial de mérito. E, a partir do reconhecimento da nulidade e ineficácia do dispositivo da lei federal, foi possível inclusive se admitir a possibilidade de exercício da competência suplementar supletiva do ente estadual, na forma do § 3º, do art. 24 da Constituição Federal, afastando qualquer inconstitucionalidade formal da legislação estadual fluminense que avançasse na proteção ambiental com a vedação do uso comercial de qualquer espécie de amianto.

Nos termos do julgado da ADI nº 3.406, extrai-se:

Em apertada síntese, embora até pudesse ser considerada **ainda constitucional** no momento em que editada a **Lei nº 9.055/1995**, não é mais razoável admitir, (i) à luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e (ii) à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a compatibilidade do seu **art. 2º** com a ordem constitucional de proteção à saúde e ao meio ambiente.

Diante das determinações constitucionais direcionadas ao legislador, tenho por evidenciado que a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no **art. 2º da Lei nº 9.055/1995**, não **protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente**, tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as **Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia**, sendo caso de **inconstitucionalidade por proteção insuficiente**, em face dos arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da Constituição Federal.

A hipótese atrai, portanto, a incidência do **art. 24, § 3º, da Lei Maior**, segundo o qual *“inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena”*, pelo que também por esse fundamento afasto a alegada afronta ao **art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da Constituição Federal** (grifos do autor)¹⁰.

9 BRASIL. Lei nº 9.055, de 1 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

10 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.406-5. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei do Estado Rio de Janeiro. Proibição de Extração... Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 2007.

Sendo assim, reconheceu que, em nenhum caso, estaria evidenciada a afronta ao sistema constitucional de repartição de competência, concluindo o julgamento pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, com a declaração de constitucionalidade dos dispositivos da Lei Estadual nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro¹¹, objeto do controle concentrado, e, na via incidental, ainda que em sede de Ação Direta, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995.

A declaração de inconstitucionalidade de forma incidental, ainda que em sede de controle concentrado, não é necessariamente uma novidade. Anteriormente, o STF já havia reconhecido a inconstitucionalidade do mesmo artigo 2º da Lei Federal 9.055/1995, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, mas também de maneira incidental¹².

Inédito, contudo, foi a eficácia geral e o efeito vinculante que se emprestou a esta decisão, pois estendeu ao controle incidental realizado pelo STF os mesmos efeitos da decisão tomada em sede de controle concentrado. Basicamente, o Supremo Tribunal equiparou os dois modelos de controle de constitucionalidade, abandonando a clássica distinção entre controle concentrado abstrato e o controle concreto e difuso. Para isso, foi preciso rever a orientação jurisprudencial admitida até então no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, para reconhecer a mutação constitucional do art. 52, X, da CF/1988.

Classicamente, a decisão tomada em controle incidental de constitucionalidade somente teria eficácia entre as partes, não tendo ainda efeitos vinculantes para terceiros, afastando-se, inclusive, a possibilidade de reclamação constitucional. Competiria exclusivamente ao Senado Federal, em juízo discricionário, a partir da declaração de inconstitucionalidade, suspender a execução da lei, por meio de resolução, conferindo eficácia geral, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

A inclusão do requisito da repercussão geral para admissão do recurso extraordinário amadureceu a tese a favor da abstrativização do controle difuso. Contudo,

11 RIO DE JANEIRO (ESTADO). Lei nº 3579, de 07 de junho de 2001. Dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto e dá outras providências. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, 2001.

12 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.937. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto... Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 2017.

a norma do art. 52, X, da Constituição Federal, prevista historicamente desde 1934 nas constituições brasileiras, representava um impedimento ao avanço desta equiparação dos efeitos da decisão entre controle concentrado e difuso. Neste contexto, embora conhecendo e dando provimento à Reclamação nº 4.335/AC, a maioria dos ministros do STF não admitiu a tese da mutação constitucional.

No presente caso, entretanto, houve uma efetivo “*overruling*”. Reconheceu-se a mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição Federal, para conferir uma interpretação que destina ao Senado uma atribuição de caráter simplesmente declaratório, e não constitutivo. Dito de outro modo, a competência do Senado passa a ser exclusivamente de conferir publicidade à decisão de inconstitucionalidade, e não de suspender a execução da lei.

De acordo com os fundamentos que sustentam a tese a favor da mutação constitucional, é possível destacar: (i) anacronismo; (ii) as mudanças empreendidas pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)¹³; (iii) a necessidade de uniformização e isonomia da aplicação do direito; (iv) economia processual e efetividade do direito.

A fórmula do art. 52, X, da CF/1988 foi adotada em 1934, na época em que a ordem constitucional somente previa o controle difuso de constitucionalidade. Gilmar Mendes destaca que, à época, tanto na Constituição Alemã de 1919 quanto na Constituição Austríaca de 1920 já se previa a comunicação da decisão da corte suprema ao primeiro-ministro, mas somente para fins de publicização, e não com a ideia de substancializar a decisão. Ou seja, já naquela época, no sistema constitucional alemão e austríaco, a atribuição dos demais poderes se limitava a conferir maior publicidade, e não de conferir eficácia suspensiva à decisão da corte. Na ordem constitucional brasileira, entretanto, o dispositivo se originou como mecanismo importante no controle difuso, e perpetuou-se mesmo após a adoção do controle misto de constitucionalidade.

Segundo a professora Anna Cândida, a introdução da competência do Senado Federal, na Constituição de 1934, para conferir efeitos a terceiros, nasceu justamente em face da jurisprudência pacífica da época que negava a extensão dos

13 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade a outros interessados¹⁴. Assim, “os estudiosos buscavam instituir meio adequado para que a decisão do Supremo tivesse efeitos extensivos a terceiros”¹⁵.

Vale destacar que a participação do Senado Federal na suspensão da execução de leis inconstitucionais, até 1977, subsistia tanto no controle difuso quanto no controle concentrado. Assim, relembra Sgarbossa e Iensue:

Com efeito, até 1977, o controle de constitucionalidade brasileiro poderia, s.m.j., ser considerado misto não apenas quanto à combinação da matriz basilar difusa com institutos típicos de controle abstrato, mas também quanto à atuação combinada de órgãos judiciais e políticos no controle de constitucionalidade.

A partir daquele ano, o STF alterou sua posição, passando a entender que as decisões de declaração de inconstitucionalidade por ele proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade ostentariam, por si mesmas, eficácia geral. Doravante, o STF passou a comunicar ao Senado, para fins de edição de resolução suspensiva, apenas as decisões declaratórias de inconstitucionalidade por ele proferidas em controle concreto.

Desde então se formou na jurisprudência do STF e na doutrina entendimento no sentido de que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis e atos normativos do STF teriam eficácia erga omnes se proferidas em controle abstrato, e restrito às partes se proferidas em controle concreto/incidental, salvo suspensão da eficácia pelo Senado Federal¹⁶.

Outro ponto destacado no julgamento das ADI's foram as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil (CPC). Na Rcl. nº 4.335/AC, o STF ainda enfrentava a questão com base no CPC de 1973¹⁷, que já trazia elementos favoráveis à tese da abstrativização do controle difuso, a exemplo do requisito da repercussão geral do recurso extraordinário. Com o novo CPC/2015, ganhou ainda mais força os precedentes judiciais. Foram destacados os artigos 535, *caput*, III e §5º, e 927, *caput*, incisos I e III:

14 CANOTILHO, José Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2023.

15 *Ibid.*, p. 1.115.

16 SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Algumas Reflexões Críticas sobre a Tese da “Abstrativização” do Controle Concreto de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). *Sequência*, Florianópolis, n. 75, p. 86-87, 2017.

17 BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

(...)

III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

(...)

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos¹⁸.

Importante pontuar, em sede de julgamento de recurso extraordinário, além da necessidade de repercussão geral da matéria, a possibilidade de suspensão dos demais processos sobre a mesma matéria, a intervenção de *amicus curiae*, audiências públicas, manifestações de tribunais inferiores e do Ministério Público. Todos esses mecanismos processuais, trazidos pelo novo Código de Processo Civil, conferem à decisão do STF um grau de profundidade e reflexão cuja eficácia, principalmente em caso de declaração de inconstitucionalidade, não pode ficar restrita às partes do caso concreto.

Desse modo, em termos processuais, diante de uma aproximação cada vez maior entre os efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso e concentrado, fica esvaziado qualquer argumento capaz de sustentar uma restrição de efeitos a uma decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental.

18 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

Outro argumento relevante abordado no STF diz respeito à necessidade de se atribuir um tratamento uniforme da legislação. Como destacado no caso específico das ADI's nº 3470 e nº 3406, a restrição dos efeitos subjetivos da decisão em controle incidental importaria em uma situação inusitada de se declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal para o Estado do Rio de Janeiro, mas continuar a se admitir a validade, vigência e eficácia do mesmo dispositivo para os demais entes federativos, enquanto não houver uma resolução do Senado Federal com a suspensão da execução da lei. Ou ainda, o que seria mais controverso, em eventual julgamento futuro, por não se atingir o quórum necessário, o mesmo dispositivo da lei federal não ser declarado inconstitucional em ações ou recursos de outros estados. A necessidade de segurança jurídica e de uniformização da jurisdição constitucional, portanto, são bases relevantes e argumentos que fortalecem a admissão da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/1988 como mecanismo de preservação da própria unidade do direito.

Por fim, outro fundamento favorável à tese da mutação constitucional é a concretização do princípio da economia processual e da efetividade do direito. Ao se negar a possibilidade de conferir efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* à declaração incidental de constitucionalidade, obriga-se o STF a repetir desnecessariamente o julgamento em centenas, e às vezes milhares de ações e recursos sobre o mesmo tema, para que a declaração de inconstitucionalidade surta efeito a cada novo caso concreto. Sendo assim, com a mutação constitucional, os julgamentos do STF ganham em efetividade, de modo que a inconstitucionalidade, mesmo declarada incidentalmente, passa a valer para todos os recursos individuais discutidos difusamente naquele tribunal e nos demais tribunais pelo país, repercutindo também na redução do tempo para a entrega da jurisdição.

3. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL

A Constituição estadual é o exercício do poder constituinte derivado decorrente. Esse poder decorrente, independentemente da corrente doutrinária adotada a respeito da sua natureza, é majoritariamente tratado na qualidade de “poder de direito, secundário, limitado e condicionado”¹⁹.

19 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 78.

De acordo com o artigo 25, caput e §1º, da Constituição Federal, reconhece-se aos estados-membros a autonomia federativa, cuja capacidade de auto-organização se concretiza na liberdade de elaboração pelas Assembleias Legislativas de suas próprias constituições estaduais, guardando obediência aos princípios da constituição federal. Esses princípios de observância obrigatória, classificados em princípios sensíveis, estabelecidos e extensíveis, geram uma evidente limitação dos constituintes estaduais.

Ao lado dessas condicionantes principiológicas, a competência residual garantida aos estados ficou bastante restrita, diante do extenso rol enumerativo de competências previstas para a União, e da necessidade de se preservar a competência dos assuntos de interesse local atribuída aos Municípios. Nesse sentido, destaca o jurista Raul Horta Machado:

As normas centrais da Constituição Federal, tenham elas a natureza de princípios constitucionais, de princípios estabelecidos e de normas de preordenação, afetam a liberdade criadora do Poder Constituinte Estadual e acentuam o caráter derivado desse poder. Como consequência da subordinação à Constituição Federal, que é a matriz do ordenamento jurídico parcial dos Estados-Membros, a atividade do constituinte estadual se exaure, em grande parte, na elaboração de normas de reprodução, mediante as quais faz o transporte da Constituição Federal para a Constituição do Estado das normas centrais, especialmente as situadas no campo das normas de preordenação²⁰.

Não bastassem as normas de reprodução obrigatória, as constituições estaduais muitas vezes reproduzem facultativamente as normas constitucionais federais, o que passou a se denominar normas de imitação.

A importância dessa apresentação sobre a construção das constituições estaduais se revela principalmente no controle de constitucionalidade a ser exercido a nível estadual, tanto concentrado quanto difuso. Afinal, como discorre a professora Anna Cândida, “o modelo de controle de constitucionalidade adotado para a defesa da Constituição Federal no Brasil, em regra, como se verá mais à frente, se transporta para os Estados-membros”²¹.

20 MACHADO, Raul Horta. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 77.

21 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. o Sistema de Defesa da Constituição Estadual: Aspectos do controle de constitucionalidade perante Constituição do Estado-Membro no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 246, p. 13-49, 2007, p. 18.

No caso do Estado de São Paulo não foi diferente. Ao lado do controle concentrado estadual exercido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por força do art.125, §1º, da Constituição Federal, encontra-se o modelo estadual de controle difuso de constitucionalidade, inclusive com a previsão de participação da Assembleia Legislativa. Assim, diz o artigo 20, inciso XIII da Constituição Estadual de São Paulo:

Artigo 20 - Compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa:

[...]

XIII - suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional em decisão irrecorrível do Tribunal de Justiça.

Como se observa, a norma é simétrica àquela prevista no artigo 52, X, da Constituição Federal, cuja mutação constitucional foi recentemente admitida, de acordo com estudo do capítulo anterior. E, diante do paralelismo dos modelos de controle de constitucionalidade e das regras adotadas, seja por reprodução obrigatória ou facultativa, não faria sentido que o julgamento das ADI's nº 3470 e nº 3406 não repercutisse também na norma constitucional estadual. Para tanto, é preciso confrontar os argumentos utilizados pelo STF e a possibilidade de sua extensão à norma estadual.

O primeiro argumento a se investigar seria o histórico. De fato, a competência privativa do Senado Federal foi inauguralmente introduzida na Constituição de 1934, e este modelo foi transportado também para os estados-membros, como ensina a doutora Anna Cândida:

A partir de 1934, nos Estados-membros, o controle de constitucionalidade interno, vale dizer, a defesa da Constituição Estadual no seu âmbito de validade territorial, passou a ser predominantemente jurisdicional. As Assembleias Legislativas, seguindo o modelo introduzido pela Constituição de 1934, atuavam apenas para complementar a ação do Poder Judiciário Estadual 'suspendendo leis por ele declaradas inconstitucionais'²².

Observa-se que, na Constituição estadual paulista, a necessidade de comunicação da decisão de inconstitucionalidade à Assembleia Legislativa para fins de suspensão da execução da norma era prevista até mesmo em casos de controle concentrado, o que foi declarado inconstitucional pelo STF, no RE nº 199.293²³, pelo Plenário, em maio de 2004, entendimento que já prevalecia na esfera federal desde 1977.

22 *Ibid.*, p. 20.

23 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 199.293-0. Ação Direta de Inconstitucionalidade... Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 2004.

Sendo assim, ao reconhecer a mutação constitucional do artigo 52, X, da CF/1988, não se sustenta historicamente a preservação dessa competência privativa do órgão legislativo estadual para a suspensão da execução após controle incidental. A norma constitucional estadual tem acompanhado o modelo federal, e, uma vez alterado o sentido do dispositivo federal, impõe-se também a mudança no sentido da norma estadual.

O segundo argumento relevante para a mutação constitucional invocou as mudanças decorrentes do novo Código de Processo Civil, tanto no §5º do artigo 535, que equiparou a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado e difuso exercido pelo Supremo; quanto no artigo 927, incisos I e III, que estabeleceu força vinculante às decisões do Supremo, tanto em sede de controle concentrado quanto difuso.

Quanto ao primeiro dispositivo processual, não há, de fato, como se buscar sua extensão para as decisões de inconstitucionalidade em controle difuso estadual. Ocorre que nem mesmo por força de decisão em controle concentrado estadual haveria possibilidade de se alegar a inexequibilidade do título ou inexigibilidade de obrigação. Ou seja, o fato de ter criado uma equiparação em nível federal não impede a equiparação estadual, já que o Código Processual Civil também não trabalhou com qualquer distinção quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelos tribunais de justiça.

Por sua vez, no artigo 927 do novo Código de Processo Civil, é possível se extrair do inciso V uma norma que equipara os efeitos da decisão de inconstitucionalidade dos tribunais estaduais tanto no controle concentrado quanto no difuso/incidental. Segundo a nova regra, observa-se que:

Art. 927. os juízes e os tribunais observarão:

(...)

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados²⁴.

A partir desse dispositivo, é possível se concluir pelo efeito vinculante, ainda que na seara judicial, tanto das decisões de inconstitucionalidade em controle concentrado, de competência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de

24 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

São Paulo (art. 74, VI, CE/SP c/c art. 231 do RITJSP²⁵), quanto das decisões definitivas em sede de arguição de inconstitucionalidade, de competência também do Órgão Especial do TJSP (artigo 97 da CF/1988 e 193 do RITJSP).

Desse modo, o argumento processual, fundamento para mutação do artigo 52, X da CF/1988, também seria capaz de ser transportado para uma nova interpretação do art. 20, XIII, da CE/SP.

O terceiro fundamento analisado foi a uniformidade da jurisdição, uma vez que a segurança jurídica reclama um tratamento isonômico do direito para todos aqueles que buscam o Judiciário. Neste contexto, a avaliação quanto à inconstitucionalidade de uma lei pelo Tribunal de Justiça, ainda que incidental, não poderia ter um resultado diverso a depender das partes que ocupam os polos do processo.

Ocorre que o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais de justiça possui uma dimensão ainda maior que o controle concentrado, tanto em relação ao objeto quanto ao parâmetro.

O controle difuso de constitucionalidade tem objeto e parâmetros bastante amplos. Por objeto, toma-se a lei em sentido amplo, abrangendo desde leis até atos normativos e, inclusive, atos de efeitos concretos. Não importa também a origem, se federal, estadual, distrital ou municipal. O parâmetro de controle, por sua vez, também é mais abrangente, de modo que, incidentalmente, pode ser apreciada a inconstitucionalidade de lei em face da atual constituição federal ou estadual, ou ainda diante de constituição anterior.

Sendo assim, é indispensável, antes de se entender a mutação constitucional no âmbito estadual, analisar a interpretação a ser conferida ao artigo 20, XIII da Constituição do Estado de São Paulo, em seu sentido original²⁶.

25 SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Comunicado 193/RITJSP**. O ÓRGÃO ESPECIAL, em sessão realizada dia 25/09/2013, aprovou a compilação do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2013.

26 **Artigo 20** - Compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa:[...] XIII - suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional em decisão irrecurável do Tribunal de Justiça. SÃO PAULO (ESTADO). **Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989**. O Povo Paulista, invocando a proteção de Deus, e inspirado nos princípios constitucionais da República e no ideal de a todos assegurar justiça e bem-estar, decreta e promulga, por seus representantes, a CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989.

O primeiro ponto a ser definido é o alcance da expressão “lei ou ato normativo”. Em âmbito federal, a expressão abrange leis ou atos normativos federais, estaduais e municipais. Não caberia, contudo, admitir-se a competência da Assembleia Legislativa para suspender a execução de lei ou ato normativo federal, ainda que restrito ao território do estado-membro. Haveria inequivocamente uma usurpação da competência do Senado Federal. E, em termos de uniformidade do direito, representaria um enorme retrocesso, pois a mesma norma legal federal estaria válida, vigente e eficaz em outros estados, mas com execução suspensa em determinado ente federativo. Assim, a norma do art. 20, XIII da CE/SP deve originalmente compreender, em seu objeto, as leis e atos normativos estaduais e municipais.

O segundo ponto é a delimitação do parâmetro de controle cujo resultado pode servir à suspensão da execução da lei pela Assembleia Legislativa. Diferentemente das normas constitucionais de outros estados-membros, a norma paulista não restringe expressamente a constituição estadual como o único parâmetro de controle. Contudo, não seria admissível que uma assembleia legislativa estadual suspendesse a execução de lei declarada inconstitucional por ofensa a dispositivo da Constituição Federal. Haveria, novamente, flagrante usurpação da competência do Senado, responsável exclusivo pela suspensão da execução da legislação (federal, estadual ou municipal) em confronto com a Constituição Federal. Desse modo, parece mais acertada a interpretação original que limita o papel da Assembleia Legislativa a partir do controle incidental cujo parâmetro seja a Constituição do Estado.

Frise-se, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade deve partir do Tribunal de Justiça, compreendido como órgão de jurisdição de segundo grau, por meio do Pleno ou Órgão Especial, não servindo a decisão definitiva do juízo de primeiro grau daquele tribunal como pressuposto suficiente para deflagração da competência do Poder Legislativo.

Por fim, destaca-se que declaração de não recepção de norma anterior com a constituição vigente não se confunde com declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de simples revogação, não atraindo a competência do órgão legislativo para suspensão da execução.

Em suma, o controle de inconstitucionalidade incidental apto a ensejar a atividade da Assembleia Legislativa para editar resolução de suspensão de execução da lei está delimitado na decisão definitiva em incidente de inconstitucionalidade proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em relação a leis ou atos normativos

estaduais ou municipais, diante de violação a norma da Constituição Estadual. Fora desta moldura, em regra, a decisão judicial terá efeitos somente '*inter partes*', sem a possibilidade de extensão a terceiros.

A partir da mutação da norma do art. 52, X, da Constituição Federal, a extensão do reconhecimento de um novo sentido ao artigo 20, XIII da Constituição do Estado de São Paulo somente afetaria este bloco restrito de decisões em sede de controle incidental estadual passíveis de suspensão de execução pelo órgão legislativo, não havendo qualquer risco de ferimento ao tratamento uniforme do direito, à isonomia ou à segurança jurídica. No novo cenário, uma decisão definitiva do TJ/SP a respeito da inconstitucionalidade de uma lei estadual ou municipal em face da CE/SP passaria a ter efeitos vinculantes e para terceiros, sem necessidade de se aguardar a iniciativa parlamentar.

Quanto ao último fundamento, referente aos princípios da economia processual e efetividade do direito, a mesma lógica argumentativa vale para a norma constitucional estadual. Afinal, seria contraproducente que, diante da exigência da cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF/1988), a cada nova causa de pedir fundada na inconstitucionalidade de uma norma, o órgão especial do tribunal fosse obrigado a novamente se reunir para decidir repetidamente o incidente de inconstitucionalidade. Nessa esteira, ainda na vigência do CPC anterior, o próprio STF firmou orientação pela desnecessidade da obediência à reserva de plenário quando se tratasse de questão idêntica:

Na década de 1990, o STF desenvolveu um entendimento jurisprudencial de que se o Pleno do Tribunal ou Órgão Especial já tiver julgado questão idêntica, não seria necessário que a Turma ou a Câmara do Tribunal submetesse a questão ao plenário ou ao Órgão Especial para julgamento, pois ela própria poderia declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no caso concreto. A fundamentação seria, claramente, a instrumentalidade e a economia processual. Essa posição jurisprudencial foi normatizada (positivada) em 1998 com a Lei nº 9756/98, que acrescentou um § único ao artigo 481 do antigo CPC de 1973. No novo CPC de 2015, essa norma está prevista no § único do art. 949. Nesses termos, conforme o novo CPC, os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão²⁷.

27 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p.2012.

Não se trata, portanto, de inverter a pirâmide e fazer uma leitura da constituição a partir das normas infraconstitucionais, mas sim de se reconhecer o processo de mudanças ocorridas no processo jurisdicional e na dinâmica social e política, que reclamam soluções isonômicas, efetivas, e preservando a segurança jurídica. Na atual dinâmica processual de massa, em que o acesso à justiça ganha cada vez mais espaço, e a resposta do Judiciário possui uma participação cada vez maior da sociedade, nas duas vias de controle, torna-se necessário quebrar obstáculos meramente formais e instrumentais que em nada mudam, mas só retardam o bom e fiel cumprimento da constituição.

4. CONCLUSÕES

Por meio do estudo de pesquisa, foi possível se constatar que a discussão sobre os efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade é bem anterior à atual Constituição Federal de 1988, remontando à Constituição de 1934, e, diante da análise comparada com a Constituição do Estado de São Paulo, observou-se que os mecanismos do controle de constitucionalidade misto no âmbito federal foram sendo reproduzidos e assimilados na esfera estadual.

Neste diapasão, foi possível concluir que o artigo 20, inciso XIII da Constituição do Estado de São Paulo deve passar por uma releitura, diante do reconhecimento da mutação do art. 52, X, da Constituição Federal no julgamento das ADI's nº 3.406 e nº 3.470 pelo STF. Os estudos realizados demonstraram que os fundamentos históricos, lógicos, sistemáticos e teleológicos que embasaram a conclusão do STF possuem aplicabilidade à norma constitucional estadual paulista, sendo possível se reconhecer também a sua mutação constitucional. Foi preciso, contudo, delimitar o alcance da própria norma originária, uma vez que uma leitura apressada poderia conduzir ao entendimento equivocado de que qualquer decisão proferida no âmbito do controle incidental e difuso de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo teria efeitos vinculantes e erga omnes, o que não se provou verdadeiro.

Diante de tudo quanto foi exposto, observou-se que, com as ressalvas já destacadas, os efeitos vinculantes e a eficácia perante terceiros das decisões definitivas de inconstitucionalidade do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo passariam a ser automáticas, não dependendo do juízo discricionário da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_atual/art_53_.asp. Acesso em: 28 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.055, de 1 de junho de 1995**. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 jan. 2025.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação nº 4.335/AC**. O senhor Ministro Eros Grau: Antecipando-me à Ministra Cármen Lúcia e ao Ministro Lewandowski pedi vista dos autos... Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 2006. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2025.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.406-5**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei do Estado Rio de Janeiro. Proibição de Extração... Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767299285>. Acesso em: 29 jan. 2025.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.937**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto... Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: 29 jan. 2025.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.470**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto... Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 29 jan. 2025.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 199.293-0**. Ação Direta de Inconstitucionalidade... Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 2004.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 25-43, 1996, p. 28. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176380>. Acesso em 15 fev. 2019.

CANOTILHO, José Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. O Sistema de Defesa da Constituição Estadual: Aspectos do controle de constitucionalidade perante Constituição do Estado-Membro no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 246, p. 13-49, 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41594>. Acesso em: 15 ago. 2024.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e inconstitucionais. 2. ed. Osasco: EdifIEO, 2015.

MACHADO, Raul Horta. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1.467.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

RAMOS, Elival da Silva. Mutações Constitucionais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 79, p. 1-20, 2014.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). **Lei nº 3579, de 07 de junho de 2001**. Dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto e dá outras providências. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/lei-ordinaria-n-3579-2001-rio-de-janeiro-dispoe-sobre-a-substituicao-progressiva-da-producao-e-da-comercializacao-de-produtos-que-tenham-asbesto-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 28 jan. 2025.

SÃO PAULO (ESTADO). **Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989**. O Povo Paulista, invocando a proteção de Deus, e inspirado nos princípios constitucionais da República e no ideal de a todos assegurar justiça e bem-estar, decreta e promulga, por seus representantes, a CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 28 jan. 2025.

SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Comunicado 193/RITJSP**. O ÓRGÃO ESPECIAL, em sessão realizada dia 25/09/2013, aprovou a compilação do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2013.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Algumas Reflexões Críticas sobre a Tese da “Abstrativização” do Controle Concreto de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). **Sequência**, Florianópolis, n. 75, p. 86-87, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n75p79>.



ARTIGO

Regulação de leitos e judicialização da saúde
no estado de São Paulo durante a pandemia:
o papel dos diálogos interinstitucionais

REGULAÇÃO DE LEITOS E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DE SÃO PAULO DURANTE A PANDEMIA: O PAPEL DOS DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS¹

Juliana Yumi Yoshinaga Kayano²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O processo de regulação e a Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde do Estado de São Paulo (CROSS); 3. A política pública de regulação dos leitos covid-19 no Estado de São Paulo; 4. A judicialização do direito à saúde no Estado de São Paulo em tempos de pandemia e os diálogos interinstitucionais; 5. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

RESUMO: Este estudo visa descrever os processos regulatórios que orientam a atuação do Estado de São Paulo, principalmente no enfrentamento à pandemia da covid-19, para ressaltar as complexas escolhas que embasam as políticas públicas atingidas pela judicialização do direito à saúde. Somado a isso, este artigo aponta os legados do diálogo interinstitucional travado durante a pandemia como possíveis caminhos para redução da judicialização indiscriminada na área da saúde.

Palavras-chave: Regulação do Acesso à Saúde. Política Pública. Judicialização. Direito à Saúde. Diálogos interinstitucionais. Pandemia. Covid-19. Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, na execução de suas finalidades, deve organizar prioridades e elaborar políticas públicas destinadas a atendê-las. Na área da saúde, em que a discrepância entre a necessidade de prestação de serviços e a limitação

1 Este artigo é uma versão atualizada do original, publicado originalmente em: KAYANO, Juliana Yumi Yoshinaga. A regulação do acesso à saúde e judicialização do direito à saúde em tempos de pandemia: Diálogos interinstitucionais como um caminho Possível. *In*: SANTANA, Fabio Paulo Reis de; PSANQUEVICH, Paulo Kron; BRUZZESE, Camila Perissini. **O SUS e a Judicialização da Saúde: dos procedimentos clínicos à estrutura jurídica. Tomo 2: Sob a perspectiva Jurídica**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

2 Procuradora do Estado de São Paulo, formada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e especialista em Direito Administrativo pela GVLaw, da Fundação Getulio Vargas.

orçamentária é ponto bastante sensível, a necessidade de bem manejar os recursos existentes e maximizar os resultados de sua aplicação é premente.

Não bastasse a já complexa tarefa de organizar a prestação do serviço público de saúde, o efeito desorganizador do fenômeno da judicialização indiscriminada do direito à saúde torna esse desafio ainda maior.

Por meio do ajuizamento de ação judicial, a parte demandante apresenta ao Poder Judiciário particularidades de um caso em que se persegue atendimento célere que lhe falta ou é excessivamente retardado na via administrativa. Quando o resultado lhe é favorável, na prática, tem-se que o atendimento daquele caso particular pode se sobrepor à lista geral de outras tantas pessoas que se encontram aguardando o mesmo tratamento, atendimento ou medicamento, fato que compromete a isonomia dos administrados com condição de saúde equivalente ou mais grave.

Embora não se pretenda negar que a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização e ampliação do direito social à saúde, consagrado pela Constituição Federal de 1988, por outro lado é preciso reconhecer que as decisões judiciais não raras vezes implicam importante obstáculo ao gerenciamento administrativo e orçamentário das ações da Pasta da Saúde.

Essa tensão ganhou maior destaque com as dificuldades extremas impostas ao sistema público de saúde pela pandemia da covid-19, notadamente a partir do final do mês de fevereiro de 2021, com a chegada da denominada “segunda onda”.

Este artigo não tem como objetivo abordar a questão jurídico-teórica acerca da judicialização do direito à saúde. Considerando que o fenômeno da judicialização nessa seara envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos e a sociedade civil como um todo, o presente estudo pretende ampliar a discussão trazendo informações acerca dos processos regulatórios adotados no Estado de São Paulo para ordenar o acesso à saúde.

Nessa linha, este artigo buscará de início expor, em linhas gerais, as ações de regulação do acesso aos serviços de saúde adotadas no Estado de São Paulo, detalhando para tanto o funcionamento da Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde do Estado de São Paulo (CROSS).

Em seguida, será feito um recorte no tema da regulação para apresentar os complexos critérios técnicos adotados pela Administração Pública do Estado de São Paulo na regulação dos leitos covid-19, principalmente com a chegada da chamada “segunda onda” da pandemia em 2021.

Por fim, será analisado o diálogo interinstitucional, estabelecido entre a Secretaria de Estado da Saúde, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, com relação às demandas referentes aos leitos covid-19. E, justamente nesse contexto e retomando o tema da judicialização do direito à saúde, buscar-se-á destacar o papel essencial desempenhado pela disseminação de informações transparentes sobre as políticas públicas adotadas pelo Estado no controle da judicialização indiscriminada em tempos de pandemia.

2. O PROCESSO DE REGULAÇÃO E A CENTRAL DE REGULAÇÃO DE OFERTAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO (CROSS)

A Portaria nº 1.559, de 1º de agosto de 2008, do Ministério da Saúde, instituiu a chamada **Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde (SUS)**, descrevendo três dimensões complementares dessa política no artigo 2º:

Art. 2º - As ações de que trata a Política Nacional de Regulação do SUS estão organizadas em três dimensões de atuação, necessariamente integradas entre si:

I - **Regulação de Sistemas de Saúde:** tem como objeto os sistemas municipais, estaduais e nacional de saúde, e como sujeitos seus respectivos gestores públicos, definindo a partir dos princípios e diretrizes do SUS, macrodiretrizes para a Regulação da Atenção à Saúde e executando ações de monitoramento, controle, avaliação, auditoria e vigilância desses sistemas;

II - **Regulação da Atenção à Saúde:** exercida pelas Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, conforme pactuação estabelecida no Termo de Compromisso de Gestão do Pacto pela Saúde; tem como objetivo garantir a adequada prestação de serviços à população e seu objeto é a produção das ações diretas e finais de atenção à saúde, estando, portanto, dirigida aos prestadores públicos e privados, e como sujeitos seus respectivos gestores públicos, definindo estratégias e macrodiretrizes para a Regulação do Acesso à Assistência e Controle da Atenção à Saúde, também denominada de Regulação Assistencial e controle da oferta de serviços executando ações de monitoramento, controle, avaliação, auditoria e vigilância da atenção e da assistência à saúde no âmbito do SUS; e

III - **Regulação do Acesso à Assistência:** também denominada regulação do acesso ou regulação assistencial, tem como objetos a organização, o controle, o gerenciamento e a priorização do acesso e dos fluxos assistenciais no âmbito do SUS, e como sujeitos seus respectivos gestores públicos, sendo estabelecida pelo complexo regulador e suas unidades operacionais e esta dimensão abrange a regulação médica, exercendo autoridade sanitária para a garantia do acesso baseada em protocolos, classificação de risco e demais critérios de priorização (destacamos)³.

3 BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.559, de 1º de agosto de 2008.** Institui a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2008.

Para o desenvolvimento do tema deste estudo, será dado enfoque nas ações de regulação do acesso ou regulação assistencial⁴. Trata-se da ordenação do acesso aos serviços de assistência à saúde, que abrange tanto a oferta (visando à otimização dos recursos assistenciais disponíveis) quanto a demanda (buscando a melhor alternativa assistencial face às necessidades de atenção e assistência à saúde da população).

Nessa dimensão, a regulação, por meio de ações dinâmicas e ininterruptas, possui como objetivo principal promover a equidade do acesso dos cidadãos ao serviço de saúde mais adequado às suas necessidades, no menor intervalo de tempo possível.

Com a aplicação de instrumentos, regras, controle e avaliação sobre todos os níveis de atenção, a regulação pretende diminuir as interferências pessoais para a obtenção de recurso assistencial, dar total visibilidade do cenário de recursos existentes nas diversas regiões do país, permitir a visualização do cumprimento das pactuações realizadas entre os diversos prestadores e os gestores municipais e estadual, obter dados estatísticos das diversas regiões, servir como ferramenta de análise e planejamento da rede assistencial, além de permitir a análise da situação assistencial em tempo real.

Para entender a evolução das ações de regulação de acesso, no âmbito do Estado de São Paulo, como estratégia para o ajustamento entre a oferta dos serviços de assistência e atenção à saúde e a demanda da população, convém traçar um breve e resumido histórico⁵.

As ações de regulação assistencial foram introduzidas no âmbito da Secretaria Estadual da Saúde (SES) em 1989, por meio de um convênio de Cooperação Técnica e Científica com a França na área de Urgências e Emergências, que implantou a Regulação Médica para as demandas de urgências traumáticas.

Essa regulação propunha a gestão do fluxo de oferta com a possibilidade de reordená-lo para serviços de saúde com capacidade adequada para atendimento do

4 Diretrizes para a Regulação da Assistência no Estado de São Paulo constam da Deliberação CIB/CPS/SS-SP n.º 14, de 22 de março de 2010.

5 SÃO PAULO (ESTADO). SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. Implantação da Central de Regulação de Urgência e Emergência da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo no período de 2008 a 2009. São Paulo: Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, 2008.

caso. Para tanto, organizou-se o Serviço de Atendimento Pré-Hospitalar⁶, em parceria com a Secretaria de Segurança Pública do Estado, visando ao atendimento inicial de vítimas de trauma.

Em 1992, foi implantado, no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo, o denominado Plantão Controlador Metropolitano: um plantão de escuta médica que funcionava 24 horas por dia, com o escopo principal de organizar o fluxo de pacientes graves entre os hospitais da Região Metropolitana de São Paulo.

Em 1996, essa estrutura foi incorporada pela SES e ampliada com a criação dos Plantões Controladores Regionais, no âmbito das Diretorias Regionais de Saúde e Núcleos de Saúde, que compunham a então estrutura administrativa de saúde da Região Metropolitana de São Paulo.

Em 1998, a então Coordenadoria de Saúde do Interior implantou o Sistema Regional de Referência Hospitalar para as Urgências e Emergências, objetivando endereçar o atendimento do crescente número de urgências em sua circunscrição. Nessa oportunidade, foram criadas e instaladas 19 Centrais de Regulação Médica, visando a garantir o atendimento de pacientes com agravo agudo à saúde nas unidades com oferta de recursos médicos mais adequados a seus casos.

Em 2002, foi implantada na SES a Central Estadual de Regulação de Alta Complexidade, fazendo interface com Central Nacional de Regulação de Alta Complexidade, a fim de atender pacientes de outros Estados do Brasil nas especialidades de cardiologia, neurocirurgia, ortopedia, oncologia e epilepsia.

Em 2003, o Município de São Paulo se habilita na Gestão Plena do Sistema de Saúde pela Norma Operacional de Assistência à Saúde (NOAS/SUS) e assume, no âmbito da capital, a Central de Partos, a Central de Urgência/Emergência inter-hospitalar, bem como outras Centrais de Leitos de Apoio, Leitos de Retaguarda, Leitos de Psiquiatria e Marcação de Exames de Alta Complexidade.

Manteve-se uma estrutura na SES (antigo Plantão Controlador Metropolitano), denominada Central de Regulação Estadual Metropolitana (CREM), com o escopo de dar suporte técnico ao Município de São Paulo nas parcerias com as regiões vizinhas (Grande São Paulo) que mantiveram suas centrais regionais e as respectivas referências regionais com os Hospitais Universitários do Município de São Paulo.

6 Serviços de atendimento pré-hospitalar correspondem aos serviços de ambulância, Bombeiros e rodovias.

Em 2006, a CREM assume também novas funções, como, a marcação de exames, leitos de apoio, vagas de cirurgia cardíaca infantil e apoio a outras demandas da Secretaria Estadual da Saúde.

No final de 2006, a SES passa por nova reestruturação e a então Coordenadoria de Saúde do Interior passa a ser denominada Coordenadoria de Regiões de Saúde, integrada por dezessete Departamentos Regionais de Saúde. Com essa reestruturação, o Departamento Regional de Saúde da capital (DRS-I) incorpora na sua área de abrangência a região da Grande São Paulo e, somente em 2008, implanta uma Central de Regulação única, abarcando as antigas Centrais de Regulação das regiões de Osasco, Franco da Rocha, ABC, Mogi e Guarulhos.

Em dezembro de 2008, a SES prevê a implantação dos cinco complexos reguladores em todo o Estado de São Paulo, denominados Central Macrorregional de Regulação. Cada Central Macrorregional de Regulação corresponde ao agrupamento de Departamentos Regionais de Saúde, abrangendo uma determinada área e respectiva população.

Em maio de 2009, iniciaram-se as atividades da Central de Regulação de Urgência de São Paulo (CRUE-SP) que funcionava ininterruptamente e atendia as solicitações de urgências inter-hospitalares das cinco Centrais Macrorregionais de Regulação em espaço físico único, centralizado na capital do Estado de São Paulo. Contudo, as demais regulações (leitos, ambulatorial, redes de alta complexidade, etc.) continuaram a ser coordenadas pelas estruturas dos Departamentos Regionais de Saúde.

Em agosto de 2010, testemunha-se o grande marco na regulação do Estado. Por meio do Decreto estadual nº 56.061, de 2 de agosto de 2010, o Governador do Estado criou a Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde do Estado de São Paulo (CROSS), inserida na Coordenadoria de Serviços de Saúde da SES, que reúne em uma única instituição os serviços de agendamento e a regulação de urgências. De acordo com o artigo 2º do referido Decreto:

A Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde-CROSS tem por finalidade a regulação da oferta assistencial disponível às necessidades imediatas do cidadão, visando promover a equidade do acesso, garantindo a integridade da assistência ao paciente do Sistema Único de Saúde do Estado de São Paulo - SUS/SP, no âmbito de sua área de abrangência⁷.

7 SÃO PAULO (ESTADO). Decreto nº 56.061, de 2 de agosto de 2010. Cria, na Coordenadoria de Serviços de Saúde, da Secretaria da Saúde, a Central de Regulação de Oferta de Serviços de Saúde - CROSS e dá providências correlatas. São Paulo: ALESP, 2010.

Com vocação muito mais ampla do que os instrumentos anteriores, a CROSS surgiu com a incumbência de fornecer subsídios em tecnologia para Regulação Ambulatorial, Regulação de Leitos com Autorização de Internação Hospitalar, Regulação de Leitos Contratados, além de operacionalizar a Regulação das Urgências e Emergências e disponibilizar em tempo real a situação dos hospitais para a Regulação Pré-Hospitalar⁸.

E, desde sua criação, a CROSS vem ampliando sua abrangência de atuação. Em junho de 2011, houve centralização das atividades da CROSS, que passou a funcionar em um único espaço físico, no município de São Paulo. Em 2012, a CROSS passa a realizar a regulação das chamadas urgências relativas (pacientes sem risco iminente de morte), bem como a regulação do transporte inter-hospitalar. Em 2013, implantam-se os denominados Complexos Reguladores das Redes Regionais de Atenção à Saúde visando a implementar diretrizes de regulação do Estado. Em 2014, a CROSS expandiu sua estrutura física para o atendimento de novas demandas: monitoramento hospitalar, telemedicina, regulação de oncologia da Rede Hebe Camargo e regulação do Centro de Referência de Álcool, Tabaco e Outras Drogas (CRATOD). Em 2018, assiste-se à finalização da implantação da regulação de saúde mental e ampliação da regulação por microrregião. Em 2019, ocorre a implantação da regulação da reabilitação. Em 2020, se dá a implantação da regulação de cateterismo e a da regulação médica de urgência da Síndrome Respiratória Aguda Grave, instrumento essencial para o enfrentamento da pandemia da covid-19.

Atualmente, a CROSS - que recebe recursos humanos, físicos e tecnológicos disponibilizados pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), uma organização social de saúde - está instalada na sede da SES, ocupando área física de aproximadamente 1.350 metros quadrados e contando com uma equipe multiprofissional de mais de 300 colaboradores (sendo 120 médicos, assistidos por técnicos auxiliares de regulação médica), que se revezam em esquemas de plantões para funcionar ininterruptamente.

Assim, enquanto a SES, por meio de seu Grupo Técnico de Regulação, pactua, normatiza e supervisiona os serviços de saúde, a CROSS, seguindo essas determinações, operacionaliza a regulação de ofertas desses serviços, manejando um sistema

8 Regulação que se refere a serviços de ambulância, como o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU), bem como os serviços dos Bombeiros e das rodovias.

acessado via *internet* (denominado Portal CROSS⁹) e trabalhando com atendimento 24 horas nos sete dias da semana.

A CROSS realiza a intermediação entre a unidade solicitante, ou seja, aquela que recebeu o paciente, mas não dispõe de algum recurso de saúde necessário a seu atendimento (leitos de UTI, exames, procedimentos, avaliação de médico especialista, etc.), e a unidade executante, instituição que dispõe do recurso mais adequado à necessidade daquele paciente¹⁰.

Em outras palavras, os médicos reguladores da CROSS recepcionam as fichas inseridas no Portal CROSS com descrição detalhada dos médicos que estão em contato direto com o paciente, avaliam a pertinência, classificam o grau de urgência e distribuem para a equipe médica de regulação responsável por iniciar a busca dos recursos nas unidades executantes, visando ao atendimento do paciente no menor tempo possível¹¹.

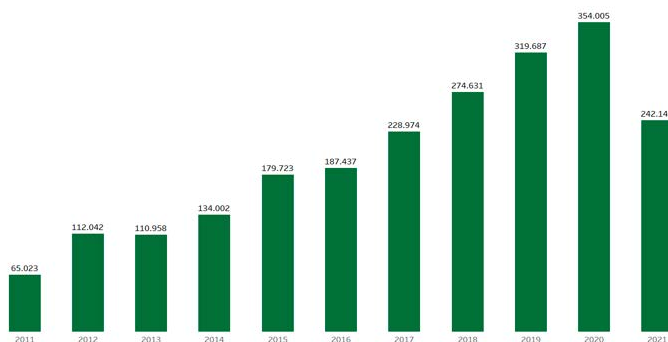
A regulação deve decidir o destino do paciente baseado na planilha de hierarquias pactuada e disponível para a região e nas informações periodicamente atualizadas pela unidade solicitante. De fato, trata-se de um processo dinâmico, pois a classificação do caso muda conforme a evolução clínica do paciente no decorrer do tempo, cabendo à unidade solicitante proceder à sua atualização.

Para ilustrar o intenso movimento da regulação dos serviços de saúde realizado pela CROSS, seguem abaixo dois gráficos, referentes ao período de 2011 a maio de 2021, que quantificam os casos de regulação no módulo de urgência e no módulo ambulatorial, respectivamente:

-
- 9 A evolução das ações de regulação no Estado de São Paulo foi acompanhada pelo desenvolvimento das tecnologias que a instrumentalizaram. Em 1989, existia um sistema 0800 fornecido pela Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo (PRODESP) para os agendamentos de primeira consulta dos pacientes do SUS. Em setembro de 2003, em substituição ao sistema 0800 criou-se o *Call Center*. Em julho de 2009, com o aprimoramento estratégico do processo do *Call Center*, surgiu o Conexa, que disponibilizava ferramenta *web* através da qual a própria unidade de saúde passava a agendar consultas de especialidades e exames. Histórico disponível em http://saude.sp.gov.br/resources/ces/homepage/imagens-noticias/apresentacao_conselho_estadual_de_saudev2.pdf. Acesso em: 27 ago. 2024.
- 10 Atualmente, o Portal CROSS conta com seis módulos: Regulação Pré-hospitalar, Regulação de Urgências, Regulação de Leitos, Regulação de Leitos com Autorização de Internação Hospitalar, Regulação Ambulatorial e Indicadores. Disponível em <http://www.cross.saude.sp.gov.br/>. Acesso em: 27 ago. 2024.
- 11 O Portal CROSS, enquanto ferramenta de sistema, foi disponibilizado pela SES às Centrais de Regulação Municipais e Intermunicipais, que quando não conseguem resolver o caso dentro de suas referências locais e/ou regionais, acionam a regulação central.

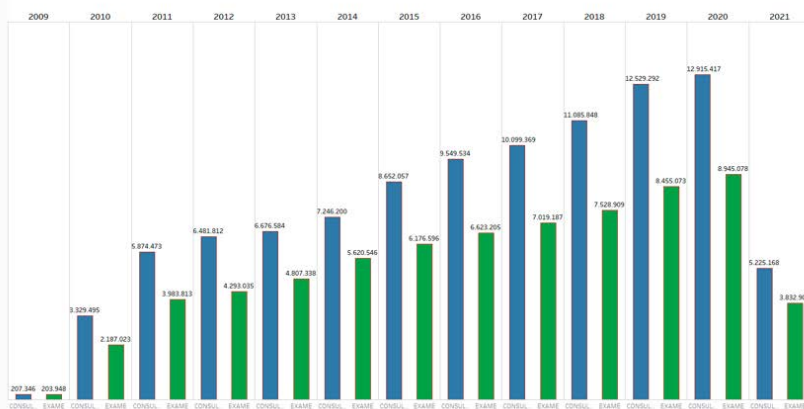
MÓDULO DE URGÊNCIA

Regulação de Urgência



MÓDULO AMBULATORIAL

Consultas e exames



Fonte: Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde (CROSS) ([20--]).

Com essas linhas introdutórias acerca das ações de regulação do acesso aos serviços de saúde no Estado de São Paulo, passa-se a discorrer sobre os processos regulatórios adotados pela SES especificamente com relação aos leitos covid-19.

3. A POLÍTICA PÚBLICA DE REGULAÇÃO DOS LEITOS COVID-19 NO ESTADO DE SÃO PAULO

De acordo com a Organização Panamericana de Saúde¹², os coronavírus são a segunda principal causa de resfriado comum (depois dos Rinovírus) e, até os últimos anos, raramente causavam complicações graves em humanos.

Contudo, em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Uma semana depois, foi confirmada pelas autoridades chinesas a identificação de uma nova cepa de coronavírus, que não havia sido identificada antes em humanos. Tratava-se do SARS-CoV-2, responsável por causar a doença covid-19.

Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou o surto do novo coronavírus como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) - o mais alto nível de alerta previsto no Regulamento Sanitário Internacional - visando justamente a aprimorar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global para interromper a propagação do vírus.

Em 02 de fevereiro de 2020, a Portaria do Ministério da Saúde nº 188/2020 declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN)¹³. E, em 11 de março de 2020, a covid-19 foi caracterizada pela OMS como pandemia, indicando sua distribuição geográfica.

Desde o início de 2020, o Estado de São Paulo adotou, no enfrentamento da pandemia, um conjunto de medidas e políticas públicas, abrangendo as mais diversas frentes. A política pública de ampliação de leitos de internação foi uma delas.

Em todo o Estado de São Paulo havia, antes do início da pandemia, 3.527 leitos de UTI Adulto, ou seja, 10,5 leitos por 100 mil habitantes. No pico da primeira onda, em julho de 2020, o número de leitos aumentou para 4.940, correspondendo a uma relação de 14,8 leitos de UTI-COVID por 100 mil habitantes. Em março de 2021, na segunda onda, havia 5.987 leitos, remetendo à taxa de 18,0 leitos UTI-COVID por 100 mil habitantes. Segue abaixo quadro que retrata o referido mapa de leitos:

12 Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 28 ago. 2024

13 BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020.

QUADRO I - LEITOS UTI ANTES DA PANDEMIA E DESTINADOS A COVID-19 NO ESTADO DE SÃO PAULO

MOMENTO EPIDEMIOLÓGICO		SITUAÇÃO ANTERIOR À PANDEMIA		PICO 1ª ONDA (26/07/2020)		BAIXA DE CASOS (08/11/2020)		FASE ATUAL 2ª ONDA (10/03/2021)	
DRS	POPULAÇÃO ADULTO 2020	LEITOS DE UTI AD SUS	TAXA LEITOS UTI AD (100 MIL HAB)	Leitos de UTI Adulto ampliação - habilitação imediate, 8ª remessa	TAXA LEITOS UTI AD (100 MIL HAB)	Leitos de UTI Adulto ampliação - habilitação imediate, 10ª remessa	TAXA LEITOS UTI AD (100 MIL HAB)	Leitos de UTI Adulto ampliação - habilitação imediate, 13ª remessa	TAXA LEITOS UTI AD (100 MIL HAB)
1	15.593.029	1.749	11,2	2.764	17,7	2.649	17,0	3.200	20,5
2	590.374	62	10,5	66	11,2	75	12,7	79	13,4
3	758.390	72	9,5	56	7,4	56	7,4	109	14,4
4	1.349.033	154	11,4	340	25,2	295	21,9	280	20,8
5	324.846	55	16,9	62	19,1	62	19,1	62	19,1
6	1.312.567	139	10,6	111	8,5	135	10,3	207	15,8
7	3.452.851	283	8,2	511	14,8	468	13,6	491	14,2
8	517.608	44	8,5	40	7,7	82	15,8	90	17,4
9	846.461	133	15,7	113	13,3	107	12,6	156	18,4
10	1.169.047	101	8,6	112	9,6	139	11,9	175	15,0
11	575.547	69	12,0	55	9,6	65	11,3	105	18,2
12	197.462	9	4,6	15	7,6	40	20,3	40	20,3
13	1.118.491	108	9,7	171	15,3	167	14,9	178	15,9
14	619.511	44	7,1	85	13,7	89	14,4	116	18,7
15	1.225.322	208	17,0	175	14,3	196	16,0	305	24,9
16	1.819.220	111	6,1	90	4,9	101	5,6	116	6,4
17	1.844.723	186	10,1	174	9,4	221	12,0	278	15,1
TOTAL DO ESTADO	33.314.482	3.527	10,6	4.940	14,8	4.947	14,8	5.987	18,0

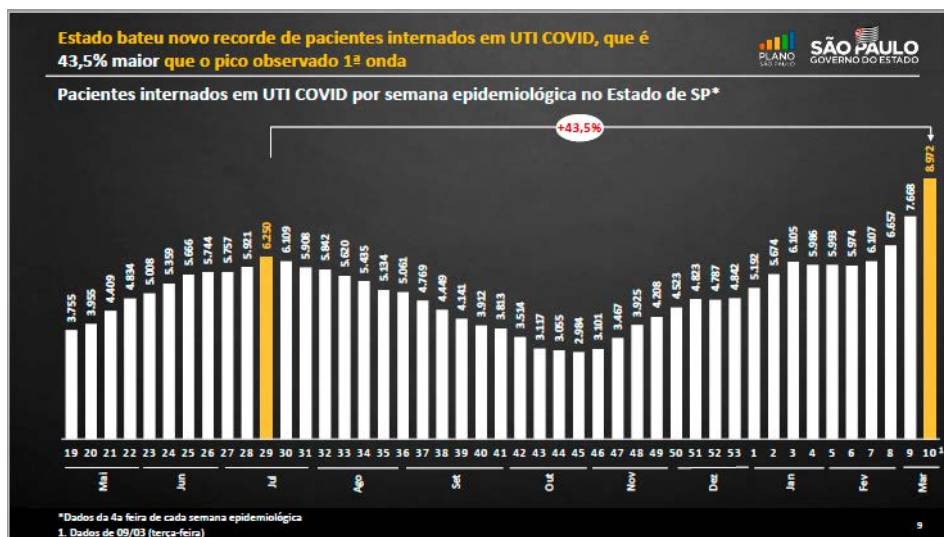
FONTE: MAPA DE LEITOS - PLANO DE CONTINGÊNCIA COVID-19 DO ESTADO DE SÃO PAULO

Fonte: Secretaria de Estado da Saúde ([20--]).

Contudo, mesmo com a adoção da política pública de ampliação de leitos intensivos, no final do mês de fevereiro de 2021, verificou-se o início de um aumento exponencial de novos casos de covid, causado pela variante de alta transmissibilidade P.1 ou Gama do vírus SARS-CoV2¹⁴. Também em razão da circulação dessa nova variante do vírus SARS-CoV2, a média de permanência dos pacientes aumentou e, como consequência, a rotatividade dos leitos diminuiu.

Assim, na segunda semana de março de 2021, já havia no território estadual 8.972 pacientes internados em UTI-COVID, número 43,5% maior do que o pico observado na primeira onda (6.250 internações, em julho de 2020), com um aumento de internações de 3,2% ao dia. Os dados do dia 09 de março de 2021 revelavam esse cenário:

14 Variante identificada em dezembro de 2020 em Manaus, no Estado do Amazonas. Cf. Atualização epidemiológica: variantes de SARS-CoV-2 (2021), elaborada pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53234/EpiUpdate26January2021_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 27 ago. 2024.



Fonte: Secretaria de Estado da Saúde ([20--]).

Logo, registrou-se aumento significativo de pedidos de transferências inter-hospitalares para a Central de Regulação Estadual. As unidades solicitantes buscavam, principalmente, o apoio respiratório para seus pacientes.

Diante desse cenário, restou evidente a importância da regulação dos recursos de saúde para permitir a adequação das ofertas às necessidades mais imediatas.

Releva frisar que a regulação, antes mesmo do surgimento da pandemia, já contava com as Grades e Fluxos de Referências de Urgências e Emergências¹⁵ para garantir uma rede assistencial com atendimento nas diversas complexidades e com uma relação inter-regional e macrorregional¹⁶, respeitando as pactuações existentes,

15 A regulação das urgências e emergências é regida pela Portaria GM/MS nº 2.048/2002, que estabelece: "Regulação Médica das Urgências, baseada na implantação de suas Centrais de Regulação, é o elemento ordenador e orientador dos Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência. As Centrais, estruturadas nos níveis estadual, regional e/ou municipal, organizam a relação entre os vários serviços, qualificando o fluxo dos pacientes no Sistema e geram uma porta de comunicação aberta ao público em geral, através da qual os pedidos de socorro são recebidos, avaliados e hierarquizados". BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 2.048, de 5 de novembro de 2002. O Ministro de Estado da Saúde, no uso de suas atribuições legais... Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2002.

16 Vide Portaria MS/GM nº 399, de 22 de fevereiro de 2006, que divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2006.

bem como o grau de complexidade disponível para o atendimento de urgência em cada município¹⁷.

Com efeito, para a organização dos fluxos, os municípios já eram classificados, conforme seu aporte de recursos para atendimento de urgência, por um gradiente de cores¹⁸:

-  Município sem recurso Hospitalar de Urgência (apenas UBS e PA)
-  Município com Referência Hospitalar de Baixa Complexidade
-  Município com Referência Hospitalar de Média Complexidade
-  Município com Referência Hospitalar de Alta Complexidade.

Na matéria de transferências inter-hospitalares, o sistema conta com uma grade de hospitais de referência primária (baixa complexidade - unidades com baixa incorporação tecnológica e de recursos diagnósticos e terapêuticos como, por exemplo, UPAS, prontos socorros e unidades com leitos clínicos), secundária (média complexidade - unidades com acesso a recursos diagnósticos, como laboratório clínico e setor de imagens, leitos de suporte ventilatório e leitos de internação) e terciária (alta complexidade - unidades com maiores recursos tanto diagnósticos como terapêuticos, podendo dar suporte ao paciente na quase totalidade de suas necessidades assistenciais). Essa pactuação também passou a ser aplicada para os casos de pacientes covid-19, de forma a possibilitar ao paciente atendimento compatível com a complexidade de seu caso.

17 Essa classificação está em consonância com a Lei nº 8.080/1990 que prevê a “regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde” (art. 7º, inciso IX, “b”) e o Decreto nº 7.508/2011 (art. 8º), que regulamentando essa lei preceitua que a hierarquização se dá de acordo com a complexidade do serviço.

18 A grade de referência é atualizada à medida que novos leitos são incorporados à assistência.

Somado a isso, foram elaboradas grades de referências hospitalares para organizar o acesso à atenção hospitalar, classificando a tipologia de cada hospital¹⁹: (i) hospital exclusivo COVID; (ii) hospital não COVID; (iii) hospital preferencialmente COVID (referência para encaminhamento de casos COVID-19 pela regulação, porém mantinham atendimento em outras especialidades); e (iv) hospital preferencialmente não COVID (unidades que não eram referência para atendimentos covid-19, porém que deviam permanecer com os casos de covid até a transferência, via regulação, para unidades pactuadas).

Quanto ao estado clínico dos pacientes, a SES, por meio da Coordenadoria de Regiões de Saúde e seu Grupo de Regulação Estadual, já vinha, desde o início de 2020, classificando a gravidade dos casos de covid-19 com base em critérios específicos elaborados juntamente com instituições de referência, como o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

Nessa linha, vinham sendo utilizados os marcadores constantes na Portaria GM/MS nº 2.048/2002, em ordem decrescente de vermelho, laranja, amarelo e verde:

Nível 1 - VERMELHO – PRIORIDADE ABSOLUTA

Nível 2 – LARANJA – PRIORIDADE MODERADA

Nível 3 – AMARELO – PRIORIDADE BAIXA

Nível 4 – VERDE – PRIORIDADE MINIMA

Contudo, com o início da denominada “segunda onda da pandemia” e seu impacto nos equipamentos de saúde, houve necessidade de aperfeiçoar essa classificação.

Com alicerce em critérios técnicos e objetivos, que deixavam pouca margem de subjetividade às unidades solicitantes, passou-se a classificar os pacientes covid-19 nos quatro graus de prioridade acima descritos, porém considerando dois grupos de informações:

- (i) relacionadas à infraestrutura da unidade solicitante (sua complexidade e potencial capacidade de disponibilizar ventilação mecânica);
- (ii) relacionadas às condições clínicas do paciente (idade, obesidade, existência de comorbidades, exames diagnósticos, laboratoriais e/ou de imagem, uso de drogas vasoativas, tempo de permanência na regulação e suporte de oxigênio em uso).

19 Deliberação CIB nº 25, de 08/04/20, DOE de 09/04/20 p. 24 - seção 1 nº 70 - Aprova *Ad Referendum*, NOTA TECNICA CIB referente às orientações para grade de referência de urgência e emergência, no contexto da COVID-19. Comissão Intergestores Bipartite - CIB é uma instância colegiada de decisão do Sistema Único de Saúde - SUS estadual, integrada paritariamente pela Secretaria Estadual de Saúde e por representantes dos Secretários Municipais de Saúde do Estado de São Paulo.

Existia uma pontuação para cada item de forma que se chegava a um *score* de gravidade que era traduzido nas mencionadas cores indicativas da prioridade de atendimento, garantindo que pacientes com maiores *scores* tenham maior celeridade em sua transferência inter-hospitalar. Essa classificação era dinâmica e alterava conforme a evolução clínica do paciente, cabendo à unidade solicitante a atualização de seu estado clínico.

Em resumo, a listagem de pacientes classificados por gravidade e a grade de referências pactuadas entre os estabelecimentos de saúde permitiam, ao fim, que o paciente fosse transferido para o local mais adequado ao seu quadro clínico, assim que fosse disponibilizada a vaga de internação. Considerava-se, outrossim, a distância entre a unidade solicitante e a unidade executante, assim como o quadro clínico do paciente para suportar as remoções.

Com essa breve exposição acerca da política pública de regulação de leitos covid-19 no Sistema Único de Saúde, no território do Estado de São Paulo, pretendeu-se ilustrar a intrincada dinâmica que permeia as decisões da Pasta da Saúde.

A complexidade do quadro resumidamente descrito nas linhas acima revela a importância que teve a coordenação sistêmica das medidas necessárias ao enfrentamento dos efeitos da covid-19 no sistema público estadual de saúde por agentes que possuíam a capacidade institucional de realizar um juízo sobre questões técnicas no cenário pandêmico.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DE SÃO PAULO EM TEMPOS DE PANDEMIA E OS DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS

Conforme tratamos no item anterior, no final do mês de fevereiro de 2021, observou-se o início de uma intensa sobrecarga do sistema de saúde em virtude do crescimento exponencial dos casos de covid-19.

Assistiu-se ao aumento significativo de pedidos de transferência inter-hospitalar para a CROSS, notadamente em busca de unidade que oferecesse apoio respiratório em enfermaria ou em Unidades de Terapia Intensiva.

Essa realidade logo refletiu na judicialização dos casos de covid-19, conforme retrata o segundo quadro da tabela abaixo, referente ao período de março de 2020 a julho de 2021:

DISTRIBUIÇÃO DOS CASOS REGULADOS QUE FORAM OBJETO DE AÇÃO JUDICIAL								
TIPO DE DIAGNÓSTICOS = TODOS								
DRS Solicitante	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	Total geral
DRS VI - BAURU	65	136	462	1.892	951	527	481	4.514
DRS I - GRANDE SÃO PAULO	108	137	187	3.457	202	147	77	4.315
DRS VII - CAMPINAS	5	22	80	2.167	248	129	80	2.731
DRS XVI - SOROCABA	15	44	55	1.624	58	42	40	1.878
DRS XVII - TAUBATÉ	36	73	137	862	281	191	89	1.669
DRS IX - MARÍLIA	13	15	124	712	299	206	135	1.504
DRS XIV - SÃO JOÃO DA BOA VISTA	2	7	225	534	316	209	133	1.426
DRS XI - PRESIDENTE PRUDENTE	2	3	109	775	173	130	68	1.260
DRS XIII - RIBEIRÃO PRETO		1		612	96	163	87	959
DRS IV - BAIXADA SANTISTA	11	103	101	486	87	54	17	859
DRS VIII - FRANCA		2	4	740	42	25	24	837
DRS III - ARARAQUARA	3	1	1	515	33	16	22	591
DRS II - ARAÇATUBA			18	355	63	46	26	508
DRS XII - REGISTRO			7	319	7	6	8	347
DRS X - PIRACICABA	1	9	38	167	65	46	18	344
DRS XV - SÃO JOSÉ DO RIO PRETO		1	4	163	9	20	24	221
DRS V - BARRETOS		1	2	62	5	1	8	79
Total geral	261	555	1.554	15.442	2.935	1.958	1.337	24.042

DISTRIBUIÇÃO DOS CASOS DE COVID19 JUDICIALIZADOS POR DRS SOLICITANTE				
DRS Solicitante	2020	2021	Total geral	%
DRS VI - BAURU	2	148	150	64,94%
DRS VII - CAMPINAS	2	12	14	6,06%
DRS XIII - RIBEIRÃO PRETO		14	14	6,06%
DRS I - GRANDE SÃO PAULO	1	11	12	5,19%
DRS XVI - SOROCABA		12	12	5,19%
DRS XVII - TAUBATÉ		10	10	4,33%
DRS IV - BAIXADA SANTISTA	2	4	6	2,60%
DRS IX - MARÍLIA		5	5	2,16%
DRS XV - SÃO JOSÉ DO RIO PRETO		5	5	2,16%
DRS XI - PRESIDENTE PRUDENTE	1	1	2	0,87%
DRS V - BARRETOS		1	1	0,43%
Total geral	8	223	231	100,00%

FONTE: PORTAL CROSS

Fonte: Portal CROSS ([20–]).

Enquanto em 2020 foram registrados somente 8 casos regulados pela CROSS envolvendo judicialização de casos relativos à covid-19, em 2021 foram observados 223 casos.

Por outro lado, cotejando os números do segundo quadro da tabela acima com os números extraídos do sistema Attus, sistema de gestão eletrônica de documentos e processos utilizado pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que reúne as ações judiciais envolvendo o Estado de São Paulo e suas autoridades, nota-se que 43,91% das ações judiciais envolvendo os assuntos “COVID-Leitos de UTI”²⁰ foram objeto de regulação pela CROSS.

Com efeito, no mesmo período de março de 2020 a julho de 2021, o sistema de gestão eletrônica de documentos e processos²¹ indica o cadastramento de 526 ações judiciais envolvendo os assuntos “COVID-Leitos de UTI”, enquanto o Portal CROSS apontava 231 casos regulados.

20 Destaca-se que o assunto “COVID- Medicamentos” não foi selecionado para a pesquisa no sistema “Attus” por não implicar ação de regulação pela CROSS.

21 Fonte: “Attus”, sistema de gestão eletrônica de documentos e processos utilizado pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Acesso em: 28 ago. 2024.

Certamente os números teriam sido diferentes se não tivesse se intensificado durante a pandemia um diálogo interinstitucional entre o Judiciário, a Defensoria Pública do Estado e a Secretaria de Estado da Saúde (SES), representada pela Procuradoria-Geral do Estado.

Com efeito, nas reuniões do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Fazenda Pública²² surgiram tratativas interinstitucionais relativas às demandas em que se buscava internação em UTI em razão da covid-19.

Desses diálogos, resultaram vários instrumentos que contribuíram para a redução da judicialização nos casos de internações relativas à covid-19:

- (i) A SES divulgou com transparência os critérios envolvidos nos processos regulatórios dos casos de internação por covid-19, explicando os parâmetros técnicos adotados e a classificação dos pacientes quanto à prioridade de atendimento (conforme relatado no item anterior). Ainda consta, inclusive, no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na seção que reúne materiais de apoio e orientação sobre litígios relativos à saúde pública e suplementar, documento produzido pela SES descrevendo em detalhes o processo de regulação dos casos covid-19²³;
- (ii) A SES passou a divulgar diariamente informativo das Regulações de Síndrome Gripal/covid-19, fornecendo detalhado quadro dos casos em regulação, separados por Departamentos Regionais de Saúde e por cores relativas à classificação de prioridades de atendimento dos pacientes. Esse informativo diário era divulgado na mesma seção acima referida, do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça²⁴ e também no sítio eletrônico da Defensoria Pública do Estado. Abaixo, transcreve-se, como exemplo, o informativo referente ao dia 13 de agosto de 2021:

22 Trata-se de centro judiciário de conciliação que recebe demandas processuais e pré-processuais, que tenham como parte o Estado, o Município, suas autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito público – como autor ou como requerido – e utiliza métodos alternativos de solução de conflito (conciliação/mediação). Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/CejuscFazendaPublica>. Acesso em: 27 ago. 2024.

23 Cf.: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/DireitodeSaude/ProcessoRegulatorio.pdf?637645621333806800>

24 Cf.: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/DireitodeSaude/CROSSUTI.pdf?637645621333806800>

REGULAÇÃO DE LEITOS E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DE SÃO PAULO DURANTE A PANDEMIA



Regulações de Síndrome Gripal / COVID-19 em 12 de agosto de 2021

	CROSS	Outras centrais
quantidade de regulacoes	153	223
%	40,69%	59,31%

Casos em regulação em 13/08/2021 07:00:00

UTI Adulto e UTI Pediátrica: Prioridade de atendimento

		UTI Adulto				UTI Pediátrica	
		1	2	3	4	Total	Total
Central de Regulação	CROSS	1	8	8	1	18	1
	CENTRAL REGULACAO MUNICIPAL - SAO PAULO			3	1	4	
Total		1	8	11	2	22	1
Total geral		1	8	11	2	22	1

UTI Adulto e UTI Pediátrica: DRS Solicitante

		UTI Adulto				UTI Pediátrica	
		1	2	3	4	Total	Total
DRS I - GRANDE SÃO PAULO				4	1	5	1
DRS V - BARRETOS				1		1	
DRS VI - BAURU				1		1	
DRS IX - MARÍLIA			1			1	
DRS XV - SÃO JOSÉ DO RIO PRETO		1	7	1		9	
DRS XVI - SOROCABA				1		1	
DRS XVII - TAUBATÉ				3	1	4	
Total geral		1	8	11	2	22	1



Fonte: Portal CROSS ([20--]).

- (iii) A SES disponibilizou, outrossim, um endereço eletrônico exclusivamente destinado aos casos de internação de UTI-COVID, em que o Judiciário e a Defensoria Pública procediam ao preenchimento de um formulário padrão simples (com nome do paciente, nome da genitora do paciente e número do cartão SUS) para receber, em até 24 horas, informação acerca do posicionamento do paciente na regulação do Departamento Regional de Saúde que lhe prestava atendimento.

Referidos canais pré-processuais e também processuais - frutos principalmente das tratativas interinstitucionais semeadas nas reuniões do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Fazenda Pública - foram disseminados internamente no Poder Judiciário e na Defensoria Pública do Estado.

Munida de informações sobre a política pública adotada pelo Estado de São Paulo, sobre o panorama geral, em tempo real, dos casos de covid e também sobre a situação do sistema público de saúde, a Defensoria Pública possivelmente deixou de levar ao Poder Judiciário muitos casos que seriam judicializados se não existisse o acesso facilitado a esses dados.

Por outro lado, os Magistrados passaram a estar em situação sensivelmente mais confortável para não acolher pedidos judiciais de transferência hospitalar ou de internação em decorrência da covid-19, justamente pelo acesso ágil e transparente aos dados da regulação dos leitos covid-19 e dos critérios da política pública em vigor.

Do ponto de vista da Administração Pública, a não judicialização massiva dos processos regulatórios dos casos de covid-19 permitiu a continuidade das políticas públicas baseadas em critérios médicos, reduzindo os possíveis impactos desorganizadores do atendimento prioritário de cidadãos beneficiados por ordens judiciais.

E, por fim, a população que necessitou dos serviços públicos de saúde em razão da pandemia recebeu tratamento mais equânime, já que a ordem dos atendimentos foi guiada por processos regulatórios baseados em parâmetros técnicos e universais.

Nessa medida, é possível concluir que a abertura ao diálogo e a colaboração transparente entre as instituições foram essenciais para o enfrentamento dessa crise sanitária sem precedentes causada pela covid-19, já que não há como coordenar políticas públicas de saúde efetivas em um cenário de intervenção judicial generalizada sobre as decisões técnicas tomadas pela Administração Pública.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo pretendeu ampliar a discussão que envolve o tema da judicialização do direito à saúde, trazendo a perspectiva das complexas políticas públicas criadas

para enfrentar os desafios da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo no atendimento eficiente e isonômico das necessidades da população.

Expondo brevemente os processos regulatórios que buscam ordenar o acesso dos cidadãos à saúde pública no Estado de São Paulo e esmiuçando a peculiar regulação adotada pela Pasta da Saúde em momentos mais críticos do enfrentamento da pandemia da covid-19, objetivou-se destacar a relevância da regulação como instrumento de gestão pública, além de ilustrar a complexidade que permeia as demandas levadas ao Poder Judiciário.

Descrevendo as tratativas interinstitucionais, intensificadas pelos desafios trazidos pela crise sanitária, retomou-se a questão da judicialização, apontando um possível caminho a ser replicado pelas instituições para endereçar outras demandas de saúde pública levadas ao Judiciário.

Com efeito, como legado dessa experiência nascida em meio à pandemia da covid-19, parece possível concluir que a redução da judicialização excessiva do direito à saúde não irá prescindir de um diálogo, entre as instituições, alicerçado em informações fartas e transparentes acerca da racionalidade e razoabilidade das políticas públicas adotadas pela Administração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em 29 jan. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm. Acesso em: 29 jan. 2025.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 2.048, de 5 de novembro de 2002. O Ministro de Estado da Saúde, no uso de suas atribuições legais... Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt2048_05_11_2002.html. Acesso em: 29 jan. 2025.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 - Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html. Acesso em: 29 jan. 2025.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.559, de 1º de agosto de 2008.** Institui a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1559_01_08_2008.html. Acesso em: 29 jan. 2025.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020.** Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0188_04_02_2020.html. Acesso em: 29 jan. 2025.

BRASIL. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 28 ago. 2024

BRASIL. ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE. **Atualização epidemiológica:** variantes de SARS-CoV-2. OPAS, Washington, DC, 2021. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53234/EpiUpdate26January2021_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28 ago. 2024.

SÃO PAULO (ESTADO). **Decreto nº 56.061, de 2 de agosto de 2010.** Cria, na Coordenadoria de Serviços de Saúde, da Secretaria da Saúde, a Central de Regulação de Oferta de Serviços de Saúde - CROSS e dá providências correlatas. São Paulo: ALESP, 2010. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/160001#:~:text=Cria%2C%20na%20Coordenadoria%20de%20Servi%C3%A7os,CROSS%20e%20d%C3%A1%20provid%C3%AAs%20correlatas>. Acesso em: 27 ago. 2024.

SÃO PAULO. CENTRAL DE REGULAÇÃO DE OFERTAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE (CROSS). Disponível em: <http://www.cross.saude.sp.gov.br/> Acesso em: 20 jun. 2021.

SÃO PAULO (ESTADO). SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. COMISSÃO INTERGESTORES BIPARTITE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Deliberação CIB – 14, de 22 de março de 2010. **Diretrizes para a Regulação da Assistência no Estado de São Paulo.** São Paulo: Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, 2010.

SÃO PAULO (ESTADO). SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. COMISSÃO INTERGESTORES BIPARTITE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Deliberação CIB – 25, de 08 de abril de 2020. **Orientações para construção da grade de referência de urgência e emergência no contexto da COVID-19.** São Paulo: Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, 2020.

SÃO PAULO. PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Attus - Sistema de gestão eletrônica de documentos e processos do Governo do Estado de São Paulo, [20--]. Disponível em: <https://pgweb.sp.gov.br/login>. Acesso em: 27 ago. 2024.

SÃO PAULO. SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO. **Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde.** [20--]. Disponível em: http://saude.sp.gov.br/resources/ces/homepage/imagens-noticias/apresentacao_conselho_estadual_de_saudev2.pdf. Acesso em: 27 ago. 2024.

SÃO PAULO. SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO. **Processo de Regulação – SUS.** [20--]. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/DireitodeSaude/ProcessoRegulatorio.pdf?637645621333806800>. Acesso em: 27 ago. 2024.

SÃO PAULO (ESTADO). SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. **Implantação da Central de Regulação de Urgência e Emergência da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo no período de 2008 a 2009**. São Paulo: Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/homepage/auditoria/reunioes/2013/implantacao_central_urg_emerg_sessp.pdf. Acesso em: 27 ago. 2024.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) da Fazenda Pública**. [20--]. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/CejuscFazendaPublica>. Acesso em 27 ago. 2024.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Informativo diário**. [20--]. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/DireitodeSaude/CROSSUTI.pdf?637645621333806800>. Acesso em 27 ago. 2024.

EMENTÁRIO DA PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PA n. 28/2023

COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO POR MORTE. REFORMA DA PREVIDÊNCIA. EC 103/2019. Pretensão de concessão do benefício de complementação da pensão por morte, paga pelo Regime Geral de Previdência Social, a pensionistas de ex-empregados da Ferrovia Paulista S/A – FEPASA, com fundamento nas Leis nºs 1.386, de 19.12.1951, 4.819, de 27.08.1958, 10.410, de 28.10.1971 e 9.343, de 22.02.1996. Dissídio Coletivo nº TSTDC 3/74 e o Contrato Coletivo de Trabalho do período de 1995/1996. Inviabilidade jurídica para os casos em que o óbito do instituidor da pensão tenha ocorrido na vigência da Emenda Constitucional nº 103/2019, nos exatos termos do § 15 do artigo 37 da Constituição Federal. Precedentes: Pareceres PA nº 3/2008, 36/2020, 45/2020, 60/2020 e 12/2021. ADRIANA MASIERO REZENDE

Aprovado

PA n. 29/2023

SERVIDORES PÚBLICOS. Direitos e Vantagens. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Procuradores do Estado que pleiteiam a conversão de blocos de licenças-prêmio em pecúnia, nos termos da Lei Complementar nº 1.080/2008, artigos 54 a 56. Requerimentos formulados antes de completarem um ano de exercício nos respectivos cargos de Procurador do Estado. Concessão de licenças-prêmio à vista de tempo de serviço – também estatutário – por eles prestados junto ao Poder Judiciário Estadual (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Inexistência de restrição, pelo legislador, que o lapso temporal de que trata o artigo 56, §2º, item 2, da LC nº 1.080/2008, seja verificado somente nos atuais cargos providos pelos interessados. Possibilidade de aferição da assiduidade e ausência de penalidades disciplinares, no ano anterior ao pleito, em certidões expedidas pela Secretaria de Gestão de Pessoas do Tribunal de Justiça. ADALBERTO ROBERT ALVES

Aprovado

PA n. 32/2023

MILITAR. PREVIDÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. REVERSÃO DE QUOTA. Matéria que não integra as normas gerais relativas à pensão militar, não atraindo a incidência dos diplomas federais. Lei Federal nº 13.954/2019. Artigo 24-B do Decreto-Lei nº 667/1969. A solução para a questão relativa à reversão de cota-parte decorrente da extinção do direito de co-beneficiário será regida pelas normas estaduais. Artigo 9º, § 5º, da Lei Estadual nº 452/1974. Beneficiária que não é filha do instituidor do benefício. Ausência, no ordenamento jurídico, de previsão de equiparação de “menor sob guarda” a filho. Considerando a norma específica existente no regime próprio militar estadual, válida e eficaz, segundo a qual se admite a reversão somente de filhos para cônjuge ou companheiro ou companheira e destes para aqueles e, ainda, a ausência de beneficiários que ostentem a qualidade de filho dentre os remanescentes, não se há falar em reversão das quotas de pensão no caso concreto. Precedentes: Pareceres PA 14/2021, PA 15/2021, PA 19/2021, PA 43/2022, PA 40/2022, PA 75/2020, PA 15/2015, PA 57/2012, PA 51/2010. SUZANA SOO SUN LEE

Aprovado

PA n. 45/2023

MILITAR. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LICENÇA-PRÊMIO. Diária Especial por Jornada Extraordinária de Trabalho Policial Militar - DEJEM. Lei Complementar nº 1.227, de 19 de dezembro de 2013. Regime Especial de Trabalho Policial. Artigo 1º da Lei Estadual nº 10.291, de 26 de novembro de 1968. Revogação do inciso IX da Lei Complementar nº 432/1985 promovida pela Lei Complementar nº 1.361/2021. Há o desempenho das atribuições inerentes aos componentes da Polícia Militar tanto quando o militar é convocado para desenvolver a “atividade DEJEM” como quando é escalado para realizar a “atividade delegada”, nos termos do artigo 1º, § 1º, nº 2, item “b”, da Lei nº 10.291/1968, fazendo jus ao adicional de insalubridade em ambas as hipóteses, ainda que realizadas no período de licença-prêmio. Não incidência do comando do artigo 4º da LCE nº 432/1985 à espécie. Regra excepcional que autoriza o recebimento do adicional de insalubridade ainda que inexistente o exercício das atividades insalubres em virtude dos afastamentos. Precedentes: Pareceres PA-3 148/1999, PA 81/2013, PA 7/2023. SUZANA SOO SUN LEE

Aprovado

PA n. 46/2023

MAGISTÉRIO. CARGO PÚBLICO. Transformação. Lei Complementar nº 1.374/2022. Transformação dos cargos de Diretor de Escola e Supervisor de Ensino em Diretor Escolar e Supervisor Educacional, respectivamente. ENQUADRAMENTO. ATO ADMINISTRATIVO. Vinculação. Possibilidade de opção, pelos atuais servidores ocupantes dos cargos de Diretor de Escola e Supervisor de Ensino, pela migração para os novos cargos, com o necessário (re)enquadramento nos estritos termos previstos em lei. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. Lei Complementar nº 1.354/20, artigos 2º, inciso III, “b”, 6º, inciso VI, 10, inciso IV e 11, inciso IV. Na observância do requisito de “5 (cinco) anos no cargo efetivo, nível ou classe em que for concedida a aposentadoria” devem ser somados os períodos dos cargos de Diretor de Escola e Diretor Escolar. Do mesmo modo, na hipótese do Supervisor de Ensino que optar pelo cargo de Supervisor Educacional. Precedente: Parecer PA nº 34/2022. ADALBERTO ROBERT ALVES

Aprovado

PA n. 47/2023

CONTRATO ADMINISTRATIVO. Consulta sobre a viabilidade jurídica da Administração compensar créditos resultantes de multas administrativas ou indenizações, previstas na Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, não inscritos em dívida ativa, com pagamentos devidos pela Administração em razão do contrato ou de outros contratos administrativos celebrados com a mesma pessoa, desde que também estejam sob a gestão do órgão ou entidade sancionadora ou a ser indenizada, tendo em vista o entendimento institucional fixado nos Pareceres PA nº 186/2009 e 8/2019, à luz da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Considerando a dicção dos artigos 89 e 156, § 8º, da Lei federal nº 14.133, de 2021 e acórdão recente do Superior Tribunal de Justiça, concluiu-se pela viabilidade jurídica da realização da compensação legal, observados os requisitos e pressupostos necessários a que se opere <ipso jure> e resguardado o interesse público, bem como convencional. Proposta de revisão parcial dos Pareceres PA nº 186/2009 e 8/2019. ADRIANA MASIERO REZENDE

Aprovado

PA n. 48/2023

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. IAMSPE. Servidor público federal afastado, sem prejuízo de seus vencimentos, junto à Administração Pública Paulista. Solicitação de cancelamento de desconto mensal de contribuição ao IAMSPE. Demonstrativo de pagamento de vencimentos relativo ao cargo ocupado na esfera federal que evidencia descontos relacionados a planos de saúde. Decreto-Lei nº 257, de 29 de maio de 1970, artigo 3º, inciso I. Interpretação do vetusto dispositivo à luz da nova ordem constitucional e evolução de institutos jurídicos. Precedente: Parecer PA nº 02/2017. ADALBERTO ROBERT ALVES

Aprovado

PA n. 49/2023

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. FUNDAÇÃO. Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP. Análise de projetos por pareceristas ad hoc. Inexistência de vínculo funcional ou remuneração pelo auxílio por eles prestado. Parecer que consubstancia opinião pessoal, de modo a atrair o sigilo de que tratam o artigo 31, §1º, I, da Lei federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e artigo 35, §1º, 1, do Decreto estadual nº 58.052, de 16 de maio de 2012. PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO. Publicidade. Lei de Acesso à Informação. Aplicação, in casu, do princípio da razoabilidade, de modo a resguardar a identidade do parecerista. ADALBERTO ROBERT ALVES

Aprovado

PA n. 7/2024

PODER DE POLÍCIA. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. LICENÇA DE FUNCIONAMENTO. PROFISSÃO DE OPTOMETRISTA. Os artigos 38, 39 e 41 do Decreto federal nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932, e os artigos 13 e 14 do Decreto federal nº 24.492, de 28 de junho de 1934, impõem limitações ao exercício da profissão de optometrista. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 131, o Supremo Tribunal Federal, distinguindo entre o exercício profissional por técnicos em optometria – com formação de nível médio – e por graduados em tecnologia ou bacharelado em optometria – com formação superior, declarou a recepção dos dispositivos em tela pela Constituição Federal de 1988, com modulação dos

efeitos subjetivos do julgado, para fixar que as proibições ali veiculadas não se aplicam aos profissionais qualificados por instituição de ensino superior regularmente instituída mediante autorização do Estado e por ele reconhecida. Decisão com eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (artigo 10, § 3º, da Lei federal nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999). As ações de vigilância sanitária no âmbito do Estado de São Paulo devem observar o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADFP nº 131, até o advento de legislação federal sobre a matéria. ADRIANA MASIERO REZENDE

Aprovado

PA n. 20/2024

CONCURSO PÚBLICO. VINCULAÇÃO À LEI E AO EDITAL. NOMEAÇÃO. Lei Complementar nº 1.374, de 30 de março de 2022, que instituiu os Planos de Carreira e Remuneração para os Professores de Ensino Fundamental e Médio, para os Diretores Escolares e para os Supervisores Educacionais da Secretaria da Educação, bem como reestruturou o Quadro do Magistério da Secretaria da Educação. Impossibilidade de nomeação de candidatos aprovados em concurso público para provimento de cargos da classe de Supervisor de Ensino, diante da extinção dos cargos vagos por lei. Inviabilidade de nomeação no cargo de Supervisor Educacional, em atenção aos princípios norteadores dos concursos públicos, especialmente os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade e publicidade. ADRIANA MASIERO REZENDE

Aprovado

PA n. 24/2024

LICENÇA POR ADOÇÃO. Dúvida sobre o documento a ser considerado para fins de verificação do cumprimento do prazo de quinze dias para apresentação do requerimento de fruição do benefício. A interpretação dos §§ 2º e 4º do artigo 1º da Lei Complementar nº 367, de 14 de dezembro de 1984, deve garantir máxima efetividade ao direito à licença por adoção que, para além de constituir direito do servidor público ou policial militar, encontra fundamento de validade na doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. Não se revelando viável a apresentação do “termo de adoção” expressamente previsto no § 2º do artigo 1º da Lei Complementar nº 367, de 1984, devem ser considerados

como documento(s) hábil(eis) para comprovar o cumprimento do prazo estipulado no referido dispositivo aquele(s) que demonstre(m) a ciência do interessado acerca da efetivação da adoção, o que será verificado no caso concreto a partir da análise dos documentos apresentados para comprovar o direito à licença, nos termos do § 3º do artigo 1º da Lei Complementar nº 367, de 1984, observado o princípio da razoabilidade. Em relação ao pedido de licença por adoção, por ocasião da obtenção da guarda judicial do menor para fins de adoção, o prazo previsto no § 2º do artigo 1º da Lei Complementar nº 367, de 1984, será contado a partir da expedição do termo de assunção de responsabilidade pela guarda, indicado no artigo 32 da Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes: Pareceres PA 145/2004, 171/2004 e 97/2006. ADRIANA MASIERO REZENDE

Não aprovado, fixando-se tese no sentido de que o prazo previsto no § 2º do artigo 1º da Lei Complementar nº 367/1984 não se reveste de caráter peremptório, com o que resta superada a orientação estabelecida no despacho de aprovação parcial do Parecer PA nº 97/2006, no tocante ao prazo para requerimento da licença adoção.

EMENTÁRIO DA PROCURADORIA PARA ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS

PAT n. 15/2024

DÍVIDA ATIVA. INSCRIÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. É possível a inscrição em dívida ativa de termos de confissão de dívida consubstanciados em título executivo extrajudicial. Documento particular assinado pelo próprio devedor e por duas testemunhas, contendo obrigação certa, líquida e exigível, ainda que tenha origem na reposição de vencimentos. Distinguishing do Parecer PA-3 nº 37/2000, que analisou a inscrição em dívida ativa da reposição de vencimentos, sem título executivo extrajudicial subjacente. FERNANDA LUZIA FREIRE SERUR

Aprovado

PAT n. 16/2024

ISENÇÃO. IMPOSTO SOBRE A RENDA. MOLÉSTIA GRAVE. Direito personalíssimo. Pedido feito em vida. Perícia médica que não foi realizada em razão do falecimento do servidor. Em razão das condições do caso concreto, em caráter excepcional, mostra-se viável a realização da perícia médica indireta, que deve se limitar ao período solicitado. FERNANDA LUZIA FREIRE SERUR

Aprovado

PAT n. 17/2024

TRIBUTOS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SIMPLES NACIONAL. RETENÇÃO. Prestação de serviços contínuos de apoio administrativo para o Núcleo de Suprimento e Patrimônio (NSP) da Superintendência da Polícia Técnico-Científica - SPTC. Exclusão do Simples Nacional. Serviços prestados mediante cessão de mão de obra. Necessidade de retenção da contribuição previdenciária, do imposto sobre serviços e do imposto de renda. Precedentes: Pareceres PAT nº 9/2023, PAT nº 6/2024 e PAT nº 7/2023. FERNANDA LUZIA FREIRE SERUR

Aprovado

PAT n. 18/2024

SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS (APOSENTADORIA, PENSÃO). ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA (IRPF). DOENÇAS GRAVES [tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida (Aids), e fibrose cística (mucoviscidose)] E MOLÉSTIA PROFISSIONAL. Precedente: Parecer PAT nº 16/2016. Edição de portaria para sistematizar fluxo de análise de pedidos de isenção de imposto de renda relativos a benefícios previdenciários, com fundamento no artigo 6º, incisos XIV e XXI, da Lei federal nº 7.713/88. Comentários sobre a minuta de portaria a ser editada pela SPPREV. LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI

Aprovado

PAT n. 19/2024

TRIBUTOS. ICMS COMUNICAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ISS. INSERÇÃO E VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE. Autos de infração. Julgamento pelo Tribunal de Impostos e Taxas 3 TIT. Colaboração da Procuradoria Geral do Estado para manifestar-se acerca dos efeitos da decisão na ADI nº 6.304. FERNANDA LUZIA FREIRE SERUR

Aprovado

PAT n. 20/2024

TAXAS DE FISCALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DIVERSOS - TFSD. LEI Nº 15.266/2013 - ANEXO I, CAPÍTULO VI, ITENS 2 E 3. Serviços de Segurança Pública (emissão de segunda via de carteira de identidade; identificação domiciliar). ISENÇÃO. Exclusão do crédito tributário relativa à emissão de carteira de identidade por determinação do poder público (art. 31, I, Lei 15.266/2013) e aplicável a idosos (art. 1º Lei 10.952/2001). Aplicação da legalidade estrita e vedação à interpretação ampliativa às normas que instituem isenção. Art. 150, §6º, CF; arts. 97, VI, 176 e 111, II, do CTN. Inviabilidade de extensão da isenção à taxa de identificação domiciliar. Analogia ao Parecer PAT nº 18/2015. Cobrança da TFSD para cada identificação realizada, ainda que no mesmo endereço. LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI

Aprovado

PAT n. 21/2024

TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS POR ÓRGÃOS PÚBLICOS. INSULINA DEGLUDECA. Dúvida jurídica relativa à aplicação da isenção prevista no Convênio ICMS nº 87/2002, nas operações com fármacos e medicamentos destinados a órgãos das Administrações Públicas Diretas federal, estaduais e municipais (art. 94, Anexo I, RICMS/2000). Isenção condicionada ao atendimento de condições, dentre as quais que a parcela relativa à receita bruta decorrente das operações com os medicamentos listados pelo Convênio esteja desonerada das contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS (art. 3º, Lei federal nº 10.147/2000). Insulina degludeca não prevista na lista constante no Anexo ao Decreto federal nº 3.803/2001. Substância não beneficiada pela isenção de ICMS prevista na Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 87/2002. LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI

Aprovado

PAT n. 22/2024

TRIBUTOS. TAXA. Taxa de fiscalização ambiental estadual – TCFA. Lançamento por homologação. Ausência de recolhimento pelo contribuinte. Prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício: 5 anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Caso o contribuinte tenha realizado pagamento, mas em valor inferior ao previsto na legislação, o prazo de 5 anos para lançar eventuais diferenças conta-se da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do artigo 150, §4º, do CTN. Precedente: Parecer PAT nº 19/2020. FERNANDA LUZIA FREIRE SERUR

Aprovado

PAT n. 23/2024

TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS POR ÓRGÃOS PÚBLICOS. MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DE CÂNCER. BEVACIZUMABE (AVASTIN). Dúvida jurídica relativa ao cálculo do ICMS em operação interestadual de aquisição de Bevacizumabe 25 mg/ml 16 ml (Avastin), a partir de Ata de Registro de Preços. Isenção de ICMS prevista no Convênio ICMS nº 162/94, internalizado na legislação paulista, cujo conteúdo está previsto no artigo 154 do Anexo I do RICMS/2000.

Fornecedora do medicamento com estabelecimento no Estado de Goiás, cuja legislação não contempla a citada isenção. Operação onerada pela alíquota interestadual, devida ao Estado de Goiás, e beneficiada com isenção do DIFAL do ICMS, que seria devido ao Estado de São Paulo. LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI

Aprovado

PAT n. 24/2024

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ABRANGÊNCIA. AUTARQUIA. A imunidade recíproca alcança as autarquias que prestem serviço público desde que não tenham como objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público. A imunidade deve se restringir à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais do ente e não pode afetar a livre iniciativa e concorrência. SAESA – Sistema de Água, Esgoto e Saneamento Ambiental. Autarquia municipal que presta serviço de água e esgoto às unidades policiais do município de São Caetano do Sul. Entidade imune. Artigo 150, VI, “a” e §2º, da Constituição Federal. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Precedente: Parecer PAT nº 26/2021. FERNANDA LUZIA FREIRE SERUR

Aprovado

PAT n. 25/2024

ICMS. Importação de equipamento médico. Isenção prevista no artigo 146 do Anexo I do Regulamento do ICMS – RICMS. Vigência até 30.09.2024. Interpretação restritiva da noma. Entre outros requisitos, o interessado deve ser prestador de serviço do SUS para que faça jus à isenção. Precedente: Parecer PAT nº 30/2012. FERNANDA LUZIA FREIRE SERUR

Aprovado

PAT n. 26/2024

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF). Artigo 157, I, CF; CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO ESCOLAR E DE PREPARAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTAÇÃO NAS ESCOLAS. Dúvida jurídica relativa à alíquota a ser aplicada para retenção do imposto sobre a renda na fonte. Art. 64 Lei Federal nº 9.430/1996; IN/RFB nº 1234/2012. A aplicação das alíquotas indicadas no

Anexo I da IN/RFB nº 1234/2012 deve ser feita à luz do disposto no artigo 64, §5º, da Lei federal nº 9.430/1996 c.c. artigo 15 da Lei federal nº 9.249/1995. SERVIÇOS PRESTADOS COM EMPREGO DE MATERIAIS (art. 2º, §7º, I, da IN/RFB nº 1234/2012) - impossibilidade de interpretação em desconformidade às normas legais citadas. Após exame do edital e contratos relativos aos casos concretos, concluiu-se pela aplicação da alíquota de 4,8%, destinada aos “demais serviços” (Anexo I da IN/RFB nº 1234/2012). LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI

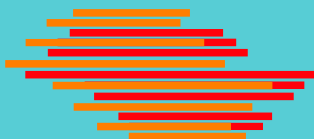
Aprovado

PAT n. 27/2024

SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS (APOSENTADORIA, REFORMA, PENSÃO). ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA (IRPF) - Art. 6º, XIV, da Lei federal nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. DOENÇAS GRAVES [tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida (Aids), e fibrose cística (mucoviscidose)]. Concessão ou manutenção da isenção independentemente da contemporaneidade dos sintomas da doença ou da recidiva da enfermidade. Desnecessidade de correspondência do prazo de validade fixado no laudo médico oficial e a isenção tributária prevista na norma sob análise, ou mesmo o condicionamento da isenção à fixação de validade no laudo. Súmula nº 627 do Superior Tribunal de Justiça. Precedente: Parecer PAT nº 21/2023. Dúvidas supervenientes relativas à aplicação das conclusões exaradas no Parecer PAT nº 21/2023. Para isenções não concedidas em caráter geral, hipótese na qual se enquadra o benefício do artigo 6º, XIV, da Lei federal nº 7.713/88, sua efetivação depende do impulso do interessado (art. 179, CTN). Inviabilidade de restabelecimento retroativo, de ofício, de isenções cessadas. LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI

Aprovado

ISS ISSN 2966-1862



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO