

VOLUME 42 | NÚMERO 6
NOVEMBRO/DEZEMBRO 2018

BOLETIM

PGE-SP

ISSN 2237-4515



PROCURADORIA GERAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO

Centro de Estudos

**VOLUME 42 | NÚMERO 6
NOVEMBRO/DEZEMBRO 2018**

BOLETIM

PGE-SP



**PROCURADORIA GERAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

Centro de Estudos

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado

Juan Francisco Carpenter

Procurador Geral do Estado Adjunto

Caio Cesar Guzzardi da Silva

Procurador do Estado Chefe de Gabinete

Vinicius Teles Sanches

Subprocuradora Geral da Consultoria

Cristina Margarete Wagner Mastrobuono

Subprocurador Geral do Estado

da Área do Contencioso Geral

Frederico José Fernandes de Athayde

Subprocuradora Geral do Estado **da Área do Contencioso Tributário-Fiscal**

Ana Lucia Correa Freire Pires de Oliveira Dias

Corregedor Geral

Adalberto Robert Alves

Ouidoria

Lucia de Faria Freitas

Conselho da PGE

Juan Francisco Carpenter, Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Frederico José Fernandes de Athayde, Ana Lucia Correa Freire Pires de Oliveira Dias, Adalberto Robert Alves, Anna Candida Alves Pinto Serrano, André Braweman, Henrique Martino Monteiro, Priscilla Souza e Silva Menário Scofano, Rebecca Correa Porto de Freitas, Renan Raulino Santiago, Rodrigo Augusto de Carvalho Campos, Rogério Augusto da Silva, Valéria Cristina Farias.

Centro de Estudos **e Escola Superior**

Procuradora do Estado Chefe

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Assessoria

Marily Diniz do Amaral Chavez, Emanuel Fonseca Lima e Sueine Patricia Cunha de Souza

Comissão Editorial

Presidência

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Assessoria

Sueine Patricia Cunha de Souza

Membros da Comissão Editorial

Alessandra Obara Soares da Silva, Américo Andrade Pinho, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Sérgio de Castro Abreu, Rafael Carvalho de Fassio, Juliana Campolina Rebelo Horta e Mariana Rosado Pântano.

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) 3286-7016.

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

Rua da Mooca, 1.921 – Mooca

03103-902 – São Paulo – SP – Brasil

sac 0800 01234 01

www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 300 exemplares

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

Editorial	7
<i>Cursos e Eventos</i>	
Cursos do Centro de Estudos	9
Cursos e eventos em parceria com outras instituições	9
<i>Atualidades da Área Jurídica</i>	11
<i>Manifestação GPG - AEF</i>	17
ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. RE- ATIVACÃO DE OPERAÇÕES. Tentativas de liquidação voluntária e de alie- nação do capital social da Companhia infrutíferas. Proposta de reativação parcial das operações de seguros. Artigo 173, <i>caput</i> , da Constituição Fed- eral. Necessidade de justificação do relevante interesse coletivo. Observações complementares. Proposta de devolução do expediente à Companhia.	
<i>Parecer Referencial NDP nº 7/2018</i>	35
PARECER REFERENCIAL. Invalidação de atos administrativos de investi- dura (posse e nomeação) de servidores públicos. Orientação jurídica para processos que tratem de proposta de invalidação de atos administrativos de investidura (posse e nomeação) de servidores públicos, com idênticos pressupostos fáticos e jurídicos indicados neste parecer, na forma da Re- solução PGE nº 29/2015. Desnecessidade de oitiva prévia do Núcleo de Direito de Pessoal da Procuradoria Geral do Estado nos casos individuais em que a orientação jurídica já conste deste parecer, com a ressalva de que a Administração, em caso de dúvida, poderá submeter o caso concre- to à análise deste órgão consultivo. Caso concreto dos autos: Professor de Educação Básica II, disciplina de Educação Especial – Deficiência Inte- lectual. Diploma apresentado em desacordo com o disposto nas Instruções Especiais SE 02/2013, que regeram o Concurso Público. Comprovação de que a interessada tomou posse sem preencher os requisitos legais para o cargo. Viabilidade jurídica da invalidação do ato, nos termos dos itens 29 a 34 deste Parecer Referencial.	
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	63
SERVIDOR TRABALHISTA. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Reforma Traba- lhista. Gratificação de Função. Artigo 468, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho	

de 2017. Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho. A inovação legal não afeta incorporações ocorridas antes de sua entrada em vigor, em respeito ao direito adquirido, mantendo-se, no ponto, intocada a orientação firmada no Parecer PA nº 43/2013. As normas regulamentares que determinam incorporações integram o contrato laboral (critério da aderência plena) e não são afetadas pela Reforma Trabalhista. Parcialmente prejudicado o exame conclusivo da consulta formulada diante da ausência de elementos. Direito intertemporal e Reforma Trabalhista. Matéria controvertida e que merece o acompanhamento da evolução da jurisprudência para formulação de orientação geral à Administração Pública. Ementário da Consultoria Jurídica

<i>Ementário da Consultoria Jurídica</i>	79
<i>Principais Julgados</i>	
STF	83
STJ	99

CAROS COLEGAS,

Inicialmente anoto a experiência enriquecedora que foi participar das publicações realizadas por este Centro de Estudos que são sempre interessantes. Nesta edição destaco a manifestação da GPG-AEF nº 01/2017, em resposta a consulta da COSESP sobre a possibilidade de reativação parcial das operações de seguro, que primam pela qualidade e precisão. O Parecer Referencial nº 07/2018, que trata da invalidação dos atos de investidura (posse e nomeação) de servidor público, faz uma excelente análise técnica que muito auxiliará a administração.

Não posso deixar de mencionar, ainda, o Parecer PA nº 46/2018, que respondendo à consulta formulada pelo Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania enquanto responsável pelo expediente da Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente - FUNDAÇÃO CASA/SP, trata da aplicação do parágrafo 2º do artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

Como este número do Boletim do Centro de Estudos da PGE é o último em que estarei à frente do órgão, aproveito a oportunidade para falar um pouco do trabalho desenvolvido nestes 8 meses.

A ausência de quadros funcionais e o aumento excessivo de trabalho verificado em todas as áreas da Procuradoria Geral do Estado nos últimos anos têm dificultado uma maior participação dos Procuradores do Estado e dos servidores nas atividades do Centro de Estudos, o que configurou o primeiro desafio na chefia do órgão, diante da necessidade de selecionar temas que despertassem o interesse de todos, seja para aprofundar estudos na área jurídica, seja para facilitar as atividades desenvolvidas nas bancas.

Nessa linha, foram oferecidas palestras de temas atuais relacionados à advocacia pública (segurança jurídica, alterações da LINDB, mediação no poder público, entre outras), bem como três cursos de extensão (“Direito Ambiental e Aspectos da Regularização Fundiária”, “Contabilidade, Orçamento e Finanças Públicas” e “Consensualidade, Consequencialismo e Controle das decisões”), por meio dos quais buscou-se uma visão prática do direito, sem perder o indispensável embasamento teórico.

A criação do Núcleo de Pesquisas Empíricas para Racionalização das Estratégias de Litigância objetivou tornar a atuação da Procuradoria mais eficiente, por intermédio de base científica sólida. A reativação do Núcleo Permanente de Direitos

Humanos, criado em 2002 e com longo histórico dentro da Procuradoria Geral do Estado, se mostrou de extrema importância, notadamente diante da intrínseca relação entre advocacia pública e direitos humanos.

A reformulação do formato deste Boletim e do site da biblioteca, a mudança na forma de comunicação e divulgação, a atualização das Resoluções do Pró-livro e da Ajuda Financeira e a criação da videoteca e da plataforma de ensino a distância foram outras medidas adotadas para aprimorar o órgão, visando a um melhor aproveitamento pelos Procuradores e servidores dos serviços oferecidos.

O trabalho desenvolvido neste curto período de tempo só foi possível com a colaboração dos colegas que se dispuseram a me acompanhar nesta empreitada.

Agradeço à Marily Diniz do Amaral Chaves que à frente da Escola Superior da PGE coordenou os cursos de extensão, organizou todo o histórico da ESPGE e auxiliou na elaboração dos novos projetos de especialização que foram encaminhados ao Conselho Estadual de Educação, já divulgados no site da ESPGE. Não posso deixar de registrar que sem a excelente orientação jurídica vinda de seus pareceres não seria possível a realização de diversas atividades do Centro de Estudos.

Com a colaboração do colega Emanuel Fonseca Lima, responsável pelo aperfeiçoamento e ajuda financeira, foi possível atualizar as Resoluções do Pró-livro e Ajuda Financeira para cursos permitindo solicitações de reembolso on line, reformular o site da biblioteca e criar a videoteca e a plataforma de ensino a distância. Anoto, ainda, sua colaboração para os trabalhos desenvolvidos nos Núcleos de Pesquisa Empírica e de Direitos Humanos, que foram coordenados com maestria pelos colegas Fabricio Contato Lopes Resende, Danilo Gaiotto, Elaine Vieira da Motta e Margarete Gonçalves Pedroso.

A modernização na divulgação dos eventos, a reformulação do formato deste Boletim, a celeridade na organização das Revistas da PGE e demais publicações do órgão só foram viáveis pela imprescindível ajuda da colega Sueine Patricia Cunha de Souza.

Por fim, agradeço à equipe de funcionários do Centro de Estudos, o empenho e a dedicação, e ao Conselho Curador, aos docentes e monitores da ESPGE e à Comissão Editorial, o indispensável suporte jurídico das atividades do órgão.

A partir de fevereiro, a Chefia do Centro de Estudos caberá ao colega Bruno Maciel dos Santos, a quem desejo uma excelente gestão, tendo a certeza de que com sua qualificada equipe trará ainda mais atualizações e inovações necessárias ao órgão.

Abraços a todos.

ANNA CANDIDA ALVES PINTO SERRANO

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos/ESPGE

Cursos do Centro de Estudos

27.11.2018 – Seminário PPs – Análise Crítica e Propostas – ESPGE

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

05.12.2018 – XXVIII – Café com Mediação – Mediação & Advocacia Pública: Reflexões, Experiências e Desafios no Poder Público – Apoio Café com Mediação

10.12.2018 – 3º Seminário Sobre o Tratamento Diferenciado na Contratação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

1) SERVIDOR COM CARGO ACUMULÁVEL NÃO SE SUBMETE AO TETO REMUNERATÓRIO, DECIDE O TRF 4^o ¹

A 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou sentença de primeira instância que determinou à Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) que deixasse de abater o teto sobre o somatório dos valores pagos a um professor. Conforme decisão, o teto remuneratório previsto na Constituição Federal deve ser aplicado isoladamente sobre as parcelas recebidas pelo servidor quando se tratar de cargo acumulável. Com esse entendimento,

O autor da ação também é aposentado no cargo de analista em Ciência e Tecnologia do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, abastendo-se da soma das duas rendas o valor que extrapolava o teto.

Ao julgar o caso, o relator, desembargador Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, frisou que a jurisprudência é pacífica no sentido de que o teto remuneratório deve ser aplicado isoladamente sobre as parcelas recebidas pelo servidor quando se tratar de cargo acumulável. Ele foi seguido por unanimidade pelos demais membros da turma.

Com informações da Assessoria de Imprensa do TRF-4.

2) JUSTIÇA DO TRABALHO É COMPETENTE PARA DETERMINAR EXECUÇÃO DE CRÉDITOS DE SÓCIOS DE MASSA FALIDA²

A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho declarou a competência da Justiça do Trabalho para processar a execução das dívidas trabalhistas da MBN Produtos Químicos Ltda., empresa de Cachoeirinha (RS) em recuperação judicial. A decisão segue o entendimento do TST de que é possível o redirecionamento da execução ao patrimônio dos sócios ou dos integrantes do mesmo grupo econômico da empresa falida ou em recuperação judicial.

A dívida tem origem em reclamação trabalhista na qual a empresa foi condenada a pagar diversas parcelas pleiteadas por uma ex-empregada. A MBN alegou

¹ Revista **Consultor Jurídico**, 2 de novembro de 2018.

² http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/justica-do-trabalho-e-competente-para-determinar-execucao-de-creditos-de-socios-de-massa-falida?inheritRedirect=false

que a execução da sentença deveria ocorrer no juízo onde estava sendo processada a recuperação judicial.

Em seguida, tanto o juízo de primeiro grau quanto o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) rejeitaram o pedido de redirecionamento da execução para os sócios da empresa e mantiveram o entendimento de que a competência seria da Justiça comum.

Contudo, o relator do recurso de revista da empregada (RR-20767-27.2015.5.04.0251), ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, explicou que o TST já firmou o entendimento de que é possível o redirecionamento da execução ao patrimônio dos sócios ou integrantes do mesmo grupo econômico da empresa falida ou em recuperação judicial. “Nessa hipótese, subsistirá a competência da Justiça do Trabalho para processar os atos executórios, à medida que eventual constrição não recairá sobre bens da empresa, o que atrairia a competência do juízo universal”, assinalou.

Por unanimidade, a Turma deu provimento ao recurso para afastar a declaração de incompetência da Justiça do Trabalho e determinar o retorno dos autos à Vara de origem para prosseguimento do feito.

3) PETICIONAR NOS AUTOS NÃO IMPLICA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA SENTENÇA NEM DISPENSA INTIMAÇÃO FORMAL³

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a prática espontânea do ato de peticionar nos autos não implica ciência inequívoca da sentença nem dispensa a intimação formal.

Para o colegiado, a necessidade de ciência inequívoca da parte é princípio basilar do processo civil que não pode ser mitigado pelo processo eletrônico (Lei 11.419/06), ainda mais quando o sistema utilizado pelo tribunal apresentar caminhos distintos e independentes para o peticionamento e para o acesso aos autos, como acontece no Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM).

Com esse entendimento, a turma deu provimento ao recurso especial (Resp 1739201) interposto por Amazonas Distribuidora de Energia S.A. contra decisão do TJAM tomada no curso de execução de título extrajudicial no valor de cerca de R\$ 52 milhões.

O tribunal estadual considerou que, ao peticionar nos autos do processo eletrônico, a distribuidora de energia teria acessado o teor da sentença ainda não publicada oficialmente, ficando desde logo intimada da decisão.

3 Fonte: STJ - Superior Tribunal de Justiça

No recurso ao STJ, a empresa pleiteou a restituição do prazo para manifestar-se sobre a sentença, alegando não ter tido ciência de seu conteúdo. Solicitou ainda a adequação do entendimento do TJAM à diretriz jurisprudencial do STJ.

Para a relatora, ministra Isabel Gallotti, não prospera a alegação do tribunal local de que a recorrente teve acesso aos autos antes de peticionar e que, por isso, deveria incidir o artigo 9º da Lei 11.419/06.

O parágrafo 1º do artigo 9º da Lei do Processo Eletrônico considera como “vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais” as “citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente”, mas, segundo a ministra, isso não se aplica ao caso em julgamento, porque a apresentação de petição não é citação, intimação, notificação ou remessa.

No entender da relatora, o conteúdo da petição apresentada espontaneamente pelo recorrente no processo não tinha relação alguma com a sentença não publicada, mas já integrante dos autos na data do peticionamento.

“Com efeito, nada do texto da petição indicava conhecimento da sentença; ao contrário, seu conteúdo seria até mesmo incompatível com a existência de decisão de mérito desfavorável à requerente, como, aliás, anotado na decisão que, inicialmente, concedera efeito suspensivo ao agravo na origem”, observou.

Segundo Isabel Gallotti, a jurisprudência do STJ considera que a “ciência inequívoca” capaz de dispensar a publicação do ato processual exige um elevado grau de certeza quanto à possibilidade de a mensagem ter realmente chegado ao conhecimento do destinatário.

4) MULTA COMINATÓRIA NÃO INCIDE NA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, DIZ STJ⁴

A multa de 10% por inadimplemento no pagamento da sentença não integra a base de cálculo dos honorários advocatícios. Esse foi o entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao interpretar o artigo 523, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil no Resp 1757033.

A decisão foi tomada em um recurso especial de uma empresa de engenharia contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que estabeleceu que a multa deveria ser somada ao valor do débito na base de cálculo dos honorários em cumprimento da sentença, com base no novo CPC.

4 Revista **Consultor Jurídico**, 5 de novembro de 2018

A companhia recorrente alegou dissídio jurisprudencial, violação dos parágrafos 1º e 2º do artigo 523 do CPC. Sustentou que a multa pelo inadimplemento voluntário da quantia sentenciada não integra a base de cálculo dos honorários advocatícios, devendo incidir apenas sobre o valor do débito principal.

A tese foi acatada pelo STJ no julgamento com relatoria do ministro Villas Bôas Cueva, seguido por unanimidade por todos os membros da turma. Ele afirmou, citando precedentes da corte no mesmo sentido, que “a base de cálculo da multa e dos honorários advocatícios é a mesma, ou seja, ambos incidem sobre o débito”.

Isso porque, explicou, a “calcula-se a multa sobre o montante executado e, em seguida, procede-se da mesma forma com os honorários devidos ao advogado. Assim, por exemplo, em caso de execução da importância de R\$ 10 mil, será adicionado R\$ 1 mil a título de multa e R\$ 1 mil de honorários advocatícios”.

Ao dar provimento ao recurso e terminar a incidência dos honorários advocatícios apenas sobre o valor do débito principal fixado na sentença, o ministro destacou que “a multa estabelecida para o caso de inadimplemento voluntário da quantia fixada na sentença não tem natureza de verba sucumbencial”, uma vez que ela não representa despesas do litígio.

“O CPC/2015 compreende que ‘as despesas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha’”, concluiu. *Com informações da Assessoria de Imprensa do STJ.*

5) É PRECISO PARECER AFRODESCENDENTE PARA TER COTA EM CONCURSO, DECIDE TRF-4⁵

Para obter o benefício legal de concorrer em processos seletivos públicos por cotas raciais não basta ser afrodescendente, tem que parecer afrodescendente aos olhos do homem médio. Com esse entendimento, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou legal a exclusão de um candidato do concurso para técnico em mecânica da Itaipu Binacional. **(Apelação 5005318-74.2017.4.04.7002)**

O candidato, de 26 anos, autodeclarou-se afrodescendente, entretanto, foi excluído do certame pela comissão avaliadora por não apresentar o fenótipo (aparência) de afrodescendente. Ele ajuizou mandado de segurança na Justiça Federal de Foz do Iguaçu (PR) contra o diretor da Itaipu.

5 https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=14043

Como prova de sua condição, o autor apresentou certidão de nascimento do pai, o certificado de reservista do irmão e seu cadastro no Sistema Único de Saúde (SUS), no qual se autodeclara pardo.

A sentença foi procedente e a Itaipu Binacional recorreu ao tribunal. Segundo as informações nos autos, a comissão, formada por seis avaliadores, observou, além da cor de pele, as demais características faciais, como o formato do rosto, olhos, nariz e boca, concluindo, por unanimidade, que o candidato não se enquadrava na condição de pessoa preta ou parda.

Segundo o relator do caso, desembargador federal Luiz Alberto d’Azevedo Aurvalle, o critério legal em que se baseou o Estatuto da Igualdade Racial é o da fenotipia (aparência), e não o da ancestralidade. “A lei é clara ao afirmar que a população negra é formada pelo conjunto de pessoas que se declaram pretas ou pardas. O que valida o uso do privilégio legal é a aparência afrodescendente e não uma alegada ascendência afrodescendente”, discorreu em seu voto o desembargador.

“A autodeclaração não é critério absoluto da condição de ser negro ou pardo. A finalidade do sistema de cotas raciais vem a ser a de compensar candidatos passíveis de discriminação racial, sob a forma odiosa de preconceito racial. Porém, para se valer do benefício legal, não basta ser afrodescendente: tem que parecer ser afrodescendente, aos olhos do homem médio. A autodeclaração, por si só, representa porta aberta à fraude, em prejuízo daqueles a quem a lei visa a beneficiar”, afirmou Aurvalle.

O magistrado ponderou ainda que a maneira científica de sindicatizar a ancestralidade africana seria o estudo completo do genoma de cada candidato, o que seria inviável. “Considerando que as cotas raciais visam a reparar e a compensar a discriminação social eventualmente sofrida por afrodescendente, para que dela se valha o candidato, faz-se imprescindível que possua fenótipo pardo ou negro. Se não o possui, não é discriminado e, conseqüentemente, não faz jus ao privilégio para ingresso na carreira”, concluiu o desembargador.

PROCESSO Nº 18487-567665/2016

MANIFESTAÇÃO GPG-AEF Nº 01/2017

**INTERESSADO: COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO
– COSESP**

ASSUNTO: ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. REATIVAÇÃO DE OPERAÇÕES. Tentativas de liquidação voluntária e de alienação do capital social da Companhia infrutíferas. Proposta de reativação parcial das operações de seguros. Artigo 173, *caput*, da Constituição Federal. Necessidade de justificação do relevante interesse coletivo. Observações complementares. Proposta de devolução do expediente à Companhia.

Senhor Procurador do Estado Assistente,

1. Trata-se de expediente enviado pela COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO – COSESP, solicitando a manifestação desta Assessoria acerca da possibilidade de retomada das operações de seguros da Companhia ¹.
2. O artigo 9º da Lei estadual nº 13.286/2008, com a redação dada pela Lei estadual nº 13.917/2009, autorizou o Estado a alienar as ações de sua propriedade, representativas do capital social da COSESP, mediante avaliação prévia e observadas as disposições aplicáveis da Lei federal nº 8.666/1993, ou a deliberar a sua liquidação e subsequente extinção, nos termos da Lei federal nº 6.404/1976.
3. Relata a consulente que, com relação à alternativa de liquidação e extinção da Companhia, a COSESP solicitou autorização prévia da SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP, nos termos do disposto

¹ Conforme artigo 2º de seu Estatuto Social, “**ARTIGO 2º** - Constitui objeto da Companhia a exploração das operações de seguros de danos e de pessoas, conforme definidos na legislação em vigor.”

no artigo 16 do anexo à Resolução CNSP nº 166/2007², para a realização de Assembleia Geral Extraordinária com o objetivo de deliberar sobre a sua liquidação voluntária.

4. No entanto, em 19/05/2009, o pedido foi indeferido, em vista dos riscos vigentes representados por reativações de apólices de seguros determinadas judicialmente. O pedido de reconsideração da COSESP também foi indeferido pela SUSEP em 08/01/2015 (fls. 04/05).
5. Por sua vez, quanto à alternativa de alienação das ações da COSESP de propriedade do Estado, após a avaliação preliminar realizada pelo Banco Fator S.A. e pelo Citigroup S.A., foi frustrado o leilão em razão da ausência de propostas de potenciais adquirentes (fl. 06).
6. Diante desse quadro, o Diretor Presidente da COSESP informa que encontra-se em fase de avaliação a possibilidade de reativação parcial das atividades da Companhia, com o objetivo de agregar valor à atividade empresarial e viabilizar a alienação das ações de propriedade do Estado (fl. 02). Solicitou, então, a manifestação desta assessoria a respeito da medida cogitada.
7. A consulta veio acompanhada do PARECER DEJUR 47/2016, da área jurídica da COSESP, opinando pela juridicidade da proposta de “reativação das operações de seguro pela COSESP em determinados ramos e com estrutura operacional mínima”, com o objetivo de agregar valor à Companhia e viabilizar sua transferência ao setor privado, conforme preconizado pela Lei estadual nº 13.286/08, na atual redação (fls. 03/07).
8. O Parecer DEJUR fundou-se no fato de que as condições atuais da Companhia (elevada quantidade de ações judiciais atinentes a indenizações securitárias e a ausência de operações comerciais desde 2007) afastam potenciais adquirentes do capital societário, bem como tornam imprevisível a conclusão da liquidação ordinária da Companhia, que demandaria a extinção dos riscos apontados pela SUSEP (fl. 06).
9. Ademais, o Parecer DEJUR propôs uma minuta de Decreto estadual, visando a otimizar a reativação das operações da Companhia, com o seguinte teor:

2 “Art. 16. A prática de atos que acarretem a extinção das sociedades ou entidades mencionadas no art. 1º deste Regulamento ou a mudança de objeto que resulte na sua descaracterização como integrante do Sistema Nacional de Seguros Privados implica o cancelamento da respectiva autorização para funcionamento e depende de prévia e expressa autorização da Superintendência de Seguros Privados.”

“Estabelece a obrigatoriedade da contratação de seguros com a Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – COESP.

Artigo 1º - Os seguros realizados pela Administração Centralizada e Descentralizada do Estado, inclusive as fundações instituídas ou mantidas pelo Estado, serão, preferencialmente, contratados com a Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – COESP, desde que estejam inseridos nos ramos operados por essa seguradora na época da contratação e que os prêmios cobrados sejam compatíveis com os do mercado segurador.

Artigo 2º - Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.” (fl. 08)

10. Por meio eletrônico, foram solicitados documentos adicionais, recebidos na forma do caderno anexo, que passou a integrar o expediente (caderno com numeração própria de fls.):

(i) pedido de autorização prévia formulado pela COESP à SUSEP, tendo por objeto a liquidação e extinção da Companhia (instruído com cópias da Lei estadual nº 13.286/2008; da Análise Econômica e Financeira que embasa o plano de liquidação da COESP; e das demonstrações financeiras da Companhia do exercício de 2008) (fls. 1/13);

(ii) Parecer SUSEP nº 6699/09, que não acolheu o pedido da COESP (fls. 18/19);

(iii) Cópias de decisões judiciais que determinaram a reativação e manutenção de apólices de seguros pela Companhia (fls. 21/39);

(iv) Parecer da Procuradoria Federal da SUSEP nº 30946/09, que opinou pela impossibilidade da liquidação da COESP (fls. 41/43);

(v) Decisão da SUSEP que indeferiu a autorização para liquidação da Companhia (fl. 51);

(vi) Pedido de reconsideração formulado pela COESP à SUSEP (fls. 53/85); e

(vii) Parecer da Procuradoria Federal da SUSEP nº 31329/09, que manteve o entendimento pela impossibilidade da liquidação da COESP (fls. 86/94).

11. Demais do mencionado caderno de documentos, foi recebido por meio eletrônico o Relatório de Apólices reativadas judicialmente, vigentes para julho de 2016 (fls. 10/11).

É o relatório. Passo a opinar.

12. Inicialmente, considero necessário traçar breve histórico a respeito da atuação do Estado de São Paulo no mercado de seguros.

1. BREVE HISTÓRICO DA COESP

13. Nos termos do artigo 93 da Constituição Estadual de 1935, foi autorizada a organização do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP. E por meio do artigo 3º do Decreto estadual nº 10.291/39 ficou o IPESP autorizado a realizar determinadas operações de seguros.
14. Em observância ao disposto no artigo 143 do Decreto-Lei federal nº 73/1966³, o Decreto estadual nº 48.012-A/1967 autorizou o IPESP a constituir em sociedade anônima o seu Serviço Autônomo de Seguros – SAS.
15. Assim, foi criada a IPESP – Seguros Gerais S/A, que absorveu os seguros até então assumidos pelo SAS.
16. Visando a disciplinar a contratação de seguros pelo poder público estadual, o artigo 1º do Decreto estadual nº 50.890/68 estabeleceu o seguinte:

“Artigo 1º - Quaisquer seguros realizados por órgãos do poder público estadual, autarquias, entidades paraestatais, autonomias administrativas (Lei nº 10.152, de 19 de junho de 1968), sociedades de economia mista e sociedades anônimas em que, direta ou indiretamente, o governo do Estado seja acionista majoritário serão obrigatoriamente contratados com a IPESP - Seguros Gerais S/A., criada por força do Decreto nº 48.012-A, de 18 de maio de 1967, desde que se trate de seguros dos ramos em que aquela seguradora esteja operando ou venha a operar.

§ 1º - Ficam sujeitos a igual regimen os seguros realizados para garantia de operações de terceiros com as entidades referidas neste artigo, nos quais as mesmas figurem como estipulantes ou beneficiárias, bem assim aqueles para cuja efetivação se torne necessária, por qualquer forma, a cooperação das mesmas entidades, especialmente por meio de descontos em folha para pagamento de prêmios.

§ 2º - Os municípios do Estado de São Paulo e as entidades sob o seu contrôlo, direto ou indireto, poderão contratar os seus seguros diretamente com a IPESP - Seguros Gerais S/A., ficando-lhes, neste caso, assegurados os benefícios previstos no parágrafo único do Artigo 5º dêste decreto.” (g.n.)

17. A IPESP - Seguros Gerais S/A teve a sua denominação alterada para Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – COESP, por meio da Assembleia Geral Extraordinária de 25/06/1969.

3 “Art 143. Os órgãos do Poder Público que operam em seguros privados enquadrarão suas atividades ao regime dêste Decreto-Lei no prazo de cento e oitenta dias, ficando autorizados a constituir a necessária Sociedade Anônima ou Cooperativa. [...]”

18. Em sequência, o artigo 10 da Lei estadual nº 10.853/2001 autorizou o IPESP a alienar onerosamente à Fazenda do Estado, ou a entidade da administração indireta estadual, no todo ou em parte, as ações do capital social da Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – COSESP.
19. Na mesma linha já perfilhada anteriormente, os Decretos estaduais nº 44.187/1999 e 50.956/2006 mantiveram a obrigatoriedade de contratação de seguros por parte de órgãos da administração direta e autárquica do Estado perante a COSESP.
20. No entanto, o artigo 3º da Lei estadual nº 10.853/2001 veio evidenciar a opção administrativa de conferir a exploração do mercado de seguros pelo Estado de São Paulo, antes restrita à COSESP, a uma subsidiária do Banco Nossa Caixa S/A (depois alienada a sociedade privada). Veja-se:

“**Artigo 3º** - Fica autorizada a reorganização societária do Banco Nossa Caixa S.A., que poderá ser implementada mediante:

I - obtenção de registro de companhia aberta para negociação de ações em bolsa ou mercado de balcão;

II - criação ou participação em até 7 (sete) sociedades subsidiárias integrais ou sociedades já constituídas, conforme abaixo especificado, cujo objeto seja a exploração de atividades e serviços correlatos ao objeto social do Banco Nossa Caixa S.A.:

a) sociedade emissora e administradora de cartão de crédito e de meios eletrônicos de pagamento;

b) sociedade administradora de recursos de terceiros;

c) sociedade de arrendamento mercantil;

d) sociedade de crédito, financiamento e investimento;

e) sociedade seguradora;

f) sociedade de previdência privada; e

g) sociedade de capitalização;” (g.n.)

21. Assim, o Ofício SEFAZ/GS nº 620/2008 (**doc. 1**), que acompanhou o Projeto de Lei estadual nº 750/2008 (convertido na Lei estadual nº 13.286/2008), esclareceu a necessidade de liquidação e extinção da COSESP, nos seguintes termos:

“Importante esclarecer que a **COSESP vem passando por um processo gradual de redução de suas atividades**, tendo reduzido seu quadro de empregados de 400 (quatrocentos) para pouco mais de 60 (sessenta) po-

siões ocupadas. Essa redução deveu-se, principalmente, ao **término da obrigatoriedade do Banco Santander Banespa de comercializar os seguros de vida da companhia, ocorrida a partir de 2007**, conforme condição contratada quando da privatização do Banespa. Além disso, também decorreu da **decisão governamental**, baseada na autorização contida na Lei estadual no 10.853/2001, **de instituir subsidiária do Banco Nossa Caixa S/A para operar o ramo de seguros e alienar o controle acionário da mesma**, em leilão público ocorrido em 25 de maio de 2005, do qual **sagrou-se vencedora a seguradora Mapfre**. A parceria daí resultante acabou por **retirar da COESP também o balcão do Banco Nossa Caixa S/A para comercialização de seus produtos**.

Diante desse cenário, que **evidencia a opção do Governo, adrede tomada, de não continuar explorando diretamente a atividade de seguros, aliada a outros percalços sofridos pela COESP** (como o encerramento do convênio que lhe permitia operar o DPVAT e a não renovação de apólices junto a órgãos e entidades da administração estadual, em face da acirrada competição no mercado), a companhia já não consegue auferir receita suficiente para suportar seu custeio e não tem condições de continuar operando regularmente seus negócios, cabendo-lhe tão somente gerenciar seus ativos e passivos, de acordo com a rígida regulamentação do setor, mantendo tão somente a estrutura mínima para as atividades operacionais e administrativas correspondentes, sendo oportuno, portanto, autorizá-la, o quanto antes, a adotar os procedimentos societários para liquidação e subsequente extinção.” (g.n.)

22. O Ofício SEFAZ/GS nº 620/2008, assim, já indicava que a atividade empresarial da COESP já não se mostrava competitiva ou lucrativa. Daí a redação original do artigo 9º, *caput*, da Lei 13.286/2008, que determina o que segue:

“**Artigo 9º** - Fica o Poder Executivo autorizado a deliberar a liquidação e extinção da Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – COESP, nos termos da Lei federal no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.”

23. O próprio Relatório da Administração da Companhia relativo ao exercício de 2007⁴ registra que “em 2007 a COESP deu sequência às medidas de adequação, com base no processo de liquidação de seus negócios empresariais, tendo sido encerrados, no ano findo, os contratos de seguros remanescentes com os órgãos do Governo do Estado de São Paulo. Dessa forma, as atividades operacionais da Companhia se reduziram sobremaneira [...]” (**doc. 2**).

4 Publicado na edição de 1º de fevereiro de 2008 do Diário Oficial do Estado (Empresarial – p. 21).

24. Dessa forma, em razão do disposto no artigo 16 do anexo à Resolução CNSP nº 166/2007⁵, a Companhia solicitou autorização prévia da SUSEP para realização de Assembleia Geral Extraordinária com o objetivo de deliberar sobre a sua liquidação voluntária.
25. A SUSEP não acolheu o pedido, ao argumento de que “*o cancelamento da autorização para operar está condicionado impreterivelmente a que a Requerente tenha liquidado suas operações passivas privativas, mais precisamente, que não tenha riscos de seguros em curso*”, invocando, nesse sentido, o disposto no parágrafo 1º do artigo 17 do anexo à Resolução CNSP nº 166/2007⁶ (Parecer nº 6699/09, fl. 19).
26. Em sentido semelhante, consignou a Procuradoria Federal da SUSEP: “*Ademais, o ato autônomo de dissolução tem como efeito a cessação da atividade social. Os negócios preexistentes não ficam resolvidos, mas a liquidação visa a concluí-los. O termo final indeterminado das apólices em alusão impossibilita um plano para conclusão do objeto liquidatório e pereniza a personalidade jurídica de uma sociedade sem atuação ativa. Essa situação se opõe aos fins institucionais da empresa.*” (Parecer nº 30946/2009, fl. 43).
27. A COSESP apresentou pedido de reconsideração, o qual foi rejeitado, mantidas as razões supra. Nesse sentido, reafirmou-se a tese de que os riscos securitários com vigência indeterminada impossibilitam o planejamento para conclusão dos negócios e liquidação do passivo, obstando o encerramento da Companhia (Parecer nº 31329/2009, fls. 86/94).
28. Considerando a impossibilidade de liquidação e extinção da Companhia, o próprio órgão regulador aventou a solução alternativa de alienação do controle acionário da COSESP.
29. Isso porque, a alienação do controle, além de preservar a continuidade das relações existentes entre a COSESP e seus segurados, decorrentes de contratos vigentes, demandaria menor tempo do que um processo de

5 “Art. 16. A prática de atos que acarretem a extinção das sociedades ou entidades mencionadas no art. 1º deste Regulamento ou a mudança de objeto que resulte na sua descaracterização como integrante do Sistema Nacional de Seguros Privados implica o cancelamento da respectiva autorização para funcionamento e depende de prévia e expressa autorização da Superintendência de Seguros Privados.”

6 “Art. 17. São requisitos indispensáveis para o cancelamento da autorização para funcionamento das sociedades e entidades referidas no artigo 1º deste Regulamento:

[...]

§ 1º Adicionalmente aos requisitos estabelecidos neste artigo, a Superintendência de Seguros Privados condicionará o cancelamento à liquidação de operações passivas privativas das sociedades e entidades referidas no artigo 1º deste Regulamento.”

liquidação, que deverá observar o prazo decadencial para reclamação de eventuais sinistros decorrentes de contratos vigentes (vide Projeto de Lei estadual nº 960/2009 e Ofício SEFAZ/GS nº 529/09 – **doc. 3**).

30. Assim, a Lei estadual nº 13.917/2009 alterou o artigo 9º da Lei estadual nº 13.286/2008, cujo *caput* passou a ter a seguinte redação:

“**Artigo 9º** - Fica o Poder Executivo autorizado a alienar as ações de propriedade do Estado, representativas do capital social da Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – COSESP, mediante avaliação prévia e observadas as disposições aplicáveis da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou deliberar a sua liquidação e subsequente extinção, nos termos da Lei federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.”

31. No entanto, a tentativa de alienação do controle da Companhia também resultou infrutífera, vez que foi frustrado o leilão em razão da ausência de propostas de potenciais adquirentes (fl. 06).

2. ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE REATIVAÇÃO DAS OPERAÇÕES DA COSESP

32. O artigo 2º do Estatuto Social da COSESP estabelece que “constitui objeto da Companhia a exploração das operações de seguros de danos e de pessoas, conforme definidos na legislação em vigor”.

33. À luz da categorização constitucional usualmente adotada no que tange às empresas estatais, tal atividade constitui exploração de atividade econômica em sentido estrito, estando sujeita, portanto, à disciplina do artigo 173, *caput*, da Constituição da República. Eis, a propósito, o teor de tal regra:

“**Art. 173.** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a **exploração direta de atividade econômica pelo Estado** só será permitida quando necessária aos **imperativos da segurança nacional** ou a **relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei.” (g.n.)

34. De acordo com informação obtida por esta Assessoria, “desde o exercício de 2007, a Companhia não comercializa novos seguros de pessoas e de bens, em virtude do processo de encerramento de seus negócios, mantendo apenas a emissão provisória de apólices do ramo vida em grupo por ordens judiciais em decisões de tutela antecipada, medida cautelar ou medida liminar, obrigando a Companhia a manter a cobertura securitária” (doc. 4)⁷.

7 Informação presente nas Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras dos Exercícios Findos em 31 de

35. Em outras palavras, há aproximadamente uma década, a estatal consulente deixou de exercer a atividade econômica de exploração de operações de seguros, eis que, desde então, não mais ofereceu tal modalidade de serviço, limitando-se a manter as apólices acobertadas por decisões judiciais.
36. Nesse contexto, a cogitada reativação da COESP representaria verdadeiro reingresso do Estado de São Paulo – por meio de uma sociedade de economia mista – no mercado securitário.
37. Assim, parece necessário analisar a medida suscitada na consulta da Companhia à luz da disciplina constitucional da exploração, pelo poder público, de atividade econômica em sentido estrito.
38. Conforme apontado no dispositivo constitucional transcrito acima, somente se admite semelhante exploração em razão de **imperativos da segurança nacional** ou de **relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei.
39. Em primeiro lugar, peço licença para registrar que a atuação no ramo securitário não se relaciona com **imperativos da segurança nacional**, eis que esta tem em vista a defesa nacional (que, nos termos do artigo 22, inciso XXVIII, da CF/88, abrange a defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional)⁸.
40. Necessário analisar, então, se existiria **relevante interesse** coletivo a justificar a retomada da atuação estatal estadual, neste momento, no mercado de seguros.
41. Segundo o *caput* do artigo 173, o relevante interesse coletivo será definido em lei.
42. De modo genérico, parece possível afirmar que o relevante interesse coletivo “consiste na existência de uma necessidade transindividual, comum a número significativo de pessoas, cuja satisfação não possa ser proporcionada de forma adequada senão pela atuação direta do Estado-empresário”⁹.

dezembro de 2015 e de 2014, presentes em <http://empresaspublicas.imprensaoficial.com.br/balancos/cosesp/cosesp2016.pdf>, acesso em 09/01/2017.

- 8 GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 173, In CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1830.
- 9 CYRINO, André Rodrigues. “Até onde vai o empreendedorismo estatal? Uma análise econômica do art. 173 da Constituição”. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *Empresas públicas e sociedades de economia mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.58.

43. Tal ensinamento indica que a doutrina reconhece o *relevante interesse coletivo* como um conceito jurídico indeterminado, que deve ser delimitado em cada caso concreto pelo legislador ordinário, com base na conveniência e oportunidade da atividade econômica pública¹⁰ em cada momento.
44. Ou seja, o *relevante interesse coletivo* que justifica a exploração de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado deve ser demonstrado nos diplomas legais autorizativos da instituição de cada companhia¹¹.
45. Outro aspecto fundamental a respeito desse requisito constitucional é que o juízo de conveniência quanto a permanecer o Estado ou não na exploração de determinada atividade econômica deve ser concretizado em cada época e conjuntura, pois que o relevante interesse coletivo varia no tempo. O Supremo Tribunal Federal já esposou esse entendimento, conforme se extrai do precedente abaixo:

“O juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e à vista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional. Não será destarte, admissível, no sistema da Constituição Federal que norma de Constituição estadual proíba, no Estado-membro, possa este reordenar, no âmbito da própria competência, sua posição na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidas ou, desnecessariamente exploradas pelo setor público.” (STF, ADI 234, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, j. 22/06/1995, DJ 15/09/1995) (g.n.)

46. No caso concreto, o Decreto-Lei federal nº 73/1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros, estabelece em seus artigos 5º e 143:

10 BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 408-409.

11 É o que se extrai, aliás, dos artigos 2º, §1º, e 27 da Lei federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016: “Art. 2º. [...]”

§1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do *caput* do art. 173 da Constituição Federal”

“Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.”

“Art 5º **A política de seguros privados objetivará:**

I - Promover a **expansão do mercado de seguros** e propiciar condições operacionais necessárias para sua **integração no processo econômico e social do País;**

II - Evitar evasão de divisas, pelo equilíbrio do balanço dos resultados do intercâmbio, de negócios com o exterior;

III - Firmar o princípio da reciprocidade em operações de seguro, condicionando a autorização para o funcionamento de empresas e firmas estrangeiras a igualdade de condições no país de origem;

IV - Promover o **aperfeiçoamento das Sociedades Seguradoras;**

V - Preservar a liquidez e a solvência das Sociedades Seguradoras;

VI - **Coordenar a política de seguros com a política de investimentos do Governo Federal, observados os critérios estabelecidos para as políticas monetária, creditícia e fiscal.”** (g.n.)

“Art 143. Os órgãos do poder público que operam em seguros privados enquadrarão suas atividades ao regime dêste Decreto-Lei no prazo de cento e oitenta dias, ficando autorizados a constituir a necessária Sociedade Anônima ou Cooperativa.”

47. Conforme já destacado, em atenção ao artigo 143 acima, o Decreto estadual nº 48.012-A/67 autorizou o IPESP a constituir sociedade anônima para a atuação no ramo, o que levou à criação da IPESP - Seguros Gerais S/A, atual COSESP.
48. E o Decreto estadual nº 50.890/1968, que dispõe sobre seguros do poder público, fez constar de seus considerandos a necessidade da implantação do seguro rural, por seu alto significado social e econômico, constituindo condição fundamental para o desenvolvimento das atividades agropecuárias no Estado de São Paulo.
49. Ante as prescrições legais supra, à época era possível justificar a exploração do ramo de seguros pelo Estado como de relevante interesse coletivo, na medida em que almejava a expansão do mercado de seguros, bem como sua integração no processo econômico e social do País. E no Estado de São Paulo, o seguro rural gozava de especial importância.
50. Ocorre que, segundo relatado no Ofício SEFAZ/GS nº 620/2008, com o passar dos anos, a atuação da COSESP passou a sofrer com a “acirrada competição no mercado”, o que constituiu um dos fatores para que a estatal não conseguisse mais obter “receita suficiente para suportar seu

custeio” e, com isso, apresentar “condições de continuar operando regularmente seus negócios”.

51. Tal arrazoado sugere que, possivelmente, as finalidades da atuação estatal no ramo de seguros, acima mencionadas, tenham sido atingidas, eis que o estado-empresário se viu até mesmo marginalizado no mercado, diante da concorrência com agentes privados. Ademais, não se tem notícia acerca da subsistência do relevante interesse coletivo que outrora era preciso suprir na área.
52. Nesse contexto, considerando a disciplina constitucional da exploração de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado, cabia à empresa estatal consulente demonstrar, neste momento, a existência de relevante interesse coletivo que justificasse a necessidade de seu reingresso no mercado de seguros.
53. À míngua, todavia, de tal demonstração, considero que o quanto consta nos autos não permite afirmar a constitucionalidade da retomada das atividades comerciais da COSESP neste momento.
54. Ressalto que a mencionada intenção de agregar valor à Companhia como maneira de torná-la mais atrativa para o mercado, visando a uma futura alienação do controle acionário, não parece se enquadrar no conceito constitucional de relevante interesse coletivo. Isso porque tal desiderato, na verdade, aparenta estar mais próximo da concretização do interesse público secundário, não parecendo preencher os requisitos estabelecidos no *caput* do artigo 173 da Constituição da República.

3. OBSERVAÇÕES COMPLEMENTARES

55. Com base nas considerações apresentadas no capítulo precedente, recomendo a restituição dos autos à origem para conhecimento das conclusões aqui alcançadas e eventual manifestação a respeito do preenchimento dos requisitos constitucionais para a retomada da exploração da atividade econômica securitária pelo Estado de São Paulo.
56. Independentemente de tais providências, todavia, parece necessário registrar três pontos que poderão ser úteis à ulterior análise do tema.
57. De início, tendo em vista o teor do **Parecer GPG-AEF nº 07/2016 (doc. 5)**, caso o Poder Executivo opte por conferir preferência à COSESP no fornecimento de seguros à administração pública estadual, tal prerrogativa não poderá ser oposta contra as demais empresas estatais e, tampouco, contra

as fundações governamentais de direito privado. A propósito, reporto-me integralmente às considerações do citado Parecer, que restou aprovado pelo Senhor Procurador Geral do Estado.

58. Outro aspecto que, a meu ver, merece atenção, diz respeito à necessidade de elaboração de estudos econômicos aptos a demonstrar a viabilidade negocial da COESP atualmente.
59. Isso porque, desde 1968, a COESP (ou sua antecessora, a IPESP Seguros Gerais S/A) possui alguma espécie de preferência ou prerrogativa para a venda de seguros à administração pública estadual, o que, todavia, não aparenta ter impedido que a Companhia precisasse progressivamente reduzir suas atividades, em vista das condições descritas pelo Ofício SEFAZ/GS nº 620/2008. Destaco, nesse sentido, o artigo 1º, *caput*, do Decreto estadual nº 50.890, de 19 de novembro de 1968, em sua redação original¹², na redação dada pelo Decreto nº 44.187, de 16 de agosto de 1999¹³, e no texto que está em vigor desde a edição do Decreto nº 50.956, de 13 de julho de 2006¹⁴.
60. Finalmente, vale ressaltar que a retomada das atividades comerciais pela COESP, caso seja realizada, demandará aprovação prévia não apenas pelos órgãos estatutários competentes (Diretoria e Conselho de Administração), mas, também, pelo Conselho de Defesa dos Capitais do Estado – CODEC (artigo 5º, inciso I, do Decreto estadual nº 55.870/2010¹⁵)¹⁶.

12 “Artigo 1º - Quaisquer seguros realizados por Órgãos do Poder Público Estadual, autarquias, entidades paraestatais, autonomias administrativas (Lei nº 10.152, de 19 de junho de 1968), sociedades de economia mista e sociedades anônimas em que, direta ou indiretamente, o governo do Estado seja acionista majoritário serão obrigatoriamente contratados com a IPESP - Seguros Gerais S/A., criada por força do Decreto nº 48.012-A, de 18 de maio de 1967, desde que se trate de seguros dos ramos em que aquela seguradora esteja operando ou venha a operar”. (sic)

13 “Artigo 1º - Os seguros realizados por órgãos da administração direta e por autarquias do Estado serão, obrigatoriamente, contratados com a Companhia de Seguros do Estado de São Paulo COESP, criada pelo Decreto nº 48.012, de 18 de maio de 1967, desde que estejam inseridos nos ramos operados por essa seguradora na época da contratação e que os preços praticados sejam compatíveis com os do mercado segurador”.

14 “Artigo 1º - Os seguros realizados por órgãos da administração direta e por autarquias do Estado serão, obrigatoriamente, contratados com a Companhia de Seguros do Estado de São Paulo - COESP, exceto o de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre - DPVAT, desde que estejam inseridos na política de subscrição dessa seguradora e que os preços praticados sejam compatíveis com os do mercado segurador”.

15 “Artigo 5º - O Conselho de Defesa dos Capitais do Estado - CODEC tem as seguintes atribuições:
I - assessorar o Estado na criação, alienação, fusão, cisão, liquidação e extinção de empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado; [...]”

16 Que poderá, por sua vez, se considerar necessário, submeter o tema ao Senhor Governador do Estado. Tal elevação do tema ao Chefe do Poder Executivo estadual – a quem compete, com auxílio dos Secretários de

4. CONCLUSÃO

61. Em resumo, concluo que:

- (i) Os autos não demonstram a presença do relevante interesse coletivo (artigo 173, *caput*, da Constituição da República) que permitiria a retomada das atividades comerciais da COESP, aproximadamente uma década após o encerramento destas;
- (ii) Mesmo que se considere demonstrada a presença do requisito constitucional em questão, eventual prerrogativa da COESP para fornecer seguros aos entes da administração pública estaria limitada aos termos do Parecer GPG-AEF nº 07/2016;
- (iii) É recomendável que a eventual retomada das atividades comerciais da COESP seja precedida por estudo de viabilidade econômica, eis que a Companhia sempre contou com alguma espécie de preferência ou prerrogativa para a venda de seguros à administração pública estadual, o que, todavia, não aparenta ter impedido a progressiva e necessária redução das atividades da Companhia, em vista da situação descrita pelo Ofício SEFAZ/GS nº 620/2008; e
- (iv) Caso se pretenda levar adiante a reativação da estatal consulente, tal medida deverá ser precedida por aprovação dos órgãos estatutários (Diretoria e Conselho de Administração) e, também, do CODEC.

É a manifestação, que submeto à consideração superior.

GPG, 11 de janeiro de 2017.

LAURA BARACAT BEDICKS

Procuradora do Estado

Estado, exercer a “direção superior da administração estadual” (Artigo 47, inciso II, da Constituição Estadual.) – poderia ter por fundamento o já manifestado propósito de liquidar a COESP ou de alienar o seu controle acionário. Quanto ao ponto, vale recordar o envio dos Projetos de Lei nº 750/2008 e nº 960/2009, a sanção das Leis estaduais nº 13.286/2008 e nº 13.917/2009 (que decorrem, respectivamente, da aprovação das mencionadas proposições legislativas) e a aprovação da ata da reunião ordinária do CODEC realizada em 02 de junho de 2010, em que, após ter sido afirmada a impossibilidade momentânea de liquidar a COESP, concluiu-se pelo início das medidas voltadas à alienação de seu controle acionário [publicada na edição de 09 de julho de 2010 do Diário Oficial do Estado (Executivo – Seção I, p.3)].

À vista disso, considerando que a cogitada retomada das atividades comerciais da estatal consulente possivelmente repercutiria sobre o direcionamento que o acionista controlador tentou conferir à Companhia, poderá ser recomendável que semelhante reativação seja previamente submetida à deliberação do Senhor Governador do Estado.

PROCESSO Nº 18487-567665/2016

INTERESSADO: COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO
- COESP

ASSUNTO: REATIVAÇÃO PARCIAL DE ATIVIDADES DA COESP –
ACOMPANHA PARECER DEJUR 47/2016

Senhor Procurador Geral do Estado,

1. O presente expediente foi autuado em razão do recebimento, no Gabinete do Procurador Geral do Estado, de consulta formulada pela Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – COESP.
2. De acordo com o ofício inaugural, “encontra-se em fase de avaliação proposta de reativação parcial das atividades desta Companhia com a finalidade de agregar valor e viabilizar sua transferência, mediante a alienação das ações do Estado representativas do capital social” (fl. 02)¹⁷.
3. Tal proposta de retomada parcial das atividades comerciais da COESP contou com a análise prévia pelo órgão jurídico da estatal (fls. 03/07)¹⁸.
4. O parecer jurídico respectivo veio acompanhado de minuta de decreto que concederia preferência à Companhia na comercialização de seguros à “Administração Centralizada e Descentralizada do Estado, inclusive as fundações instituídas ou mantidas pelo Estado”, desde que tais seguros estejam inseridos nos ramos operados pela COESP e que os prêmios cobrados sejam compatíveis com aqueles praticados pelo mercado segurador (fl. 08).
5. Nesta Assessoria de Empresas e Fundações, a Procuradora do Estado preopinante, após traçar o histórico da atuação do Estado de São Paulo no mercado securitário, propôs por meio da **Manifestação GPG-AEF nº 01/2017** a adoção das seguintes conclusões:

“61. Em resumo, concluo que:

- (i) Os autos não demonstram a presença do relevante interesse coletivo (artigo 173, *caput*, da Constituição da República) que permitiria a retomada das atividades comerciais da COESP, aproximadamente uma década após o encerramento destas;

17 Ofício PRESI nº 023/2016.

18 Parecer DEJUR – 47/2016.

- (ii) Mesmo que se considere demonstrada a presença do requisito constitucional em questão, eventual prerrogativa da COSESP para fornecer seguros aos entes da administração pública estaria limitada aos termos do Parecer GPG-AEF nº 07/2016;
 - (iii) É recomendável que a eventual retomada das atividades comerciais da COSESP seja precedida por estudo de viabilidade econômica, eis que a Companhia sempre contou com alguma espécie de preferência ou prerrogativa para a venda de seguros à administração pública estadual, o que, todavia, não aparenta ter impedido a progressiva e necessária redução das atividades da Companhia, em vista da situação descrita pelo Ofício SEFAZ/GS nº 620/2008; e
 - (iv) Caso se pretenda levar adiante a reativação da estatal consulente, tal medida deverá ser precedida por aprovação dos órgãos estatutários (Diretoria e Conselho de Administração) e, também, do CODEC”.
6. Estou de acordo com o pronunciamento em questão por seus próprios fundamentos, razão pela qual proponho a aprovação da Manifestação GP-G-AEF nº 01/2017, com a subsequente restituição dos autos à COSESP.

GPG, 11 de janeiro de 2017.

VINICIUS TELES SANCHES

Procurador do Estado Assistente respondendo
pela coordenação da Assessoria de Empresas e Fundações
assinatura

PROCESSO: 18487-567665/2016

INTERESSADO: COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO
– COSESP

ASSUNTO: REATIVAÇÃO PARCIAL DE ATIVIDADES DA COSESP –
ACOMPANHA PARECER DE JUR 47/2016

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, a Manifestação GPG-AEF nº 01/2017.
2. Restitua-se o expediente à Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – COSESP.

GPG, 12 de janeiro de 2017.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado

assinatura

PROCESSO: SEE-737365/2018

INTERESSADO: M. S. S. S

PARECER: REFERENCIAL NDP nº 7/2018

EMENTA: PARECER REFERENCIAL. Invalidação de atos administrativos de investidura (posse e nomeação) de servidores públicos. Orientação jurídica para processos que tratem de proposta de invalidação de atos administrativos de investidura (posse e nomeação) de servidores públicos, com idênticos pressupostos fáticos e jurídicos indicados neste parecer, na forma da Resolução PGE nº 29/2015. Desnecessidade de oitiva prévia do Núcleo de Direito de Pessoal da Procuradoria Geral do Estado nos casos individuais em que a orientação jurídica já conste deste parecer, com a ressalva de que a Administração, em caso de dúvida, poderá submeter o caso concreto à análise deste órgão consultivo. Caso concreto dos autos: Professor de Educação Básica II, disciplina de Educação Especial – Deficiência Intelectual. Diploma apresentado em desacordo com o disposto nas Instruções Especiais SE 02/2013, que regeram o Concurso Público. Comprovação de que a interessada tomou posse sem preencher os requisitos legais para o cargo. Viabilidade jurídica da invalidação do ato, nos termos dos itens 29 a 34 deste Parecer Referencial.

Sr. Procurador do Estado Coordenador do Núcleo de Direito de Pessoal.

I – Considerações preliminares.

1. A presente manifestação jurídica referencial visa a registrar os apontamentos que o Núcleo de Direito de Pessoal, vinculado à Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria da Procuradoria Geral do Estado, emite em seus pareceres sobre a invalidação de atos administrativos de investidura (posse e nomeação) de servidores públicos.

- 1.1. A expressão “servidor público” deve ser compreendida, aqui, em seu sentido estrito. O presente parecer referencial refere-se, apenas a servidores públicos que mantêm vínculo estatutário com o Estado de São Paulo, não alcançando os empregados públicos (submetidos ao regime da CLT).
2. A partir dela, deparando-se com os mesmos pressupostos fáticos, a Administração poderá verificar o atendimento das recomendações feitas, dispensando-se o envio do processo para análise deste Núcleo de Direito de Pessoal, nos termos do artigo 1º da Resolução PGE/SP nº 29, de 23 de dezembro de 2015.
3. Assim, compete ao órgão assessorado atestar que o assunto em pauta versa, exatamente, sobre um dos pontos ventilados na manifestação jurídica referencial, para o fim de não encaminhar processos que tratem de invalidação de atos administrativos de investidura (posse e nomeação) de servidores públicos, **com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos indicados neste parecer, na forma da Resolução PGE nº 29/2015.**
4. Nesse sentido, a praxe, em hipóteses idênticas à presente, é a autoridade administrativa atestar a conformidade do procedimento de invalidação com as observações constantes no presente parecer e não encaminhar os autos para este órgão jurídico consultivo, sem prejuízo de submissão de dúvidas específicas serem levantadas e apreciadas, de forma individualizada. A finalidade do parecer referencial é eliminar esse trâmite, otimizar o serviço em situações idênticas e cumprir o princípio da eficiência administrativa.
5. Cabe, assim, à autoridade administrativa, a análise da proposta de invalidação dos atos de investidura (nomeação e posse) de servidor público, juntando-se aos autos, nos termos do artigo 4º da Resolução PGE nº 29/2015: (i) cópia integral do parecer referencial com o despacho de aprovação da Chefia; e (ii) declaração da autoridade competente para a prática do ato pretendido, atestando que o caso se enquadra nos parâmetros e pressupostos neste parecer referencial e que serão seguidas as orientações nele contidas.
6. No caso concreto, ora em análise, trata-se de proposta de anulação do ato de posse de M. S. S. S, ocorrido em 24.01.2018 (fl. 4), com a consequente declaração de insubsistência do ato de nomeação, para o cargo de Professor de Educação Básica II, disciplina de Educação Especial – Deficiência Intelectual, na EE “Conselheiro Rodrigues Alves”, Município de Guaratinguetá.

7. A proposta de invalidação da posse, por ato do Governador do Estado, com a conseqüente declaração de insubsistência da nomeação, está fundamentada na ausência de comprovação, pela interessada, de que era “*portadora de Licenciatura Plena em Pedagogia com certificado de especialização ou de aperfeiçoamento na área da Educação Especial, com, no mínimo, 360 horas*”, nos termos das Instruções Especiais SE 02/2013, consoante a Informação nº 49/2018 – CRH (fls. 33/35), razão pela qual não teria a interessada preenchido os requisitos insertos nos artigos 18, II, item I e 47, incisos VII e VIII, todos da Lei 10.261/68 (EFP).
- 7.1. De fato, a INTERESSADA, a fim de comprovar a sua habilitação, apresentou o Certificado de Pós-Graduação de fl. 15 (Pós Graduação *Lato Sensu* em Educação Especial – Gestão Pedagógica e Políticas para Educação Inclusiva) que, apesar de se referir a curso com 456 horas presenciais, **não** se circunscreve à área da Educação Especial atinente ao cargo a ser provido: deficiência intelectual.
8. A constatação posterior de que, no momento da posse, a INTERESSADA não preenchia as condições de escolaridade e habilitação profissional exigidas para o provimento do cargo implica o dever da Administração de invalidar o ato, em atenção ao princípio da legalidade, para restaurar a ordem jurídica ferida.
9. O procedimento de invalidação de posse foi iniciado, tendo a interessada apresentado recurso hierárquico, dirigido ao i. Diretor Regional de Ensino da Região de Guaratinguetá (fls. 37/42), no qual arguiu, em apertada síntese, que atenderia às condições editalícias para o provimento do cargo, já que o Edital apenas teria exigido “*especialização na área de Educação Especial*”, sem especificar a área da necessidade especial.
- 9.1. De se salientar que a INTERESSADA instruiu o recurso com documento que não havia sido apresentado, por ocasião de sua nomeação e posse: Certificado de Conclusão de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Educação Especial com ênfase em deficiência intelectual, que atesta que o término do curso se deu em **01/03/2018** (fl. 69).
10. Por meio da Informação nº 63/2018 – CRH, a Diretoria de Ensino da Região de Guaratinguetá concluiu que o ato de posse e o conseqüente exercício devem ser invalidados, ressaltando que o certificado apresentado em sede recursal é **posterior** a ambos os atos – ocorridos, respectivamente, aos 24/01/2018 e 01/02/2018 (fls. 77/79).
11. No mesmo sentido, o Centro de Legislação de Pessoal e Normatização, na Informação nº 1289/2018 - CELEP (fls. 80/80-v), concluiu que “*o ato*

de posse ficou sujeito à invalidação uma vez que nenhum dos certificados apresentados preenche os requisitos para prover o cargo, ou seja, na Educação Especial, com concentração na necessidade especial (Deficiência Intelectual) objeto do concurso”, tendo proposto, ao final, o encaminhamento dos autos a este Núcleo de Direito de Pessoal, com fundamento no artigo 58 da Lei nº 10.177/98.

12. Por meio do despacho de fl. 80-v, os autos foram encaminhados a este Núcleo de Direito de Pessoal, para análise e manifestação.

É o relatório. Passo a opinar.

II – Apontamentos Referenciais

13. Antes de apreciar a matéria versada nos presentes autos, examinarei as questões jurídicas relativas às propostas de invalidação dos atos de investidura (posse e nomeação) de servidor público, que, com grande frequência e volume, são submetidas à análise das Consultorias Jurídicas. Serão apresentados os parâmetros legais e as orientações consolidadas no âmbito do Estado, por força de pareceres aprovados superiormente, em particular os oriundos da Procuradoria Administrativa.

14. Por se tratar de matéria demasiadamente ampla, havendo um sem-número de circunstâncias fáticas a serem ponderadas em cada caso concreto; e como forma de tentar facilitar a compreensão deste parecer referencial; ele ficará circunscrito às três hipóteses principais que, em consulta ao sistema *DocFlow*, constatei serem as que mais ocorrem às Consultorias Jurídicas da PGE/SP:

(i) invalidação dos atos de provimento de cargo público (efetivo ou em comissão), com fundamento nos artigos 18, II, 1¹ e 47, VII e VIII², ambos da Lei nº 10.261/68, ante o não preenchimento, pelo servidor, de requisito exigido para o cargo, tendo-se constatado, *a posteriori*, que o servidor, por ocasião da posse, apresentou diploma/certificado falso.

(ii) invalidação dos atos de provimento de cargo público efetivo, com fundamento nos artigos 18, II, 1 e 47, VII e VIII, ambos da Lei nº 10.261/68, ante o não preenchimento, pelo servidor, do requisito da

1 Dispositivo este que serve de fundamento para a invalidação, apenas, de cargos públicos efetivos, providos mediante concurso público.

2 Dispositivo este que serve de fundamento para a invalidação de cargos públicos efetivos, providos mediante concurso público, e de cargos públicos em comissão.

escolaridade³ exigido para o cargo, tendo-se constatado, *a posteriori*, que a certificação apresentada pelo servidor na verdade não o habilitava para o exercício do cargo público, tendo havido erro administrativo na avaliação do cumprimento dos requisitos para a sua investidura, por ocasião da posse.

(iii) invalidação dos atos de provimento de cargo público efetivo, com fundamento no artigo 47, V da Lei nº 10.261/68, ante o não preenchimento, pelo servidor, do requisito de “*boa conduta*”, tendo havido, *a posteriori*, condenação criminal do servidor ou cominação de pena de demissão a bem do serviço público.

15. Após a análise, em caráter geral, de cada uma das hipóteses acima aventadas, passarei à análise do caso concreto submetido a este Núcleo de Direito de Pessoal.

A) INVALIDAÇÃO DECORRENTE DA APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA/CERTIFICADO FALSO PELO SERVIDOR. (Pareceres PA 199/09, 101/2000, 99/2000, 104/2007 e 17/2017)

16. A primeira hipótese a ser tratada neste Parecer Referencial é a invalidação dos atos de investidura de servidor público, com fundamento nos artigos 18, II, 1 e 47, VII e VIII, ambos da Lei nº 10.261/68, ante o não preenchimento, pelo servidor, de requisito exigido para o cargo, tendo-se constatado, *a posteriori*, que o servidor, por ocasião da posse, apresentou diploma/certificado falso.

17. Pois bem. Deparando-se com ato nulo, por sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica, tem a administração pública o poder-dever de invalidá-lo, em respeito ao Princípio da Legalidade, insculpido no artigo 37, *caput* da CRFB/88.

17.1. Portanto, havendo prova irrefutável de que o servidor, com o intuito de ludibriar a administração, se valeu de documento (diploma/certificado) falso, à época de sua investidura, de rigor se revela a sua invalidação.

3 O âmbito de aplicação deste Parecer Referencial restringe-se ao não cumprimento do requisito de escolaridade exigido para o cargo por se tratar de hipótese que demanda uma análise essencialmente técnica, não jurídica, de responsabilidade dos órgãos técnicos das Pastas, portanto. Ademais, trata-se da hipótese que, mais freqüentemente, ocorre às consultorias jurídicas das Pastas.

18. Dito isso, a primeira *questio* a ser dirimida, na matéria, diz respeito a qual dos atos de investidura deve ser objeto da invalidação. Deve-se invalidar o ato de nomeação ou a posse, com a consequente edição de ato tornando insubsistente a nomeação?

18.1. O Parecer PA 199/2009 buscou responder este questionamento. Após destacar que, para a investidura do nomeado no cargo, seria necessária a prática de dois atos unilaterais distintos entre si – a saber, o ato de provimento (decreto de nomeação) e o ato de aceitação do cargo (a posse) – e que, portanto, na prática, seriam os mesmos os efeitos de se invalidar a nomeação ou de se invalidar a posse, com a consequente edição de ato tornando insubsistente a nomeação -, aventou-se a existência de entendimento há muito⁴ perfilhado pela Assessoria Jurídica do Governo acerca da necessidade de se proceder à invalidação do ato de nomeação. Isto posto, e considerando a inexistência de alteração legislativa desde então, manteve-se a orientação já sedimentada por aquele órgão jurídico.

18.2. Portanto, nos termos do Parecer PA nº 199/09, e da jurisprudência administrativa sedimentada no âmbito da AJG, deve-se proceder, nos casos de apresentação de diploma/certificado de conclusão de curso falso, à invalidação do ato de nomeação.

19. Outrossim, o referido Parecer PA nº 199/2009, tendo em vista a competência privativa do Governador para “*prover*” os cargos públicos do Estado, concluiu que seria também do Chefe do Executivo, por paralelismo de formas, a competência para invalidar, por vício de nulidade, o provimento de tais cargos.

20. A forma e o procedimento para a invalidação dos atos de provimento foram definidos nos Pareceres PA nº 99/2000 e 101/2000. Após afastarem a possibilidade de deflagração de procedimento disciplinar contra o “servidor”⁵ que se valeu do expediente fraudulento, uma vez que inexistiu vínculo funcional válido, os referidos opinativos concluíram que cabe, como regra, à Administração, desempenhando o seu poder de autotutela, consagrado na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal (STF), declarar a nulidade dos atos de provimento, seguindo o procedimento

4 Fez-se expressa referência aos Pareceres AJG de nº 83/97, 196/97, 212/98, 726/98, 529/2001, 649/2001, 764/2001, 805/201, 476/2003 e 486/2005

5 Utilizo a expressão entre aspas já que jamais se entabulou liame válido entre o Estado de São Paulo e aquele que apresentou diploma/certificado de conclusão de curso falso para lastrear sua investidura, com o intuito de ludibriar a Administração.

- estabelecido nos artigos 57 a 61 da Lei Estadual nº 10.177/98, oportunizando-se, ao “servidor” interessado, o exercício do contraditório e da ampla defesa.
21. No entanto, como forma de acautelar a administração, evitando-se eventual recidiva do servidor que usou de fraude para ingressar em cargo público, **deverá** constar do seu prontuário, nos termos do Parecer PA 104/2007 – que, neste ponto, nos remete ao entendimento firmado no Parecer PA-3 nº 405/85 – a invalidação do ato de admissão, tendo a Administração o poder-dever de proceder a estas anotações.
 22. Apesar de reconhecerem a nulidade dos atos de provimento, e a impossibilidade, como regra, de sua convalidação – já que decorrentes de conduta fraudulenta e dolosa do “servidor” interessado - os Pareceres PA nº 99/2000 e 101/2000 preservam a validade dos atos por ele perpetrados, enquanto investidos no cargo público, com fundamento na presunção de legitimidade da atividade administrativa e da tutela da boa-fé e da legítima expectativa de terceiros.
 23. A obrigatoriedade de reposição ao erário, pelo “servidor”, dos vencimentos que lhe foram pagos quando no exercício do cargo público já foi tratada nos articulados 64 e 67 do Parecer Referencial nº 05/2018 deste Núcleo de Direito de Pessoal, cujas pertinentes conclusões ora reproduzo:

“64. Há, por fim, situações em que a má-fé resta plenamente caracterizada. Desta espécie são os casos em que o beneficiário do pagamento indevido obteve uma vantagem qualquer com base em documentação falsa. Os fatos analisados pela Procuradoria Administrativa dizem respeito a algo ainda mais grave: a admissão do servidor e sua nomeação com lastro em documento falso. A orientação firmada na desaprovação parcial aos Pareceres PA-3 nº 99/2000 e PA-3 nº 101/2000 – que trataram das situações de ex-professores admitidos no serviço público com base em certificados falsos de conclusão de curso superior – foi a de se exigir a reposição dos valores percebidos a título de vencimentos, ainda que o servidor, bem ou mal, haja desempenhado sua função ou cargo. Vale dizer: não se admitirá, nestas circunstâncias, a alegação de que o não pagamento da verba remuneratória importa em enriquecimento sem causa do Estado. Declarou a propósito o despacho da então Subprocuradora para a Área da Consultoria: “É evidente que não há que se cogitar em boa-fé, eis que a servidora valeu-se de documentos falsos para exercer função pública, fato que configura crime, levado a conhecimento da autoridade policial, conforme informação constante dos autos. Entendo também que houve prejuízo à administração pública, na medida em que a ex-professora ministrou aulas, sem estar habilitada, não tendo sequer o diploma de curso universitário, em manifesto prejuízo para a educação e o ensino públicos”. A matéria também foi apreciada no âmbito da Assessoria Jurídica do

Governo, que emitiu o Parecer AJG nº 212/98, demonstrando, com base em abalizada doutrina, ser descabido propugnar-se a dispensa de devolução por força do princípio que veda o enriquecimento ilícito do Estado⁶. Consoante sustentou o então Procurador Chefe da AJG, em seu despacho de aprovação ao Parecer AJG nº 212/98, “a reconhecida má-fé com que agiu a ex-funcionária consubstancia a justa causa a respaldar a reposição. Aliás, o ajuizamento da ação própria para a Administração reaver o que foi indevidamente recebido se harmoniza com as situações legalmente previstas nos artigos 93 e 174 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, à luz da interpretação sistemático-teleológica já invocada para os casos em que o servidor age de má-fé.

(...)

67. Advirta-se, no entanto, que em hipótese de documento inidôneo apresentado por pretendente ao cargo de Agente da Administração Carcerária, e com base no qual ele veio a ser efetivamente empossado, julgou-se dispensável a reposição em situação peculiaríssima examinada no Parecer PA-3 nº 279/99 (cfr. item 75, “infra”), embora configurada a má-fé (mas não o cometimento de crime ou improbidade). Em manifestação mais recente (Parecer PA nº 17/2017), hipótese similar voltou a ser objeto de apreciação pela Procuradoria Administrativa, e, no tocante ao tema da reposição dos valores indevidamente pagos, o opinativo sustentou que “as circunstâncias particulares do caso concreto deverão ser melhor aferidas para que se profira decisão final específica”. Pode-se estabelecer, levando-se em conta estes dois pareceres, que se o cargo ou função houverem sido auferidos por força de documentação falsa, em se tratando os beneficiários de pessoas “simples, que não possuíam, à época da admissão no serviço público, elevado nível de escolaridade”, como admitiu o Parecer PA nº 17/2017, não se pode descartar de imediato a possibilidade de que eles tenham obrado de boa-fé, o que impõe uma análise mais cuidadosa do caso, mesmo porque, consoante o que mais à frente será exposto, a concorrência dos fatores “verba alimentar” e “enriquecimento sem causa da Administração” compelem a um abrandamento no rigor quanto à comprovação da boa-fé.”

24. Tem-se, portanto, como regra geral, já firmada no antecedente Parecer Referencial NDP nº 05/2018 que, nos casos de apresentação de diploma/certificado falso, a má-fé do “servidor”, aliada à existência de prejuízo ao Estado, oriundo do exercício de cargo público por pessoa não habilitada para tanto, impõem a reposição dos valores indevidamente pagos, a título de vencimentos.

24.1. No entanto, caso a pasta, excepcionalmente, vislumbre que o servidor,

6 Constatam do opinativo estes expressivos dizeres: “O ajuizamento da ação judicial visando a reposição do numerário percebido, mais do que apenas buscar uma recomposição financeira, é afirmar uma posição ética do Estado”.

no caso específico que lhe foi submetido, agiu de boa-fé (hipótese que se afigura, em tese possível, de acordo com o Parecer PA nº 17/2017), será viável a dispensa de reposição, seguindo-se os trâmites estabelecidos no Parecer Referencial nº 05/2018.

25. Destaco que a invalidação do ato administrativo, como regra, deve observar o prazo de 10 anos, contados a partir da data da investidura, estabelecido no artigo 10, I da Lei Estadual nº 10.177/98, conforme assentado no Parecer PA nº 101/00⁷.

25.1. Contudo, uma parcela da doutrina e da jurisprudência entendem que, quando se tratar de atos absolutamente nulos, dotados de vício teratológico; ou, ainda, quando se vislumbrar má fé do agente beneficiado; seria possível a invalidação **a qualquer tempo**, não se aplicando os prazos legais de decadência ou prescrição.

25.1. Isto posto, por considerar que o provimento de cargo público lastreado em documento falso configura ato nulo – por traduzir-se em violação gravíssima a princípios essenciais, como o Concurso Público, a Isonomia, a Moralidade e a Legalidade – caracterizado, via de regra, pela má-fé do interessado, o Parecer PA nº 17/2017 concluiu que, se trataria de hipótese de **inaplicabilidade** do prazo para invalidação.

25.2. No entanto, o Despacho de aprovação da i. Chefia da Procuradoria Administrativa alertou que, nesses casos, o longo tempo decorrido desde a investidura recomendaria que se privilegiasse a **via judicial** como meio mais seguro e definitivo para se postular a invalidação.

25.3. Assim sendo, nas hipóteses em que ultrapassado o prazo de 10 anos, contados da investidura, previsto no artigo 10, I da Lei Estadual nº 10.177/98, a invalidação não se dará por meio de processo administrativo, disciplinado nos artigos 57 a 61 da mesma lei; mas deverá ser postulada judicialmente, a fim de que se obtenha o decreto de anulação de forma definitiva e, portanto, mais segura.

25.4. Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão aqui versada (aplicação do prazo decadencial para invalidação do ato administrativo, quando houver vio-

⁷ O referido parecer fazia distinção entre o prazo para invalidação em sede administrativa e pela via judicial, que encontrava amparo no prazo prescricional vintenário estabelecido no CC/16. No entanto, com o advento do CC/02 – que estabeleceu, tal como a lei de processo administrativo estadual, prazo de prescrição decenário -, esta distinção se tornou despicenda

lação direta ao texto constitucional), tendo fixado o tema 839, alínea a, assim sintetizado: “839 - a) *Possibilidade de um ato administrativo, caso evidenciada a violação direta ao texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei nº 9.784/1999.*”. No entanto, o *leading case* (RE 817.338) ainda está pendente de julgamento, ressaltando-se, portanto, a possibilidade de a orientação administrativa aqui traçada ser alterada, com a superveniência de decisão vinculante e definitiva do E. STF a respeito da matéria.

26. Sendo estas as considerações que nos cumpria tecer, passo a elencar, em linhas gerais, os procedimentos que devem ser adotados pela pasta, nos casos de invalidação do provimento de cargo público com fundamento na apresentação de diploma/certificado falso, pelo “servidor” interessado:

1º) O Órgão Técnico da Pasta deve demonstrar, de forma estreme de dúvidas, que o servidor apresentou diploma/certificado falso, por ocasião de sua posse, com o intento de ludibriar a administração.

2º) Deve ser instaurado processo de invalidação, seguindo o rito previsto nos artigos 57 a 61 da Lei Estadual nº 10.177/98, oportunizando-se, ao servidor interessado, o exercício do contraditório e da ampla defesa. O processo deverá ter por escopo, segundo a jurisprudência administrativa firmada no âmbito da PA e da AJG, a declaração de nulidade da **nomeação** do servidor.

3º) Será do i. Governador do Estado a competência para invalidar, por vício de nulidade, a nomeação do servidor.

4º) **Deverá** constar do prontuário do “servidor” a invalidação do ato de admissão, tendo a Administração o poder-dever de proceder a estas anotações.

5º) Fica preservada a validade dos atos perpetrados pelo “servidor”, enquanto investido no cargo público, com fundamento na presunção de legitimidade da atividade administrativa e da tutela da boa-fé e da legítima expectativa de terceiros.

6º) No antecedente Parecer Referencial NDP nº 05/2018, já se firmou a regra geral de que, nos casos de apresentação de diploma/certificado falso, a má fé do “servidor”, aliada à existência de prejuízo ao Estado, oriundo do exercício de cargo público por pessoa não habilitada para tanto, **impõem a reposição dos valores** indevidamente pagos, a título de vencimentos. No entanto, caso a pasta, excepcionalmente, vislumbre que o “servidor”, no caso específico que lhe foi submetido, agiu de boa-fé (hipótese que se afi-

gura, em tese possível, de acordo com o Parecer PA nº 17/2017), será viável a dispensa de reposição, seguindo-se os trâmites estabelecidos no Parecer Referencial nº 05/2018.

7º) O provimento de cargo público lastreado em documento falso seria ato absolutamente nulo, que afronta princípios constitucionais essenciais (concurso público; moralidade; legalidade; etc.) e que se origina da má-fé do servidor interessado, de modo que, **como regra**, a sua invalidação não se submete ao prazo de 10 anos, contados da investidura, estabelecido no artigo 10, I da Lei Estadual nº 10.177/98, podendo ser feita **a qualquer tempo**. Porém, nas hipóteses em que ultrapassado o prazo previsto no artigo 10, I da Lei Estadual nº 10.177/98, a invalidação não se dará por meio de processo administrativo, disciplinado nos artigos 57 a 61 da mesma lei, como se afirmou no item 2º desta síntese; mas deverá ser postulada **judicialmente**, a fim de que se obtenha o decreto de anulação de forma definitiva e, portanto, mais segura.

B) INVALIDAÇÃO DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE ERRO ADMINISTRATIVO NA AFERIÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EDITALÍCIOS/PREVISTOS NAS INSTRUÇÕES ESPECIAIS PARA PROVIMENTO DO CARGO

27. A segunda hipótese a ser tratada neste Parecer Referencial é a invalidação dos atos de investidura de servidor público, com fundamento nos artigos 18, II, 1 e 47, VII e VIII, ambos da Lei nº 10.261/68, ante o não preenchimento, pelo servidor, do requisito da escolaridade⁸ exigido para o cargo, tendo-se constatado, *a posteriori*, que a certificação apresentada pelo servidor na verdade não o habilitava para o exercício do cargo público para o qual havia sido aprovado no certame, tendo havido erro administrativo na avaliação do cumprimento dos requisitos editalícios/previstos nas instruções especiais.

28. Pois bem. Conforme já afirmou, no articulado 17 deste Parecer, deparando-se com ato nulo, por sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica, tem a administração pública o poder-dever de invalidá-lo, em respeito ao Princípio da Legalidade, insculpido no artigo 37, *caput* da CRFB/88.

28.1. Portanto, tendo o órgão técnico responsável da pasta constatado, de forme irrefutável, que a certificação apresentada pelo servidor na verdade

8 Ver Nota de Rodapé número 3.

não o habilitava para o exercício do cargo público para o qual havia sido aprovado no certame, de rigor se revela a invalidação da sua investidura.

- 28.2. De se salientar que o não cumprimento, pelo servidor interessado, de legítimo requisito editalício/previsto nas condições especiais, deve ser, como já dito, irrefutável. Caso haja fundada dúvida a respeito da legalidade da exigência editalícia de titulação, os autos devem ser encaminhados a este Núcleo de Direito de Pessoal, para análise.
29. Pelas mesmas razões já expostas no articulado 18 deste Parecer Referencial, e nos termos do Parecer PA nº 199/09 e da jurisprudência administrativa sedimentada no âmbito da AJG, deve-se proceder, também na hipótese agora versada, à invalidação do ato de nomeação.
30. Será do Chefe do Executivo a competência para invalidar, por vício de nulidade, a nomeação para cargo público também nestes casos pois, conforme já assentado no Parecer PA nº 199/2009, é competência privativa do Governador “*prover*” os cargos públicos do Estado (sendo, portanto, também competência do Chefe do Executivo, por paralelismo de formas, o desfazimento destes atos).
31. A forma e o procedimento para a invalidação dos atos de provimento, definidos nos Pareceres PA nº 99/2000 e 101/2000, também se aplicam às hipóteses em que tenha havido erro administrativo na avaliação do cumprimento dos requisitos editalícios/previstos nas instruções especiais, culminando com a investidura de servidor que, na verdade, não era habilitado para o exercício do cargo público.
- 31.1 Portanto, não será o caso de se deflagrar procedimento disciplinar contra o servidor, uma vez que inexistiu vínculo funcional válido, cabendo, à Administração, no desempenho do seu poder de autotutela, consagrado na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal (STF), declarar a nulidade dos atos de provimento, seguindo o procedimento estabelecido nos artigos 57 a 61 da Lei Estadual nº 10.177/98, oportunizando-se, ao servidor interessado, o exercício do contraditório e da ampla defesa.
- 31.2 Neste caso, a invalidação do ato administrativo não precisará constar do prontuário do servidor pois, diversamente da hipótese tratada no Parecer PA 104/2007 – que, neste ponto, nos remete ao entendimento firmado no Parecer PA-3 nº 405/85 – o interessado, aqui, não praticou qualquer ato fraudulento/ lesivo ao Estado.
- 31.3 Por outro lado, caso se vislumbre que o erro na avaliação do cumprimento dos requisitos editalícios/previstos nas instruções especiais pode

caracterizar infração disciplinar de servidor(es) da pasta, na forma do artigo 51 da Lei Estadual nº 10.261/68, deverá ser instaurado o respectivo procedimento administrativo, tendente a apurar eventuais responsabilidades.

32. Também prevalecem, nesta hipótese, as conclusões dos Pareceres PA nº 99/2000 e 101/2000 a respeito da nulidade dos atos de provimento; da impossibilidade, como regra, de sua convalidação; e da necessária preservação da validade dos atos perpetrados pelo servidor, enquanto investido no cargo público, com fundamento na presunção de legitimidade da atividade administrativa e da tutela da boa-fé e da legítima expectativa de terceiros.
33. Noutro giro, destaco que as conclusões trazidas no articulado 34 do Parecer PA nº 273/2007 a respeito da obrigatoriedade, ou não, de reposição ao erário dos valores indevidamente pagos ao servidor são plenamente aplicáveis à espécie.
- 33.1 Assentou-se, naquela oportunidade, que, apesar de a invalidação da investidura operar efeitos retroativos, o caráter alimentar dos vencimentos impediria sua repetição, **desde que a posse não tenha decorrido de ato doloso do interessado.**
34. Assim sendo, via de regra, nos casos de investidura, em cargo público, de servidor não habilitado, decorrente de erro administrativo na avaliação do cumprimento dos requisitos editalícios/previstos nas instruções especiais, será viável, em tese, a dispensa de reposição de vencimentos, devendo-se observar, à luz do caso concreto, os procedimentos e requisitos estabelecidos no Parecer Referencial NDP nº 05/2018.
35. Por fim, destaco que a invalidação do ato administrativo, nesta hipótese, deverá observar o prazo de 10 anos, contados a partir da data da investidura, estabelecido no artigo 10, I da Lei Estadual nº 10.177/98.
36. Sendo estas as considerações que nos cumpria tecer, passo a elencar, em linhas gerais, os procedimentos que devem ser adotados pela pasta, nos casos de erro administrativo na avaliação do cumprimento dos requisitos editalícios/previstos nas instruções especiais, que tenha culminado na investidura de servidor que, na verdade, não era habilitado para o exercício do cargo público:
 - 1º) O Órgão Técnico da Pasta deve demonstrar, de forma estreme de dúvidas, que o servidor não tinha habilitação para o exercício do cargo público, tendo descumprido legítimo requisito editalício/previsto nas condições especiais.

2º) Deve ser instaurado processo de invalidação, seguindo o rito previsto nos artigos 57 a 61 da Lei Estadual nº 10.177/98, oportunizando-se, ao servidor interessado, o exercício do contraditório e da ampla defesa. O processo deverá ter por escopo, segundo a jurisprudência administrativa firmada no âmbito da PA e da AJG, a declaração de nulidade da **nomeação** do servidor.

3º) Será do i. Governador do Estado a competência para invalidar, por vício de nulidade, a nomeação do servidor.

4º) Caso se vislumbre que o erro na avaliação do cumprimento dos requisitos editalícios/previstos nas instruções especiais pode caracterizar infração disciplinar de servidor(es) da pasta, deverá ser instaurado o respectivo procedimento administrativo, tendente a apurar eventuais responsabilidades, na forma do artigo 51 da Lei Estadual nº 10.261/68.

5º) Fica preservada a validade dos atos perpetrados pelo servidor, enquanto investido no cargo público, com fundamento na presunção de legitimidade da atividade administrativa e da tutela da boa-fé e da legítima expectativa de terceiros.

6º) Será viável, em tese, a dispensa de reposição de vencimentos, devendo-se observar, à luz do caso concreto, os procedimentos e requisitos estabelecidos no Parecer Referencial NDP nº 05/2018.

7º) A invalidação do ato de provimento se submete ao prazo de 10 anos, contados da investidura, estabelecido no artigo 10, I da Lei Estadual nº 10.177/98.

C) INVALIDAÇÃO DECORRENTE DO NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DE “BOA CONDUTA” (CONDENAÇÃO POSTERIOR EM PROCESSO CRIMINAL/ POSTERIOR COMINAÇÃO DE PENA DE DEMISSÃO/ DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO).

37. A terceira hipótese a ser tratada neste parecer referencial é a invalidação dos atos de investidura de servidor público, com fundamento no artigo 47, V da Lei nº 10.261/68, ante o não preenchimento, pelo servidor, do requisito de “boa conduta”, tendo havido, **a posteriori**, condenação criminal do servidor ou cominação de pena de demissão/ demissão a bem do serviço público.

38. Pois bem. Conforme assentado nos Parecer PA 377/93, 79/1999, 403/2004 e 273/2007, a existência de processo disciplinar ou de processo criminal ainda pendente de julgamento não constitui óbice à nomea-

ção e posse do servidor, não se traduzindo em afronta ao requisito da boa conduta (uma vez que a simples circunstância de o servidor responder a processo disciplinar ou a processo criminal não equivale à inequívoca demonstração de sua culpa).

- 38.1 De acordo com os referidos opinativos, os atos de nomeação e posse, se o candidato estiver respondendo a processo disciplinar ou a processo criminal, são praticados sob implícita condição resolutiva. Verificada, a *posteriori*, a irregularidade da conduta perpetrada, com a posterior condenação do servidor à pena de demissão/ demissão a bem do serviço público, ou com o ulterior trânsito em julgado de sentença criminal condenatória, os atos de nomeação e posse perdem o substrato de validade que os lastreava, devendo, portanto, ser objeto de invalidação.
39. Portanto, com a superveniência do trânsito em julgado de sentença criminal condenatória, ou com a ulterior cominação de pena de demissão/ demissão a bem do serviço público, de rigor se revela a invalidação da investidura do servidor.
40. Resta-nos perquirir qual dos atos de provimento (nomeação ou posse) deverá ser objeto de invalidação, neste caso.
41. O Parecer PA 79/99, cujas conclusões foram endossadas pelo Despacho de aprovação do Parecer PA nº 273/2007, respondeu a este questionamento, tendo-se firmado, portanto, a jurisprudência administrativa da PGE/SP, no sentido de que o não preenchimento do requisito da “boa conduta” dá azo à **invalidade do ato de posse**.
42. Será do Chefe do Executivo a competência para invalidar, por vício de nulidade, a nomeação para cargo público também nestes casos, pois, conforme já assentado no Parecer PA nº 199/2009, é competência privativa do Governador “prover” os cargos públicos do Estado (sendo, portanto, também competência do Chefe do Executivo, por paralelismo de formas, o desfazimento destes atos).
43. A forma e o procedimento para a invalidação dos atos de provimento foram definidos no Despacho de Aprovação do Parecer PA nº 79/99 e no Parecer PA 273/2007, que estabeleceram que deve ser deflagrado processo administrativo de invalidação no qual se oportunize, ao servidor interessado, o exercício do contraditório e da ampla defesa, seguindo-se o procedimento estabelecido nos artigos 57 a 61 da Lei Estadual nº 10.177/98.
44. Portanto, não será o caso de se deflagrar procedimento disciplinar contra o servidor, cabendo, à administração, no desempenho do seu poder de

autotutela, consagrado na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal (STF), declarar a nulidade dos atos de provimento, seguindo o procedimento estabelecido nos artigos 57 a 61 da Lei Estadual nº 10.177/98, oportunizando-se, ao servidor interessado, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

45. Também prevalecem, nesta hipótese, as conclusões dos Pareceres PA nº 99/2000 e 101/2000 a respeito da nulidade dos atos de provimento e da necessária preservação da validade dos atos perpetrados pelo servidor, enquanto investido no cargo público, com fundamento na presunção de legitimidade da atividade administrativa e da tutela da boa-fé e da legítima expectativa de terceiros.
46. A questão acerca da obrigatoriedade de reposição ao erário dos valores indevidamente pagos ao servidor foi tratada no articulado 34 do Parecer PA nº 273/2007.
 - 46.1. Assentou-se, naquela oportunidade, que, apesar de a invalidação da investidura operar efeitos retroativos, o caráter alimentar dos vencimentos impediria sua repetição, desde que a posse não tenha decorrido de ato doloso do interessado.
 - 46.2. Assim sendo, via de regra, nos casos de invalidação da investidura, com fundamento em ulterior condenação criminal transitada em julgado ou na posterior cominação de pena de demissão/ demissão a bem do serviço público, será viável, em tese, a dispensa de reposição de vencimentos, devendo-se observar, contudo, à luz do caso concreto, os procedimentos e requisitos estabelecidos no Parecer Referencial NDP nº 05/2018.
47. Por fim, destaco que a invalidação do ato administrativo, em tese, estaria sujeita ao prazo de 10 anos, contados a partir da data da investidura, estabelecido no artigo 10, I da Lei Estadual nº 10.177/98, findo o qual se operaria a chamada *estabilização* do ato administrativo.
 - 47.1. Vislumbro, contudo, a possibilidade de, na espécie, se aplicar a teoria da *actio nata*, segundo a qual os prazos de prescrição e decadência somente começariam a fluir a partir da ciência inequívoca do Estado acerca do advento da condição resolutiva (superveniente trânsito em julgado de condenação criminal/ superveniente cominação de pena de demissão ou de demissão a bem do serviço público), já que, somente neste momento, se afiguraria possível a invalidação do ato administrativo.

- 47.2. Portanto, à luz da Teoria da **Actio Nata**, o prazo de 10 anos previsto no artigo 10, I da Lei Estadual nº 10.177/98 somente começaria a fluir a partir da ciência inequívoca, do Estado, acerca do superveniente trânsito em julgado de condenação criminal/ superveniente cominação de pena de demissão ou de demissão a bem do serviço público.
- 47.3. Inexistindo, contudo, posicionamento institucional firmado a respeito da matéria, recomendo às Pastas que, deparando-se com situações em que ultrapassado o prazo de 10 anos, contados a partir da data da investidura, previsto no artigo 10, I da Lei Estadual nº 10.177/98, encaminhem os autos a este Núcleo de Direito de Pessoal, para exame do caso concreto e eventual submissão da matéria à d. Procuradoria Administrativa.
48. Sendo estas as considerações que nos cumpria tecer, passo a elencar, em linhas gerais, os procedimentos que devem ser adotados pela pasta, nos casos de invalidação dos atos de investidura de servidor público, com fundamento no artigo 47, V da Lei nº 10.261/68, ante o não preenchimento, pelo servidor, do requisito de “boa conduta”, tendo havido, **a posteriori**, condenação criminal do servidor ou cominação de pena de demissão/ demissão a bem do serviço público.
- 1ª) O Órgão Técnico da pasta deve comprovar, documentalmente, o superveniente trânsito em julgado de sentença criminal condenatória, ou a ulterior cominação de pena de demissão/demissão a bem do serviço público do servidor.
- 2ª) Deve ser instaurado processo de invalidação, seguindo o rito previsto nos artigos 57 a 61 da Lei Estadual nº 10.177/98, oportunizando-se, ao servidor interessado, o exercício do contraditório e da ampla defesa. O processo deverá ter por escopo, segundo a jurisprudência administrativa firmada no âmbito da PA e da AJG, a declaração de nulidade da posse do servidor.
- 3ª) Será do i. Governador do Estado a competência para invalidar a posse do servidor.
- 4ª) Fica preservada a validade dos atos perpetrados pelo servidor, enquanto investido no cargo público, com fundamento na presunção de legitimidade da atividade administrativa e da tutela da boa-fé e da legítima expectativa de terceiros.
- 5ª) Será viável, em tese, a dispensa de reposição de vencimentos, devendo-se observar, contudo, à luz do caso concreto, os procedimentos e requisitos estabelecidos no Parecer Referencial NDP nº 05/2018.

6º) A invalidação dos atos de provimento, em tese, se submete ao prazo de 10 anos, contados da investidura, estabelecido no artigo 10, I da Lei Estadual nº 10.177/98. No entanto, caso a pasta se depare com situações em que ultrapassado este prazo, deverá encaminhar os autos a este Núcleo de Direito de Pessoal, para exame, à luz do caso concreto, da possibilidade de aplicação da Teoria da *Actio Nata*, e eventual submissão da matéria à d. Procuradoria Administrativa.

III – Apontamentos relativos ao artigo 21 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LINDB.

49. Recentemente, foi promulgada a Lei Federal nº 13.655, de 25/04/2018, que incluiu, na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, normas que buscam tutelar e reforçar segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.
50. De relevo à análise empreendida neste Parecer Referencial são as disposições do artigo 21 da sobredita lei, *litteris*:

“Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

51. Desta feita, em **todas as hipóteses** de invalidação tratadas neste Parecer Referencial, a autoridade competente deverá, ao determinar a invalidação do ato, expressamente ponderar, no ato decisório, as suas consequências administrativas e jurídicas, nos exatos termos do artigo 21 da LINDB, acima reproduzido (i.e.: prejuízo que a situação dita “nula” gerou ao Estado; prejuízo que a sua perpetuação geraria ao Estado; eventuais prejuízos causados ao servidor interessado e a terceiros pela decisão de invalidação; eventual surgimento de legítima expectativa, pelo servidor, diante de lapso temporal relevante decorrido; além de outras circunstâncias de fato e de direito que a autoridade entenda suscetíveis de serem ponderadas, para a justa solução do caso concreto).
52. Caso, contudo, à luz de circunstâncias específicas do caso concreto, demonstradas e elencadas em manifestação fundamentada, a Pasta entenda

que a invalidação de ato decorrente da mera subsunção da orientação geral traçada neste Parecer Referencial poderá gerar situação desproporcional/não equânime, que onere, sobremaneira, o servidor interessado e/ou terceiros, os autos deverão ser encaminhados a este Núcleo de Direito de Pessoal, para análise e parecer.

IV – Análise individualizada do caso concreto/paradigma.

53. Conforme relatado, a INTERESSADA prestou concurso para cargo de Professor de Educação Básica II, na disciplina de Educação Especial – Deficiência Intelectual, tendo tomado posse no cargo em 24/01/2018 e entrado em exercício aos 01/02/2018.
54. Contudo, para o ato de posse, a INTERESSADA deixou de apresentar “*Diploma de Licenciatura Plena em Pedagogia com certificado de especialização ou de aperfeiçoamento na área da Educação Especial, com, no mínimo, 360 horas*”, nos termos das Instruções Especiais SE 02/2013, consoante informação de fls. 24/25. Tendo apresentado, apenas, com o intuito de comprovar a sua habilitação, o Certificado de Pós-Graduação de fl. 15 (Pós-Graduação *Lato Sensu* em Educação Especial – Gestão Pedagógica e Políticas para Educação Inclusiva) que, apesar de se referir a curso com 456 horas presenciais, **não** se circunscreve à área da Educação Especial atinente ao cargo a ser provido: deficiência intelectual.
- 54.1. Restou **desatendido**, portanto, o requisito de habilitação previsto nas instruções especiais do certame.
- 54.2. Destaco que a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJESP vem reconhecendo a possibilidade de a Administração Pública impor, no edital e nas instruções especiais que o integram, requisitos especiais para a admissão de seus servidores – em especial quando de trata de cargo público como o de professor, que tem em si ínsita uma enorme carga de responsabilidade. Veja-se, por elucidativo⁹,

⁹ No mesmo sentido, veja-se, ainda: Agravo de Instrumento nº 2012986-25.2018.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Público, Desembargadora Relatora Heloisa Martins Mimessi. Data da publicação: 10/09/2018; Apelação nº 1005523-20.2017.8.26.0506, 8ª Câmara de Direito Público, Desembargador Relator Ponte Neto. Data da publicação: 11/07/2018 ; Apelação nº 1043085-69.2014.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, Desembargadora Relatora Heloisa Martins Mimessi. Data da publicação: 15/06/2018; Apelação nº 1053285-44.2017.8.26.0114, 1ª Câmara de Direito Público, Desembargador Relator Luis Francisco Aguiar Cortez. Data da publicação: 24/05/2018;. Apelação nº 1007570-81.2014.8.26.0114, 11ª Câmara de Direito Público, Desembargador Aroldo Viotti. Data da publicação: 19/02/2016.

julgado assim ementado, que trata de hipótese em tudo assemelhada à presente:

“APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – CONCURSO PÚBLICO – PROFESSOR EDUCAÇÃO BÁSICA II – EDUCAÇÃO ESPECIAL – DEFICIÊNCIA VISUAL – Candidato aprovado, que no ato da posse, não comprovou possuir a qualificação exigida no Edital no concurso – Regras instituídas pelas Instruções Especiais SE nº 02/2013, item 1.15 – As horas que o autor alega ter em educação especial, dizem respeito ao seu curso de graduação, não se tratando especialização, em Educação Especial – O edital traz regras quanto à qualificação dos candidatos na área de especialização exigida, no caso, deficiência visual – A administração pública tem, a prerrogativa de impor requisitos para a admissão de seus servidores, mormente quando se trata de uma carreira como a de professor, de enorme responsabilidade, para a qual é absolutamente imprescindível que o candidato possua formação técnica adequada. Não é descabido, portanto, que a Administração exija formação pertinente – Sentença de improcedência mantida – Recurso improvido.”

- 54.3. Não haveria, portanto, que se questionar a legalidade do requisito de habilitação previsto nas Instruções Especiais SE 02/2013, descumprido pela INTERESSADA.
- 54.4. Por outro lado, em sede recursal, a INTERESSADA trouxe aos autos Certificado de Conclusão de Pós Graduação *Lato Sensu* em Educação Especial com ênfase em deficiência intelectual (fl. 69).
- 54.4.1. No entanto, o sobredito certificado atesta que o término do curso se deu em **01/03/2018**, ao passo que a posse e exercício da INTERESSADA se deram, respectivamente em 24/01/2018 e 01/02/2018.
- 54.4.2. Trata-se, portanto, de certificação posterior ao provimento do cargo, que não habilitava a INTERESSADA a ocupá-lo à época da posse e conseqüente exercício. Sendo certo que os requisitos para o ato administrativo devem ser aferidos **na data da sua realização**. E que a nulidade do ato de investidura, na hipótese vertente, não é, como regra, passível de ser convalidada – conforme já se destacou no art. 32 deste Parecer Referencial.
55. Diante do panorama aqui exposto, a Diretoria de Ensino da Região de Guaratinguetá e o Centro de Legislação de Pessoal e Normatização – órgãos técnicos responsáveis por verificar, casuisticamente, o cumprimento dos requisitos para provimento do cargo público em comento – concluíram que a INTERESSADA **não cumpre** os requisitos de habilitação previstos no Edital e nas Instruções Especiais SE 02/2013. Sendo de rigor, portanto, a invalidação do **ato de nomeação** da servidora, seguindo-se o procedimen-

- to estabelecido nos artigos 57 e seguintes da Lei Estadual nº 10.177/98, conforme destacado nos articulados 29 e 31 deste Parecer Referencial.
56. Conforme disposto no articulado 30 deste Parecer Referencial, a competência para invalidar, por vício de nulidade, a nomeação para cargo público da INTERESSADA será do Sr. Governador do Estado.
 57. Outrossim, alerta-se, no articulado 31.3. deste Parecer Referencial, acerca da necessidade de a Pasta deflagrar procedimento administrativo, tendente a apurar eventuais responsabilidades, caso vislumbre que o erro na avaliação do cumprimento dos requisitos editalícios/previstos nas instruções especiais pode caracterizar infração disciplinar de servidor(es) da pasta, na forma da Lei Estadual nº 10.261/68.
 58. Conforme já destacado no articulado 32 deste Parecer Referencial, deve-se preservar a validade dos atos perpetrados pelo servidor, enquanto investido no cargo público, com fundamento na presunção de legitimidade da atividade administrativa e da tutela da boa-fé e da legítima expectativa de terceiros.
 59. Destaco tratar-se de hipótese de dispensa de reposição de vencimentos, devendo-se observar, para tanto, os procedimentos e requisitos estabelecidos no Parecer Referencial NDP nº 05/2018, conforme já se destacou nos articulados 33 e 34 deste Parecer Referencial.
 60. Por fim, nos termos do artigo 21, *caput* e parágrafo único da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LINDB, incluído pela Lei Federal nº 13.655/2018, destaco que, apesar de a invalidação do ato de nomeação aqui proposta operar efeitos retroativos:
 - (i) A INTERESSADA está em exercício há apenas 06 (seis) meses, não tendo, sequer, concluído o estágio probatório, não havendo que se falar, portanto, em situação consolidada pelo decurso do tempo que pudesse, em tese, ensejar o surgimento de uma legítima expectativa da servidora de ser mantida no cargo público de “Professor de Educação Básica II”.
 - (ii) Conforme se destacou no articulado 59 deste Parecer, não se exigirá, da servidora, a devolução dos valores percebidos, a título de vencimentos, donde se evidencia que a recomposição da ordem jurídica, mediante a invalidação do ato de nomeação, não impactará a esfera jurídica da interessada de forma excessivamente gravosa e/ou desproporcional.
 - (iii) Conforme se destacou no articulado 32 deste Parecer, será preservada a validade dos atos perpetrados pela servidora, no exercício do cargo público de “Professor de Educação Básica II”, de modo que, smj, tampouco para terceiros, a proposta de invalidação em exame gerará consequências gravosas e/ou desproporcionais.

(iv) Por outro lado, seria extremamente prejudicial, ao corpo discente, manter-se, nos quadros da Secretaria de Educação, professor sem a **titulação exigida para o exercício do cargo.**

(v) Da mesma forma, a convalidação da investidura da servidora, decorrente da apresentação da certificação exigida para o cargo posteriormente aos atos de nomeação, posse e exercício, geraria quebra da lista de classificação do certame (uma vez que a INTERESSADA não tinha, à época da sua investidura, a titulação exigida), além de formar um precedente que geraria instabilidade jurídica (na medida em que pessoas sem titulação poderiam acorrer a certames futuros, com a expectativa de, posteriormente, obterem a certificação exigida para o cargo).

60.1. Assim, entendo que a invalidação aqui pretendida, smj, a par de recompor a ordem jurídica, observará os imperativos de segurança jurídica e de tutela à boa fé dos administrados, estando, portanto, em consonância com o disposto no artigo 21 da LINDB.

60.2. No entanto, deverá a autoridade competente, ao determinar a invalidação do ato, expressamente ponderar, no ato decisório, as suas consequências administrativas e jurídicas, nos exatos termos do artigo 21 da LINDB – podendo, para tanto, se pautar nas considerações tecidas neste articulado 60, sem prejuízo de outras circunstâncias de fato que, à critério da autoridade, sejam suscetíveis de serem ponderadas, para a justa solução do caso concreto, mas que não tenham sido expostas no expediente em epígrafe.

61. Por todo o exposto, manifesto-me favorável à invalidação do ato de nomeação de M. S. S. S. para o cargo de “Professor de Educação Básica II”, desde que observados os apontamentos formulados nos articulados 53 a 60 deste Parecer.

IV – Conclusão

62. Ante o exposto, submeto a Vossa Senhoria o presente parecer referencial para que venha a ser utilizado em casos concretos que se subsumam, na íntegra, às orientações aqui lançadas, observados os seguintes requisitos:

1^o) A administração deverá confirmar que se cuida de processo administrativo com pedido de invalidação dos atos de investidura de servidor público, lastreado em uma das hipóteses tratadas neste parecer referencial, cujo tratamento jurídico se subsuma, na íntegra, à orientação constante nesta orientação;

2^o) Deverá promover a juntada, no processo individual, do presente parecer referencial e de declaração da autoridade competente de que o caso concreto se subsume, na íntegra, à orientação jurídica aqui traçada, e que serão seguidas as orientações nele contidas;

3^o) Caso a administração tenha fundada dúvida ao subsumir os elementos de fato do caso concreto às orientações traçadas neste parecer, os autos deverão ser encaminhados a este Núcleo de Direito de Pessoal, para análise e manifestação.

4^o) Da mesma forma, caso, à luz de circunstâncias específicas do caso concreto, demonstradas e elencadas em manifestação fundamentada, a pasta entenda que a invalidação de ato decorrente da mera subsunção da orientação geral traçada neste parecer referencial poderá gerar situação desproporcional/não equânime, que onere, sobremaneira, o servidor interessado e/ou terceiros, os autos deverão ser encaminhados a este Núcleo de Direito de Pessoal, para análise e parecer.

5^o) O prazo de validade do presente parecer referencial fica fixado em 12 (doze) meses, ressalvados os casos de alteração legislativa e de superveniência do julgamento definitivo do RE 817.338 (*leading case* do Tema nº 839 do STF), já aventada no art. 25.4. deste opinativo, em que a administração deverá demandar nova análise.

63. A fim de facilitar a compreensão deste parecer referencial, segue, anexa, tabela que sintetiza as suas conclusões nas três hipóteses distintas aqui aventadas.
64. Feitas estas considerações, caso aprovado o presente parecer referencial e após a devida divulgação, os autos deverão retornar à Secretaria de Educação, para prosseguimento.

É o parecer. À superior consideração

São Paulo, 26 de setembro de 2018.

CAROLINA PELLEGRINI MAIA ROVINA LUNKES

Procuradora do Estado

	Diploma/ Certificado falso (artículos 16 a 26)	Ausência de titulação (artículos 27 a 36)	Condenação criminal transitada em julgado/ pena de demissão/pena de demissão a bem do serviço público (artículos 37 a 48)
Qual ato de investidura deve ser invalidado?	Nomeação (artículo 18)	Nomeação (artículo 29)	Posse (artículo 41)
Procedimento de invalidação	Arts. 57 a 61, Lei Estadual nº 10.177/98 (artículo 20)	Arts. 57 a 61, Lei Estadual nº 10.177/98 (artículos 31, 31.1. e 31.2.)	Arts. 57 a 61, Lei Estadual nº 10.177/98 (artículos 43 e 44)
São válidos os atos praticados pelo servidor?	Sim (artículo 22)	Sim (artículo 32)	Sim (artículo 45)
Competência para invalidação	Governador do Estado (artículo 19)	Governador do Estado (artículo 30)	Governador do Estado (artículo 42)
Providências adicionais à invalidação	Anotação no prontuário do servidor (artículo 21)	Deflagração de procedimento tendente a apurar eventual responsabilidade disciplinar de servidor(es) da pasta. (artículo 31.3)	_____

Obrigatoriedade de ressarcimento ao Erário	Sim (regra geral). Possível, em tese, que se vislumbre a boa-fé do servidor à luz do caso concreto, caso em que será possível a dispensa de reposição de vencimentos. (articulados 23 e 24)	Não. Regra geral: hipótese de dispensa de reposição de vencimentos (articulados 33 e 34)	Não. Regra geral: hipótese de dispensa de reposição de vencimentos (artículo 46)
Prazo para invalidação	Invalidação administrativa – 10 anos contados a partir da data da investidura (artigo 10, I Lei 10.177/98) Superado este prazo, possível a invalidação por meio do ajuizamento de ação judicial. (artículo 25)	10 anos contados a partir da data da investidura – artigo 10, I Lei 10.177/98 (artículo 35)	Invalidação administrativa – 10 anos contados a partir da data da investidura (artigo 10, I Lei 10.177/98) Superado este prazo, deverá ser formulada nova consulta ao NDP. (artículo 47)
Síntese de providências	Articulado 26	Articulado 36	Articulado 48

PROCESSO: SEE-737365/2018

INTERESSADO: M. S. S. S

ASSUNTO: INVALIDAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO LEI Nº 10.177/98 - FALHAS ADMINISTRATIVAS NO ATO DE POSSE E EXERCÍCIO

PARECER: NDP nº 7/2018

Aprovo o **Parecer Referencial NDP nº 7/2018**, que versa sobre invalidação de atos administrativos de investidura (posse e nomeação) de servidores públicos decorrentes da apresentação de diploma/certificado falso; da existência de erro administrativo na aferição do preenchimento dos requisitos editalícios/previstos nas instruções especiais para provimento do cargo; e do não preenchimento do requisito de “boa conduta” derivado de condenação posterior em processo criminal ou de posterior cominação de pena de demissão ou demissão a bem do serviço público.

Tendo em vista que a matéria versada nos autos é de caráter inovador e de relevância para a administração pública, especialmente no que diz respeito à obrigatoriedade de a autoridade competente ponderar, no ato decisório, as consequências administrativas e jurídicas, conforme determina o art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei federal nº 13.655/2018 (itens 49 a 52 e 60 a 60.2 do Parecer Referencial NDP nº 7/2018), encaminho os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, para ciência da orientação jurídica firmada por este Núcleo de Direito de Pessoal, nos exatos termos da Portaria SubG-Cons nº 01/2015.

Após adotar a medida preconizada, este Núcleo de Direito de Pessoal deve solicitar à Unidade Central de Recursos Humanos o sobrestamento de todos os processos administrativos com mesmo objeto, salvo aqueles cuja data de decadência esteja próxima (10 anos a contar da data da investidura do servidor), até a decisão final da Procuradoria Geral do Estado.

Após deliberação da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, os autos poderão retornar a este Núcleo de Direito de Pessoal, para prosseguimento dos trâmites administrativos.

São Paulo, 27 de setembro de 2018.

WOLKER VOLANIN BICALHO

Procurador do Estado

Coordenador do Núcleo de Direito de Pessoal

PROCESSO: SEE-737365/2018
INTERESSADO: M. S. S. S
ASSUNTO: INVALIDAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO LEI
Nº 10.177/98 - FALHAS ADMINISTRATIVAS NO ATO
DE POSSE E EXERCÍCIO
PARECER: NDP nº 7/2018

Aprovo o **Parecer Referencial NDP nº 07/2018**, por seus próprios fundamentos.

Restituam-se os autos ao Núcleo de Direito de Pessoal, para divulgação e prosseguimento.

SubG-Consultoria, 8 de outubro de 2018.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Subprocuradora Geral do Estado
Consultoria Geral

Parecer da Procuradoria Administrativa

PROCESSO: 18487-966718/2017

INTERESSADO: FUNDAÇÃO CASA - CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO AO ADOLESCENTE

PARECER: PA nº 46/2018

EMENTA: SERVIDOR TRABALHISTA. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Reforma Trabalhista. Gratificação de Função. Artigo 468, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho. A inovação legal não afeta incorporações ocorridas antes de sua entrada em vigor, em respeito ao direito adquirido, mantendo-se, no ponto, intocada a orientação firmada no Parecer PA nº 43/2013. As normas regulamentares que determinam incorporações integram o contrato laboral (critério da aderência plena) e não são afetadas pela Reforma Trabalhista. Parcialmente prejudicado o exame conclusivo da consulta formulada diante da ausência de elementos. Direito intertemporal e Reforma Trabalhista. Matéria controvertida e que merece o acompanhamento da evolução da jurisprudência para formulação de orientação geral à Administração Pública. Ementário da Consultoria Jurídica.

1. Cuida-se de consulta formulada pelo Senhor Secretário de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania, enquanto responsável pelo expediente da Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente - FUNDAÇÃO CASA/SP concernente à aplicação do parágrafo 2º ao artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (fls. 2/3).
2. De acordo com o órgão jurídico da Fundação, conquanto o Plano de Cargos, Carreiras e Salários - PCCS adotado no ano de 2013, em seu artigo 27¹, garanta a incorporação da gratificação de função por simples reque-

1 Segundo reproduzido às fls. 4vº: “Artigo 27 – Ao empregado abrangido pelo Artigo 12 na data de entrada em vigor do presente Plano, será garantida uma Gratificação de Função Incorporada – GFI, caso já perceba tal vantagem pecuniária, ou quando retornar ao seu cargo de origem, se tiver permanecido no cargo ou função por período supe-

rimento administrativo, até o máximo de 3 (três) décimos, muitos servidores socorrem-se ao Poder Judiciário, que vem lhes reconhecendo a aplicação do artigo 133 da Constituição Estadual. De outro turno, aduz que a Reforma Trabalhista abalou a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho cristalizada na Súmula 372, a qual assegurava a manutenção do pagamento da gratificação de função quando o empregado for revertido à função de origem, sem justo motivo, após dez anos na função comissionada. Diante das circunstâncias reportadas, o órgão jurídico da Fundação suscita o seguinte questionamento à Procuradoria Geral do Estado:

Será aplicada a nova regra aos cargos comissionados que já exerciam esta função quando da entrada do novo PCCS 2013, ou seja, não terão direito à gratificação de função de 3/10; ou permanecerá o direito à percepção via administrativa, bastando que seja feito o requerimento?
(fls. 4/8)

3. Manifestou-se ao cabo a Assessoria de Empresas e Fundações, do Gabinete do Procurador Geral do Estado, por meio do criterioso Parecer AEF nº 6/2018² (fls. 10/21), aprovado pelo Procurador do Estado Assistente respondendo pelo expediente do órgão de assessoria³ (fls. 22/27), o qual apresentou as seguintes conclusões:

25. Por todo o exposto, entendo que o §2º do art. 468 da CLT importou a superação da Súmula nº 372 do TST, pelo que, após a entrada em vigor da reforma trabalhista, o empregado revertido ao emprego permanente não faz jus à manutenção da gratificação de função, independentemente do período em que exerceu a função ou do motivo da reversão.

Com relação aos empregados revertidos ao emprego permanente antes da entrada em vigor da Lei federal nº 13.467/2017, diante da existência de direito adquirido, subsiste o entendimento firmado no Parecer PA nº 43/2013, que conclui pela necessária observância da Súmula nº 372 do TST.

26. Por outro lado, a inovação legislativa ora em exame não derroga o regulamento interno da Fundação no que toca à incorporação de até 3/10 da gratificação de função, cuja disposição encontra-se vigente e deve ser observada.

rior a 3 (três) anos. §1º - O valor da GFI será igual a tantos décimos da última Gratificação de Função percebida, tantos quantos forem os períodos de 3 (três) anos em que tenha permanecido no exercício de Gratificação de Função ou Cargo de Livre Provimento, até um máximo de 3 (três) décimos. §2º - Não fará jus à GFI o empregado designado para exercício de uma Função Gratificada ou Cargo de Livre Provimento após a implantação deste Plano”.

2 De autoria da Procuradora do Estado Renata Santiago Pugliese.

3 Procurador do Estado Vinicius Teles Sanches.

27. Não obstante as conclusões ora apresentadas, não é possível afirmar se a nova disposição legal será reputada constitucional pelo Judiciário e, caso seja, em que medida será interpretada. Entretanto, diante do princípio da legalidade e da presunção de constitucionalidade das normas, cabe ao administrador público, com as cautelas necessárias, aplicar a lei em vigor, podendo, futuramente, caso haja a declaração de inconstitucionalidade da norma, rever seus atos.

4. Ante a repercussão da matéria, em especial no âmbito das Autarquias que têm em seus quadros servidores admitidos pela legislação trabalhista, bem ainda a diretriz firmada no Parecer PA nº 43/2013, propôs o órgão de assessoria do Gabinete do Procurador Geral do Estado a oitiva desta Especializada, com o que anuiu a Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria (fls. 28).

Feito o relato do essencial, opinamos.

5. Dentre as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista (Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017), o tema tratado neste expediente é um que vem causando intenso debate no meio jurisprudencial e doutrinário. Nos termos do acréscimo trazido ao artigo 468, por meio do parágrafo 2º, *verbis*:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.

(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

6. Como Vólia Bonfim Cassar bem anotou, “A intenção do legislador foi, sem dúvida, alterar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, contido na Súmula 372, I”⁴. De fato, havia entendimento cristalizado por aquela Corte no seguinte sentido:

4 *Direito do Trabalho: de acordo com a Reforma Trabalhista e a MP 808/2017*. 15ª edição. São Paulo: Método, 2018, p. 790.

SÚMULA 372 - GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 45 e 303 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003) (g.n.)

7. Logo, a teor do novel parágrafo 2º do artigo 468, a reversão do empregado ao posto permanente, com ou sem justo motivo, não mais autoriza a incorporação da gratificação de função, independentemente do tempo de exercício nos postos de confiança.
8. Estamos diante do que a doutrina convencionou denominar de **jus variandi extraordinário**, o qual se traduz na prerrogativa empresarial em “implementar modificações contratuais eventualmente desfavoráveis ao obreiro *nos precisos e restritos limites da autorização direta ou indireta contida na ordem jurídica trabalhista*”⁵. Cuida-se, assim, de situação excepcionadora à regra da vedação a alterações contratuais lesivas ao empregado (art. 468, *caput*, CLT).
9. A par disso, não se pode perder de vista que a gratificação de função é espécie de salário-condição⁶, visando, pois, a compensar o maior desgaste do empregado no desempenho de funções de maior responsabilidade. Logo, cessadas as circunstâncias que ensejam a contraprestação pela gratificação de função é, em princípio, lícita sua supressão. Sergio Pinto Martins aborda o tema sob esta perspectiva ao afirmar que “não constitui redução de salário a cessação do pagamento da gratificação”, eis que o fato gerador deste estipêndio é o exercício do cargo de confiança⁷. Cuida-se de hipótese excepcionadora à regra da irredutibilidade salarial, consoante a doutrina de Mauricio Godinho Delgado: “Uma segunda restrição à regra da irredutibilidade salarial diz respeito à circunstância de que a garantia não atinge as parcelas salariais tidas como condicionadas. Efetivamente, o chamado salário-condição pode ser até

5 Grifos no original da doutrina de Mauricio Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho*. 17ª edição. São Paulo: LTr, 2018, p. 1210).

6 Cf. Vólia Bonfim Cassar (ob. cit., p. 790).

7 *Direito do Trabalho*. 34ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 450.

mesmo suprimido, caso desaparecidas as circunstâncias responsáveis por seu pagamento”⁸.

10. Não se faz em jogo, contudo, o exame da constitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 468 da CLT, introduzido pela Reforma Trabalhista. Conquanto não se tenha notícia da deflagração de controle em sede abstrato da norma ora debatida⁹ e esta conte com o endosso de parcela da doutrina que divisava no referido enunciado sumular evidente violação ao princípio da legalidade¹⁰, é certo que respeitados autores advogam a inconstitucionalidade de tal retrocesso no direito dos trabalhadores¹¹, de modo que cumprirá à Administração e aos órgãos jurídicos acompanhar o desenlace do tema no âmbito do Poder Judiciário. Enquanto não retirada do ordenamento jurídico, cumpre-lhe o seu acatamento, com as cautelas que o tema inspira.
11. Dito isso, avancemos à consulta formulada neste expediente. Já de início, releva registrar o entendimento firmado e revigorado ao longo de décadas nesta Instituição no sentido da inaplicabilidade da incorporação de décimos de diferença remuneratória prevista no art. 133 da Constituição Estadual¹² aos servidores admitidos sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho¹³. Não é desconhecida a jurisprudência dos Tribunais trabalhistas em sentido diverso, contudo, a diretriz ora vigente preconiza a aplicabilidade do referido dispositivo apenas aos servidores ocupantes

8 Ob. cit., pp. 930/931.

9 Segundo matéria veiculada no site Conjur, na qual se divulgou tabela de ADI s interpostas até o momento no Supremo Tribunal Federal contra dispositivos da Reforma Trabalhista (disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-05/supremo-registra-primeira-acao-favor-reforma-trabalhista>, acesso aos 17 ago. 2018).

10 É a opinião de Roberto Dala Barba Filho: “Embora compreenda as razões que levaram à construção jurisprudencial mencionada por Mauricio Godinho Delgado, e que inspiraram e serviram de precedente para o atual item I da Súmula acima transcrita, a verdade é que sempre foi muito difícil de escapar à conclusão de se tratar de uma afronta ao princípio da legalidade. Não é possível falar-se, do ponto de vista jurídico, nem a legislação trabalhista abona esta construção, da existência de um princípio de ‘estabilidade financeira’” (*Reforma Trabalhista & Direito Material do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 187).

11 V. Luciano Martinez (*Reforma Trabalhista - entenda o que mudou: CLT Comparada e Comentada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 15/17). Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado ressaltam “o caráter anti-humanista e antissocial da Lei da Reforma Trabalhista, dirigida, essencialmente, à redução de custos trabalhistas e previdenciários em favor da empresa empregadora” (*A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 175).

12 Verbis: “Artigo 133 - O servidor, com mais de cinco anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha a exercer cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo de que seja titular, ou função para a qual foi admitido, incorporará um décimo dessa diferença, por ano, até o limite de dez décimos”.

13 V. Pareceres PA 67/2015, PA 7/2011, PA-3 216/1991, PA-3 110/1990.

de cargo ou função, em sentido estrito, uma vez submetidos a normas próprias os servidores regidos pela legislação trabalhista.

12. No tocante ao enfrentamento da questão suscitada pela Fundação – relativamente à aplicação da inovação legal trazida pela Reforma Trabalhista aos empregados que se encontram albergados pelas regras do PCCS da Fundação –, convém desde logo registrar que os autos não trazem a íntegra do Plano de Carreiras, Cargos e Salários vigente, para que se possa analisar corretamente o teor da cláusula que garantiria o direito à incorporação.
13. Aparentemente a norma regulamentar em questão beneficia apenas os trabalhadores que já recebiam gratificação de função ao tempo de sua edição, como se infere do parágrafo 2º do art. 27, transcrito a fls. 4 v.¹⁴. Não se sabe, entretanto, como vem procedendo a Fundação Casa em casos concretos, tendo em vista o teor da Súmula nº 372 do TST que estabelecia a incorporação não apenas de três, mas de dez décimos da referida gratificação; também se desconhece se o referido enunciado sumular vinha sendo observado pela Fundação nas hipóteses de empregados não abrangidos pela disposição regulamentar.
14. Sem todos esses elementos, não há como oferecer resposta segura à consulta, de modo que o opinativo terá em mira abordar alguns aspectos relevantes relacionados à questão em tese posta pela Fundação, nos limites dos elementos que instruem os autos.
15. A primeira situação a ser analisada é relativa aos empregados que alcançaram dez anos de exercício de cargo comissionado ou função de confiança na Fundação **antes da entrada em vigor da reforma trabalhista**. Viável, nesta hipótese, a incorporação da gratificação de função nos exatos termos da Súmula 372, I do Tribunal Superior do Trabalho, sem que se possa cogitar de supressão desse direito, por se cuidar da aplicação meridiana e indiscutível do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o qual assegura a inviolabilidade do direito adquirido. Nesse mesmo sentido dispõe o art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, *verbis*:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

.....

14 Reproduzido na nota de rodapé nº 1.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.

.....

16. Confira-se, a propósito, a orientação já assentada pela II Subseção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho estampada no recentíssimo acórdão proferido nos autos dos Embargos de Declaração em Recurso Ordinário nº 21284-38.2017.5.04.0000, da Relatoria do Min. ALEXANDRE AGRA BELMONTE, JULGADO EM 26 DE JUNHO DE 2018, DO QUAL SE COLHE A SEGUINTE EMENTA:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESTABELECIMENTO DO PAGAMENTO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO EXERCIDA POR MAIS DE DEZ ANOS. AQUISIÇÃO DO DIREITO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE FINANCEIRA. SÚMULA 372, I, DO TST.

1 - Nas razões de embargos de declaração, o Banco do Brasil – litisconsorte – afirma que esta Subseção incorreu em omissão/contradição quanto à conclusão de que deve ser mantida a decisão de restabelecimento do pagamento da gratificação de função ao impetrante em virtude da reforma legislativa operada pela Lei 13.467/2017, em que fora consolidado entendimento oposto ao estabelecido na Súmula 372, I, desta Corte.

2 - Não se verifica no acórdão embargado vício para determinar efeitos infringentes aos declaratórios, porém a controvérsia merece maiores esclarecimentos em decorrência da questão temporal e das alterações legislativas ocorridas na norma celetista.

3 - No caso concreto, é fato incontroverso o exercício de funções comissionadas no período superior a dez anos (4/2/2005 até 31/1/2017).

4 - A reforma trabalhista, estabelecida pela Lei 13.467/2017, dentre as suas diversas alterações, introduziu um segundo parágrafo ao art. 468 da CLT, o qual passou a dispor que: “A alteração de que trata o § 1º deste artigo [antigo parágrafo único], com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função”.

5 - Como visto, a redação deste dispositivo (art. 468, § 2º, da CLT) vai de encontro ao que prevê a Súmula 372, I, desta Corte, levantando questionamentos quanto à sua aplicabilidade a fatos e situações contratuais prévias à sua vigência.

6 - O art. 5º, XXXVI, da Carta Magna e o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB dispõem que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A título argumentativo cita-se ainda o estabelecido no art. 5º, XL, da CF que consagra o princípio da irretroatividade da norma penal para prejudicar o réu, bem como o disposto no artigo 150, III, “a”, também da CF, que constitui um dos mais importantes princípios constitucionais limitadores da tributação, o qual prevê a impossibilidade da cobrança de tributo sobre fatos que aconteceram antes da entrada em vigor da lei que o instituiu - irretroatividade da lei tributária.

7 - Dessa forma, conclui-se que a regra geral adotada pelo ordenamento jurídico pátrio é de que a lei nova não será aplicada às situações constituídas sob a vigência da lei revogada ou modificada (princípio da irretroatividade). Este princípio visa a assegurar a segurança, a certeza e a estabilidade jurídica.

8 - Assim, os empregados que completaram 10 anos de exercício de cargo comissionado ou função de confiança antes da entrada em vigor da reforma trabalhista serão beneficiados pela Súmula 372 deste Tribunal, que interpretou o disposto na redação original do art. 468 da CLT (legislação modificada) e, portanto, terão garantido o direito à incorporação do valor da gratificação percebida, o que se aplica ao caso dos autos.

9 - Ressalta-se que, em julgamentos atuais e semelhantes, esta subseção reconheceu o direito à tutela antecipatória. Precedentes. Embargos de declaração conhecidos e providos apenas para prestar esclarecimentos sem a concessão de efeito modificativo.

(ED-RO - 21284-38.2017.5.04.0000 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 26/06/2018, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 29/06/2018)

(g.n.)

17. Logo, o parágrafo 2º do artigo 468, incluído pela Reforma Trabalhista, não afeta incorporações ocorridas antes de sua entrada em vigor, em respeito ao **direito adquirido**, mantendo-se, no ponto, intocada a orientação firmada no Parecer PA nº 43/2013¹⁵. Como bem anotou a parecerista preopinante:

Com relação aos empregados revertidos ao emprego permanente antes da entrada em vigor da Lei federal nº 13.467/2017, diante da existência de direito adquirido, subsiste o entendimento firmado no Parecer PA nº 43/2013, que conclui pela necessária observância da Súmula nº 372 do TST.

15 De autoria da Procuradora do Estado Célia Almendra Rodrigues e aprovado superiormente.

18. De se observar, contudo, que, ao contrário do que concluiu a Assessoria de Empresas e Fundações, pensamos que a garantia da proteção ao direito adquirido socorre igualmente aqueles empregados que, embora não tenham retornado ao emprego permanente antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, alcançaram, até essa data, dez anos de percepção de gratificação de função. Com efeito, não nos parece ser requisito para a constituição do direito à incorporação a reversão ao posto de origem.
19. De outro passo, acompanhamos o entendimento do órgão de assessoria relativamente à espécie de **aderência das normas regulamentares ao contrato de trabalho**. Conquanto a doutrina seja dividida no reconhecimento do regulamento de empresa como fonte formal de direito¹⁶, parece ser unânime a compreensão de que, uma vez fixadas, as normas regulamentares ingressam nos contratos individuais dos empregados como se fossem cláusulas desses contratos. Trata-se do entendimento vertido na **Súmula 51, I, do TST**¹⁷ e ensinado por MAURICIO GODINHO DELGADO, COM O DIDATISMO DE SEMPRE, NOS SEGUINTE TERMOS:

Registre-se que, à medida que a jurisprudência tem negado caráter de norma jurídica aos preceitos componentes de regulamentos empresariais – considerando-os meras cláusulas do contrato –, também os preceitos desse tipo de diploma submetem-se à regência padrão aplicável às cláusulas contratuais (isto é, o **critério da aderência plena**, salvo modificação mais favorável). Noutras palavras, **os dispositivos de regulamento de empresa, após editados, aderem aos contratos obreiros, neles permanecendo ainda que alterado, posteriormente, o respectivo regulamento**. É o que está, ilustrativamente, sedimentado na Súmula nº 51, I, do TST.¹⁸

(g.n.)

16 Como bem retratado na doutrina de Vólia Bonfim Cassar, “o regulamento em seu todo não é fonte de direito por constituir-se em uma regra relativa à atividade econômica do empregador. Outros argumentam que não pode ser fonte de direito por se tratar de fonte unilateral, isto é, expedida por um só agente: o empregador. Não incluem o regulamento de empresa como fonte formal de Direito do Trabalho: Délio Maranhão, Süsskind e Martins Catharino. Sob o argumento de que o regulamento cria direitos abstratos e gerais para os trabalhadores, Orlando Gomes, Russomano, Amauri, Valentim Carrion, Evaristo de Moraes Filho e Sergio Pinto Martins incluem o regulamento como fonte de direito” (ob. cit., p. 90) (sem a transcrição das notas de rodapé).

17 “SUM -51 NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973) II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-I - inserida em 26.03.1999)”.

18 Ob. cit., p. 282.

20. É também como pensa Délio Maranhão, para quem a adesão tácita ou expressa dos empregados às cláusulas regulamentares sobre condições do trabalho tornam-nas bilaterais, passando, assim, a integrar os contratos de trabalho, “criando para os empregados um *direito contratualmente adquirido*”¹⁹.
21. Logo, as disposições regulamentares contidas no PCCS da Fundação incorporaram ao contrato laboral e estão protegidas na condição de direito adquirido, “e o fato de haver alteração na fonte heterônoma não afeta os efeitos produzidos pelas demais fontes de direito, e nem mesmo a Lei 13.467/17 dispõe de forma contrária neste aspecto”²⁰. Endossamos, no ponto, o entendimento manifestado pelo órgão de assessoria quando assevera que
- o advento de norma geral trabalhista afastando a manutenção do pagamento de gratificação de função não parece implicar a derrogação de norma regulamentar mais protetiva, que prevê a incorporação parcial de gratificação de função como benefício transitório, como é o caso do PCCS da Fundação CASA.
22. Finalmente, pedimos vênias para nos apartar do entendimento do órgão de assessoria relativamente aos empregados em exercício em postos de confiança e que não lograram reunir os requisitos para a incorporação antes do início da vigência da Lei nº 13.467/2017²¹. Isto porque há considerável discussão sobre a aplicabilidade de lei nova *in pejus* aos contratos celebrados anteriormente ao início da vigência da Reforma Trabalhista.
23. O estudo do direito intertemporal adquire contornos de especial complexidade no Direito do Trabalho em razão do caráter de trato sucessivo dos contratos laborais e da multiplicidade de fontes normativas e contratuais que caracteriza o ordenamento justrabalhista. Assim, além de sofrer os elementares influxos das teorias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, a doutrina e a jurisprudência são marcadas pelo debate acerca da espécie de aderência contratual que incide sobre as normas jurídicas

19 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol.1, 22ª edição. São Paulo: LTr, 2005, p. 535.

20 BARBA FILHO, Roberto Dala. *Reforma Trabalhista & Direito Material do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2018, pp. 15/16.

21 Segundo o órgão jurídico preopinante, havia “mera expectativa de direito de manter a gratificação percebida quando de sua reversão – frustrada pelo advento de lei nova que dispõe de forma diversa – e considerando inexistir direito adquirido a regime jurídico, não me parece relevante a data de celebração do contrato de trabalho ou o momento em que começou a perceber a gratificação de função; na verdade, há que se considerar, apenas, a data em que o empregado preencheu os requisitos para a incorporação” (fls. 18).

– se será plena ou absoluta, como ocorre com as cláusulas contratuais ou regulamentares – ou relativa.

24. O tema vem dividindo a doutrina²² e a aplicação das normas alteradas pela Reforma Trabalhista aos contratos em curso é assunto controvertido no âmbito da última instância em matéria trabalhista. Com efeito, no bojo de Correição Parcial contra decisão proferida por tribunal regional que manteve determinação para que o requerente (Banco do Brasil) mantivesse e se abstinhasse de suprimir o pagamento correspondente à função gratificada recebida por seus empregados por 10 (dez) anos ou mais, assim decidiu o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, do qual colhemos o seguinte trecho de sua decisão monocrática proferida no dia 25 de janeiro de 2018:

Este Presidente tem decidido pelo cabimento de medida correicional nos casos de ofensa inequívoca do texto legal. Como exemplo, podem ser citadas liminares concedidas na hipótese de resistência à aplicação de dispositivo da Reforma Trabalhista, sobre despedida coletiva de empregados, violado em sua literalidade, sem verbete jurisprudencial em vigor que o contrarie, e com sinalização plenária do TST de adaptação da jurisprudência da Corte ao disposto na Lei nº 13.467/2017.

No entanto, ainda que a posição pessoal deste Presidente seja no sentido de aplicação literal do disposto no § 2º do art. 468 da CLT, a permitir a reversão do empregado ao cargo original sem a possibilidade de incorporação da gratificação de função, independente do tempo de exercício da função de confiança, ou do motivo da reversão, o fato é que a matéria é de interpretação controvertida, e amparada no argumento do direito adquirido e da aplicação da atual Súmula 372 do TST. Nessa linha, a Comissão de Jurisprudência desta Corte sugeriu a alteração do verbete citado, havendo divergência entre os Ministros integrantes, **justamente pelas possibilidades interpretativas de supressão da gratificação de**

22 Dentre os autores que defendem a aplicação das normas alteradas em direito material pela Reforma Trabalhista somente aos novos contratos, citamos Sergio Pinto Martins (*Reforma Trabalhista: comentários às alterações das Leis nº 13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida Provisória nº 808/2017*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 209/2010) e Luciano Martinez (ob. cit., pp. 15/17). Parcela significativa da doutrina, contudo, inclina-se à aplicação geral e imediata das normas (CLT, art. 912), respeitados os direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), como encontramos na lição de Délio Maranhão (ob. cit., p. 172); Alice Monteiro de Barros (*Curso de Direito do Trabalho*. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2007, pp. 166/168); Octavio Bueno Magano (*Manual de Direito do Trabalho*. 4ª edição. São Paulo: LTr, 1993, pp. 132/135); Vólia Bomfim Cassar e Leonardo Dias Borges (*Comentários à Reforma Trabalhista*. 2ª edição. São Paulo: Método, 2018, pp. 3/4); Roberto Dala Barba Filho (ob. cit., pp. 13/19) e Gustavo Filipe Barbosa Garcia (*Reforma Trabalhista: Análise crítica da Lei 13.467/2017*. 3ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, pp. 403/406).

função caso a reversão ocorra na vigência da Lei nº 13.467/2017 ou do reconhecimento do direito adquirido dos empregados que já alcançaram 10 anos de exercício da função ao tempo da vigência do § 2º do art. 468 da CLT. Com isso, **a decisão impugnada não é teratológica, envolve interpretação controvertida de novo dispositivo legal e ampara-se em súmula atual deste Tribunal.** Com isso, não cabe à instância correicional atuar sobre a decisão impugnada, seja para analisar a viabilidade da ação civil pública, seja para analisar a configuração de motivo justo para a reversão, seja para cassar a liminar deferida para fins de antecipação da tutela.

(CorPar 1000019-37.2018.5.00.0000, Min. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, DEJT 25/01/2018)

(grifos nossos e no original)

25. Por conseguinte, cuidando-se de matéria de controvertida interpretação, bem ainda pendente o trabalho final da comissão instaurada para discutir propostas de revisão de súmulas e orientações jurisprudenciais em função das mudanças introduzidas pela Reforma Trabalhista²³⁻²⁴, no qual incluída proposta de aplicação do parágrafo 2º do artigo 468 da CLT somente aos contratos firmados após 11 de novembro de 2017, conforme amplamente divulgado na mídia²⁵, entendemos, respeitosa-mente divergindo do órgão jurídico preopinante, prematuro submeter ao Procurador Geral do Estado a fixação de orientação geral sobre o polêmico ponto.

23 Os trabalhos encontram-se suspensos em razão da deliberação em se aguardar o julgamento de arguição de inconstitucionalidade do artigo 702, inciso I, alínea “f”, da CLT, que estabelece o procedimento para edição e alteração da jurisprudência do Tribunal (disponível em http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24515894, acesso aos 21 ago.2018).

24 O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou a Instrução Normativa nº 41, de 21 de junho de 2018, que explicita aplicação de normas de direito processual relativas à Reforma Trabalhista. Já no tocante às questões de direito material, a comissão incumbida pelos trabalhos consignou que serão elas “discutidas caso a caso, no julgamento no primeiro e no segundo graus, bem assim no julgamento dos recursos sobre os temas que chegarem ao TST. A parte do direito material constante da reforma é a que trata de temas como férias, tempo à disposição do empregador, teletrabalho, reparação por dano extrapatrimonial, trabalho intermitente e extinção do contrato por comum acordo. ‘Em relação a esses temas, deverá haver uma construção jurisprudencial a partir do julgamento de casos concretos’, explica o ministro Aloysio” (disponível em http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24604377, acesso aos 21 ago.2018).

25 Notícia veiculada no site do jornal “O Estado de S. Paulo” (disponível em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/para-ministros-do-tst-pontos-da-lei-trabalhista-so-valem-em-contrato-novo,70002143533>, acesso aos 20 ago.2018).

26. Em sendo colhidos novos elementos, preferencialmente a partir de casos concretos com que venha a se deparar a Administração, o assunto poderá a vir a ser examinado de forma conclusiva por esta Especializada.
27. Das considerações expostas, parece-nos possível firmar as seguintes conclusões sobre o tema, conquanto parcialmente prejudicado o exame conclusivo da consulta formulada diante da ausência de elementos, nos termos adrede apontados:
- (i) o parágrafo 2º do artigo 468, incluído pela Reforma Trabalhista, não afeta incorporações ocorridas antes de sua entrada em vigor, em respeito ao direito adquirido, mantendo-se, no ponto, intocada a orientação firmada no Parecer PA nº 43/2013;
 - (ii) a garantia da proteção ao direito adquirido socorre igualmente aqueles empregados que, embora não tenham retornado ao emprego permanente antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, alcançaram, até essa data, dez anos de percepção de gratificação de função;
 - (iii) as normas regulamentares que determinam incorporações integram o contrato laboral (critério da aderência plena) e não são afetadas pela Reforma Trabalhista;
 - (iv) a fixação de orientação geral da Instituição sobre a forma de aplicação da regra do parágrafo 2º do art. 468, afora as hipóteses acima, depende de elementos de convicção mais seguros, preferencialmente obtidos a partir do exame de casos concretos e da verificação da evolução da jurisprudência sobre o assunto, ainda incipiente.

É o parecer, subscritura.

São Paulo, 24 de agosto de 2018.

SUZANA SOO SUN LEE
Procuradora do Estado
OAB/SP nº 227.865

PROCESSO: 18487-966718/2017

INTERESSADA: FUNDAÇÃO CASA – CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO AO ADOLESCENTE

PARECER: PA nº 46/2018

Coloco-me de acordo com o bem-elaborado **Parecer PA nº 46/2018** e com as conclusões alcançadas em seu derradeiro item, que refletem cautela no trato de assunto de ainda minguado desenvolvimento.

Igualmente, tenho por prematura a fixação de orientação geral de espectro mais amplo sobre a forma de aplicação do art. 468, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, incluído pela Lei nº 13.467, de 13 de janeiro de 2017, dada a oscilação inicial da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria e a necessidade de melhor contextualização das dúvidas jurídicas a partir de casos concretos conhecidos pelas autoridades administrativas.

Por ora, recomendo seja deferida aos órgãos jurídico-consultivos competentes – nomeadamente, as Consultorias Jurídicas, o Núcleo de Direito de Pessoal da Subprocuradoria Geral do Estado da Consultoria Geral e a Assessoria de Empresas e Fundações do Gabinete do Procurador Geral do Estado – a análise de questões pontuais que não tenham sido apreciadas no parecer e que demandem pronta resposta, sem prejuízo de nova intervenção desta Especializada quando satisfeitos os pressupostos legais de sua atuação.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, com proposta de aprovação do opinativo em apreço.

P.A., em 31 de agosto de 2018.

DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa
OAB/SP nº 245.540

PROCESSO: 18487-966718/2017

INTERESSADO: FUNDAÇÃO CASA - CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIO-EDUCATIVO AO ADOLESCENTE

ASSUNTO: Ofício G.P. nº 1736/2017. Solicita orientação sobre como proceder em relação ao disposto no artigo 468, § 2º, acrescentada pela Lei nº 13.467/2017, a chamada reforma trabalhista. Encaminha Parecer AJ/Trabalhista nº 421/2017.

PARECER: PA nº 46/2018

Aprovo o Parecer PA nº 46/2018, por seus próprios fundamentos e com os acréscimos trazidos pelo Chefe da Procuradoria Administrativa. Tal como mencionado na peça opinativa, entendo que a matéria ainda não se encontra suficientemente amadurecida a ensejar orientação geral sobre o tema, especialmente considerando a incerteza quanto à interpretação a ser dada pelos tribunais superiores.

Dê-se ciência²⁶ e, após, restitua-se à d.Assessoria de Empresas e Fundações. SubG-Consultoria, 21 de dezembro de 2018.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Procuradora Geral do Estado Adjunta
Consultoria Geral

26 Listagem PA completa.

Consultoria

55) PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM RECÍPROCA. CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NOTARIAIS E DE REGISTRO. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE ANALISOU A ADI Nº 4420.

Afirmção do direito dos segurados da Carteira de Previdência das Serventias à contagem recíproca, como solução para eventual insuficiência financeira do sistema. Exercício do direito que apenas haverá de ser cogitado na hipótese de insolvência da Carteira, como meio de viabilizar a responsabilização do Estado por assegurar as expectativas de direito daqueles que, quando do advento da Lei Estadual nº 14.016/2010, estavam vinculados ao sistema. Capítulo do julgado que por ora não repercute sobre a jurisprudência administrativa que limita a contagem recíproca do tempo de contribuição à Carteira de Previdência das Serventias ao período anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Precedentes: Pareceres PA nº 93/2009, 14/2012, 43/2012, 75/2012, 34/2013, 71/2014, 94/2014, 21/2018 e 22/2018. (Parecer PA 62/2018 –Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 4 de dezembro de 2018)

56) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 11.655/2018,

DO MUNICÍPIO DE SOROCABA. Dispõe sobre a obrigatoriedade do diploma de técnico em radiologia ou tecnólogo em radiologia, para a operação de equipamentos e fontes emissoras de radiação corpuscular e eletromagnética, no Município de Sorocaba. CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO DE PROFISSÕES (ART. 22, XVI, CF). Competência legislativa privativa da União. Operação de equipamentos (scanners) para inspeção de controle de segurança em penitenciárias. Interferência em atividade de competência do Estado. Violação ao pacto federativo (art. 1º CF). Violação ao art. 144 CE. Inconstitucionalidade do diploma municipal recentemente reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Parecer PA 61/2018 –Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 17 de dezembro de 2018).

57) SERVIDOR TRABALHISTA. FÉRIAS. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. LICENÇA NÃO REMUNERADA. A licença não remunerada é hipótese consensual de suspensão do contrato de trabalho que encontra fundamento do artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho. Despacho aditivo da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral no Parecer PA nº 65/2016. A licença não remunerada a pedido do empregado

acarreta a suspensão da contagem do período aquisitivo de férias do empregado, a qual se reiniciará, pelo tempo restante, quando o empregado retornar às funções, até completar “doze meses de vigência do contrato de trabalho” (art. 130, *caput*, da CLT). Precedentes: PA nº 7/2006. (Parecer PA 60/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 17 de dezembro de 2018)

58) PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. Vistoria de veículos. Proposta de credenciamento de pessoas jurídicas de direito privado para a execução de atividade material acessória à vistoria de identificação veicular, caracterizada como mera constatação objetiva de fatos por meio de sistema e equipamentos eletrônicos, sem conteúdo decisório, desde que esteja submetida a efetivo controle e fiscalização de servidores públicos do DETRAN-SP. Distinção entre atividade material acessória e exercício de poder de polícia. Precedente: Parecer PA nº 167/2010. Nova regulamentação introduzida pela Resolução CONTRAN nº 466/13. Viabilidade, em tese, do credenciamento, com adendo relativo às conclusões do Parecer PA nº 167/2010. Necessidade de analisar as normas que regulamentam as situações envolvendo atuação de particulares auxiliares ao exercício do poder de polícia. Observações acerca da Portaria DETRAN-SP nº 68/17. (Parecer PA 53/2018 –Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 22 de novembro de 2018).

59) CONVÊNIO DE TRÂNSITO. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS

MUNICIPAIS AO ESTADO. Dúvida quanto à viabilidade de delegação de competências municipais, previstas no art. 24 do Código de Trânsito Brasileiro (“CTB”), ao Estado, por meio da Secretaria de Segurança Pública e do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/SP. Município não integrado ao Sistema Nacional de Trânsito (“STN”). Viabilidade. (Parecer PA 47/2018 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 22 de novembro de 2018)

60) PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ILÍCITO FUNCIONAL TAMBÉM DEFINIDO COMO CRIME. TRÂNSITO EM JULGADO DE ACÓRDÃO QUE DECLAROU A ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA DO AGENTE, POR INIMPUTABILIDADE ABSOLUTA À ÉPOCA DOS FATOS (ART. 26, “CAPUT”, DO CÓDIGO PENAL). HIPÓTESE DE COMUNICABILIDADE ENTRE AS INSTÂNCIAS. Embora não haja disposição legal expressa a determinar que o reconhecimento da inimputabilidade absoluta do agente na seara criminal lance efeitos sobre a seara disciplinar, considerando que a inimputabilidade do agente é elemento essencial à caracterização do ilícito disciplinar e que não há diferença ontológica entre inimputabilidade criminal e inimputabilidade disciplinar, de rigor concluir que também nesta hipótese a absolvição criminal repercute sobre o resultado do processo administrativo disciplinar em que se apura o mesmo fato. Interpretação extensiva do arti-

go 65 do Código de Processo Penal. No caso concreto, sugere-se o provimento do recurso, com a consequente reintegração do servidor, seguida de seu encaminhamento à inspeção médica oficial, com o fito de perquirir, na atualidade, a caracterização de eventual direito a licença para tratamento de saúde ou aposentadoria por invalidez. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 152/1974, 8/1978, 204/1982, 316/1995, 156/1996, 72/1997 e 272/2001; e PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA Parecer PA nº 54/2018 Página 2 de 15 Pareceres PA nº 327/2003, 110/2005, 85/2006, 142/2008, 155/2008, 68/2011 e 88/2015. (Parecer PA 54/2018 –Aprovado pelo Procuradora Geral do Estado em 22 de novembro de 2018)

61) SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADOR DO ESTADO. CARREIRA. CONCURSO DE PROMOÇÃO. PROMOÇÃO POR MERECE. VEDAÇÕES. Inteligência do art.98, I, da Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015. Lei Orgânica da procuradora Geral do Estado. Distinção entre membros efetivos do Conselho e substitutos legais ou suplentes. Impedimento de concorrer que recai apenas para os primeiros. Exegese restritiva de disposição excepcional. Suplentes que apenas se consideram membros efetivos

na hipótese de perda de mandato dos respectivos Conselheiros titulares, nos termos do art.35 do Decreto Estadual nº 62.218, de 14 de outubro de 2016. (Parecer PA 54/2018 –Aprovado Pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo Expediente da PGE em 9 de novembro de 2018)

62) SERVIDOR TRABALHISTA. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Reforma Trabalhista. Gratificação de Função. Artigo 468, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho. A inovação legal não afeta incorporações ocorridas antes de sua entrada em vigor, em respeito ao direito adquirido, mantendo-se, no ponto, intocada a orientação firmada no Parecer PA nº 43/2013. As normas regulamentares que determinam incorporações integram o contrato laboral (critério de aderência plena) e não são afetadas pela Reforma Trabalhista. Parcialmente prejudicado o exame conclusivo da consulta formulada diante da ausência de elementos. Direito intertemporal e Reforma Trabalhista. Matéria controvertida que merece o acompanhamento da evolução da jurisprudência para formulação de orientação geral à Administração Pública. (Parecer PA 46/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 21 de dezembro de 2018)

Elaborados com base nos informativos divulgados pelo Supremo Tribunal Federal¹

DIREITO CONSTITUCIONAL – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

ADI: Constituição estadual, iniciativa popular para emendas e repasse do ICMS

Em conclusão, o Plenário, ao julgar procedente, em parte, pedido formulado em ação direta, declarou a inconstitucionalidade das expressões “o Procurador da Fazenda Estadual” contida no inciso II (1) do art. 119 e “por qualquer tempo” da parte final do art. 32 da Constituição do Estado do Amapá (2). Por maioria, assentou a inconstitucionalidade do inciso XVII do art. 112 e deu interpretação conforme a Constituição Federal (CF) ao art. 115 (3). O Colegiado considerou improcedente o pleito no tocante ao art. 307 e majoritariamente no que se refere aos arts. 103, IV, e 110, todos da Constituição estadual.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu prejudicado o pedido no que concerne ao art. 31, parágrafo único; ao art. 42, XVIII; ao art. 76, § 4º; ao art. 95, XX e XXIV; ao art. 118, §§ 1º e 5º, da Constituição amapaense e ao art. 52 do respectivo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), haja vista a superveniente revogação dos preceitos.

Reconheceu, por ser mera repetição de norma da CF, a constitucionalidade da previsão de reserva de vagas no serviço público para pessoas portadoras de deficiência (art. 307).

A expressão “por qualquer tempo” foi excluída da parte final do art. 32 porque a necessidade de o prefeito, mesmo em períodos menores do que quinze dias, ter autorização da Câmara Municipal para viagem ao exterior quebra a simetria existente em relação a governador.

Quanto ao art. 115, a Corte conferiu interpretação conforme para limitar a atuação da Procuradoria da Assembleia Legislativa à defesa das prerrogativas inerentes

1 Elaborado com base nos informativos 921 a 927 do STF

ao Poder Legislativo. A representação estadual como um todo, independentemente do Poder, compete à Procuradoria-Geral do Estado (PGE), tendo em conta o princípio da unicidade institucional da representação judicial e da consultoria jurídica para estados e Distrito Federal. No entanto, às vezes, há conflito entre os Poderes. Demais disso, o texto do artigo pode vir a gerar confusão, porquanto prevê concorrência com a PGE.

Vencidos, no ponto, o ministro Edson Fachin e a ministra Rosa Weber, por não vislumbrarem inconstitucionalidade. O ministro avaliou ser desnecessária a interpretação conforme.

Sobre a homologação dos cálculos das quotas do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) devidas aos municípios (art. 112, XVII), o Pleno assinalou que sujeitar o ato de repasse de recursos públicos à homologação de Tribunal de Contas do Estado (TCE) representa ofensa ao princípio da separação e da independência dos poderes. Inclusive porque o percentual que pertence ao município terá sua destinação condicionada a ato do TCE que, ao fim e ao cabo, será da Assembleia Legislativa. Noutro passo, não há semelhança entre a atividade de gerenciamento dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM), exercida pelo Tribunal de Contas da União (TCU), e a de homologação dos cálculos de quotas do ICMS, pelo TCE. Inexiste simetria entre fundos e quotas.

No caso do FPE e do FPM, o próprio TCU efetua os cálculos das quotas-partes cabíveis aos entes federados à luz de estimativas demográficas fornecidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Os fundos de participação são de natureza contábil, desprovidos de personalidade jurídica e de gerenciamento do TCU por força da CF. Situação diversa diz respeito ao repasse obrigatório às municipalidades das verbas arrecadadas pelo estado-membro referente ao ICMS, uma vez que não é fundo financeiro e possui relativa liberdade de conformação. De acordo com o art. 158, IV, da CF, pertence aos municípios 25% do produto da arrecadação do imposto. Nesses termos, o TCE é completamente alheio ao processo alocativo das quotas, da mesma forma que o TCU não participa de repasses na arrecadação de outros tributos, como o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Para o ministro Ricardo Lewandowski, condicionar a distribuição à homologação prévia dos cálculos pelo TCE contraria o que diz o art. 160 (4) da CF e estabelece restrição à entrega e ao emprego dos recursos mencionados na seção “Da Repartição das Receitas Tributárias”. Já o ministro Marco Aurélio observou que o ato de distribuição não é complexo e depende apenas do Executivo, de início.

No tópico, vencidos os ministros Alexandre de Moraes (relator), Gilmar Mendes e Celso de Mello, que entenderam ser constitucional a homologação, pelo TCE,

com base na simetria, por haver mesmo parâmetro do TCU. Tanto os fundos como a distribuição das verbas do ICMS fazem parte da repartição de receitas.

Por fim, o Colegiado assentou que a iniciativa popular de emenda à Constituição do estado (arts. 103, IV, e 110) é compatível com a Constituição da República, nomeadamente o parágrafo único do art. 1º, os incisos II e III do art. 14 e o inciso XV do art. 49 (5). Na democracia, além dos mecanismos tradicionais por meio dos representantes eleitos, há os de participação direta com projeto de iniciativa popular. A Constituição amapaense densifica a ampliação daquilo que a CF não prevê expressamente. Trata-se de certa democratização no processo de reforma das regras constitucionais estaduais. No tocante à simetria, revelou não ser obstativa ante a ausência de regra clara que afaste a faculdade de o estado aumentar os mecanismos de participação direta.

A ministra Rosa Weber consignou a importância da iniciativa popular de emenda para a implantação da democracia participativa no Brasil. O ministro Luiz Fux frisou que, consoante doutrina, o princípio democrático conspira em prol da possibilidade de a iniciativa popular promover emendas constitucionais. Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski acentuou que, em matéria de direitos fundamentais, os estados podem ampliá-los com relação à CF. A soberania e a cidadania são valores máximos abrigados na CF relativamente aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que consideraram inconstitucional a iniciativa popular de emenda. O relator assinalou inexistir parâmetro na CF, que não permite essa iniciativa para proposta de emenda constitucional. Ademais, a CF não deixou vácuo legislativo. O ministro Marco Aurélio destacou que a própria Constituição Federal veio a limitar a iniciativa popular quando não cogitou dela quanto às emendas constitucionais.

- (1) Constituição do Estado do Amapá: “Art. 119. Compete privativamente ao Governador do Estado, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: (...) II – nomear e exonerar o Procurador da Fazenda Estadual, os dirigentes das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista de que o Estado detenha o controle acionário; ”
- (2) Constituição do Estado do Amapá: “Art. 32. O Prefeito e o Vice-Prefeito residirão no Município e dele não poderão se ausentar durante o exercício do mandato, salvo se a ausência não ultrapassar quinze dias, exigindo-se licença prévia da Câmara Municipal para viagem ao exterior por qualquer tempo. ”
- (3) Constituição do Estado do Amapá: “Art. 115. À Procuradoria da Assembleia compete exercer a representação judicial do Poder Legislativo nas ações em que este for parte, ativa ou passiva, sem prejuízo das atribuições da Procuradoria-Geral do Estado. ”
- (4) CF: “Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. ”

⁽⁵⁾ CF: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (...) Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) II – referendo; III – iniciativa popular. (...) Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XV – autorizar referendo e convocar plebiscito;”

ADI 825/AP, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 25.10.2018.
(ADI-825)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA

Ação rescisória: alteração posterior de jurisprudência e segurança jurídica

O Plenário negou provimento a agravo regimental interposto pela União contra decisão que negou seguimento a ação rescisória ajuizada para desconstituir acórdão da Segunda Turma (MS 31.686) que assegurou à impetrante o recebimento de parcela referente ao pagamento do percentual de 26,05% relativo à Unidade de Referência de Preços (URP) de fevereiro de 1989 (Plano Verão).

A autora pretendia rescindir o julgado ao fundamento de que, tempos depois, a Corte mudou seu posicionamento e passou a permitir que o Tribunal de Contas da União analisasse a questão no momento do pedido de aposentadoria e eventualmente glosasse a URP em virtude de reescalamento de carreiras.

Para o Colegiado, é inadmissível ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei na hipótese em que a decisão rescindenda tiver por fundamento texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (Verbete 343 da Súmula do STF). Com base nesse entendimento, determinou que prevaleça a qualidade de imutabilidade dos efeitos da decisão de mérito transitada em julgado proferida pelo acórdão rescindendo.

Asseverou, ainda, que a ação rescisória é via processual inadequada à mera rediscussão de questões já assentadas pelo Tribunal à época do julgamento do qual decorreu a decisão que se pretende desconstituir.

Ademais, uma alteração posterior de jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal (STF) não legitima o pedido rescisório, notadamente em razão de, à época de sua prolação, a interpretação sobre o tema ser controvertida no próprio Tribunal.

Em consonância com o instituto da **prospective overruling**, a mudança jurisprudencial deve ter eficácia **ex nunc**, porque, do contrário, surpreende quem

obedecia à jurisprudência daquele momento. Ao lado do prestígio do precedente, há o prestígio da segurança jurídica, princípio segundo o qual a jurisprudência não pode causar uma surpresa ao jurisdicionado a partir de modificação do panorama jurídico.

AR 2422/DF, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 25.10.2018. (AR-2422)

REPERCUSSÃO GERAL

TRIBUTÁRIO – ICMS

ICMS: aquisição interestadual por contribuinte optante pelo Simples Nacional e antecipação de diferencial de alíquota (DIFAL)

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário – Tema 517 da repercussão geral – em que se discute a constitucionalidade da aplicação de diferencial de alíquota (DIFAL) de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Comunicação e de Transporte Intermunicipal e Interestadual (ICMS) a contribuinte do imposto optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional) nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias para revenda.

O recurso extraordinário em julgamento é anterior à Emenda Constitucional (EC) 87/2015, que alterou a sistemática de cobrança do ICMS incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro estado.

O recorrente postula a reforma da decisão do Tribunal de Justiça local para se considerar a impossibilidade constitucional de pagamento ou recolhimento antecipado do imposto quando o adquirente for contribuinte optante do regime simplificado. Alega ser indevida a cobrança do diferencial de alíquota, de maneira antecipada, sobre as operações em que a mercadoria for destinada à revenda, diante da impossibilidade de posterior creditamento no regime do Simples. A exigência de diferencial somente seria válida na hipótese de aquisição interestadual de mercadoria por contribuinte na qualidade de consumidor final.

De início, o plenário rejeitou a preliminar de prejudicialidade por perda de objeto, apontada pela Procuradoria-Geral da República. Considerou que remanesce interesse recursal na hipótese transcendente, por força do instituto da repercussão geral.

Quanto ao objeto da demanda, o ministro Edson Fachin (relator) ressaltou que o recurso diz respeito às operações interestaduais de aquisição de mercadorias por

contribuinte aderente ao Simples Nacional, cobrando-se o diferencial de alíquota de ICMS na fronteira do estado-membro.

A outra questão suscitada pela parte recorrente, relativa à antecipação do recolhimento do tributo, é objeto do Tema 456 (RE 598.677), com julgamento de mérito já iniciado, no qual se discute a constitucionalidade da cobrança antecipada de ICMS no ingresso de mercadorias adquiridas por consumidor final em outro ente da Federação.

Em relação ao mérito, o relator votou pelo não provimento do extraordinário e pela consequente manutenção do acórdão recorrido. Em seu entendimento, quando da entrada de mercadoria no estado de destino, é constitucional a imposição tributária por esse estado de diferencial de alíquota do ICMS devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos.

Para o ministro Edson Fachin, não há como reputar existente vício formal ou material na legislação questionada. Como regra geral, o art. 13 da Lei Complementar (LC) 123/2006 prevê o recolhimento mensal unificado de diversos impostos e contribuições, incluindo o ICMS. No entanto, essa mesma lei expressamente autoriza a cobrança de diferencial de alíquota mediante antecipação do tributo, nas aquisições em outros estados e no Distrito Federal, nos termos da legislação estadual ou distrital, conforme previsto no art. 13, § 1º, XIII, g, 2, e h (1).

O diferencial de alíquota é um mecanismo que objetiva equilibrar a partilha do ICMS em operações interestaduais entre os estados de origem e destino. Em um primeiro momento, o estado de origem exige do fornecedor o recolhimento do imposto calculado pela alíquota interestadual aplicável. Posteriormente, o estado de destino cobra o diferencial de alíquota entre a sua alíquota interna e a interestadual, o qual pode ser exigido sob o regime de antecipação. Há, portanto, a cobrança de um único imposto efetuada por dois entes distintos, distribuindo-se o montante devido caso a aquisição tenha sido realizada no próprio estado.

Nesse contexto, a parte recorrida, no exercício de sua competência tributária, exigiu validamente do contribuinte o recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS nas aquisições interestaduais na entrada da mercadoria em seu território. Também é válida a legislação local que veda a compensação desse pagamento com tributos posteriormente devidos por empresa optante do Simples Nacional.

O ministro enfatizou que o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.193.911), na qualidade de órgão judicial competente para uniformizar a interpretação da legislação federal, firmou entendimento no sentido de que o diferencial de alíquota não viola a sistemática do Simples Nacional. A LC 123/2006, por um lado, autoriza expressamente a cobrança do DIFAL (art. 13, § 1º, XIII, g); por outro, veda o cre-

ditamento e compensação com as operações subseqüentes, não apenas no caso do diferencial, mas em qualquer hipótese.

Com base nessas premissas, o relator entendeu que não merece acolhida a alegação de ofensa ao princípio da não cumulatividade, haja vista que o art. 23 da supracitada lei complementar também veda explicitamente a apropriação ou compensação de créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidas pelo Simples Nacional.

Por conseguinte, e com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 723.651; ARE 658.571 AgR; RE 595.450 AgR; e ARE 938.209 AgR), é dado ao legislador ordinário excepcionar a não cumulatividade mesmo em situação de plurifasia, impedindo o aproveitamento ou a transferência de créditos, desde que em prol da racionalidade do regime diferenciado e mais favorável ao micro e pequeno empreendedor, bem como lastreado em finalidades com assento constitucional, como é o caso da promoção do federalismo fiscal cooperativo de equilíbrio e da continuidade dos pilares do estado fiscal.

No tocante à possível ofensa ao postulado do tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, a jurisprudência assente do Supremo (ADI 4.033) compreende o Simples Nacional como realização desse ideal regulatório, em total consonância ao princípio da isonomia tributária.

Contudo, a realização desse objetivo republicano deve ser contemporizada com os demais postulados do Estado Democrático de Direito, como assentou este Tribunal no julgamento do Tema 363 da sistemática da repercussão geral (RE 627.543), cuja tese de julgamento é a seguinte: “É constitucional o art. 17, V, da LC 123/2006, que veda a adesão ao Simples Nacional à microempresa ou à empresa de pequeno porte que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.”

A lei estadual impugnada, inclusive, cristalizou tratamento mais benéfico a sociedades empresárias aderentes ao Simples Nacional, permitindo maior prazo de recolhimento do diferencial de alíquota a essas pessoas jurídicas em comparação aos contribuintes submetidos à sistemática geral, sob as luzes da praticabilidade fiscal e da realização do princípio da capacidade contributiva.

Em conclusão, o ministro Edson Fachin considerou não haver como prosperar uma adesão parcial ao regime simplificado, adimplindo-se a obrigação tributária de forma centralizada e com carga menor, simultaneamente ao não recolhimento de diferencial de alíquota nas operações interestaduais.

A opção pelo Simples Nacional é facultativa no âmbito da livre conformação do planejamento tributário, arcando-se com bônus e ônus decorrentes dessa es-

colha empresarial, que, em sua generalidade, representa um tratamento tributário sensivelmente mais favorável à maioria das sociedades empresárias de pequeno e médio porte. À luz da separação dos poderes, é inviável ao Poder Judiciário mesclar as parcelas mais favoráveis dos regimes tributários culminando em um modelo híbrido, sem qualquer amparo legal, conforme jurisprudência deste Tribunal (RE 1.009.816 AgR; e RE 936.642 AgR).

A divergência foi inaugurada pelo ministro Alexandre de Moraes, que deu provimento ao recurso para considerar inconstitucional a legislação impugnada, por ofensa aos arts. 146, III, d (2); 170, IX (3); e 179 (4) da CF, bem como à LC 123/2006. Para ele, houve a criação de um tratamento desigual às pequenas e microempresas optantes pelo Simples Nacional, que foram obrigadas a recolher o ICMS tanto na sistemática unificada quanto na modalidade geral, o que representou uma dupla tributação, além da exigência de antecipação do momento de seu recolhimento.

Não haverá tratamento diferenciado, revogando a própria LC 123/2006, se for autorizada a cobrança de ICMS tanto no regime do Simples – no momento em que vende ao consumidor final não contribuinte – quanto na sistemática geral, exigindo-se a diferença de alíquota na entrada da mercadoria de origem interestadual.

O ministro considerou ainda que o tratamento privilegiado e favorecido afasta a antecipação do pagamento da diferença do ICMS nas operações interestaduais para revenda; pois, ao implementar a segunda operação de venda, o contribuinte faz o pagamento no regime do Simples. Isso é vital para as pequenas empresas, porque uma coisa é antecipar, outra é só pagar depois que recebeu. O regime do Simples é um dos únicos incentivos legais ao empreendedorismo.

A par da situação concreta tratada nos autos, o ministro Alexandre de Moraes teceu considerações sobre a hipótese em julgamento na ADI 5.464, que tem como parâmetro a EC 87/2015 e o Convênio ICMS 93/2015.

Para ele, a **ratio** dessa emenda foi reequilibrar a tributação entre estados de origem e destino. Não se pretendeu alterar o tratamento dado, desde 1988, às micros e pequenas empresas, nem mesmo aumentar a tributação sobre a cadeia produtiva. A referida modificação constitucional tratou apenas do regime geral aplicável às empresas, não se aplicando aos contribuintes optantes pelo Simples.

Antes da EC 87/2015, se o destinatário da operação interestadual fosse contribuinte do ICMS, o fornecedor recolhia no estado de origem a alíquota interestadual, enquanto o adquirente pagava a diferença entre a alíquota interna e a interestadual no estado de destino, tanto se a mercadoria fosse para revenda quanto para consumo final. Em seguida, o adquirente poderia fazer a compensação do imposto cobrado.

Por sua vez, nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte, o fornecedor deveria recolher integralmente o ICMS no estado de origem com base na alíquota interna. O estado de destino, nessa situação, nada recebia.

Após a citada emenda, a tributação sobre essa situação passou também a ser repartida entre os estados de origem e destino. O primeiro exige o ICMS com base na alíquota interestadual, enquanto o outro cobra a diferença entre a alíquota interestadual e a interna. Há, pois, a distribuição dos recursos entre o estado de origem e o de destino.

O ministro Alexandre de Moraes ressaltou que, mesmo após a alteração constitucional, não houve alteração do regime jurídico do Simples, cuja sistemática determina o recolhimento do ICMS juntamente com diversos outros tributos, mediante documento único mensal, nos termos do art. 13 da LC 123/2006. O tratamento diferenciado em relação ao ICMS nem de longe foi tocado pela alteração constitucional; a emenda não modificou o regime do Simples, não tendo havido sua revogação.

No entanto, a partir da mudança constitucional, o Convênio ICMS 93/2015 autorizou os estados de destino a cobrarem do fornecedor localizado em outra unidade federada a diferença da alíquota interestadual e da alíquota interna. Impor o recolhimento do Difal aos optantes do Simples representa aumento de tributo, que somente poderia ocorrer por meio de lei. Com efeito, o convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) não possui competência para tratar dessa matéria.

A divergência foi acompanhada pelos ministros Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, para quem também não incide o diferencial de alíquota do ICMS no caso de remessa interestadual de mercadoria para revenda.

Para eles, as micros e pequenas empresas submetidas ao regime da LC 123/2006, ao contrário das empresas regidas pelo regime geral, recolhem o ICMS em contribuição única e não se creditam do imposto recolhido. O pagamento antecipado do diferencial de alíquota representa um novo recolhimento que não pode ser creditado, criando-se um regime jurídico menos favorecido, portanto maléfico.

Em seguida, o julgamento foi suspenso ante o pedido de vista do ministro Gilmar Mendes

⁽¹⁾ LC 123/2006: “Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições: (...) § 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a

legislação aplicável às demais pessoas jurídicas: (...) XIII – ICMS devido: (...) g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal: (...) 2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor; h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.”

⁽²⁾ CF: “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.”

⁽³⁾ CF: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

⁽⁴⁾ CF: Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

RE 970821/RS, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 07.11.2018. (RE-970821)

REPERCUSSÃO GERAL

DIREITO ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO

Concurso público e remarcação de teste de aptidão física

É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.

Com base nessa orientação, o plenário, por maioria, ao apreciar o Tema 973 da repercussão geral, negou provimento a recurso extraordinário em que discutida a possibilidade de remarcação de data de aplicação de teste de aptidão física a candidata gestante à época de sua realização.

A Corte entendeu que o interesse de que a grávida leve a gestação a termo com êxito exorbita os limites individuais da genitora, a alcançar outros indivíduos e a

própria coletividade. Enquanto a saúde pessoal do candidato em concurso público configura motivo exclusivamente individual e particular, a maternidade e a família constituem direitos fundamentais do homem social e do homem solidário. Por ter o Poder Constituinte estabelecido expressamente a proteção à maternidade, à família e ao planejamento familiar, a condição de gestante goza de proteção constitucional reforçada. Em razão desse amparo constitucional específico, a gravidez não pode causar prejuízo às candidatas, sob pena de ofender os princípios da isonomia e da razoabilidade.

Além disso, o direito ao planejamento familiar é livre decisão do casal. A liberdade decisória tutelada pelo planejamento familiar vincula-se estreitamente à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos. Tendo em vista a prolongada duração dos concursos públicos e sua tendente escassez, muitas vezes inexistente planejamento familiar capaz de conciliar os interesses em jogo. Por tais razões, as escolhas tomadas muitas vezes impõem às mulheres o sacrifício de sua carreira, traduzindo-se em direta perpetuação da desigualdade de gênero.

De todo modo, o direito de concorrer em condições de igualdade ao ingresso no serviço público, além de previsto em todas as Constituições brasileiras, foi reconhecido pelo Pacto de São José da Costa Rica e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ademais, os princípios em jogo devem ser analisados à luz da moderna concepção de administração pública gestora. Ao realizar o certame seletivo, o administrador público deve organizar suas ações e decisões de modo a otimizar a gestão pública, entendida esta como o exercício responsável do arbítrio administrativo na forma de decisões, ações e resultado esperado. O gestor, assim, precisa saber avaliar por qual razão o concurso é necessário e quais são os resultados esperados, impondo-se a necessidade de planejamento do processo de contratação.

No caso em comento, a melhor alternativa para o resguardo dos interesses envolvidos corresponde à continuidade do concurso público, com a realização de teste físico em data posterior, reservado o número de vagas necessário. Se, após o teste de aptidão física remarcado, a candidata lograr aprovação e classificação, deve ser empossada. Caso contrário, será empossado o candidato ou candidata remanescente na lista de classificação em posição imediatamente subsequente.

Vencido, o ministro Marco Aurélio, que deu provimento ao recurso ante o reconhecimento da impossibilidade, prevista no edital do certame, de remarcação do teste, na linha do que decidido no [RE 630.733](#).

RE 1058333/PR, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 23.11.2018

PRIMEIRA TURMA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA

Restituição de parcelas recebidas por boa-fé por ordem liminar revogada

A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a embargos de declaração para sanar omissão referente à possibilidade de se exigir a devolução de valores recebidos de boa-fé por servidor público, percebidos a título precário no período em que liminar produziu efeitos.

Para o Colegiado, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MS 25.430 e MS 30.556 AgR), é desnecessária a devolução dos valores recebidos por liminar revogada, em razão de mudança de jurisprudência. Também é descabida a restituição de valores recebidos indevidamente, circunstâncias em que o servidor público atuou de boa-fé.

A orientação ampara-se na confiança legítima que tinham os beneficiários de a pretensão ser acolhida e no lapso temporal transcorrido entre o deferimento da liminar e sua revogação. Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica afastam o dever de restituição de parcelas recebidas por ordem liminar revogada.

Vencido em parte o ministro Marco Aurélio (relator), que proveu os embargos para apenas afastar a omissão. O relator entendeu haver a necessidade de devolução dos valores recebidos pela impetrante com base no art. 46, § 3º, da Lei 8.112/1990 (1).

(1) Lei 8.112/1990: “Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (...) § 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição.”

MS 32.185/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13.11.2018

PLENÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL – DÉBITOS DA FAZENDA PÚBLICA

Condenações judiciais da Fazenda Pública: correção monetária e modulação de efeitos

O Plenário iniciou julgamento conjunto de quatro embargos de declaração opostos de acórdão que deu parcial provimento a recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida ([Tema 810](#)), e declarou a inconstitucionalidade do índice previsto no art. 1º-F, da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009 (1).

No julgamento do recurso extraordinário, o Colegiado fixou as seguintes teses: (i) o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/1997 com a redação dada pela Lei 11.960/2009; (ii) o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Os embargantes alegam omissão e contradição do citado acórdão por ausência de modulação de seus efeitos. Sustentam que a imediata aplicação dessa decisão criaria um cenário de insegurança jurídica, com risco de dano grave ao erário, diante da possibilidade do pagamento de valores a maior pela Fazenda Pública.

O ministro Luiz Fux (relator) acolheu parcialmente os embargos de declaração interpostos por Estados-membros e pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade do índice previsto no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, proferida no *leading case*.

Em relação aos provimentos judiciais que não transitaram em julgado, o relator estabeleceu, como marco temporal inicial dos efeitos do acórdão embargado, o dia 25 de março de 2015, consoante o que decidido na questão de ordem formulada na [ADI 4.425](#) e na [ADI 4.357](#).

O ministro Luiz Fux afastou a modulação de efeitos quanto aos débitos fazendários que, mesmo antes de 2015, já foram atualizados pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Asseverou que o acórdão embargado não alcança os provimentos judiciais condenatórios transitados em julgado, cujos critérios de pagamentos serão mantidos.

Para o relator, trata-se de uma questão não só de segurança jurídica, mas também de repercussão econômica e social.

Em seguida, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos.

⁽¹⁾ Lei 9.494/1997: “Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.”

RE 870947 ED/SE, RE 870947 Segundos-ED/SE, RE 870947 Terceiros-ED/SE, RE 870947 Quartos-ED/SE, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 6.12.2018. (RE-870947)

ADI e representação de inconstitucionalidade

Coexistindo duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma ajuizada perante o tribunal de justiça local e outra perante o Supremo Tribunal Federal (STF), o julgamento da primeira – estadual – somente prejudica o da segunda – do STF – se preenchidas duas condições cumulativas: 1) se a decisão do tribunal de justiça for pela procedência da ação e 2) se a inconstitucionalidade for por incompatibilidade com preceito da Constituição do Estado sem correspondência na Constituição Federal. Caso o parâmetro do controle de constitucionalidade tenha correspondência na Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle abstrato de constitucionalidade.

Com esse entendimento, em conclusão, o Plenário, por maioria, rejeitou a prejudicialidade da ação direta. Afastada essa preliminar, por votação unânime, julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da expressão “e Graduação em Curso de Administração Pública mantido por Instituição Pública de Ensino Superior, credenciada no Estado do Amazonas” contida no *caput* do art. 3º, bem assim do § 1º do art. 3º e do § 4º do art. 5º da Lei amazonense 2.778/2002 (1).

Na espécie, houve o ajuizamento de representação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça estadual contra os preceitos também impugnados nesta ação direta. A Corte local julgou procedente o pleito, tendo a manifestação transitado em julgado.

Prevaleceu o voto do ministro Alexandre de Moraes (relator), que, ao negar o prejuízo da ação, compreendeu que a decisão do tribunal amazonense não compromete o exercício do controle de constitucionalidade pelo STF.

Como regra, o trâmite de demanda estadual simultânea deve ser suspenso para aguardar-se o pronunciamento do STF, conforme jurisprudência desta Corte, o que não ocorreu. O relator compreendeu subsistir a jurisdição do Supremo para o controle abstrato, presente declaração de inconstitucionalidade, de eficácia limitada, com base em norma da Constituição do Estado que constitua reprodução, obrigatória ou não, de dispositivo da Constituição Federal.

Caso contrário, seria possível que um tribunal de justiça, por não suspender o trâmite de representação de inconstitucionalidade, desse interpretação à norma de repetição obrigatória que valeria apenas para o respectivo estado-membro. Isso, porque o STF poderia conferir interpretação diversa à norma de repetição obrigatória para os demais entes da Federação.

O ministro Roberto Barroso salientou que é prerrogativa do STF dar a última palavra sobre a compatibilidade de uma lei com a Constituição Federal.

Vencidos os ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli (presidente) quanto ao prejuízo. Ambos consideraram que, tendo o tribunal de justiça assentado a inconstitucionalidade e a decisão transitado em julgado, não subsiste o objeto da ação direta, por não figurar mais no cenário jurídico e o controle concentrado de constitucionalidade pressupor ato normativo autônomo abstrato em plena vigência.

No mérito, o colegiado declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, por ofensa ao princípio constitucional da igualdade no acesso a cargos públicos e por ofensa à vedação federativa de criar-se distinções entre brasileiros.

⁽¹⁾ Lei 2.778/2002 do Estado do Amazonas: “Art. 3º O provimento dos cargos na classe inicial da carreira dar-se-á por aprovação em concurso público de provas e títulos, e Graduação em Curso de Administração Pública mantido por Instituição Pública de Ensino Superior, credenciada no Estado do Amazonas. § 1º A classificação final dos candidatos será feita pela média ponderada da nota global do concurso, as provas e títulos com peso 1, e o coeficiente final de rendimento em Curso de Administração Pública, mantido por Instituição Pública de Ensino Superior credenciada no Estado do Amazonas, com peso 2. (...) Art. 5º (...) § 4º As notas obtidas no estágio profissional servirão, se for o caso e pela média aritmética correspondente, como critério prioritário de desempate para efeito de nomeação.”

ADI 3659/AM, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 13.12.2018.
(ADI-3659)

DIREITO CONSTITUCIONAL – ADVOCACIA PÚBLICA

Procurador do Estado e atribuição de atividades exclusivas da advocacia a cargo técnico de autarquia

O Plenário julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação para declarar a inconstitucionalidade de partes do Anexo Único da Lei Complementar 734/2013 e do Anexo IV da Lei Complementar 890/2018, ambas do Estado do Espírito Santo (ES), especificamente quanto ao seguinte trecho: “representar em juízo ou fora dele nas ações em que haja interesse da autarquia e bem como a prática de todos os demais atos de natureza judicial ou contenciosa, devendo, para tanto, exercer as suas funções profissionais e de responsabilidade técnica regidas pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”, resguardada a validade dos atos já praticados.

De início, o Colegiado registrou que a legislação impugnada, apesar de não ter criado uma procuradoria paralela, atribuiu ao cargo de Técnico Superior do Detran/ES com formação em Direito diversas funções privativas de advogado. Ao assim proceder, conferiu algumas atribuições de representação jurídica do departamento de trânsito a pessoas estranhas aos quadros da Procuradoria-Geral do Estado, com violação do art. 132, *caput*, da Constituição Federal (1).

Por outro lado, entendeu que não se pode deslocar qualquer atuação técnico-jurídica da autarquia para a procuradoria, porque esta não poderá fazer frente a essa gama de trabalho, sob pena de ter suas atividades inviabilizadas. Nesse contexto, é válida a atuação jurídica dos servidores técnicos no âmbito interno, sobretudo em atividades de compliance, tais como conceber e formular medidas e soluções de otimização, fiscalização e auditoria.

Por fim, o Colegiado asseverou que, sob o prisma do princípio da confiança e do postulado da segurança jurídica, afigura-se razoável a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Pretende-se, com isso, resguardar tanto a manutenção dos cargos em questão, excluídas as atribuições judiciais inerentes às procuradorias, quanto a validade dos atos praticados até a presente data, com base na teoria do funcionário de fato.

⁽¹⁾ CF: “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.”

ADI 5109/ES, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 13.12.2018. (ADI-5109)

PRINCIPAIS JULGADOS DO STJ¹

Elaborado com base nos informativos divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça (nº 635 a 638).

SÚMULAS

SÚMULA Nº 619

A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias. **Corte Especial, julgado em 24/10/2018, DJe 30/10/2018.**

SÚMULA Nº 618

A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental. **Corte Especial, julgado em 24/10/2018, DJe 30/10/2018.**

SÚMULA Nº 622

A notificação do auto de infração faz cessar a contagem da decadência para a constituição do crédito tributário; exaurida a instância administrativa com o decurso do prazo para a impugnação ou com a notificação de seu julgamento definitivo e esgotado o prazo concedido pela Administração para o pagamento voluntário, inicia-se o prazo prescricional para a cobrança judicial. **Primeira Seção, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018.**

SÚMULA Nº 623

As obrigações ambientais possuem natureza **propter rem**, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor. **Primeira Seção, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018.**

1 <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo.ea>

SÚMULA Nº 625

O pedido administrativo de compensação ou de restituição não interrompe o prazo prescricional para a ação de repetição de indébito tributário de que trata o art. 168 do CTN nem o da execução de título judicial contra a Fazenda Pública. **Primeira Seção, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018.**

SÚMULA Nº 628

A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal. **Primeira Seção, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018.**

SÚMULA Nº 629

Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar. **Primeira Seção, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018.**

RECURSOS REPETITIVOS

PROCESSO REsp 1.340.553-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, **Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 12/09/2018, DJe 16/10/2018 (Tema 566)**

RAMO DO DIREITO DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Art. 40 e parágrafos da Lei no 6.830/1980. Prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo. Ciência da Fazenda Pública quanto à não localização do devedor ou inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Início automático. Tema 566.

DESTAQUE

O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei nº 6.830/1980 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não

localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução. Sem prejuízo do disposto anteriormente: 1.1) nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução; e, 1.2) em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar nº 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

O espírito da Lei de Execuções Fiscais, em seu art. 40, é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais. Nessa lógica, com o intuito de dar cabo dos feitos executivos com pouca ou nenhuma probabilidade de êxito, estabeleceu-se então um prazo para que fossem localizados o devedor ou encontrados bens sobre os quais pudessem recair a penhora. Dito de outra forma, não havendo a citação de qualquer devedor (o que seria apenas marco interruptivo da prescrição) e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento visto no art. 40 da Lei nº 6.830/1980, e respectivo prazo ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse é o teor da Súmula nº 314/STJ: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”. Na construção do sistema, o referido prazo foi segmentado em duas partes. A primeira parte tem por termo inicial a falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF) e por termo final o prazo de 1 (um) ano dessa data (art. 40, §§ 1º e 2º, da LEF). Durante essa primeira parte, a execução fiscal fica suspensa com vista dos autos aberta ao representante judicial da Fazenda Pública (art. 40, § 1º, da LEF). Já a segunda parte tem por termo inicial o fim da primeira parte, isto é, o fim do prazo de 1 (um) ano da data da frustração na localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, § 2º, da LEF), e por termo final o prazo prescricional próprio do crédito fiscal em cobrança (quinquenal, no caso dos créditos tributários - art. 174, do CTN), consoante o art. 40, § 4º, da LEF. Nessa segunda parte, a execução fiscal fica arquivada no Poder Judiciário, sem

baixa na distribuição. Desse modo, se o crédito fiscal em cobrança for crédito tributário tem-se um prazo de 6 (seis) anos contados da constatação da falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF) para que a Fazenda Pública encontre o devedor ou os referidos bens. Dentro desse prazo é que pode pedir as providências genéricas como a citação por edital e a penhora via BACEN-JUD, não havendo qualquer incompatibilidade. Considerando a jurisprudência desta Casa que entende ser o fluxo dos prazos do art. 40 da LEF automático, o prazo de 1 (um) ano de suspensão tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor e/ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Isto porque nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo para a contagem da primeira parte (prazo de 1 ano de suspensão), somente a lei o é (ordena o art. 40: “[...] o juiz suspenderá [...]”). Assim, não cabe ao juiz ou à Procuradoria fazendária a escolha do melhor momento para o seu início. Constatada a ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se o prazo, na forma do art. 40, *caput*, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Nacional tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo *ex lege*.

PROCESSO REsp 1.340.553-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 12/09/2018, DJe 16/10/2018 (Temas 567 e 569)

RAMO DO DIREITO DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Art. 40 e parágrafos da Lei no 6.830/1980. Final do prazo de 1 (um) ano de suspensão. Início automático do prazo prescricional. Temas 567 e 569.

DESTAQUE

Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão, inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo), durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei nº 6.830/1980 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A compreensão de que o prazo de suspensão do art. 40, da LEF somente tem início mediante peticionamento da Fazenda Pública ou determinação expressa do Juiz configura grave equívoco interpretativo responsável pelos inúmeros feitos executivos paralisados no Poder Judiciário ou Procuradorias, prolongando indevidamente o início da contagem do prazo da prescrição intercorrente. Essa interpretação equivocada já foi rechaçada no **leading case** que originou a Súmula nº 314/STJ (EREsp 97.328/PR). Desse modo, havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido (essas decisões e despachos de suspensão e arquivamento são meramente declaratórios, não alterando os marcos prescricionais), inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição.

PROCESSO	REsp 1.340.553-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 12/09/2018, DJe 16/10/2018 (Tema 568)
RAMO DO DIREITO	DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO PROCESSUAL CIVIL
TEMA	Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Interrupção. Efetiva constrição patrimonial. Efetiva citação. Art. 40 e parágrafos da Lei no 6.830/1980. Tema 568.

DESTAQUE

A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Inicialmente, registre-se que o art. 40, *caput*, da LEF não dá qualquer opção ao Juiz (verbo: “suspenderá”) diante da constatação de que não foram encontrados o

devedor ou bens penhoráveis. De observar também que o art. 40, § 3º, da LEF quando se refere à localização do devedor ou dos bens para a interrupção da prescrição intercorrente (“§ 3º – Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução”) não se refere à localização daqueles por parte da Fazenda Pública, mas a sua localização por parte do Poder Judiciário. Isto porque a palavra “encontrados”, se interpretada à luz do princípio constitucional da eficiência, somente pode se referir a encontrados pelo Poder Judiciário. Explica-se. A Fazenda Pública de posse de um indicativo de endereço ou bem penhorável peticiona em juízo requerendo a citação ou penhora consoante as informações dadas ao Poder Judiciário. Essa petição, por si só, não satisfaz o requisito do art. 40, § 3º, da LEF. Para todos os efeitos, o devedor ou os bens ainda não foram encontrados (trata-se de mera indicação). É preciso também que a providência requerida ao Poder Judiciário seja frutífera, ou seja, que resulte em efetiva citação ou penhora (construção patrimonial). Desse modo, estarão “Encontrados que sejam, [...] o devedor ou os bens”, consoante o exige o art. 40, § 3º, da LEF. Outrossim, a providência requerida ao Poder Judiciário deve resultar em efetiva citação ou penhora – construção patrimonial (isto é: ser frutífera/eficiente), ainda que estas ocorram fora do prazo de 6 (seis) anos. Indiferente ao caso que a penhora (construção patrimonial) perdure, que o bem penhorado (constrito) seja efetivamente levado a leilão e que o leilão seja positivo. Cumprido o requisito, a prescrição intercorrente se interrompe na data em que protocolada a petição que requereu a providência frutífera, até porque, não é possível interromper a prescrição intercorrente fora do prazo de 6 (seis) anos, já que não se interrompe aquilo que já se findou. Isto significa que o Poder Judiciário precisa dar resposta às providências solicitadas pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos, ainda que para além desse prazo. Nesse sentido, a demora do Poder Judiciário para atender aos requerimentos tempestivos (feitos no curso do prazo de seis anos) há que ser submetida à mesma lógica que ensejou a publicação da Súmula nº 106/STJ (“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”). Se a providência requerida for infrutífera, decreta-se a prescrição, salvo se o Poder Judiciário excepcionalmente reconhecer a sua culpa (aplicação direta ou analógica da Súmula nº 106/STJ), o que deve ser averiguado de forma casuística, já que depende de pressupostos fáticos. Neste ponto, observa-se que a ausência de inércia do exequente de que trata o art. 40 da LEF é uma ausência de inércia qualificada pela efetividade da providência solicitada na petição. Essa é a característica específica do rito da LEF a distingui-lo dos demais casos de prescrição intercorrente. Decorre de leitura particular que se faz do art. 40, § 3º, da LEF que não está presente em nenhum outro procedimento afora a execução fiscal.

PROCESSO	REsp 1.340.553-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 12/09/2018, DJe 16/10/2018 (Temas 570 e 571)
RAMO DO DIREITO	DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO PROCESSUAL CIVIL
TEMA	Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Art. 40 e parágrafos da Lei no 6.830/1980. Nulidade por falta de intimação. Demonstração do prejuízo. Necessidade. Temas 570 e 571.

DESTAQUE

A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/1973, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial – Tema 566, onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Embora a jurisprudência do STJ já tenha entendido que é necessário intimar a Fazenda Pública antes da decisão de decretação da prescrição intercorrente, consoante a literalidade do art. 40, § 4º, da LEF as duas previsões legais de intimação da Fazenda Pública dentro da sistemática do art. 40, da LEF são formas definidas pela lei cuja desobediência não está acompanhada de qualquer cominação de nulidade, ou seja, a teor do art. 244 do CPC: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Sendo assim, se ao final do referido prazo de 6 (seis) anos contados da falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF) a Fazenda Pública for intimada do decurso do prazo prescricional, sem ter sido intimada nas etapas anteriores, terá nesse momento e dentro do prazo para se manifestar (que pode ser inclusive em sede de apelação), a oportunidade de providenciar a localização do devedor ou dos bens e apontar a ocorrência no passado de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição. Esse entendimento é o que está conforme o comando contido no art. 40, § 3º, da LEF. Por outro lado, caso a Fazenda Pública não faça uso dessa prerrogativa, é de ser reconhecida a prescrição intercorrente. O mesmo raciocínio é aplicável caso se entenda que a ausência de intimação das etapas anteriores tem enquadramento nos arts. 247 e 248 do CPC. Isto porque o princípio da instrumentalidade das formas recomenda que a Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC), ao alegar a nulidade

pela falta de intimação demonstre o prejuízo que sofreu e isso somente é possível se houver efetivamente localizado o devedor ou os bens penhoráveis ou tenha ocorrido qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição. Desse modo, a jurisprudência do STJ evoluiu da necessidade imperiosa de prévia oitiva da Fazenda Pública para se decretar a prescrição intercorrente para a análise da utilidade da manifestação da Fazenda Pública na primeira oportunidade em que fala nos autos a fim de ilidir a prescrição intercorrente. Evoluiu-se da exigência indispensável da mera formalidade para a análise do conteúdo da manifestação feita pela Fazenda Pública.

PROCESSO REsp 1.340.553-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 12/09/2018, DJe 16/10/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Art. 40 e parágrafos da Lei no 6.830/1980. Delimitação dos marcos legais aplicados. Necessidade de fundamentação pelo magistrado.

DESTAQUE

O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Essa tese foi adicionada por sugestão do Min. Og Fernandes para mais bem disciplinar a aplicação do repetitivo, que assim defendeu em seu voto-*vista*: “Transcorrido o período prescricional e constatada a falta de efetividade do exequente, será reconhecida a prescrição. Apenas não é imprescindível que haja decisão prévia sobre a suspensão do processo. Todavia, isso não dispensa o magistrado de, ao reconhecer a prescrição intercorrente, fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa. Sendo assim, está sendo observado o teor do *caput* do art. 40 da LEF. (...) Com isso, restará a possibilidade de o exequente, intimado da decisão que reconheceu a prescrição intercorrente, utilizar-se dos meios recursais cabíveis para questionar a contagem dos marcos legais indicados na decisão judicial e demonstrar eventual equívoco do ato judicial impugnado”.

CORTE

PROCESSO EREsp 1.519.445-RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Rel. Acd. Min. Nancy Andrighi, por maioria, julgado em 19/09/2018, DJe 10/10/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA Cumprimento de sentença. Condenação genérica ao pagamento de custas processuais. Honorários periciais. Inclusão. Art. 20, § 2o, do CPC/1973.

DESTAQUE

É adequada a inclusão dos honorários periciais em conta de liquidação quando o dispositivo da sentença com trânsito em julgado condena o vencido, genericamente, ao pagamento de custas processuais.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

O propósito recursal dos embargos de divergência consiste em determinar qual entendimento deve prevalecer no STJ acerca da interpretação do art. 20, §2º, do CPC/1973, em especial se o dispositivo de sentença com trânsito em julgado que condena o vencido ao pagamento apenas de custas processuais abrange as despesas decorrentes dos honorários periciais. Inicialmente, é preciso evitar o destemperado apego formalista, em prestígio da solução justa da crise de direito material levada ao Judiciário, sempre com foco na visão sistemática da legislação e em respeito à própria lógica processual moderna. Justamente nesse sentido que na hipótese de o pedido formulado na petição inicial ser julgado improcedente, não se pode imaginar que o réu seja compelido a arcar com custas ou despesas de um processo para cuja formação não deu causa. Em poucas palavras: aquele que vence não deve sofrer prejuízo por causa do processo. O fundamento deste raciocínio está umbilicalmente ligado ao princípio da sucumbência, como conteúdo epistêmico da ciência processual a ser observado na instauração dos litígios judiciais. A doutrina aduz que “fundamenta-se tal instituto na conclusão de que a atuação da lei não deve representar uma redução no patrimônio da parte em favor da qual esta foi aplicada. É do interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo daquele que tem razão, face ao interesse do comércio jurídico de que os direitos tenham valor, tanto quanto possível, nítido e constante”. Isso porque “à sentença cabe prover para que o direito do vencedor não saia diminuído de um processo em que foi proclamada a sua razão”. A partir dessa perspectiva que se firmou a compreensão de se tratar de uma injusta surpresa para o vencedor do litígio se ver obrigado a arcar com os honorários periciais apenas

e tão somente porque a sentença condenava o vencido ao pagamento de “custas” e não “despesas”. Ademais, a própria noção da máxima eficiência da tutela jurisdicional justa aponta para a indispensável leitura do dispositivo genérico de condenação do sucumbente ao pagamento de custas e honorários, como o comando de ressarcimento integral das despesas processuais. Nesse contexto, é adequada a inclusão dos honorários periciais em conta de liquidação quando o dispositivo da sentença com trânsito em julgado condena o vencido, genericamente, ao pagamento de “custas processuais”, por ser decorrência lógica do princípio da sucumbência.

SEGUNDA TURMA

PROCESSO REsp 1.751.332-DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, por unanimidade, julgado em 25/09/2018, DJe 03/10/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA Arrolamento sumário. Art. 659, § 2º, do CPC/2015. Homologação da partilha. Prévio atendimento das obrigações tributárias principais e acessórias relativas ao IT-CMD. Desnecessidade.

DESTAQUE

A homologação da partilha no procedimento do arrolamento sumário não presuppõe o atendimento das obrigações tributárias principais e tampouco acessórias relativas ao imposto sobre transmissão **causa mortis**.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Inicialmente, cumpre salientar que o procedimento do arrolamento sumário é cabível quando todos os herdeiros forem capazes e estiverem concordes entre si quanto à partilha dos bens, sendo certo que a simplificação do procedimento em relação ao inventário e ao arrolamento comum afasta a possibilidade de maiores indagações no curso do procedimento especial, tais como a avaliação de bens do espólio e eventual questão relativa a lançamento, pagamento ou quitação de taxas judiciárias e tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade, consoante o teor dos artigos 659 c/c 662 e seguintes do Código de Processo Civil. Consoante estas balizas legais, neste tocante, o Código de Processo Civil de 2015 dispõe que, no caso de arrolamento sumário, a partilha amigável será homologada de plano pelo juiz e, transitada em julgado a sentença, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e rendas por ele abrangidos. Somente após, será o Fisco intimado para lançamento administrativo do imposto de

transmissão e de outros tributos, porventura incidentes. Portanto, a obrigatoriedade de recolhimento de todos os tributos previamente ao julgamento da partilha (art. 664, § 5º, CPC) foi afastada pelo próprio art. 659, ao prever sua aplicação apenas ao arrolamento comum. O novo Código de Processo Civil de 2015, ao tratar do arrolamento sumário, permite que a partilha amigável seja homologada anteriormente ao recolhimento do imposto de transmissão **causa mortis**, e somente após a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação é que a Fazenda Pública será intimada para providenciar o lançamento administrativo do imposto, supostamente devido.

RECURSOS REPETITIVOS

PROCESSO REsp 1.658.517-PA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 14/11/2018, DJe 21/11/2018 (Tema 980)

RAMO DO DIREITO DIREITO TRIBUTÁRIO

TEMA Dívida tributária. Parcelamento de ofício. Concessão independente da vontade ou anuência do contribuinte. Mero favor fiscal. Causa suspensiva da prescrição. Não configuração. Necessária manifestação de vontade do contribuinte. Tema 980.

DESTAQUE

O parcelamento de ofício da dívida tributária não configura causa interruptiva da contagem da prescrição, uma vez que o contribuinte não anuiu.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Inicialmente, cumpre salientar que a liberalidade do fisco em conceder ao contribuinte a opção de pagamento à vista (cota única) ou parcelado independente de sua anuência prévia, não configura as hipóteses de suspensão do crédito tributário previstas no art. 151, I e VI do CTN (moratória ou parcelamento), tampouco causa de interrupção da prescrição, a qual exige o reconhecimento da dívida por parte do contribuinte (art. 174, parágrafo único, IV do CTN). Não havendo adesão a qualquer hipótese de parcelamento por parte do contribuinte ou reconhecimento de débito, sua inércia não pode ser interpretada como adesão automática à moratória ou parcelamento, passível de suspender a exigibilidade do crédito tributário. O contribuinte não pode ser despidido da autonomia de sua vontade, em decorrência de uma opção unilateral do Estado, que resolve lhe conceder a opção de efetuar o pagamento em cotas parceladas. Como modalidade de moratória, o parcelamento previsto no art. 151, VI

do CTN, é ato que não prescinde da manifestação de vontade do devedor. Entender de forma diversa, ou seja, no sentido de que o parcelamento de ofício, independentemente da vontade ou anuência do contribuinte, por meio de mera autorização legal (lei municipal), tem o condão de modificar a data a partir da qual tem início o prazo prescricional, resultaria em inconstitucional modificação, ainda que por via oblíqua, do prazo de prescrição do crédito tributário, matéria reservada à lei complementar, conforme preceitua o art. 146, III, b da CF. Dessa forma, a oferta de pagamento por meio de cotas parceladas (parcelamento de ofício) não tem o condão de modificar a data a partir da qual tem início o prazo prescricional.

CORTE ESPECIAL

PROCESSO EAREsp 831.326-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. Acd. Min. Luis Felipe Salomão, por maioria, julgado em 19/09/2018, DJe 30/11/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA Decisão que inadmite o recurso especial. Dispositivo único. Ausência de capítulos autônomos. Decisão não cindível. Necessidade de impugnação específica em sua integralidade. Art. 544, § 4o, I, do CPC/1973. Entendimento renovado pelo art. 932, III, do CPC/2015.

DESTAQUE

A decisão de inadmissibilidade do recurso especial não é formada por capítulos autônomos, mas por um único dispositivo, o que exige sua impugnação total.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A Corte Especial do STJ, em apreciação aos embargos de divergência, pacificou o entendimento que encontrava dissonância no âmbito do Tribunal sobre a necessidade de o recorrente, em agravo em recurso especial, impugnar especificamente todos os fundamentos constantes da decisão de inadmissibilidade do recurso especial. O acórdão embargado concluiu pela impossibilidade de conhecimento do agravo que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada, não obstante os fundamentos da decisão recorrida terem sido autônomos (violação do art. 535 do CPC/1973 e incidência da Súmula nº 7 do STJ). Ao revés, o aresto paradigma perfilhou o entendimento de que, “se a admissão parcial do recurso especial ou extraordinário devolve toda a matéria deduzida no recurso à instância superior, independentemente de agravo, desde que se trate de decisões com partes autônomas – e não

fundamentos autônomos sobrepostos no mesmo capítulo –, é evidente que o agravo contra a não admissão também pode limitar-se a impugnar pontos autônomos da decisão, se tal impugnação se mostrar suficiente à reforma do acórdão recorrido”. Inicialmente cumpre salientar que tanto o § 4º do art. 544 do CPC/1973 – precisamente em relação ao agravo –, quanto o inciso VIII do art. 932 do CPC/2015 – de forma geral –, remetem às disposições constantes do Regimento Interno do STJ. Quanto ao agravo em recurso especial, determina o art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ, com redação conferida pela Emenda Regimental nº 22/2016, que é atribuição do relator “não conhecer do agravo inadmissível, prejudicado ou daquele que não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida”. Ademais, pode-se afirmar que, no que tange à teoria da sentença, um provimento judicial, via de regra, comporta sua elaboração em capítulos, os quais são unidades elementares e autônomas do dispositivo da decisão, podendo ser homogêneos, se contiverem apenas pronunciamentos sobre o mérito do processo, ou heterogêneos, se também incluírem a resolução de questões preliminares do mérito. Ocorre que a decisão de inadmissibilidade tem, como peculiaridade, o escopo de apreciação exclusiva dos pressupostos de admissibilidade do apelo especial, concluindo pela presença de uma ou várias causas impeditivas do julgamento do mérito recursal, as quais em tudo se assemelham às questões preliminares extintivas da demanda. É forçoso concluir, portanto, pela completa ausência de diversos capítulos nesse **decisum**, que é formado por um único dispositivo, qual seja, a inadmissão do recurso. Com efeito, a decomposição do provimento judicial em unidades autônomas tem como parâmetro inafastável a sua parte dispositiva, e não a fundamentação como um elemento autônomo em si mesmo. Desse modo, a decisão de inadmissibilidade do recurso especial não é cindível e, portanto, deve ser impugnada em sua integralidade, nos exatos termos das disposições legais e regimentais já ressaltadas.

SEGUNDA TURMA

PROCESSO REsp 1.700.305-PB, Rel. Min. Herman Benjamin, por unanimidade, julgado em 25/09/2018, DJe 27/11/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

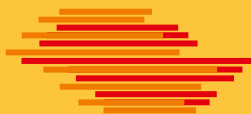
TEMA Fase de execução. Art. 1.015, parágrafo único, do CPC. Determinação de elaboração dos cálculos judiciais. Agravo de instrumento. Não cabimento..

DESTAQUE

Não cabe agravo de instrumento contra decisão do juiz que determina a elaboração dos cálculos judiciais e estabelece os parâmetros de sua realização.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Cuida-se a controvérsia de interpretar restritivamente o parágrafo único do art. 1.015 do CPC, no sentido de que o agravo de instrumento não pode ser utilizado como meio de impugnação de toda e qualquer decisão interlocutória proferida no processo de execução, especificamente, no que diz respeito a despacho de juiz que determina o envio dos autos a contador judicial para elaboração de cálculos. O novo CPC buscou dar maior efetividade e celeridade ao trâmite processual, restringindo as hipóteses de utilização do recurso de agravo de instrumento. Assim, é certo que as hipóteses trazidas pelo art. 1.015 do CPC de 2015 são taxativas, principalmente quando tratar do processo de conhecimento, localizado no livro I da parte especial, mas também é correto que o exegeta pode valer-se de interpretação extensiva em decorrência das especificidades de cada caso. Por sua vez, a interposição do agravo de instrumento no processo de execução é prevista expressamente no parágrafo único do art. 1.015 do CPC, portanto o seu cabimento foi delineado pelo legislador. Contudo, para a otimização do Código de Processo Civil, deve o exegeta interpretar restritivamente o dispositivo legal no sentido de que o agravo de instrumento não pode ser utilizado como meio de impugnação de toda e qualquer decisão interlocutória proferida no processo de execução, porquanto tal liberdade iria de encontro à celeridade que se espera do trâmite processual. Ademais, se, a cada decisão proferida pelo juiz a quo, o tribunal de revisão for instado a se manifestar imediatamente sobre o seu acerto ou desacerto, haverá drástica diminuição na efetividade do processo. Por fim, como consignado na Exposição de Motivos do CPC, “todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na Apelação”. Assim sendo, o novo diploma processual postergou o momento de sua impugnação.



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

