

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

JANEIRO/FEVEREIRO 2014

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado

Elival da Silva Ramos

Procurador Geral do Estado Adjunto

José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Silvia Helena Furtado Martins

Subprocurador Geral da Consultoria

Adalberto Robert Alves

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Fernando Franco

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Eduardo José Fagundes

Corregedor Geral

José Luiz Borges de Queiroz

Ouvidoria

Maria Rita Vaz de Arruda Corsini

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), José Luiz Borges de Queiroz, Adalberto Robert Alves, Fernando Franco, Eduardo José Fagundes, Alexander Silva Guimarães Pereira, Daniel Carmelo Pagliusi Rodrigues, Derly Barreto e Silva Filho, Dulce Ataliba Nogueira Leite, Egidio Carlos da Silva, João Cesar Barbieri Bedran de Castro, Margarete Gonçalves Pedroso, Mariana Rosada Pantano, Regina Marta Cereda Lima

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck, Mirian Kiyoko Murakawa, Marily Diniz do Amaral Chaves e Joyce Sayuri Saito

Escola Superior da PGE

Diretora

Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-diretora

Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial

Presidência

Mariângela Sarrubbo Fragata

Secretária Executiva

Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Cláudia Garcia Grion, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Renata Capasso.

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227 – 9º andar – CEP 01405-100 – São Paulo – SP – Brasil. Telefone: (11) 3286-6998/6997. Home Page: www.pge.sp.gov.br E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

*Rua da Mooca, 1.921 – Mooca
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil
sac 0800 01234 01
www.imprensaoficial.com.br*

Tiragem: 800 exemplares

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

Expediente

Editorial	7
-----------------	---

Cursos e Eventos

Cursos do Centro de Estudos	11
Eventos do Centro de Estudos.....	11
Eventos em Parceria com outras Instituições	11

Peças e Julgados

EMBARGOS INFRINGENTES. Greve dos servidores do Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão que reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado por omissão ilícita. A morosidade dos processos persiste após a paralisação e é decorrência do volume de processos. Se o orçamento não prevê recursos para determinada despesa, não constitui ato ilícito do administrador não a realizar. Prevalência do voto vencido. Embargos acolhidos.	13
--	----

Doutrina

Responsabilidade do advogado público parecerista: limites e perspectivas	29
--	----

Parecer da Procuradoria Administrativa

SERVIDOR CELETISTA. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. VANTAGEM PECUNIÁRIA. INCORPORAÇÃO. Vantagem pecuniária denominada “gratificação de função” tem natureza de adicional. Não incidência do artigo 457, § 1º, da CLT. Integra o salário apenas no período de sua percepção em razão de seu fundamento e objetivo. Pode ser suprimida caso o empregador venha a determinar o retorno do empregado ao cargo efetivo (artigo 468, parágrafo único, da CLT). Cessação do pagamento não caracteriza ofensa ao princípio da irredutibilidade de salário (artigo 7º, VI, da CF). Súmula 372, I, do TST. Gratificação de função percebida por dez anos ou mais. Incorporação, salvo quando a destituição ocorre por justo motivo (ato para o qual o empregado dá causa). Princípio da estabilidade financeira. Jurisprudência é fonte normativa supletiva no Direito do Trabalho (força jurídica). Artigo 8º da CLT. Estado quando

contrata pelo regime celetista deve reconhecer ao servidor todos os direitos assegurados pela legislação trabalhista. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 348/1994, PA nº 05/2005 e PA nº 89/2008. No regime celetista, ainda que o Estado seja o empregador, o princípio da legalidade estrita não se sobrepõe a direito reconhecido pela ordem justabalhista. Divergência com entendimento apresentado no Parecer PA nº 32/2013..... 41

Ementário

Consultoria.....	75
Contencioso Geral	86
Contencioso Tributário-Fiscal	87

Gostaria de agradecer o convite formulado pelo Centro de Estudos para escrever o presente editorial do Boletim de janeiro/fevereiro de 2014. Sinto-me honrado em participar desse importante periódico, que tanto tem contribuído para a divulgação do trabalho desenvolvido pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Início esse editorial apresentando a Procuradoria Regional de Campinas (PR-5) aos colegas da capital e das demais Unidades.

Estou na Regional de Campinas desde meu ingresso na carreira em março de 2006. Aqui já atuei na sede e nas Seccionais de Piracicaba e de Limeira, antes de passar a responder pelo expediente da Unidade.

De 2011 até janeiro de 2013 atuei como assistente da PR-5 durante o período em que a Unidade foi chefiada pela colega Cintia Byczkowski, a quem agradeço pela confiança e por toda a ajuda desde então. Por fim, em fevereiro de 2013, assumi o desafio de chefiar a PR-5.

Feitas essas considerações, passo a apresentar a estrutura da Regional de Campinas, destacando, especialmente, as grandes alterações que a Unidade experimentou nos últimos anos.

Na PR-5, o gabinete é formado pelo Procurador do Estado Chefe, pelo Procurador do Estado Assistente e por três Subprocuradores.

O Procurador do Estado Chefe e Assistente desempenham a administração da Unidade, sendo responsáveis pelas seguintes atividades, dentre outras: execução das diretrizes e normas fixadas pelo Gabinete do Procurador Geral do Estado e supervisão técnica das Subprocuradorias da Unidade; levantamento quantitativo e qualitativo da atuação dos Procuradores do Estado em exercício na Unidade; elaboração de atos normativos que disciplinam as atividades da Unidade; recebimento dos mandados de citação, etc.

Já as três Subprocuradorias são temáticas, quero dizer, trabalham cada qual com uma das áreas de atuação da PGE (contencioso fiscal, contencioso de pessoal e contencioso residual).

Dessa maneira, os subprocuradores ficam responsáveis pelas demandas de cada uma dessas áreas em toda a PR-5, não sendo mais responsáveis por

determinadas Seccionais, seguindo-se um critério territorial, como acontecia no passado.

Com base nessa especialização temos a seguinte formatação das Subprocuradorias. O Procurador do Estado Chefe da 1ª Subprocuradoria responde pela coordenação jurídica relativa às matérias de contencioso de pessoal.

Por sua vez, o Procurador do Estado Chefe da 2ª Subprocuradoria responde pela coordenação jurídica relativa à matéria fiscal e o Procurador do Estado Chefe da 3ª Subprocuradoria pela coordenação jurídica das demais matérias.

Em nossa estrutura temos também 9 Seccionais, duas delas na própria sede da PR-5 (uma fiscal e uma judicial) e outras 7 fora da sede (Bragança Paulista, Casa Branca, Jundiaí, Limeira, Piracicaba, Rio Claro e São João da Boa Vista).

Atendemos a 85 municípios, sendo que, para tanto, contamos com um quadro atual de 66 procuradores.

Para fazer frente a essa grande quantidade de trabalho optou-se por especializar as bancas, de tal maneira que tivéssemos colegas especialistas nos mais diversos assuntos.

A especialização permite a divisão dos procuradores em duas grandes áreas, a saber, contencioso fiscal e contencioso geral.

No contencioso fiscal temos duas bancas que trabalham com devedores selecionados, visando ao incremento da arrecadação com um trabalho diferenciado. Os demais colegas trabalham com bancas de fazenda autora, fazenda-ré e ITCMD.

No contencioso geral temos outra grande divisão: contencioso de pessoal e contencioso residual.

No contencioso de pessoal contamos com bancas especializadas no contencioso trabalhista e outras em processos que envolvem servidores públicos.

No contencioso residual possuímos bancas especializadas em processos que visam ao fornecimento de medicamentos, uma banca especializada no contencioso ambiental e algumas outras bancas residuais.

Toda essa divisão foi pensada para facilitar o trato dos colegas com esses diversos temas e também para fazer frente ao aumento do trabalho sentido nas Regionais, especialmente em razão da interiorização das demandas e dos reflexos da aplicação da lei do juizado especial da fazenda pública.

Ao lado dessas dificuldades, ainda enfrentamos o problema das grandes distâncias que temos que cobrir para desempenhar nosso mister na PR-5. As grandes distâncias aliadas ao fato de que os colegas encontram-se espalhados em diversas Seccionais dificultam a divisão igualitária das bancas.

De qualquer maneira, deixando as dificuldades de lado, várias também foram as conquistas da PR-5, motivo pelo qual não poderia deixar de agradecer a todos os procuradores e servidores da Regional de Campinas, pelo apoio.

Apenas para destacar algumas singelas melhorias, poderia apontar a locação de duas novas sedes para abrigar as Seccionais de São João da Boa Vista e Casa Branca, além da iminente mudança de sede da Seccional de Piracicaba.

Não poderia também deixar de agradecer aos colegas que comigo trabalham no gabinete da PR-5 (Daniela Yurie Ishibashi Cosimato, Guilherme Malaguti Spina, Bruno Cunha Costa e Arthur da Motta Trigueiros Neto), sem os quais não conseguiria administrar a unidade nem por um só dia, e em nome dos quais agradeço todos os outros colegas que nos antecederam no gabinete.

Também gostaria de ressaltar que, nos próximos meses, prosseguiremos com o desafio de manter a especialização das bancas sempre visando à igualitária distribuição do serviço e à melhoria das condições de trabalho dos procuradores e servidores da Regional de Campinas.

Por fim, gostaria de destacar os trabalhos publicados no presente Boletim, todos elaborados com muito cuidado e profundidade argumentativa, fazendo com que a leitura certamente seja agradável e produtiva.

JOSÉ RENATO ROCCO ROLAND GOMES
Procurador do Estado Chefe
Procuradoria Regional de Campinas – PR-5

Cursos do Centro de Estudos

23 e 24.01 – Treinamento relativo ao Sistema de Gestão de Patrimônio.

Eventos do Centro de Estudos

24.02 – Palestras “Licitação Sustentável” e “Orientação Financeira”.

26.02 – Palestra “Lei das Eleições – condutas vedadas aos agentes públicos”.

Eventos em Parceria com outras Instituições

27, 28, 29, 30 e 31.01, 03 e 05.02 – Apresentação para juízes e representações fiscais do Tribunal de Impostos e Taxas – Biênio 2014/2015.

05 e 06.02 – Curso Planejamento Financeiro e Orçamentário: LDO, PPA, LOA.

07.02 – Curso de Capacitação e Aperfeiçoamento: Edital – Instrumento Fundamental para o Sucesso da Licitação.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DA 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO,

APELAÇÃO 0167054-84.2006.8.26.0000

APELANTE: L. O. R. DE A.

APELADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sala 215

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por sua Procuradora, nos autos do recurso em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, interpor, na forma do artigo 530 do CPC, **EMBARGOS INFRINGENTES**, requerendo sua juntada aos autos e regular processamento.

Nestes termos,

Pede deferimento.

São Paulo, 26 de setembro de 2011

RITA DE CÁSSIA GIMENES ARCAS

Procuradora do Estado

OAB/SP 99.374

EGRÉGIA TERCEIRA (3ª) CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO,

RAZÕES DE EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMBARGADO: L. O. R. DE A.

Colenda Câmara,
Eméritos Julgadores:

Cabimento dos Embargos Infringentes

Ajuizou o embargado esta ação, afirmando ser advogado atuante na comarca de Ibitinga e que a greve dos funcionários do Poder Judiciário no ano de 2004 acarretou o adiamento de diversas audiências e o “atraso no andamento” de processos que patrocinava, e tal situação impossibilitou-lhe de exercer seu ofício, que tem assegurado no artigo 7º, da Constituição Federal, trazendo-lhe prejuízos de ordem material e moral.

Atribuiu a responsabilidade ao Governador do Estado de São Paulo, por ser tal autoridade quem define a política salarial de todo o funcionalismo estadual e que teria, em seu entender, se omitido quanto ao cumprimento da Revisão Geral anual de que fala o inciso X, do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

A ação foi julgada improcedente e manejou o autor/embargado recurso de apelação.

Esta E. Câmara reformou a r. sentença e julgou procedente a ação, vencido o Eminente Desembargador Relator, que negava provimento à apelação.

Com suporte na regra do artigo 530 do CPC, que prevê que caberão embargos infringentes *quando o acórdão, não unânime, houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito*, verifica-se ser cabível a interposição deste recurso pela Fazenda do Estado.

Nesse sentido, vale conferir:

AGRG NO RESP 599458 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2003/0186989-0

RELATOR(A): MINISTRO CASTRO MEIRA (1125)

ÓRGÃO JULGADOR – T2 – SEGUNDA TURMA

DATA DO JULGAMENTO: 27/10/2009

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJE 11/11/2009

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. REFORMA DA SENTENÇA DE MÉRITO. ALTERAÇÃO DO PEDIDO MEDIATO. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1. A sentença proferida na ação civil pública condenou o recorrente a três sanções distintas: a) suspensão dos direitos políticos por três anos; b) proibição de contratar com o poder público pelo prazo de três anos e c) multa civil no valor de 15 vezes o valor dos vencimentos do requerido.

2. O voto vencedor do acórdão reformou a sentença para manter as duas primeiras sanções, mas reduziu a multa civil para 8 vezes o valor dos vencimentos do recorrente. Já o voto vencido, além de reduzir ainda mais a multa civil (para 4 vezes o vencimento), afastava as duas primeiras sanções.

3. Muito embora não tenha havido alteração quanto à espécie de provimento visado, já que o acórdão manteve a condenação, ocorreu modificação substancial quanto ao bem da vida (as sanções impostas foram diferentes). O direito declarado pelo provimento jurisdicional foi alterado após o acórdão recorrido, ou seja, a carga declaratória da sentença que condenou o recorrente foi substancialmente modificada.

4. São cabíveis embargos infringentes quando a reforma da sentença de mérito alcança, apenas, o pedido mediato (bem da vida), já que integra o objeto do processo. Precedentes: REsp 983.010/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJ 17.12.2007; Resp 715.934/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, DJ 05.02.2007; REsp 808.439/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Dje 06.03.2008; REsp 672.057/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, Dje 26.06.2008; REsp 710940/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 04.05.2006.

5. Incidência da Súmula 207/STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

6. Inexiste, na espécie, a presença da chamada dúvida objetiva, ou seja, a existência na doutrina ou na jurisprudência, de controvérsia na identificação do recurso adequado, o que impede a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

7. Agravo regimental não provido.

O voto vencido, divergindo da D. maioria, negava provimento ao recurso do autor/embargado e o entendimento nele exarado é o que merece prevalecer para a hipótese, pois melhor situou e decidiu a questão, coadunando-se inclusive com a jurisprudência desse E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dos Tribunais Superiores, conforme se demonstrará.

Embora pouco devesse ser acrescentado ao que consta no excelente voto do Desembargador Leonel Costa, pede vênia a embargante para reiterar sua defesa e aduzir as presentes razões, nas quais se evidenciará que a solução dada ao feito pelo v. acórdão não é correta, porquanto sua manutenção importará em violação e contrariedade ao art. 9º, art. 37, “caput”; art. 37 incisos VII e X; art. 37 § 6º e art. 97, todos da Constituição Federal.

Também implicará negativa de vigência e frontal ofensa às normas do **inciso I, do art. 333 do CPC; do art. 5º, da Lei Federal nº 11.960, de 30 de junho de 2009 e do art. 406 do Código Civil.**

Mais, ainda, configurar-se-á ofensa à **Súmula Vinculante nº 10**, do STF, que prevê a obrigatoriedade de obediência ao Princípio de Reserva de Plenário, estabelecido no art. 97 da Constituição Federal.

NO MÉRITO RECURSAL

DA PREVALÊNCIA DO VOTO DIVERGENTE

Conforme destacado na r. sentença “... não se enxerga responsabilidade da ré pelo movimento grevista tratado nos autos, justamente porque, como já adiantou o autor, tratou-se de greve ilegal, porque praticada por servidores públicos que exercem função pública essencial, sem que exista regulamentação legal para esse tipo de paralisação do serviço. Ora, se a greve foi irregular, decidida pelos servidores contra a Administração Pública, não pode ser chamada a se responsabilizar pelos danos causados pela paralisação”. (g.n.)

Portanto, tratando-se de greve ilegal, não há como ser imposta responsabilidade objetiva do Estado pelos danos decorrentes da greve do Judiciário, uma vez que o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal – que disciplina a responsabilidade objetiva da Administração – estabelece que “as pessoas jurídicas de direito

público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro ...” (g.n.).

O exame dos autos revela que não estão presentes quaisquer dos pressupostos constitucionais imprescindíveis à imputação da responsabilidade civil ao Estado. Não logrou o apelante demonstrar nem os danos que alega ter sofrido, nem a relação de causalidade entre o evento danoso e tampouco a atuação de agente público agindo nessa qualidade. O apelante não fez prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, ônus este que lhe competia, nos termos do inciso I, do art. 333, do Código de Processo Civil.

O direito de greve dos servidores públicos foi assegurado pela Constituição Federal. Todavia, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, nos autos **do Mandado de Injunção 20-4/D**, trata-se de norma de eficácia limitada e o exercício desse direito depende de regulamentação legal (artigo 37, inciso VI) a qual, como se sabe, ainda não existe.

O v. acórdão embargado adotou o fundamento de que a greve deflagrada no ano de 2004 pelos servidores do Poder Judiciário teria sido por estes exercitada validamente nos termos do art. 9º, em combinação com o inciso VII, do “caput” do art. 37 da CF, porque estes “... *não receberam do Estado de São Paulo o reajuste que tanto reivindicaram*”. Ora, tal entendimento não há de prevalecer, mormente em face da jurisprudência firmada pelo Plenário da Suprema Corte na **Reclamação nº 6568/SP**, relatada pelo Ministro EROS GRAU (j. 21/05/2009), que deu interpretação diversa a tais dispositivos constitucionais, explicitando que a conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve.

Neste sentido, referido julgamento explicitou que é lícito recusar o direito de greve quanto aos servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça – aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, eis que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e à saúde pública, com relação às quais exige-se que prestem o serviço plenamente.

No caso, a greve dos servidores foi deflagrada contra o Judiciário, contra a administração da Justiça e não contra o Poder Executivo.

Este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem entendendo que a referida greve dos servidores do Judiciário foi irregular, e não se constituiu em um direito legitimamente exercido, tanto assim que, em inúmeros julgamentos, rejeitou, por descabida, a pretensão de alguns servidores que pretendiam obter a responsabilização civil do Estado com o fito de obter indenização por danos morais em razão da aplicação da **Resolução nº 188/2004**, expedida pelo C. Órgão Especial

deste Tribunal para disciplinar o desconto dos vencimentos das faltas decorrentes da participação dos servidores no ilegal movimento de greve, que teve como escopo justamente assegurar a continuidade regular do serviço público prestado¹.

A própria Colenda 3ª Câmara de Direito Público no julgamento da Apelação nº 990.10.255150-4, datado de 17/08/2010, de conformidade com os entendimentos precedentes do STF e STJ, igualmente assim também concluiu e, expressamente, entendeu inexistir ato ilícito do Estado durante a referida greve que pudesse gerar responsabilidade civil ou dano moral indenizável por conta da edição da Resolução nº 188/2004.

Sob outro viés, JOSÉ AFONSO DA SILVA esclarece que a “*greve é o exercício de um poder de fato dos trabalhadores com o fim de realizar uma abstenção coletiva do trabalho subordinado*”.²

No presente caso, é evidente que os funcionários que aderiram à greve não se encontravam no exercício de suas funções ou a pretexto de fazê-lo. Pelo contrário, os funcionários se abstiveram de exercer os seus misteres.

Nesse diapasão, oportuno citar as palavras do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Quem são as pessoas suscetíveis de serem consideradas agentes públicos, cujos comportamentos, portanto, ensejam engajamento da responsabilidade do Estado? São todas aquelas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio” (in: “Elementos de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 3. ed., 1992).

Também a propósito:

“O funcionário precisa estar no exercício de suas funções, de modo a estabelecer o vínculo de causalidade entre a atividade do Estado nele materializada, e o dano verificado. Se o servidor não se acha no desempenho de funções que ele exerce em cumprimento das atribuições de que está investido ou, em caso de abuso de funções, delas se servindo para praticar o dano, não há relação entre a incumbência que lhe

1 Dentre outros, confirmam-se: **Apelação nº 0044275-60.2009.8.26.0053**, da 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. CRISTINA COTROFE, j. 03/08/2011; **Apelação com Revisão nº 994093829707 (9421685300)**, da 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. VERA ANGRISANI, j. 01/09/2009; **Apelação nº 994092345193 (9921865600)**, da 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, j. 12/05/2010; **Apelação nº 990101021684**, da 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. OLIVEIRA SANTOS; **Agravo Regimental nº 994092506492**, da 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. PIRES DE ARAÚJO, j. 15/03/2010 etc...

2 Ao citar GIULIANO MAZZONI no seu *Curso de Direito Constitucional*, 14. ed., Malheiros, São Paulo, 1997, p. 294)

foi dada e o dano, nem este é resultado da investidura que o Estado lhe atribuiu. A relação de causalidade entre o ato do servidor e o evento danoso é irrelevante, se ela não se integra na relação mais abrangente, que é a atividade da pessoa jurídica” (cf. JOSÉ DE AGUIAR DIAS *in*: “Responsabilidade Civil do Estado e Seus Prepostos”, Informativo ADV, 1986, p. 336).

Como se vê, não basta a condição pessoal de funcionário público para ensejar que a todos os seus atos, inclusive os de natureza privada, se associe a alguma responsabilidade estatal. A Carta Magna não trata do risco integral pelo Estado em casos como o da espécie.

Nas circunstâncias específicas, o que se observa é que os agentes públicos não desempenhavam suas funções, de forma que o alegado dano não foi praticado em serviço ou ensejado por ele.

Nesse sentido ementa de julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

“Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano; (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional; e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o *eventus damni*, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido.” (RE 481.110-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-2-2007, Segunda Turma, DJ de 9-3-2007.) **No mesmo sentido:** AI 299.125, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 5-10-2009, DJE de 20-10-2009; RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-5-1996, Primeira Turma, DJ de 2-8-1996.

Assim, como bem destacou o ilustre Desembargador Leonel Costa que proferiu o voto divergente, no caso “... *se trata de evento imprevisível e inevitável, alheio às preocupações normais do Estado. O movimento grevista é um acontecimento que não guarda relação de causalidade com a atividade do Estado, de responsabilidade das associações organizadoras, e configura-se como causa excludente da responsabilidade civil daquele*“. Em tese, são tais entidades de classe dos servidores que deverão responder por eventual pedido de indenização.

Importante anotar que a OAB paulista ajuizou ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, em face das entidades dos servidores que encabeçaram a

greve do funcionalismo, na qual questionou a paralisação, decidida em assembleia do dia 29 de junho de 2004.

Nessa mesma linha de raciocínio do D.voto vencido, cabe destacar julgado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que rejeitou pedido de indenização por alegado dano decorrente de greve deflagrada por servidores públicos face ao entendimento de que a circunstância configurou situação de caso fortuito/força maior, excludente da responsabilidade civil do Estado. Nele consignou que a doutrina mais abalizada confere os contornos ao caso fortuito ou a força maior, isto é, quando não é possível ao agente (no caso a Universidade Estadual de Londrina) evitar ou resistir ao evento ao qual ele não deu causa, porque este escapa inteiramente do controle ou do poder de decisão do terceiro estranho ao fato em si. Confira-se a respectiva ementa:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE DE CONCLUSÃO DE CURSO EM RAZÃO DE GREVE DE PROFESSORES EM UNIVERSIDADE ESTADUAL – CIRCUNSTÂNCIA QUE FOGE AO CONTROLE DO AGENTE ADMINISTRATIVO – TÍPICA SITUAÇÃO DE CASO FORTUITO/FORÇA MAIOR – AUSÊNCIA DE DANO.

1. A greve de professores em universidade estadual consubstancia-se em caso fortuito/força maior, situações de exclusão da responsabilidade civil objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo.

2. Havendo tão somente uma expectativa dos alunos em concluir o curso em determinada época, o exercício regular do direito de greve não inflige incômodo qualificável como dano moral e a responsabilidade por sua ocorrência não pode ser atribuída à apelada, ainda que entendida como de natureza objetiva.

3. Apelação desprovida.

(**Processo: Apelação Cível** 365.590-3 (Acórdão), 7ª Câmara Cível, Rel. DILMARI HELENA KESSLER, j. em 13/05/2008, DJ 7624 de 30/05/2008).

Tampouco prevalece a fundamentação do v.acórdão proferido pelo Exmo. Des. Barreto Fonseca, no sentido de que houve omissão do Governador do Estado quanto ao cumprimento da Revisão Geral anual, tal como prevista no inciso X, do *caput* do artigo 37 da Constituição da República e que tal omissão teria implicado o movimento paredista.

Quanto a tal ponto, verifica-se, em primeiro lugar, com a devida vênia, que o v. acórdão embargado, sem dispor de competência para tanto, efetivou uma verdadeira declaração de inconstitucionalidade por omissão, em infringência à norma do art. 97, da Constituição Federal, sob a ótica da interpretação imposta pela **Súmula Vinculante nº 10**, que também, em consequência, restou frontalmente violada. Seria de rigor a submissão de tal questão ao Plenário do Tribunal

de Justiça Paulista, por meio do respectivo Incidente de Inconstitucionalidade, não podendo ser declarada por Órgão fracionário da Corte.

Em segundo lugar, ao contrário do quanto consignado pelo v. acórdão embargado, o inciso X, do artigo 37 da CF, não determina o reajuste anual obrigatório de salários do funcionalismo público. Estabelece algo diverso, ou seja, a “revisão geral anual” de vencimentos dos servidores, o que, a toda evidência, está subordinada às disponibilidades orçamentárias e financeiras do Tesouro.

A respeito do tema, cumpre observar que a Lei Estadual n. 12.177/05 fixou a data de 1º de março de cada ano para a revisão de remuneração dos servidores públicos, ativos e inativos, do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, não decorrendo disso, entretanto, necessariamente, aumento na remuneração, muito menos a obrigação de reajuste com base em índices inflacionários pretéritos.

Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 593.489.5/0-00:

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – Vencimentos – Pretensão do recebimento de indenização decorrente de ato omissivo da administração pública, em deixar de proceder à revisão anual determinada pelo art. 37, inciso X, da Constituição Federal – Inadmissibilidade – Dispositivo constitucional dependente de lei específica de cada Estado, cuja ausência não pode ser suprida judicialmente – **Hipótese, ademais, em que a Lei Estadual 12.391, de iniciativa do Governador do Estado, aprovada após a propositura da presente ação, regulamentou a questão, tendo disposto que a revisão anual não implica necessariamente reajuste de remuneração** – Sentença em parte no tocante à fixação da verba honorária – Sendo o autor beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve-se incluir a ressalva no art. 12, da Lei 1.060/50 na condenação do ônus da sucumbência – Recurso parcialmente provido” (GN)

Além disso, ainda que se admitisse, para mero efeito de argumento, omissão do Estado – que não ocorreu no caso em exame como bem destacado no voto vencido – na hipótese de dano por comportamento omissivo a responsabilidade do Estado é de natureza subjetiva.

Neste sentido, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, invocando os ensinamentos do Prof. Celso Antonio Bandeira de Melo, destaca as seguintes conclusões acerca da responsabilidade civil do Estado pelos atos omissivos de seus agentes³: “A responsabilidade do Estado no Direito brasileiro é ampla. Inobstante, não é qualquer prejuízo patrimonial relacionável com ações ou omissões do Estado que o

3 In: Responsabilidade Civil – 9. ed. – São Paulo, Saraiva, 2005 – p. 181

engaja na obrigação de indenizar... No caso de dano por comportamento omissivo a responsabilidade do Estado é subjetiva. Responsabilidade subjetiva é aquela cuja irrupção depende de procedimento contrário ao Direito, **doloso ou culposos**. (grifo nosso).

O E. Supremo Tribunal Federal partilha do mesmo entendimento, conforme ementa abaixo transcrita:

RE 602223 AgR / RN – RIO GRANDE DO NORTE

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 09/02/2010

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010

EMENT VOL-02393-05 PP-01062

RT v. 99, n. 897, 2010, p. 163-165

Parte(s)

AGTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

AGDO.(A/S) : EXPEDITO MENESES RODRIGUES JÚNIOR

ADV.(A/S) : ARTUR MAURÍCIO MAUX DE FIGUEIREDO E OUTRO(A/S)

Ementa

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO. POLICIAL AGREDIDO POR DETENTO NO INTERIOR DE DELEGACIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ART. 37, § 6º, DA CB/88. Policial civil agredido por detento no interior de delegacia. Obrigação do Estado de indenizar o funcionário pelos danos sofridos. Agravo regimental a que se nega provimento.

Decisão

Negado provimento. Votação unânime. Ausente, licenciado, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 09.02.2010.

Como já se demonstrou, ao longo deste arrazoado, e conforme entendimento do r.juízo de primeiro grau e do voto vencido proferido pelo Exmo. Des. Leonel Costa, na lide em exame, a paralisação no serviço público configurou evento imprevisível e inevitável, de responsabilidade de terceiros, quais sejam as associa-

ções de servidores organizadoras do movimento paredista. Não há comprovação do nexo causal entre o alegado dano experimentado e eventual omissão do Poder Público, e muito menos de comportamento doloso ou culposos de agente público, sendo de rigor a rejeição do pedido.

Quanto aos danos almejados, o apelante, ora embargado, não comprovou que o prejuízo material que alegou ter sofrido, muito menos o dano moral, circunstância esta que, por si só, conduz ao decreto de improcedência da ação, sob pena de afronta à norma do § 6º do art. 37 da CF, por se estar a ressarcir prejuízo de cunho fictício, baseado em meras alegações.

Não se perca, por primeiro, que não se pode concluir que, caso a greve não tivesse ocorrido, os processos que o embargado atua estariam encerrados e tivesse ele sido remunerado, naquele período, com os honorários advocatícios correspondentes; aliás, limitou-se o recorrente a juntar as suas nomeações como advogado dativo, sem esclarecer sequer a fase em que se encontravam os feitos sem comprovar qualquer prejuízo econômico advindo da greve. Da mesma forma, também não foi comprovado que o embargado foi impedido de exercer a profissão.

A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (EOAB), dispõe em seu artigo 1º que:

“Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

O autor não se viu impedido de exercer nenhuma das atividades privativas da advocacia acima elencadas. Aliás, consta da própria inicial, que o autor não milita na Justiça Federal e na Justiça do Trabalho por escolha própria, uma vez que não está disposto a se deslocar para outra comarca para exercer a sua profissão.

Identicamente no que tange ao dano moral, o apelante não produziu a prova respectiva, uma vez que o mesmo não é presumido.

O dano moral somente se configura pela lesão na esfera personalíssima do ofendido, possuindo as seguintes características (Rui Stoco, Tratado da Responsabilidade Civil, 6. ed., RT, São Paulo, 2004, p. 1614): são eles inatos, essenciais e vitalícios, extrapatrimoniais, indisponíveis, irrenunciáveis, intransferíveis, inalienáveis.

Pois bem, tais direitos, quando violados, ensejam reparação com a finalidade de compensar a vítima e educar o agressor. Ora, sendo direitos da personalidade, que atingem a esfera íntima da vítima, não há como impor indenização ao Estado por simples aborrecimentos e transtornos, que longe estão de atacar a esfera

personalíssima do suposto ofendido, sob pena de ensejar o enriquecimento sem causa.

No caso, não há dano moral e a situação, no máximo, ensejou ao apelante aborrecimento como fato do cotidiano, que não é passível de indenização.

Também não conta com reconhecimento o direito indenizatório o “fato corriqueiro”, se “a ocorrência não humilha, nem faz sofrer”.⁴ A jurisprudência, com bom senso, tem exigido sempre a prova da repercussão da ofensa e, à sua falta, deduz tratar-se de mero desconforto, não sujeito à indenização por dano moral, como, por exemplo, se a ocorrência constitui “aborrecimento próprio de quem vive em grandes centros urbanos”.⁵

O reconhecimento do dano moral exige, pois, determinada envergadura, de modo que não é qualquer sensação de desagrado que merecerá indenização⁶. A não se entender desta forma, estar-se-á a banalizar o instituto, propiciando o abuso de ajuizamento de ações, como bem alerta a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho⁷:

“Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimentos, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no

4 I TACSP – Ap. 958.809-8, de 13.2.01, rel. Juiz Campos Mello. No mesmo sentido: ITACSP 937.867-0, 30.1.01, rel. Juiz Álvares Lobo; I TACSP- Ap. 969.841-3, 31.07.01, Rel. Juiz Ulisses do Valle Ramos.

No mesmo sentido: ITACSP – Ap. 1.000.435-4, de 14.8.01 – Rel. Juiz Simões de Vergueiro. E ainda: “O que houve foi um simples acidente de trânsito, sem danos pessoais, de modo que não incide presunção de sua ocorrência. Era necessário que o apelante fizesse prova de sua existência (artigo 333,I do CPC), mas limitou-se a alegar o sofrimento, sem trazer nenhum adminículo probatório que pudesse roborar tais alegações”. (I TACSP Ap. 962.344-1, de 13.2.01, Rel. Juiz Campos Mello). Ainda: “Tratando-se de danos de pequena monta, ainda não reparados até mesmo por desinteresse ou conformismo do Autor, o alegado constrangimento moral sofrido não foi provado, não se podendo falar em indenização por dano moral.” (Ap. 943.584-3, de 30.1.01, Rel. Juiz Candido Alem). E: “A reparação de danos no caso de acidente de veículos deve limitar-se aos materiais, mormente quando não se comprova nenhuma lesão na esfera sentimental da autora”. (I TACSP – Ap. 940.788-9, de 1.2.01, rel. Juiz Jurandir de Sousa Oliveira)

5 AC 124.255-4/2 de 14.5.02 – Rel. Des. Guimarães e Souza. No mesmo sentido: AC 124.820-4/1, de 23.5.02, Rel. Des. Guimarães e Souza; AC 125.444-4/2-00, de 15.5.02, Rel. Des. Oswaldo Breviglieri. Aliás, no julgamento de caso da espécie, o TJSP observou, com propriedade, que “os autores da demanda, após o incidente narrado em supermercado, empreenderam viagem de feriado prolongado (carneval) e lavraram boletim de ocorrência apenas uma semana após, revelando total ausência de agressão à honra ou à intimidade, mas mero aborrecimento”. (AC 123.069-4/6-00, de 24.4.02, Rel. Des. Oswaldo Breviglieri)

6 Antonio Jeová Santos, in: “Dano Moral Indenizável”, RT, 4. ed., 2003, p. 113)

7 In: “Programa de Responsabilidade Civil”, Editora Malheiros, 2004, p.98.

ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.”

Diante do exposto, aguarda sejam recebidos os presentes julgados e providos, reformando-se o v. acórdão e prevaleçam as razões destacadas no voto divergente, com o decreto de improcedência do pedido.

São Paulo, 26 de setembro de 2011

RITA DE CÁSSIA GIMENES ARCAS
Procuradora do Estado
OAB/SP 99.374

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos Embargos Infringentes nº 0167054-84.2006.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado L. O. R. de A.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Acolheram os embargos infringentes, vencido o 4º Juiz”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMORIM CANTUÁRIA (Presidente), MARREY UINT, ANTONIO CARLOS MALHEIROS E LEONEL COSTA.

São Paulo, 5 de março de 2013.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA

Relator

Assinatura Eletrônica

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0167054-84.2006.8.26.0000/50000
SÃO PAULO
EMBARGANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMBARGADO: L. O. R. DE A.

VOTO Nº 25108

Embargos infringentes. Acórdão que reconhece a responsabilidade objetiva do Estado entendendo ter ocorrido omissão ilícita do Governador e voto vencido que afasta do ato ilícito a alegada afetação indenizável - Greve dos servidores do Tribunal de Justiça. A morosidade dos processos persiste após a paralisação e é decorrência do volume de processos. Se o orçamento não prevê recursos para determinada despesa, não constitui ato ilícito do administrador não a realizar. Prevalência do v. voto vencido Embargos acolhidos.

O advogado **L. O. R. de A.** ajuizou, ante a **Fazenda Pública Estadual**, ação indenizatória por danos morais e materiais, alegando responsabilidade do Estado em razão da greve dos servidores públicos estaduais, entre os dias 30/06/2004 e 24/09/2004, o que produziu reflexos prejudiciais à sua economia e lhe causou dano moral. A inicial foi emendada às fls. 51.

Contestação às fls. 75/83.

Réplica às fls. 85.

Sentença às fls. 95/98 julgando improcedente a ação.

Apelo às fls. 102/107.

Contrarrrazões de recurso às fls. 112/121.

Acórdão às fls. 132/135, acolhendo, por maioria de votos, o recurso. Voto vencido às fls. 136.

Manifestou a Fazenda do Estado embargos infringentes (fls. 141/157).

Contrarrrazões às fls. 160.

É o relatório.

A r. sentença bem anotou “*não ser caso de responsabilidade objetiva da Administração porque os efeitos da greve foram causados contra a própria Administração*” e porque “*o autor não cuidou de provar a efetiva existência dos danos*” (fls. 98).

O v. voto vencido aduziu “*em conclusão, ausente ato ilícito estatal e não sendo a alegada afetação indenizável, ausente a responsabilidade civil do Estado, o pedido é improcedente.*” (fls. 137).

O v. acórdão assentou o fundamento de acolhimento da ação, ao anotar “*que os funcionários do Tribunal de Justiça só suspenderam suas atividades laborativas porque não receberam do Estado de São Paulo o reajuste que tanto reivindicaram*”. E conclui que houve “*omissão do Governador do Estado, quanto ao cumprimento da Revisão Geral anual de que fala o inciso X do caput do artigo 37 da Constituição da República*”.

O fundamento sobre a ausência da prova do dano é suficiente para desacolher pedido de reparação de dano. Não se deve presumi-lo na atividade do advogado, porque continua ele com o escritório aberto e é onde auferir honorários.

Se o autor demanda prejuízo em sua atividade profissional em razão da “morosidade” de tramitação dos processos, anota-se que antes e depois da greve ela persiste. É a própria Constituição quem o reconhece (artigo 5º, LXXVIII).

Resolver o problema da morosidade processual, que é o fundamento da causa de pedir da ação, é problema que não cabe solução num acórdão. Mas, com certeza, a causa objetiva é o volume de processos, sabido que no Estado de São Paulo ultrapassa ao número de 90.000.000.

Sobre greve dispõe o artigo 37, VII da CF, remetendo para a lei ordinária sua regulamentação. Greve “*é a revolta do trabalhador contra o poder do capital*” (Carlos Maximiliano). Unem-se os trabalhadores para alcance de igualdade de força ante o empregador. No serviço público a greve é contra o público.

É contrassenso. Promover greve contra si, porque o servidor e sua família fazem parte da sociedade, que fica prejudicada com a paralisação do serviço que lhes é prestado.

A responsabilidade demandada não aponta, na inicial, fundamento. Simplesmente pede reparação de dano e deixa entender que é em razão de “omissão” do Estado. Aqui estaria residindo o ato ilícito. Estar-se-ia demandando por responsabilidade decorrente de ato ilícito, atinente à omissão.

Se o orçamento não prevê recurso para determinada despesa, não constitui ato ilícito do administrador não a realizar.

Da mesma forma, melhor não é divisar na falta de recurso orçamentário fundamento de responsabilidade. A ordem administrativa constitui ato de governo, escolhido pela sociedade. Não se pode aqui divisar ato ilícito ou fundamento de responsabilidade objetiva em ordem administrativa.

Dessarte ficam acolhidos os embargos infringentes para julgar improcedente a ação, conforme a r. sentença e o v. voto vencido no julgamento da apelação.

JOSE LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA

Relator

Assinatura Eletrônica

Responsabilidade do advogado público parecerista: limites e perspectivas

Nilton Carlos de Almeida Coutinho¹

Sumário: Advocacia pública: Deveres e prerrogativas. Atividade consultiva e natureza jurídica dos pareceres. Responsabilidade civil e administrativa do advogado parecerista. Jurisprudência sobre o tema. Referências bibliográficas

RESUMO

O presente artigo analisa os direitos e prerrogativas concedidos ao advogado público no exercício de suas funções, bem como suas responsabilidades em decorrência da elaboração de pareceres jurídicos no âmbito da Administração Pública. Parte do pressuposto de que todos os agentes públicos devem obedecer aos limites estabelecidos pelos princípios que norteiam a atividade administrativa, não podendo ignorá-los ou deles se distanciar, sob pena de responder pela conduta praticada. Neste artigo apresenta-se o atual posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre o tema, bem como as considerações do autor.

Introdução

A advocacia (ao lado do Ministério Público e da Defensoria) encontra-se inserida dentre as funções essenciais à justiça. Neste aspecto, a Constituição é clara ao estabelecer que a advocacia é indispensável à administração da justiça.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Público e Planejamento e Gestão Municipal. Mestre em Direito pelo CESUMAR/PR. Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do núcleo temático sobre arbitragem da PGE/SP.

Para tanto, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca dos deveres e prerrogativas outorgados aos advogados, de modo a aferir-se eventual responsabilidade do advogado público em decorrência de atos por ele praticados.

Advocacia Pública: deveres e prerrogativas

A advocacia pública realiza – por meio de seus procuradores – atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Por expressa disposição constitucional, aos referidos procuradores é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias (art. 132 parágrafo único)

Do mesmo modo, nossa Constituição estabelece, em seu art. 133, que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

Tal tema foi regulamentado pelo Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), o qual, em seu art. 31, § 1º, assevera que o advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância. De outra banda, tem-se que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, venha a praticar com dolo ou culpa. (art. 32)

Assim, conclui-se que o advogado possui liberdade de manifestação no exercício da profissão, mas, também, é responsável pelos atos praticados.

Não obstante o acima descrito, tem crescido o entendimento segundo o qual a independência técnica dos advogados (e, em especial, dos advogados públicos) é relativa. Isso porque a independência técnica não pode esquecer ou desconsiderar os interesses públicos defendidos em juízo. Há, ainda, que se observar que o exercício regular da independência técnica pressupõe decisões e manifestações razoáveis e adequadas. Do mesmo modo, permite-se, com as cautelas devidas, a construção de estratégias de atuação judicial que visem à implementação do interesse público administrado.²

Tal regra é válida para todos os profissionais da advocacia (pública ou privada), garantindo-se a independência técnica do Procurador no exercício de suas funções institucionais.

2 CASTRO, Aldemario Araujo. A independência técnica do Advogado Público Federal. Disponível em <http://agu.jusbrasil.com.br/noticias/1503324/artigo-a-independencia-tecnica-do-advogado-publico-federal>. Acesso em 10/10/2012

Contudo, os advogados públicos também têm deveres em relação ao seu cliente, que é o ente público.

Como ocorre em qualquer relação empregatícia (seja ela de direito público ou privado) o empregado ou servidor público deve seguir as instruções, orientações e determinações apresentadas pelas instituições para as quais prestam serviços, defendendo com afincos os interesses de tais instituições.

Assim, o advogado público tem o dever imanente de esgotar os argumentos legítimos e favoráveis à defesa da entidade pública”³

Tal dever relaciona-se ao princípio da eficiência, devendo o advogado procurar meios jurídicos e legítimos para defender os interesses do ente público ao qual se subordina.

Atividade consultiva e natureza jurídica dos pareceres

Segundo Hely Lopes Meirelles, os pareceres administrativos podem ser conceituados como manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. Para ele, o parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente.⁴

Observe-se, entretanto, que, segundo o referido autor, mesmo nesta hipótese, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.”⁵

Para Horácio Souza, o parecer jurídico é um ato jurídico administrativo, sendo, também, instrumento de controle de legalidade da atividade desenvolvida pela Administração Pública.⁶ Neste diapasão, a doutrina preconiza a existência de três espécies de pareceres.

A primeira modalidade refere-se aos pareceres facultativos, e que constituem a maioria dos casos da rotina da Administração Pública.

Nesta espécie de parecer, o administrador não está obrigado a solicitar a apreciação do órgão jurídico, uma vez que esta é facultativa. E mais: mesmo que

3 PAZOS, Antônio Marques. Limites da Responsabilidade Funcional dos Advogados Públicos. Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional. Ano 11. Nº 8, 2009

4 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 189

5 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 189

6 SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. Manual de técnica de parecer jurídico. Salvador: Juspodium, 2009, p. 27

haja a solicitação de elaboração de parecer pela consultoria jurídica, o administrador não estará vinculado ao referido parecer, podendo decidir de forma diversa, desde que motivadamente.

Observe-se que, nesta hipótese, o administrador não divide qualquer responsabilidade com o parecerista, mesmo que a opinião deste tenha sido acatada pelo administrador e, na sequência, tenha causado danos ao erário.

A segunda modalidade mencionada pela doutrina refere-se ao parecer obrigatório. Nessa modalidade sua realização constitui-se como requisito necessário para a perfeição do ato/procedimento administrativo.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷, parecer obrigatório é aquele emitido “por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve a sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio(...)”.

No mesmo sentido é a opinião de José dos Santos Carvalho Filho, para quem o parecer integra o processo de formação do ato, sendo certo que sua ausência ofende o elemento formal, inquinando-o, assim, de vício de legalidade”.⁸

Como exemplo desta espécie de parecer cite-se o artigo 38 da Lei 8.666, de 1993 (lei de licitações), o qual proclama, em seu parágrafo único, que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Porém, é importante deixar claro que o fato de o parecer ser obrigatório, não o torna vinculante. A propósito, registre-se posicionamento do STJ segundo o qual o administrador tem liberdade para emitir o ato ainda que com parecer contrário por parte da consultoria jurídica.

Para Gustavo Amorim, tais pareceres não são vinculantes, uma vez que a autoridade administrativa pode decidir pela não contratação, bem como pela não realização de dispensa ou inexigibilidade de licitação, fundamentando-se em um juízo de conveniência ou oportunidade.⁹

Do mesmo modo, registre-se que não será possível modificar o ato na forma em que foi submetido à apreciação do órgão jurídico, salvo se solicitar

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 13. ed., Lumen Juris, 2005, p. 111

8 Idem, ibidem

9 AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade dela decorrente. In: BOLZAN, Fabricio; MARINELA, Fernanda (org.) leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública. Salvador, Juspodium, 2008, p. 266

novo parecer, tendo em vista o seu caráter obrigatório. Qualquer alteração no ato, deve ser previamente analisada pela consultoria jurídica. Nesse caso, é de fácil constatação que o parecerista não divide responsabilidade do ato com o administrador.

Cumpre-nos observar que alguns autores classificam essas duas espécies de parecer sob a modalidade de parecer opinativo, eis que ele não vincula a autoridade administrativa para o qual se destina.

Por fim, tem-se os denominados pareceres vinculantes que são aqueles que o Poder Público está obrigado não só a requisitá-los, mas a se vincular no sentido de tal manifestação, devendo o administrador decidir à luz dele e nos seus termos. Nesta hipótese, a manifestação jurídica não é meramente opinativa. Ela tem cunho decisivo e vincula o entendimento do administrador, de tal forma que a manifestação da consultoria jurídica integrará o ato, caso ele venha a ser editado pela Administração.

Desta forma, nesta espécie de parecer, só restarão duas opções ao Administrador: decidir nos exatos termos do parecer ou não decidir. Logo, o administrador fica vinculado ao parecer emitido, sendo esta sua característica diferenciadora das demais modalidades.

Responsabilidade civil e administrativa do advogado parecerista

Nessa esteira, surge a indagação: o advogado público pode ser responsabilizado por eventuais prejuízos causados à Administração em função de um parecer da sua lavra?

A Constituição Federal trata da responsabilidade do Estado e dos agentes públicos em seu artigo 37, § 6º. Segundo estabelece a referida norma, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Desta forma, o advogado público só responderá por eventuais prejuízos causados caso constata-se a ocorrência de dolo ou culpa em sua conduta.

Joel de Menezes Niebuhr¹⁰ ensina que o parecer lavrado por advogado é técnico, porquanto deve ser amplamente fundamentado. O advogado não exte-

10 NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a administração pública. In: http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/artigo_pareceres.pdf acesso em 14 de setembro de 2012.

rioriza o que ele acha que deve ser feito, mas sim o que o Direito prescreve que deve ser feito. Logo, o parecerista pode ser responsabilizado quando o parecer não está fundamentado, **não defende tese sustentável** ou não está alicerçado em doutrina ou jurisprudência.

Em sede de responsabilidade administrativa, a Lei 8.429, de 2 de junho 1992, prevê a existência de três espécies de condutas caracterizadoras de improbidade administrativa, sendo certo que, por inserir-se no conceito de agente público apresentado pela referida lei, é plenamente possível que o advogado público seja sujeito ativo de improbidade administrativa.

Assim, em tese, as condutas dos advogados públicos que importem em enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário ou que atentem contra os princípios da Administração Pública se enquadrariam na definição de ato de improbidade administrativa.

Sob outro aspecto, também é importante explicitar que a responsabilidade do advogado é subjetiva, ou seja: somente existirá na hipótese da prática de conduta dolosa ou culposa, de tal forma que, se o ato praticado pelo advogado público for lícito, ou se não houver prova da ocorrência de culpa ou dolo, a consequência será a impossibilidade de ressarcimento por parte do mesmo. Neste sentido, Bruno Santos Cunha assevera que tendo o parecer sido devidamente fundamentado e, não havendo prova de dolo, culpa, má-fé ou erro grave, não há que se falar em nexo de causalidade entre este e o dano sofrido e, consequentemente, não há que se falar em responsabilidade do advogado.¹¹

Jurisprudência sobre o tema

No tocante à responsabilização do advogado público em função de parecer emitido observa-se a existência de posição divergente na doutrina, a depender da natureza jurídica e classificação atribuída ao mesmo.

No julgamento do MS 24073/DF – o qual tratava da responsabilidade de advogado de empresa estatal que apresenta parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações, decidiu-se no sentido de que não seria possível a responsabilização solidária com o administrador, tendo em vista que o parecer não é ato administrativo, sendo meramente consultivo.

11 CUNHA, Bruno Santos. A responsabilização do advogado de Estado perante os Tribunais de Contas pela emissão de pareceres jurídicos. In: revista de Direito Administrativo. Nº 256, Rio de Janeiro, p. 33, abril/2011

Tal decisão baseou-se no fato de que tal parecer seria meramente opinativo, não caracterizando ato administrativo passível de responsabilização.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que tal parecer visa a apenas informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem adotadas, não vinculando a Administração Pública.¹²

No referido julgamento, o STF pronunciou-se de forma clara no sentido de que:

O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo.¹³

Em outro caso, o TCU, por meio do Acórdão nº 462/2003, pronunciou-se no sentido de que o parecer constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, razão pela qual deve submeter-se à análise da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública Federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, *ex vi* do art. 70 caput, e 71, II, da Constituição Federal.

Desse modo, o TCU entendeu que:

Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.¹⁴

O mesmo acórdão ainda mencionou que, em caso de dano ao erário, causado preponderantemente pela emissão de parecer jurídico, deve-se submeter o ato praticado pelo advogado público à apreciação pelo Tribunal de Contas.

Assim, segundo o referido acórdão deve-se verificar se houve liame ou nexo de causalidade entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissos ou

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 377.

13 STF – MS 24073 / DF – DISTRITO FEDERAL – Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO – Julgamento: 06/11/2002 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: DJ 31-10-2003.

14 Acórdão nº 462/2003 do Tribunal de Contas da União

tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a lesão ao erário. Logo, ficando caracterizada a ocorrência de dolo ou culpa, a responsabilidade do advogado público há de ser reconhecida com fulcro no artigo 37, § 6º da CF.

Já no julgamento do MS-24584/DF, a maioria do Tribunal entendeu que a “aprovação” ou ratificação de termo de convênio e aditivos, a teor do que dispõe o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 possibilita a responsabilização solidária, já que o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente. Isso porque, nessa hipótese, não se trata de mero parecer opinativo, mas sim de *aprovação pelo setor técnico-jurídico, o que sugere a responsabilidade solidária*.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho afirma que:

Ao examinar e aprovar os atos de licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.¹⁵

Desse modo, observa-se que, a depender da natureza jurídica atribuída ao parecer, haverá uma alteração significativa no que se refere à responsabilidade do advogado público.

A propósito, no julgamento do MS 24631, o STF pronunciou-se no sentido de que:

Tratando-se de consulta facultativa, não há vinculação pela Administração Pública em relação ao parecer proferido, sendo certo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo.

Já na hipótese da consulta ser obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e, se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer.

Por fim, quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador deverá decidir nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

15 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012, p. 379

No referido mandado de segurança, o colendo STF concluiu que o parecer emitido pelo impetrante não possuía caráter vinculante, de tal forma que sua aprovação pelo superior hierárquico não altera sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior, mas, apenas, incorpora sua fundamentação ao ato.

Deste modo, não havendo relação de causalidade entre o parecer jurídico e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário, tem-se que a responsabilização é abusiva. Apenas se houver prova de culpa ou erro grosseiro, será possível a responsabilização de advogado público pelo conteúdo de seu parecer.¹⁶

Conclusões

O advogado público, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância, sendo responsável pelos atos que, no exercício profissional, venha a praticar com dolo ou culpa.

No que se refere à responsabilidade por pareceres tem-se que esta variará segundo a espécie de parecer emitido.

Quando a consulta for facultativa, não há vinculação da autoridade ao parecer proferido, ficando esta livre para tomar a decisão que desejar, desde que fundamentadamente. Deste modo, não é possível penalizar-se o advogado público que emita um parecer jurídico meramente opinativo.

Na hipótese da consulta ser obrigatória, também não há que se falar, em princípio, em responsabilização do advogado parecerista, eis que o administrador pode decidir de forma contrária a este, com base em juízo de conveniência e oportunidade.

Por fim, quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

Ante todo o exposto, tem-se que o advogado público só responderá por eventuais prejuízos causados caso constate-se a ocorrência de dolo ou culpa em sua conduta e o efetivo prejuízo para a Administração Pública, de tal forma que o

16 MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250

parecerista poderá ser responsabilizado quando o parecer não estiver fundamentado, não defender tese sustentável ou não se encontrar alicerçado em doutrina ou jurisprudência.

Isso ocorre porque a responsabilidade do advogado é subjetiva, ou seja, somente existirá na hipótese da prática de conduta dolosa ou culposa, de tal forma que, se o ato praticado pelo advogado público for lícito ou se não houver prova da ocorrência de culpa ou dolo, a consequência será a impossibilidade de ressarcimento por parte do mesmo.

A responsabilidade civil é um instituto em contínua evolução e que vem se aperfeiçoando ao longo do tempo. No atual Estado Democrático e de Direito não é possível conceber-se que atos administrativos sejam praticados sem que haja uma punição àquele que os pratica sem qualquer cuidado ou análise técnica. Assim, se o conteúdo do parecer for proferido em situação de ilegalidade, isto é, se o advogado público agiu dolosamente ou por culpa grave, em decorrência de erro profissional grosseiro, etc., sua responsabilização será possível, caso venha a causar prejuízo.

Referências bibliográficas

- AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade dela decorrente. In: BOLZAN, Fabricio; MARINELA, Fernanda (org.) leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública. Salvador, Juspodium, 2008
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Ed., 2006
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 13. ed., Lumen Juris, 2005
- CASTRO, Aldemario Araujo. A independência técnica do Advogado Público Federal. Disponível em <http://agu.jusbrasil.com.br/noticias/1503324/artigo-a-independencia-tecnica-do-advogado-publico-federal>. Acesso em 10/10/2012
- CUNHA, Bruno Santos. A responsabilização do advogado de Estado perante os Tribunais de Contas pela emissão de pareceres jurídicos. In: revista de Direito Administrativo. Nº 256, Rio de Janeiro, abril/2011
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a administração pública. In: http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/artigo_pareceres.pdf Acesso em 14 de setembro de 2012.
- PAZOS, Antônio Marques. Limites da Responsabilidade Funcional dos Advogados Públicos. *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*. Ano 11. Nº 8, 2009
- SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. *Manual de técnica de parecer jurídico*. Salvador: Juspodium, 2009.

PROCESSO: PGE SF 12092-925814-2010 (SPPREV 93777/2010)

INTERESSADA: SÃO PAULO PREVIDÊNCIA

PARECER: PA 58/2012

ASSUNTO: ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS DA SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV. FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. Cabe à SPPREV a gestão do patrimônio constituído para custear os pagamentos dos benefícios previdenciários. Possibilidade de efetuar venda direta dos imóveis recebidos do Estado de São Paulo, por meio do Decreto nº 57.181/2011, com a imputação dos recursos arrecadados no pagamento dos encargos, ou de constituir um Fundo de Investimento Imobiliário – FII. Economicidade. Caberá a SPPREV sopesar qual das alternativas é a mais econômica, eis que está gerindo um patrimônio com finalidade específica, o pagamento de benefícios previdenciários. Se optar pela constituição do Fundo de Investimento Imobiliário – FII, há a necessidade de autorização legislativa. Precedente Parecer PA nº 54/2011.

1. Este protocolado (fls. 2) teve início com a representação do Secretário Executivo da São Paulo Previdência – SPPREV, às fls. 3 e 4, dirigida ao Diretor-Presidente da autarquia previdenciária, expondo que:

(i) o inciso I do artigo 37 da Lei Complementar nº 1.010, de 1º de junho de 2007, autorizou o Poder Executivo a transferir para a SPPREV o acervo patrimonial do IPESP e da CBPM;

(ii) o relatório de conclusão do “Grupo de Trabalho criado pela Resolução Conjunta SF/SEP/PGE/IPESP/CBPM nº 01/2007, estabelecendo quais os haveres e deveres entre IPESP/CBPM e Estado de São Paulo” permitiu que fossem “estabelecidos quais imóveis do IPESP e da CBPM deveriam ser transferidos à SPPREV”;

(iii) a SPPREV solicitou, por meio de ofício, a edição de decreto para ser efetivada a transferência desses imóveis;

(iv) o parágrafo único do artigo 34 da Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 1º de junho de 2007, autorizou a alienação ou oneração dos bens imóveis dotados ao fundo previdenciário;

(v) alguns desses imóveis foram objeto de 5 (cinco) editais de concorrência lançados para alienação direta deles;

(vi) “esta alienação direta tende a ser infrutífera ou não tão compensadora para a SPPREV, em face da situação peculiar de cada um e a pouca agilidade do Poder Público para adotar soluções específicas”;

(vii) o “caput” do artigo 34 da Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 1º de junho de 2007, estabelece que a gestão dos bens imóveis do fundo previdenciário será realizada “visando a compatibilizar a diversificação dos investimentos à legislação e regulamentação aplicáveis, de modo a obter melhor rentabilidade”. “Assim, há que ser criada uma solução que atenda ao comando legal”;

(viii) a solução estaria “na utilização de instrumento muito comum no mercado financeiro-imobiliário”, que é o Fundo de Investimentos Imobiliários – FII. “O gestor deste Fundo, composto exclusivamente por imóveis transferidos pela SPPREV, terá a responsabilidade de administrá-los, obtendo o maior rendimento, quer no seu aproveitamento, quer na sua alienação”; (grifos nossos)

(ix) a “SPPREV será, de início, a proprietária de todas as cotas do Fundo, que, no entanto, poderão ser alienadas ao público geral”;

(x) a “versão do edital de licitação para credenciar instituição financeira apta a constituir e administrar este Fundo” (fls. 14 a 53) “deverá ser submetido à Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, que melhor opinará”.

2. Os autos foram instruídos com os seguintes documentos: a) minuta de ofício dirigido ao antigo Secretário da Fazenda acompanhada de minuta de decreto de transferência de bens imóveis do Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo – IPESP e Caixa Beneficente da Polícia Militar de São Paulo – CBPM à Interessada (fls. 5/7); b) relação dos imóveis a serem transferidos (fls. 8/13); c) minuta de edital para “a contratação de serviços técnicos especializados de assessoria financeira, para assessorar o IPESP/CBPM e SPPREV na estruturação, constituição, administração, registro e colocação junto ao mercado de capitais, cotas de um Fundo de Investimento Imobiliário – FII, destinado à gestão de patrimônio imobiliário, visando à sua rentabilidade e liquidez” (fls. 14/53).

3. O ilustre Presidente da Interessada determinou o envio dos autos à Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda (fls. 54).

4. Recebidos os autos na Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda foi juntada uma cópia não assinada do Parecer CJ/SF nº 1207/2010¹, da lavra do ilustre Procurador do Estado, Dr. Nivaldo Munari, no qual se fez várias

¹ Da leitura dessa cópia, depreende-se que tal Parecer não se referiu ao assunto ora em discussão, mas a uma possível venda de alguns imóveis do IPESP, para capitalização da Interessada.

observações sobre a venda de imóveis do IPESP (fls. 55/60), parecer esse não aprovado pela Chefia da Consultoria Jurídica, nos termos de cópia de manifestação, também não assinada, juntada às fls. 61/66. Foram, ainda, juntados os seguintes documentos: a) cópia da Lei Federal nº 8.668/1993 (fls. 67/71); b) cópia do texto integral da Instrução CVM nº 472, de 31 de outubro de 2008, com as modificações introduzidas pela instrução CVM nº 478/09 que “Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento, a oferta pública de distribuição de cotas e a divulgação de informações dos Fundos de Investimento Imobiliário - FII. Revoga as Instruções CVM nº 205, de 14 de janeiro de 1994, nº 389, de 3 de junho de 2003, nº 418, de 19 de abril de 2005 e nº 455, de 13 de junho de 2007. Acrescenta o Anexo III-B à Instrução CVM nº 400, de 29 de dezembro de 2003.” (fls. 72/102).

5. A seguir, o ilustre Procurador Chefe daquele órgão consultivo emitiu o Parecer 169/2011 (fls. 103/114), no qual analisou minuciosamente as regras aplicáveis ao Fundo de Investimento Imobiliário, tendo, em breve resumo, asseverado, ainda, que: a) ao desaprovar o Parecer CJ/SF nº 1.207/2010 observou-se que os acertos patrimoniais dos antigos IPESP e CBPM deviam ser transferidos à Interessada e passariam a compor o chamado fundo previdenciário, cujos recursos destinar-se-iam a custear o pagamento de benefícios (fls. 105); b) caberia à Interessada gerir, da maneira mais eficiente possível, os recursos alocados ao fundo previdenciário, com vistas a maximizar a sua rentabilidade (fls. 105); c) com vistas a essa finalidade, a Interessada foi contemplada com autorização legislativa genérica, nos termos dos artigos 31 a 34 da Lei Complementar nº 1.010/2007, para alienar os bens imóveis integrantes do fundo previdenciário, observados os preços praticados no mercado (fls. 105); d) o fundo previdenciário previsto na referida lei possuiria natureza meramente contábil, cabendo a titularidade do acervo respectivo à Interessada, que também é a responsável por sua gestão (fls. 108); e) o Fundo de Investimento Imobiliário – FII constitui uma estrutura legal típica, na medida em que está expressamente previsto e amplamente disciplinado em lei específica² (fls. 108); e) esse fundo, devidamente regulado pela Instrução CVM nº 472/2008, pode ser capitalizado por bens e direitos, inclusive imóveis, pelo que seria possível à Interessada subscrever cotas desse fundo, integralizando-as com os imóveis de sua titularidade, destinados ao pagamento dos benefícios (fls. 110); f) seria viável a existência de um Fundo de Investimento Imobiliário exclusivo,

2 Nesse sentido, asseverou o referido Parecer que “A Lei nº 8.668/93 define o Fundo de Investimento Imobiliário como uma comunhão de recursos sem personalidade jurídica, captados no mercado de capitais e destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários (cf. art. 1º).” (fls. 108)

com a participação de um único quotista³ (fls. 110); g) a integralização das quotas desse Fundo, por meio de imóveis, caracteriza ato de alienação e, portanto, pressupõe a existência de autorização legislativa (fls. 111); h) tal autorização, todavia, está contida nos artigos 31 a 34 da Lei Complementar nº 1.010/2007 (fls. 111); i) uma vez transferidos os imóveis ao Fundo de Investimento Imobiliário, coloca-se a questão de estar, ou não, os atos de gestão ou alienação pela entidade administradora, na qualidade de proprietária fiduciária, sujeitos às regras de direito público, notadamente ao processo licitatório (fls. 112); j) após madura reflexão, entendeu o ilustre subscritor da referida peça opinativa estar a entidade administradora do Fundo de Investimento Imobiliário sujeita apenas às normas de direito comum e não às regras de direito público, desde que “a decisão administrativa pela adoção da estrutura do Fundo de Investimento Imobiliário” fosse “devidamente justificada sob a ótica do interesse público secundário ou patrimonial, de modo a afastar qualquer resquício de simulação, caracterizado pela tentativa de fuga aos rigores do direito público.” (fls. 112); k) possuindo o Fundo tipicidade legal, afigura-se absolutamente incompatível com sua estrutura e seu funcionamento, “a incidência concomitante de normatividade publicista sobre seu patrimônio”, sendo que “em nenhum momento a Lei nº 8.668/93, ou a Instrução CVM nº 472/2008 deixam transparecer qualquer abertura nesse sentido.” (fls. 112/113).

6. Referido Parecer concluiu pela “*viabilidade jurídica da utilização do Fundo de Investimento Imobiliário*” de que trata a Lei nº 8.668, de 25 de julho de 1993, pela São Paulo Previdência – SPPREV (fls. 113), para a finalidade visada pela direção da autarquia previdenciária, ressaltando que esse posicionamento não envolvia “*nenhum juízo de valor sobre a justificativa apresentada para adoção da estrutura proposta, nem tampouco a aprovação antecipada dos documentos encartados nos autos relativos ao processo licitatório para contratação da entidade administradora*”

3 Nesse sentido, asseverou o referido Parecer: “É verdade que a Instrução CVM nº 472/2008 não menciona expressamente a hipótese de quotista único. No entanto, ao enumerar as matérias que devem constar no regulamento do fundo inclui os critérios para subscrição de cotas por um mesmo investidor (cf. art. 15, IX). A referência faz supor que o regulamento pode tanto restringir quanto autorizar a concentração de quotas, chegando ao limite de pertencerem integralmente a um único quotista... De outra parte, o Fundo de Investimento Imobiliário constituído inicialmente por um único quotista pode, a qualquer momento, receber o ingresso de outros quotistas. Isso ocorre quando o titular original das quotas resolve posteriormente negociá-las no mercado secundário.” (fls. 110/111)

(fls. 113/114), matérias que seriam enfrentadas oportunamente, “*após o pronunciamento da douta Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria sobre o mérito desta peça opinativa*” (fls. 114).

7. Assim, a razão para a vinda destes autos ao Gabinete do Procurador Geral do Estado é a de validar a assertiva do Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, segundo a qual seria viável que a própria SPPREV constituísse um Fundo de Investimento Imobiliário – FII, com os bens que lhe seriam transferidos pelo Poder Executivo, de titularidade do IPESP e da CBPM.

8. Recebidos os autos no Gabinete do Procurador Geral do Estado, a Procuradora do Estado Chefe de Gabinete os encaminhou ao Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria (fls. 115), que os enviou, por sua vez, a esta Procuradoria Administrativa para exame e parecer (fls. 116).

9. Os autos foram distribuídos ao Procurador do Estado Dr. Marcelo de Aquino, que prolatou o Parecer PA nº 54/2011 (fls. 117/122). Em breve resumo foi asseverado que: a) a SPPREV indicou um problema: a dificuldade de bem gerir e administrar imóveis, “*de modo a obter melhor rentabilidade*” desses ativos, conforme exige o “caput” do artigo 34 da Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 1º de junho de 2007; b) essa mesma entidade previdenciária apresentou uma solução para esse problema: transferir os imóveis que lhe seriam destinados para um “Fundo de Investimento Imobiliário”, razão pela qual pretende realizar a contratação de serviços técnicos especializados; c) a Lei Federal nº 9.717, de 27.11.1998, que dispõe sobre regras gerais para organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social, em seu artigo 6º, *facultou* à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a constituição de fundos integrados de bens, direitos e ativos, com finalidade previdenciária, desde que eles observem os critérios que indicou, entre os quais a aplicação de seus recursos conforme for estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional; d) a Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 1º de junho de 2007, previu, nos artigos 31 a 34, autorização para o Poder Executivo Paulista constituir fundo com finalidade previdenciária, “*destinado a recepcionar os recursos e o patrimônio previdenciários, sob a direção, administração e gestão da SPPREV*”; e) os recursos do fundo previdenciário devem ser aplicados de acordo com as condições do mercado e “*da legislação aplicável à matéria*”, com observância das regras de “*segurança, solvência, liquidez, rentabilidade, proteção e prudência financeira*”, segundo dispõe o artigo 33 desse diploma legal; f) embora legalmente autorizado, o Poder Executivo ainda não constituiu esse fundo com natureza previdenciária “*destinado a recepcionar os recursos e o patrimônio previdenciários*”, pelo que não é possível invocar os artigos 31 a 34 da Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 1º de junho de 2007, para fundamentar eventual medida administrativa que venha a ser adotada pela SPPREV; g) por ou-

tro lado, o artigo 37 da Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 1º de junho de 2007, autorizou o Poder Executivo a “*transferir para a SPPREV o acervo patrimonial do IPESP e da CBPM, relativos às competências que lhe são atribuídas por esta lei complementar*”, o que ainda não havia sido feito quando da prolação do Parecer. Em razão desse fato, entendeu o ilustre parecerista que, naquele momento, seria prematura qualquer manifestação sobre a viabilidade de instituição de um Fundo de Investimento Imobiliário pela Interessada, pelo que propugnou se aguardasse a posição oficial do Chefe do Poder Executivo, no sentido de efetuar ou não a transferência dos mencionados imóveis (fls. 121/122).

10. Tal manifestação foi endossada pela então Procuradora do Estado Chefe desta Especializada (fls. 123) e aprovada pelo Senhor Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria, que determinou o retorno dos autos à Interessada para complementação da instrução (fls. 124).

11. Seguiu-se manifestação do ilustre Secretário Executivo da Interessada, dando conta da edição do Decreto nº 57.181/2011⁴ e encaminhando os autos à Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda (fls. 124v).

12. O ilustre Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda asseverou, em despacho (fls. 125/126), que: a) aquela Consultoria já havia proferido o Parecer CJ/SF nº 169/2010, que concluiu pela viabilidade jurídica da constituição de um Fundo Imobiliário pela Interessada, que seria capitalizado com os imóveis de titularidade originária do IPESP e CBPM; b) o Parecer PA nº 54/2011, devidamente aprovado pelo Senhor Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, entendeu que a viabilidade jurídica da constituição desse Fundo Imobiliário deveria ser apreciada após a edição de decreto que manifestasse formalmente a vontade do Poder Executivo de transferir à Interessada o acervo patrimonial do IPESP e CBPM; c) houve a edição do Decreto nº 57.181/2011, pelo que deveriam os autos retornar ao Gabinete do Procurador Geral do Estado para a ultimação da análise das conclusões do Parecer prolatado pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda.

13. Recebidos os autos pelo Senhor Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria, foram eles restituídos a esta Especializada para exame e parecer (fls. 127).

14. Foi efetivada a juntada de cópia do Decreto nº 57.181/2011 que não se encontrava no processo (fls. 128/136).

4 Esse decreto transferiu “à São Paulo Previdência – SPPREV os imóveis pertencentes ao Instituto de Previdência do Estado de São Paulo (hoje Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo) e à Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado.”

É o relatório. Passo a opinar.

15. Como já ressaltado, a razão para a vinda destes autos a esta Unidade é a de validar a assertiva do Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, segundo a qual seria viável que a própria SPPREV constituísse um Fundo de Investimento Imobiliário com os bens que lhe foram transferidos pelo Poder Executivo, de titularidade do IPESP e da CBPM, nos termos do Decreto nº 57.181/2011.

16. Os pareceres CJ/SF nº 169/2011 e PA nº 54/2011 abordaram duas situações que me parecem distintas, porém não incompatíveis: a) a possibilidade de criação de um fundo previdenciário pela SPPREV, conforme faculta do artigo 31, caput, da Lei Complementar nº 1.010/2007, fundo esse que poderia ser constituído, dentre outros bens, por imóveis; b) a possibilidade de constituição de um Fundo de Investimento Imobiliário pela SPPREV, com o fim de bem gerir os imóveis que lhe foram transferidos.

17. Dispõe o artigo 31 da Lei Complementar nº 1.010/2007:

“**Artigo 31** – Fica o Poder Executivo autorizado a constituir fundo com finalidade previdenciária, de natureza contábil, destinado a recepcionar os recursos e o patrimônio previdenciários, sob a direção, administração e gestão da SPPREV.

§ 1º – Os recursos do fundo a que se refere o “caput” deste artigo serão destinados exclusivamente ao pagamento de benefícios previdenciários do RPPS e do RPPM.

§ 2º – Caberá à SPPREV, por intermédio dos seus órgãos de administração, a representação, a administração e a gestão do fundo a que se refere o “caput” deste artigo, na forma prevista nesta lei complementar.

§ 3º – A SPPREV deverá manter os recursos destinados ao pagamento de benefícios em conta específica em nome do fundo a que se refere o “caput” deste artigo.

§ 4º – O fundo a que se refere o “caput” deste artigo e a SPPREV terão registros cadastrais e contabilidade distintos, não havendo entre eles qualquer comunicação ou direitos, inexistindo solidariedade ou subsidiariedade obrigacionais ativas ou passivas.”

18. Assim, constata-se que a SPPREV está *autorizada* a constituir um fundo com finalidade previdenciária, sendo que esse fundo, se instituído, se sujeita a diversas normas, dentre as quais, as dos parágrafos do mencionado artigo 31 da LC nº 1.010/2007⁵. Nos termos desse dispositivo, não se afigura obrigatória

5 Não sendo objeto deste Parecer a análise das regras e das características desse “fundo com finalidade previdenciária”, deixa-se de fazer quaisquer considerações sobre elas.

para a SPPREV a criação desse fundo, possuindo, portanto, a autarquia a faculdade de administrar o Regime Próprio dos Servidores – RPPS e o Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo – RPPM (art. 3º da LC nº 1.010/2007), sem a sua constituição.

19. Caso opte por constituí-lo, já existe, nos termos do citado dispositivo, a necessária autorização para tanto, pelo que sua criação pode ser feita, se assim vier a desejar a SPPREV, a qualquer momento, sem a necessidade de qualquer outro instrumento normativo.

20. Por sua vez, o artigo 32 da mencionada lei já estabelece o conjunto de bens e recursos que suportarão o pagamento dos benefícios previdenciários a cargo da SPPREV. Nesse sentido, confira-se:

“**Artigo 32** – O fundo a que se refere o artigo 31 desta lei complementar contará com recursos constituídos por:

I – bens, direitos e ativos dotados pelo Estado de São Paulo;

II – contribuições previdenciárias mensais dos servidores públicos, ativos e inativos, dos militares do serviço ativo, dos agregados ou licenciados, da reserva remunerada ou reformados, e dos respectivos pensionistas, nos termos da legislação aplicável;

III – contribuição previdenciária do Estado, em contrapartida à contribuição dos servidores públicos civis, ativos e inativos, dos militares do serviço ativo, dos agregados ou licenciados, da reserva remunerada ou reformados, e dos respectivos pensionistas;

IV – aportes extraordinários do Estado;

V – acervo patrimonial de órgãos e entidades estaduais que lhe forem transferidos por ato do Poder Executivo;

VI – rendimentos das aplicações financeiras de seus recursos;

VII – produto da alienação de seus bens;

VIII – aluguéis e outros rendimentos derivados dos bens componentes de seu patrimônio;

IX – doações, subvenções e legados;

X – outros recursos consignados no orçamento do Estado, inclusive os decorrentes de créditos suplementares;

XI – receitas decorrentes do reconhecimento de dívidas do Estado com o IPESP, vencidas antes da vigência desta lei complementar e apuradas nos termos do artigo 28 desta lei.

Parágrafo único – A contribuição previdenciária do Estado, a que se refere o “caput” do artigo 2º da Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, alterada pela Lei federal nº 10.887, de 18 de junho de 2004, para os regimes próprios de previdência de que trata o artigo 2º desta lei complementar, corresponderá ao dobro do valor da contribuição do servidor ativo.”

21. Nesse sentido, constituído o fundo previdenciário previsto no artigo 31, seu patrimônio se formará com os bens e recursos relacionados no artigo 32. Ainda que esse fundo não venha a ser formalmente constituído, esses ativos poderão ser aportados à SPPREV, para suportar o pagamento dos benefícios previdenciários⁶.

22. Dentre os ativos que poderiam ser destinados à SPPREV para pagamento dos benefícios previdenciários estava o “acervo patrimonial de órgãos e entidades estaduais que lhe forem transferidos por ato do Poder Executivo” do Estado de São Paulo, previsto no inciso V do mencionado dispositivo legal.

23. Nos termos do artigo 37, incisos I e II da mencionada lei, o Poder Executivo já estava *autorizado* a transferir para a SPPREV o acervo patrimonial do IPESP, da CBPM, das Secretarias de Estado e das entidades da Administração indireta do Estado (incisos I e II do artigo 37) “*relativos às competências que lhe são atribuídas*” pela Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 1º de junho de 2007.” Nesse sentido, confira-se:

“**Artigo 37** – Fica o Poder Executivo autorizado a:

I – transferir para a SPPREV o acervo patrimonial do IPESP e da CBPM, relativos às competências que lhe são atribuídas por esta lei complementar, de acordo com o cronograma referido no artigo 36 desta lei complementar;

II – transferir para a SPPREV o acervo patrimonial das Secretarias de Estado e das entidades da Administração indireta do Estado, relativos às competências que lhe são atribuídas por esta lei complementar, de acordo com o cronograma referido no artigo 36 desta lei complementar;

.....”

24. Com a edição do referido decreto, houve a definição pelo Chefe do Poder Executivo Estadual da transferência de bens imóveis para a entidade autárquica previdenciária, conforme autorizado pelo citado dispositivo. Tal definição, todavia, não se confunde com a definição, a cargo da SPPREV, da constituição do fundo com finalidade previdenciária, previsto em seu artigo 31.

⁶ Mesmo que não constituído o “fundo com finalidade previdenciária”, previsto no artigo 31 da LC nº 1.010/2007, parece claro que os ativos transferidos à SPPREV só podem ser utilizados para custear o pagamento dos benefícios previdenciários, sendo vedada sua utilização para qualquer outro fim.

25. Em consequência, a partir da edição do Decreto nº 57.181/2011, os imóveis previstos em seu anexo fazem parte do patrimônio da SPPREV, para o fim único e específico de custear os benefícios previdenciários a cargo daquela autarquia. Caberá a ela decidir constituir, ou não, o fundo previdenciário a que está autorizada pelo artigo 31 da referida Lei Complementar.

26. Com ou sem a constituição desse fundo previdenciário, cabe a SPPREV gerir esses imóveis para custear as despesas decorrentes dos benefícios previdenciários devidos. A própria Lei Complementar nº 1.010/2007 trouxe disposições claras nesse sentido. Confira-se:

“Artigo 33 – Os recursos garantidores das reservas técnicas, fundos e provisões do fundo a que se refere o artigo 31 desta lei complementar serão aplicados de acordo com as condições de mercado e da legislação aplicável à matéria, e observadas as regras de segurança, solvência, liquidez, rentabilidade, proteção e prudência financeira.

Artigo 34 – A gestão dos bens imóveis do fundo a que se refere o artigo 31 desta lei complementar será realizada visando a compatibilizar a diversificação dos investimentos à legislação e regulamentação aplicáveis, de modo a obter melhor rentabilidade.

Parágrafo único – Fica autorizada a alienação ou oneração dos bens imóveis dotados ao fundo a que se refere o artigo 31 desta lei complementar devendo tal alienação ou oneração observar os valores praticados pelo mercado imobiliário e reverter em seu benefício.”

27. Cabe, pois, à SPPREV as atividades de gestão do patrimônio que lhe foi revertido, o que está a significar possui ela ampla discricionariedade para decidir a melhor forma de maximizá-lo. Nesse sentido, como bem assinalou o ilustre Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, no despacho de desaprovação do Parecer CJ/SF 1207/2010, a SPPREV pode, em relação aos bens imóveis, optar por “mantê-los em carteira pelo tempo que julgar necessário” ou “pode vender desde logo a terceiros os mesmos bens..., imputando os recursos assim arrecadados no pagamento de encargos previdenciários de sua responsabilidade” (fls. 61).

28. É sabido que, nos termos do artigo 17, inciso I da Lei Federal nº 8.666/93⁷, c.c. artigo 20, inciso I da Lei Estadual nº 6.544/89⁸, é necessária autorização legis-

7 **Lei Federal nº 8.666/1993 – Artigo 27** – A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes regras: **I** – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:...”.

8 **Lei Estadual nº 6.544/89 – Artigo 20** – A alienação de bens da Administração centralizada ou autárquica, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será sempre precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: **I** – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa, avaliação prévia e concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: **a)** dação em pagamento; **b)** doação; **c)** permuta; **d)** investidura;...”.

lativa para alienação de bens imóveis da Administração Pública, inclusive os de entidades autárquicas.

29. Como visto, há no parágrafo único do artigo 34 da Lei Complementar nº 1.010/2007 a necessária autorização legislativa para a SPPREV alienar os bens recebidos. Esse ponto foi bem analisado no despacho de desaprovação do Parecer CJ/SF nº 1207/2010, prolatado pelo Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, razão pela qual conveniente trazer à colação essa manifestação específica:

“A SPPREV também pode vender desde logo a terceiros os mesmos bens... Essa faculdade consta expressamente do parágrafo único do artigo 34 da Lei complementar estadual nº 1.010/2007, que contém autorização genérica para oneração ou alienação dos bens imóveis que compõem o fundo previdenciário sob gestão da SPPREV...

É importante frisar que a responsabilidade pela decisão da venda e definição das condições de preço e pagamento cabem primordialmente à SPPREV. Por esse motivo, a operação deve observar os procedimentos de aprovação previstos no Regulamento Interno da SPPREV, além de ficar sujeita à fiscalização das instâncias internas de governança daquela autarquia...

Em resumo, a Lei Complementar nº 1.010/2007 já contém a autorização legislativa reclamada pelo artigo 17 da Lei federal nº 8666/93 e permite presumir a existência de interesse público nas alienações imobiliárias realizadas no âmbito do fundo previdenciário. Isso porque os recursos obtidos com a venda ficam vinculados a uma finalidade específica, vale dizer, serão obrigatoriamente empregados no pagamento de benefícios previdenciários ou na aquisição de outros ativos com maior potencial de retorno financeiro.” (fls. 61/63)

30. A questão proposta nestes autos é de outra natureza e, s.m.j., não se confunde com esse fundo previdenciário.

31. O que está a pretender a Interessada não é **vender** tais imóveis⁹, **nem mantê-los em carteira**, para uma posterior alienação, **mas constituir um Fundo de Investimento Imobiliário – FII**, do qual será a única quotista, sendo que pretende integralizar esse Fundo com os imóveis que lhe foram transferidos pelo Decreto nº 57.181/2011.

32. Da análise da legislação aplicável – Lei Federal nº 8.668/93 e Instrução CVM nº 472/2008 – não parece haver qualquer vedação à adoção de um Fundo de Investimento Imobiliário por parte da Interessada. Assim, quanto a esse ponto,

9 O ofício inaugural afirmou textualmente que “para a quase totalidade dos imóveis, esta alienação tende a ser infrutífera ou não tão compensadora para a SPPREV, em face da situação peculiar de cada um e a pouca agilidade do Poder Público para adotar soluções específicas” (fls.3/4)

nada tenho a objetar às conclusões do Parecer CJ/SF nº 169/2011. Permito-me apenas acrescentar que, nos termos do artigo 15, inciso I, da Instrução CVM nº 472/2008¹⁰, o regulamento do Fundo de Investimento Imobiliário deverá dispor, *com clareza*, sobre os segmentos em que ele atuará, bem como a natureza dos investimentos ou empreendimentos imobiliários que serão realizados com os imóveis integralizados pela Interessada.

33. A questão que me parece relevante é a de perquirir se a autorização prevista no artigo 34, parágrafo único, da Lei Complementar nº 1.010/2007 para a Interessada alienar e onerar bens permite a ela integralizar esse Fundo com os imóveis que lhe foram transferidos pelo Decreto nº 57.181/2011.

34. Não obstante a autorização genérica prevista no citado dispositivo legal, parece-me não ser ela apta a abranger o instituto a que a Interessada está pretendendo aderir, ou seja, a constituição de um Fundo de Investimento Imobiliário – FII para “gerir” os imóveis de sua titularidade.

35. Com efeito, a autorização dada à Interessada para alienar imóveis de sua titularidade, prevista na Lei Complementar nº 1.010/2007, possui, s.m.j, o significado estrito de alienação de bens, para fins de transformá-los em moeda, para fazer frente aos benefícios previdenciários de sua responsabilidade ou de utilizar-se do produto para diversificar suas aplicações, conforme autorizam os artigos 33 e 34 da Lei Complementar nº 1.010/2007.

36. Caso a Interessada entenda que há inegáveis vantagens em constituir esse Fundo de Investimento Imobiliário, lastreado em imóveis de sua propriedade, necessitará ela de autorização legal específica para esse fim, não se podendo valer da norma do parágrafo único do artigo 34 da referida lei.

37. Esse mesmo raciocínio se aplica em relação à norma do artigo 31 da mencionada lei complementar que, como exposto, apenas autoriza a Interessada a constituir um fundo, com finalidade previdenciária, com vistas a fazer frente aos benefícios previdenciários de sua responsabilidade, não sendo essa autorização apta a permitir a constituição de um segundo fundo – o Fundo de Investimento Imobiliário, FII – constituído por seu patrimônio imobiliário.

38. Nesse sentido, caso a Interessada entenda deva, de fato, aplicar seus imóveis num Fundo de Investimento Imobiliário, deve instruir processo específico, visando à apresentação de projeto de lei pelo Excelentíssimo Governador do Estado à Assembleia Legislativa.

10 Instrução CVM nº 472, de 31 de outubro de 2008: “Art. 15. O regulamento do FII deve dispor sobre: I – o objeto do fundo, definindo, com clareza, os segmentos em que atuará e a natureza dos investimentos ou empreendimentos imobiliários que poderão ser realizados; ...”

39. Tal procedimento, parece-me, deve conter detalhada exposição de motivos na qual seja cabalmente demonstrado tanto os benefícios desse novo modelo – a constituição desse Fundo pela Interessada – em relação ao hoje previsto, que contempla a possibilidade de venda direta dos imóveis, quanto as razões que comprovem a “economicidade” de sua adoção, permitindo ao Excelentíssimo Governador do Estado a necessária avaliação sobre ele.

40. Entendo que a comprovação da economicidade é de rigor, eis que, no modelo hoje vigente, a Interessada, com a estrutura de que dispõe, pode vender os imóveis que lhe foram transferidos pelo Decreto nº 57.181/2011 e aplicar os recursos tanto na constituição do fundo previsto no artigo 31 da mencionada lei, quanto no pagamento direto dos benefícios previdenciários.

41. Caso opte pela constituição do Fundo de Investimento Imobiliário, deverá avaliar os custos adicionais desse novo modelo¹¹ (que, presume-se, serão maiores que os atuais), ficando claro, desde já, que esses custos devem ser suportados pela própria Interessada, eis que o parágrafo 1º do artigo 31 da Lei Complementar nº 1.010/2007 veda que sejam cobertos com recursos do fundo previdenciário¹².

42. Dentre os custos adicionais que serão impostos pelo novo modelo, cabe ainda ressaltar importante advertência feita pelo ilustre Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, em seu Parecer, quando asseverou:

“Em contrapartida, resta ainda sopesar os custos de transação inerentes ao modelo proposto, notadamente os de natureza fiscal, *uma vez que os imóveis de titularidade da SPPREV, quando transferidos ao Fundo de Investimento Imobiliário, não estarão mais ao amparo da imunidade constitucional tributária.*” (fls. 112, grifos nossos).

43. Resta, por fim, analisar a assertiva do parecer CJ/SF nº 169/2011, de que uma vez instituído Fundo de Investimento Imobiliário será ele regido por normas específicas da Lei Federal nº 8.668/93 e Instrução CVM nº 472/2008, e não por normas de direito público.

11 Nesse sentido, asseverou o Parecer CJ/SF nº 169/2011: “Todo Fundo de Investimento Imobiliário deve ter um regulamento específico aprovado pela CVM, ao qual cabe definir, entre outras coisas, a política de investimento, a remuneração da entidade administradora, a divulgação de informações aos quotistas, das despesas e encargos do Fundo,...” (fls. 109).

12 Com efeito, como já exposto, pela redação do referido dispositivo legal, é de se concluir que todo o produto da venda dos imóveis da Interessada deve ser utilizado apenas no pagamento dos benefícios previdenciários; assim os custos com o Fundo de Investimento Imobiliário não poderão ser pagos com recursos decorrentes da venda dos imóveis.

44. Com efeito, esse ponto foi corretamente analisado no referido Parecer, quando asseverou:

“Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro também não coloca, dentro das fronteiras do setor público, os fundos de investimento cujos quotistas sejam, total ou parcialmente, órgãos ou entidades da administração pública. Na prática nacional, existem diversos precedentes de fundos de investimento com participação de recursos públicos, que são geridos nos estritos termos da legislação específica, vale dizer, sem adaptações às regras próprias do setor público.

Independentemente da origem dos recursos (pública ou privada), a legislação aplicável ao Fundo de Investimento Imobiliário contém salvaguardas que preservam adequadamente o interesse dos quotistas, a começar pela fiscalização institucional da CVM, a atuação obrigatória de auditoria independente, a exigência de qualificação profissional para o exercício da gestão e a possibilidade de responsabilização pessoal da entidade administradora que cometa eventuais desmandos.” (fls. 113)

45. Por fim, tal como expressamente asseverou o Parecer CJ/SF nº 169/2011, a presente manifestação também não contém nenhum juízo de valor, quer sobre a justificativa apresentada para adoção da estrutura proposta, quer sobre os documentos encartados nos autos relativos ao processo licitatório para contratação de serviços técnicos de estruturação da operação (fls. 14/53), matérias que devem ser enfrentadas, oportunamente, pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, se houver mesmo a opção de constituição do Fundo de Investimento Imobiliário pela Interessada.

46. Em face do exposto, sou de opinião de que: a) o Parecer CJ/SF nº 169/2011 analisou conclusivamente as questões que foram submetidas à Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda no tocante à possibilidade de constituição pela SPPREV de um Fundo de Investimento Imobiliário, bem como enfocou minuciosamente as características desse fundo; b) tais conclusões não são incompatíveis com o Parecer PA nº 54/2011, que analisou a possibilidade de a SPPREV instituir o fundo com finalidade previdenciária, previsto no artigo 31 da Lei Complementar nº 1.010/2007, com os imóveis que acabaram lhe sendo transferidos pelo Decreto nº 57.181/2011; c) para Interessada constituir um Fundo de Investimento Imobiliário deve haver autorização legislativa específica, não sendo suficientes as normas hoje existentes na Lei Complementar nº 1.010/2007; d) na hipótese de a Interessada desejar mesmo constituir um Fundo de Investimento Imobiliário deve enviar ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado expediente, com vistas a iniciar processo legislativo sobre o tema, expediente esse no qual deve estar demonstrando haver plena justificativa, sob o ponto de vista econômico, para a adoção desse novo modelo; e) na hipótese de constituição de um Fundo de Investimento Imobiliário, todos os custos adicionais devem ser suportados

com verbas orçamentárias da própria Interessada, não sendo possível a utilização de valores decorrentes da alienação dos imóveis que lhe foram transferidos pelo Decreto nº 57.181/2011, nem de qualquer outra verba prevista no artigo 32 da Lei Complementar nº 1.010/2007; f) na hipótese de constituição de um Fundo de Investimento Imobiliário pela Interessada, tal fundo será regido pela Lei Federal nº 8.668/93 e Instrução CVM nº 472/2008, e não por normas de direito público, nos termos propostos no Parecer CJ/SF nº 169/2011; g) na hipótese de haver opção pela proposta de projeto de lei sobre o tema, caberá à Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda analisar todos os documentos relativos a essa operação.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 28 de setembro de 2012.

MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO
Procurador do Estado
OAB-SP 80.017

PROCESSO: SPPREV Nº 93777/2010 – SF Nº 12092-925814/2010
INTERESSADO: SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV
PARECER: PA Nº 58/2012

Entendo que a questão não está suficientemente madura para que se possa opinar favoravelmente à constituição do Fundo de Investimento Imobiliário, na forma esboçada pela SPPREV.

Lança a SPPREV nos autos uma ideia inicial, decorrente de sua dificuldade em gerir os bens imóveis recebidos pela LCE 1.010, de 1º de junho de 2007, art. 37, e Decreto Estadual 57.181, de 29 de julho de 2011.

A solução apontada às fls. 3/4 pelo Senhor Secretário Executivo da autarquia é a criação de um Fundo de Investimento Imobiliário FII, em princípio com cotista único, por meio do qual uma instituição financeira, escolhida mediante procedimento licitatório, seria a gestora do patrimônio, podendo alienar os bens integrantes do fundo, de acordo com as regras de direito privado. Afirma o senhor Secretário Executivo que o FII é um “instrumento muito comum no mercado financeiro imobiliário”, e que o “gestor deste Fundo, composto exclusivamente por imóveis transferidos pela SPPREV, terá a responsabilidade de administrá-los, obtendo o maior rendimento, quer no seu aproveitamento, quer na sua alienação”. Por fim, afirma que a “SPPREV será, de início, a proprietária de todas as cotas do Fundo, que, no entanto, poderão ser alienadas ao público em geral”.

Sobre a solução preconizada, o ilustre Procurador do Estado, Mário Engler Pinto Júnior teceu as considerações consubstanciadas no Parecer CJ/SF nº 169/2011, de fls. 103/114, fruto de suas reflexões sobre o tema. Entre as questões aduzidas no referido parecer, está a inexistência de menção expressa na Instrução CVM nº 472, de 31 de outubro de 2008, à possibilidade de existir cotista único em um fundo de investimento imobiliário. Pretende o parecerista, no entanto, ver no artigo 15, inc. IX, da referida Instrução, esse autorizativo, na medida em que o regulamento do fundo poderia tanto “restringir quanto autorizar a concentração de quotas, chegando ao limite de pertencerem integralmente a um só quotista”.

Entende que a alienação dos bens imóveis, que decorreria da sua utilização para integralização das cotas do fundo a ser criado, já está previamente autorizado, em decorrência do permissivo geral constante da LCE 1.010/2007¹³.

13 Referência que se pressupõe seja ao artigo 34, parágrafo único, da lei complementar citada.

Sobre o regime jurídico desse patrimônio imobiliário transferido ao fundo, o parecer em comento advoga a tese de que “a prática subsequente de atos de gestão ou alienação pela entidade administradora, na qualidade de proprietária fiduciária, está sujeita à disciplina do direito comum”, não estando, portanto, submetida “aos ditames do direito público, notadamente o procedimento licitatório”. Para afastar “qualquer resquício de simulação, caracterizado pela tentativa de fuga aos rigores do direito público”, entende ser suficiente que “a decisão administrativa pela adoção da estrutura do Fundo de Investimento Imobiliário (...) [seja] devidamente justificada sob a ótica do interesse público secundário ou patrimonial”. Alerta que deve a Administração “sopesar os custos de transação inerentes ao modelo proposto, notadamente os de natureza fiscal, uma vez que os imóveis de titularidade da SPPREV, quando transferidos ao Fundo de Investimento Imobiliário, não estarão mais ao amparo da imunidade constitucional tributária”.

A despeito das considerações que aduz, o próprio parecer CJ/SF 169/2011 recomenda a oitiva da Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria sobre o mérito da peça opinativa.

O Parecer PA nº 58/2012, ora em exame, conclui favoravelmente à pretensão, desde que haja autorização legislativa específica.

Com a devida vênia dos ilustres e cultos pareceristas, no entanto, discordo das premissas em que se escoram.

Fundo de Investimento, como definido no artigo 2º da Instrução CVM nº 409, de 18 de agosto de 2004, “é uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de *condomínio*, destinado à aplicação em títulos e valores mobiliários, bem como em quaisquer outros ativos disponíveis no mercado financeiro e de capitais”. Dessa definição, além da ideia de condomínio, é de se destacar que o objetivo do fundo é reunir recursos esparsos no mercado para lhes garantir rentabilidade¹⁴.

O Fundo de Investimento Imobiliário (FII) está previsto na Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, de âmbito nacional, regulamentada pela Instrução nº 472, de 31 de outubro de 2008, da Comissão de Valores Mobiliários.

Nos termos dessa normatização, o FII é um *condomínio* de recursos captados no mercado por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários (Lei

¹⁴ Fundo de investimento, como definido em apostila do Instituto Educacional BM&FBovespa, “é um condomínio que reúne recursos de um conjunto de investidores (cotistas) com o objetivo de rentabilizá-los através da aquisição de uma carteira de títulos ou valores mobiliários no mercado financeiro. Os cotistas de um fundo normalmente têm os mesmos interesses e objetivos ao investir suas economias no mercado financeiro e de capitais”.

6.385, de 7 de dezembro de 1976), destinando-se à aplicação em investimentos imobiliários (artigos 1º e 2º da Lei 8.668/93 e 2º, *caput*, da Instrução CVM 472/2008). Ao adquirir uma cota, o investidor beneficia-se da rentabilidade do conjunto de bens que integram o patrimônio do fundo. Permite-se, por esse mecanismo, que o pequeno investidor possa ver seus valores aplicados no mercado imobiliário, que, de outro modo, estaria fora do alcance de um investidor individual. Como assinala Arnold Wald, escorado em lição de Maria Irene Carvalho, de modo indireto, os pequenos aplicadores podem investir seus recursos em carteiras de ativos financeiros bastante diversificados e, portanto, com menores riscos do que se investissem diretamente no mercado imobiliário¹⁵.

Os imóveis que integram o patrimônio do fundo são de propriedade fiduciária da instituição administradora (arts. 6º e 7º da Lei 8.668/1993) sem, no entanto, integrar seu ativo (art. 7º, I). Em caso de alienação dos imóveis, os recursos resultantes da alienação constituem patrimônio do fundo (art. 9º e par. único da Lei 8.668/93). Afirma Arnold Wald que “a propriedade dos bens pertence ao Fundo e as quotas é que são da propriedade dos condôminos¹⁶. Assim, os bens imóveis seriam alienados pela SPPREV, em favor do Fundo, recebendo a autarquia, como remuneração, cotas representativas de sua participação. Nos termos da legislação, ainda que a alienação ocorra em benefício do fundo, o proprietário dos imóveis é a instituição gestora. É bem verdade que a legislação criou a específica figura do “proprietário fiduciário”, o que lhe dá características especiais, mas que não chegam a ser relevantes para o aspecto que se está tentando ressaltar, no sentido de que a autarquia deixaria de ser a proprietária dos imóveis ao instituir o fundo. Tanto assim é que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o sujeito passivo do lançamento tributário relativo ao IPTU incidente sobre os imóveis que compõem o fundo de investimento imobiliário não é o próprio fundo, mas sim o detentor da propriedade fiduciária. Em acórdão relatado pelo Ministro Teori Zavascki ficou assentado que o “contribuinte do IPTU é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título, na forma do art. 34 do CTN. Ora, os fundos de investimento imobiliário são comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários (art. 1º, da Lei nº 8.668/93), constituídos sob a forma de condomínio fechado. Serão geridos *por instituições administradoras que adquirem os bens, em caráter fiduciário* (art. 6º). Os bens integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento, em especial os imóveis, são mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora (art. 7º). Não é necessário qualquer esforço de raciocínio para se concluir que a institui-

15 Da natureza jurídica do Fundo Imobiliário, *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 309, jan.fev.mar/1990, p. 12.

16 Da natureza jurídica do Fundo Imobiliário, *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 309, /=jan.fev.mar/1990, p. 11.

ção administradora do fundo é a titular do domínio dos imóveis, que, inclusive, realiza venda direta, na forma do art. 9º, da referida lei. Sendo assim, correto o entendimento sufragado na respeitável sentença no sentido de que a administradora do fundo de investimento imobiliário é contribuinte de IPTU relativamente aos imóveis que o compõem”¹⁷ (sem destaque no original).

Em suma, o Fundo Imobiliário é um produto financeiro, destinado a captar recursos no mercado para viabilização de empreendimentos imobiliários, normalmente de grande porte. É, pois, um mecanismo idealizado para permitir o investimento coletivo de capitais, captados no mercado. Como aponta João Carlos Ferreira Fernandes, o “FII não é mais do que um produto financeiro alternativo às habituais formas de aplicação das poupanças dos investidores, designadamente em depósitos bancários e no investimento direto no mercado de capitais”¹⁸.

Assim delimitado o tema, bem se vê que não se amolda ele às finalidades desejadas pela autarquia estadual.

Condomínio, na clássica lição de Caio Mário da Silva Pereira, se dá “quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes”¹⁹. Nos termos da expressa lição do autor, a noção de condomínio “compreende o exercício do direito dominial por mais de um dono, simultaneamente”²⁰.

Outra não é a lição de Orlando Gomes. Assinala o autor que “a mesma coisa pode ser objeto de direito real pertencente simultaneamente a várias pessoas. Nesse caso a relação jurídica tem sujeito plural, caracterizando-se pela indivisão do objeto e divisão dos sujeitos. É o direito sobre a coisa que se reparte entre diversas pessoas”. A isso denomina-se condomínio²¹.

Se assim é, não se vislumbra como poderia existir um condomínio com apenas um dono, que é o que aconteceria se admitida a existência de um fundo de investimento com cotista único.

A ilação que se pretende tirar da regra do artigo 15, inc. IX, da Instrução CVM nº 47212008, com a devida vênia das cultas opiniões em sentido contrário, não se mostra factível. A regra prevê a possibilidade de o regulamento do fundo

17 STJ, Primeira Turma, Recurso Especial 814253/RS, j. 22.2.2011, DJ 28.2.2011.

18 Fundos de investimento imobiliário, in: Temas de Contabilidade, fiscalidade, auditoria e direito das sociedades. Disponível em www.jmmsroc.pt/downloads/10anos/05.pdf. acesso em 6.11.2012.

19 *Instituições de direito civil*. Vol. IV. 33. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 160.

20 Ob. cit., p. 159/160.

21 *Direitos reais*. Tomo I. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1969, p. 262.

fixar “critérios para a subscrição de cotas por um mesmo investidor”, o que não é sinônimo de admissão de cotista único. A regra parece referir-se à concentração de cotas, o que não leva necessariamente ao cotista único.

Uma interpretação que contrarie a própria natureza do instituto não pode ser prestigiada.

O Parecer CJ/SF nº 16912011 refere-se a situações em que o mercado admitiria cotista único, nenhuma delas, no entanto, refere-se a Fundo de Investimento Imobiliário. De qualquer sorte, apenas a CVM – Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal, instituída pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, poderia conclusivamente opinar sobre a possibilidade de existência de cotista único. Nada há nos autos que permita concluir que isso ocorreria²².

Existem, assim, sérias e consistentes dúvidas sobre a utilização do Fundo de Investimento Imobiliário com a finalidade preconizada pela SPPREV. Pelo que se depreende dos autos, pretende ela apenas uma forma mais eficiente de gestão do patrimônio público, dadas as dificuldades operacionais que enfrenta. Ocorre que o FII não se amolda bem a essa finalidade, na medida em que é um instrumento de mercado para captação de recursos que viabilizem a existência (edificação e gestão) de empreendimentos imobiliários. Na prática do mercado, é instrumento utilizado para viabilização de grandes empreendimentos, potencialmente geradores de receita suficiente para atrair investidores e pagar os custos próprios do fundo (em geral, os fundos investem em shopping centers, hotéis, edifícios comerciais, galpões industriais, e outros empreendimentos imobiliários do gênero). Nenhum elemento traz os autos que sinalize que os bens imóveis da autarquia têm características rentáveis para os investidores. Ao contrário, constou do Ofício SPPREV 219/2010, subscrito pelo senhor Secretário Executivo, ao se referir aos imóveis a serem integrados ao patrimônio da SPPREV que “para a quase totalidade dos imóveis, [a] alienação direta tende a ser infrutífera ou não tão compensadora (...), em face da situação peculiar de cada um e a pouca agilidade do Poder Público para adotar soluções específicas”.

Por si, esse elemento parece afastar a pretensão inicial. Existem outros aspectos, ainda, a serem considerados.

Pelo que exsurge dos autos, pretende a SPPREV, na verdade, se desfazer desse patrimônio imobiliário, total ou parcialmente. A alienação de bens do fundo pode ser feita pelo gestor do FII, nos termos da normatização aplicável, mas não

22 Prevê o artigo 4º da Lei nº 8.668/1993 que compete à CVM “autorizar, disciplinar e fiscalizar a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento Imobiliário, observadas as disposições desta lei e as normas aplicáveis aos Fundos de Investimento”.

se pode admitir a constituição de um FII para essa finalidade específica. Essa hipótese poderia ser tida como desvio de finalidade.

Outro problema que pode ser colocado, como analisado no Parecer CJ/SF nº 169/2011, é se o regime jurídico a ser adotado nessa alienação é de direito público ou de direito privado.

Sustenta o parecer CJ/SF nº 169/2011 que poderão ser usadas as regras do mercado privado. Sobre esse relevante aspecto, algumas considerações devem ser feitas.

A alienação de bens públicos, nos termos da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, sujeita-se “à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: 1- quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta” nos casos que arrola nas alíneas “a” a “i” do inciso I do artigo 17. Nenhuma dessas hipóteses de dispensa de licitação amolda-se ao caso em exame.

Assente-se, desde logo, para afastar eventual dúvida futura, que a hipótese prevista na alínea “a”, relativa à dação em pagamento não tem qualquer aplicação à espécie. Nesse instituto obrigacional, o credor concorda em receber prestação diversa da que lhe é devida (CC, art. 356). Essa hipótese não se confunde com a integralização das cotas do fundo imobiliário por meio de bens imóveis.

A dação em pagamento, ensina a doutrina civilista, pressupõe (i) a existência de uma dívida vencida; (ii) o consentimento do credor, que não está obrigado a receber coisa diversa da inicialmente pactuada; (iii) a entrega de coisa diversa da devida; (iv) a vontade de solver a dívida²³.

No caso da integralização de cotas do fundo com bens imóveis, não há uma dívida vencida, cujo adimplemento se dá com coisa diversa da inicialmente pactuada e à qual o credor não estaria obrigado a receber. O que existe é a possibilidade de a obrigação ser desde logo adimplida com o imóvel, situação bastante diversa, portanto. Dispõe o artigo 11, *caput*, da Instrução CVM 472/2008, que “a integralização das cotas será efetuada em moeda corrente nacional admitindo-se, desde que prevista no regulamento do fundo, a integralização em imóveis, bem como em direitos relativos a imóveis”.

23 Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil*. Obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 192-193.

Ensina a doutrina que a dação em pagamento “não se confunde com a pluralidade de prestações existentes nas obrigações alternativas”, em que “a diversidade de prestações está prevista no próprio título da obrigação”²⁴.

Decorre do exposto que para a alienação de bens imóveis públicos não basta a autorização legislativa e a prévia avaliação. É necessário que exista um processo competitivo em que se assegure ampla oportunidade de participação aos interessados, garantida a fiel observância dos princípios regedores da Administração Pública. Não basta a alienação pelo valor de mercado apurado em laudo avaliatório. É necessário que se apure, por meio da competição própria do processo licitatório, o melhor preço possível.

A necessária licitação para alienação dos bens imóveis da autarquia, a ser realizada na modalidade concorrência (art. 17, I, Lei 8.666/1993) não se confunde com a licitação para escolha do administrador do FII, nos moldes propostos pela minuta de edital anexada aos autos²⁵.

Ora, no caso da criação do FII, a transferência da propriedade dos bens se dá com a integralização das cotas do fundo com o referido patrimônio imobiliário. A partir desse momento, o gestor do fundo, na qualidade de proprietário fiduciário, poderá alienar esse patrimônio de acordo com as regras regulamentares (art. 9º da Lei 8.668/1993).

Nessa linha de argumentação, é razoável supor que, nesse caso, com a alienação dos bens da autarquia ao fundo, estes deixaram de ser públicos e as regras e procedimentos de alienação a ser seguidos são de direito privado. Por esse raciocínio, chegar-se-ia à conclusão de que as normas a serem adotadas pelo fundo para alienação dos imóveis são realmente de direito privado, porque o proprietário deles não mais é a autarquia, que teria substituído a propriedade dos imóveis pela titularidade das cotas. Ocorre que esse mesmo raciocínio leva a um óbice que parece intransponível para a incorporação dos bens da SPPREV a um FII: se a integralização das cotas implica a transferência da propriedade dos bens imóveis, devem ser observadas as regras da lei de licitações para tanto.

24 Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil*. Obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 192.

25 A licitação pretendida é para contratação de “serviços técnicos especializados de assessoria financeira, para assessorar o IPESP/CBPM e SPPREV na estruturação, constituição, administração, registro e colocação junto ao mercado de capitais, cotas de um Fundo de Investimento Imobiliário – FII, destinado à gestão de patrimônio imobiliário, visando à sua rentabilidade e liquidez”.

Em suma, a integralização das cotas com os bens da autarquia implica a alienação dos mesmos e esta alienação não prescinde da realização de procedimento licitatório.

Se a autarquia pretende vender seu patrimônio imobiliário, deverá utilizar-se das regras próprias da lei de licitações. Se pretende manter seu patrimônio, poderá buscar a profissionalização da gestão desses bens.

Por todo o exposto, deixo de endossar o Parecer PA nº 58/2012, concluindo pela inviabilidade da solução preconizada pela SPPREV, relativa à instituição do FII, na forma pretendida.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado Consultoria.

São Paulo, 08 de novembro de 2012.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
Procuradora do Estado Chefe
Procuradoria Administrativa
OAB/SP 78.260

PROCESSO: SPPREV Nº 93.777/2010 – GDOC Nº 12092- 925814/2010
INTERESSADO: SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV
ASSUNTO: ADMINISTRAÇÃO DO USO DE IMÓVEIS. FUNDO DE INVES-
TIMENTO IMOBILIÁRIO.

Antes da apreciação do Parecer PA nº 58/2012, encaminhe-se à Coordenadoria de Assuntos Fundiários para análise e manifestação.

SubG.Cons., 11 de dezembro de 2012.

ADALBERT ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

REFERÊNCIA: GDOC 12092-925814/2010 (ACOMPANHA: 16847-1630113/2012)
INTERESSADO: SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV
ASSUNTO: PROPOSTA DE CONSTITUIÇÃO DE FUNDO IMOBILIÁRIO

Sr. Subprocurador Geral da Área da Consultoria Geral,

Os autos vieram a essa Coordenadoria para prévia análise de proposta de contratação de serviços técnicos-especializados para viabilizar a estruturação, constituição e administração de um Fundo de Investimento Imobiliário, cujas quotas seriam integralmente subscritas pela SPPREV e integralizadas com os imóveis que compõem seu patrimônio.

A proposta foi objeto de exame pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda e pela Procuradoria Administrativa, que proferiu o Parecer de nº 58/2012, que será apreciado após a presente manifestação.

Antes de comentar a proposta apresentada, cumpre tecer breve análise da situação patrimonial da autarquia.

Em 1º de junho de 2007 foi editada a Lei Complementar Estadual nº 1010, por meio da qual foi instituída a São Paulo Previdência – SPPREV, autarquia de regime especial, que passou a ser a entidade gestora única do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos titulares de cargos efetivos – RPPS e do Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo – RPPM.

De acordo com o artigo 37, inciso I, da referida Lei Complementar, foi determinada a transferência do patrimônio do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP²⁶ e da Caixa Beneficente da Polícia Militar – CBPM para a São Paulo Previdência – SPPREV, a fim de que passe a integrar o Fundo Previdenciário cuja instituição foi autorizada pelo mesmo diploma legal (art. 31).

Assim dispõe o artigo 37:

Artigo 37 – Fica o Poder Executivo autorizado a:

I – transferir para a SPPREV o acervo patrimonial do IPESP e da CBPM, relativos às competências que lhe são atribuídas por esta lei complementar, de acordo com o cronograma referido no artigo 36 desta lei complementar;

26 ¹ Por força das disposições contidas na Lei Estadual 14016/210, o Instituto de Previdência Social do Estado de São Paulo passou a denominar-se Instituto de Pagamentos Especiais do Estado de São Paulo, também identificado pela sigla IPESP, mantidas as suas atribuições de natureza não previdenciária, uma vez que as funções previdenciárias foram transferidas à SPPREV.

II – transferir para a SPPREV o acervo patrimonial das Secretarias de Estado e das entidades da Administração indireta do Estado, relativos às competências que lhe são atribuídas por esta lei complementar, de acordo com o cronograma referido no artigo 36 desta lei complementar;

III – remanejar, transferir ou utilizar os saldos orçamentários do IPESP, da CBPM, das Secretarias de Estado e das entidades da Administração indireta do Estado, para atender as despesas previdenciárias e de instalação e estruturação da SPPREV.

Entendeu-se, no âmbito da Procuradoria Administrativa²⁷ desta Instituição²⁸, que o comando legal que previu a transferência do patrimônio imobiliário do IPESP e da CBPM à SPPREV tinha natureza cogente, ou seja, consubstanciou-se, em verdade, em transferência “ex vi legis”.

Com base nesse entendimento, inclusive, essa Coordenadoria já sugeriu que sejam empreendidas gestões junto à Corregedoria Geral da Justiça para que se autorize aos Cartórios de Registro de Imóveis competentes que lancem, à margem das matrículas²⁹ correspondentes: (a) a averbação da Lei Complementar Estadual 1010/2007, que ensejou a transferência do patrimônio do IPESP e da CBPM para a SPPREV; (b) o registro da transferência do imóvel para o patrimônio da SPPREV.

No que concerne ao patrimônio do IPESP, não parece haver margem de dúvida sobre o alcance da norma legal, tendo em vista que as funções da autarquia estão restritas à gestão das carteiras não previdenciárias cuja extinção não foi autorizada³⁰:

Inexistindo patrimônio da autarquia atrelado a essas carteiras, pode-se bem concluir que a edição da LC 10/2007 ensejará a formalização da transferência da integralidade do patrimônio do IPESP à SPPREV, ressaltando-se eventuais obrigações contratuais assumidas em relação a determinados imóveis.

É verdade, inclusive, que a LC 1010/2007 previa, em sua redação original, a extinção do IPESP³¹, o que foi superado em razão do artigo 34, da Lei 13549/2009.

27 Parecer PA 194/2008.

28 Que, por força do artigo 99, inciso I, da Constituição do Estado de São Paulo, representa as autarquias estaduais judicial e extrajudicialmente.

29 Solicitando prévia abertura quando a aquisição do IPESP constar de Transcrição.

30 Carteira de Previdência das Serventias Notariais e de Registro (Lei 14016/2010); e Carteira dos Advogados (Lei 13549/2009).

31 Artigo 40 – 1ª – Concluída a instalação da SPPREV fica extinto o IPESP, sendo suas funções não previdenciárias realocadas em outras unidades administrativas, conforme regulamento. (Revogado pelo artigo 34, da Lei 13549/2009).

No que concerne à CBPM, a situação parece um pouco distinta, como já introduz a leitura do parágrafo 2º, do artigo 40, da LC 1010/2007:

Artigo 40 – A SPPREV deverá estar instalada e em pleno funcionamento, tendo assumido a administração e execução de todas as atividades que lhe são conferidas nos termos desta lei complementar, inclusive no que se refere aos Poderes Judiciário e Legislativo, e ao Ministério Público, em até 2 (dois) anos após a publicação desta lei complementar, período no qual os órgãos, entidades e unidades dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, e do Ministério Público, deverão fornecer à SPPREV, mensalmente, as informações relativas a dados cadastrais e folha de pagamento dos seus membros e servidores públicos, ativos e inativos, dos militares do serviço ativo, dos agregados ou licenciados, da reserva remunerada ou reformados, necessárias ao atendimento das exigências contidas na Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, com alterações introduzidas pela Lei federal nº 10.887, de 18 de junho de 2004, e regulamentação própria.

§ 1º – revogado.

§ 2º – *As funções previdenciárias da CBPM serão transferidas para a SPPREV, permanecendo a CBPM com as suas funções não previdenciárias, na forma a ser definida em regulamento.*

Ou seja, não parece ter sido questionado se a CBPM continuaria a existir e a desempenhar suas funções não previdenciárias (Lei 452, de outubro de 1974).

A regra contida no parágrafo 2º do artigo 40 deve, portanto, s.m.j., ser considerada por ocasião do conteúdo que se extrai da leitura do artigo 37, inciso I, que determinou a transferência à SPPREV do acervo patrimonial da CBPM, “relativos às competências que lhe são atribuídas por esta lei complementar”.

É dizer, parece necessário fazer a identificação do patrimônio da CBPM que se presta a dar lastro às funções previdenciárias transferidas à SPPREV, o que implica a análise da origem dominial dos bens. Caso contrário, estar-se-ia admitindo o completo esvaziamento do patrimônio de uma autarquia estadual em atividade.

Essa questão está, inclusive, em análise pela D. Procuradoria Administrativa³², para que seja, afinal, delimitado o patrimônio da CBPM que foi transferido à autarquia.

De qualquer forma, s.m.j., o Decreto 57.181, de 29 de julho de 2011 (fls. 128/136), que lista os bens da CBPM transferidos à SPPREV, não se presta à fina-

32 GDOC 1000816-417646/2012 e apensos.

lidade indicada naquele ato. A uma, porque a transferência se deu “ex vi legis”, carecendo apenas de formalização da alienação, e a duas, porque se assim não fosse, o decreto não seria o veículo legal adequado para levar a efeito a transferência dominial dos referidos imóveis³³.

É bem verdade que a perfeita identificação do patrimônio imobiliário da SPPREV pode ser feita posteriormente, ou seja, não é questão prejudicial à constituição do Fundo Imobiliário pretendido.

No entanto, o esclarecimento visa apenas a evitar a adoção de premissas equivocadas, tal como a que consta de fls. 03, afirmando que o Grupo de Trabalho criado pela Resolução Conjunta SF/SEP/SSPIPGEIIPESP/CBPM 0112007, teria estabelecido quais imóveis do IPESP e da CBPM deveriam ser transferidos à SPPREV.

Lançada a informação de que o patrimônio da SPPREV não está perfeitamente identificado, bem como que demanda regularização, passo agora à análise dos demais pontos levantados nesses autos.

De acordo com o informado pela SPPREV, a alienação individualizada dos bens da autarquia não tem se mostrado providência efetiva para alcance da liquidez almejada para o Fundo Previdenciário cuja constituição foi autorizada pela LC 1010/2007.

Afirma, assim, que a constituição do Fundo de Investimento Imobiliário (FII) permitiria obtenção de melhor rentabilidade desses ativos.

Referido Fundo de Investimento Imobiliário seria instituído na forma da Lei 8.668, de 25 de junho de 1993, esta que estabelece que os recursos captados são aplicados em empreendimentos imobiliários (abrangendo posterior alienação).

Sem prejuízo das anteriores análises, não me pareceu de fácil identificação a viabilidade jurídica e econômica do modelo, parecendo, salvo engano, que se pretende, em verdade, que o FII promova a alienação onerosa dos imóveis em substituição à autarquia (na medida em que os bens passariam a pertencer a instituição administradora do referido fundo).

Não há elementos que demonstrem a atratividade da administração do patrimônio (estudo vocacional dos referidos imóveis), nem que se pretenda a aplicação em empreendimentos imobiliários, o que iria ao encontro da disciplina legal

33 Ainda que o posicionamento dessa Coordenadoria seja pela prescindibilidade do registro para comprovação da propriedade dos imóveis públicos, para a transferência dos mesmos, ou seja, alienação, é necessário observar a Lei 6.015/73, que se alinha com a exigência de forma solene prevista no código civil.

dos FII. Fica a impressão de que o FII, em verdade, cuidaria de alienar os imóveis que pertencem a autarquia sem, contudo, a necessidade de observar as normas da Lei 8.666/93, às quais está adstrita a SPPREV.

Não se está a afirmar existir qualquer impedimento apriorístico na estruturação de um Fundo de Investimento Imobiliário no âmbito da Administração Pública, mas a proposta tal como posta (com o claro fim de alienação onerosa), não possui o condão de transpor a necessidade de observância da Lei 8.666/93, como bem observado pela D. Chefia da Procuradoria Administrativa.

A modelagem indicada parece se consubstanciar em alternativa à vida direta dos imóveis pela autarquia, sem que os requisitos legais para a constituição do FII no caso concreto tenham sido claramente identificados.

A par da necessidade de identificação dos imóveis que foram transferidos à SPPREV, a existência de autorização legislativa para a alienação onerosa, que entendo veiculada pela LC 1010/2007, não é o único requisito a ser cumprido, sendo necessária a observância de procedimento licitatório para tanto (que não se confunde com o procedimento de licitação que se pretende instaurar para a contratação da assessoria que estruturaria o FII, por clara diversidade de objeto).

No mesmo sentido, as observações da D. Chefia da Procuradoria Administrativa quanto à inviabilidade jurídica de Fundo de Investimento Imobiliário com quotista único esgotaram o tema, acrescentando a necessidade de amadurecimento da proposta.

Com essas observações, restituo os autos para conclusão da análise do Parecer PA 58/2012.

GPG, em 07 de janeiro de 2013.

CRISTIANA CORRÊA CONDE FALDINI
Procuradora do Estado Assessora
Coordenadora de Assuntos Fundiários

REFERÊNCIA: GDOC 12092-925814/2010 (ACOMPANHA: 16847-1630113/2012)
INTERESSADO: SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV
ASSUNTO: SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV. CONSTITUIÇÃO DE FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. LEI 8.668/93. RESOLUÇÃO CVM 472/2008. ALIENAÇÃO DE PATRIMÔNIO DE AUTARQUIA. SUBMISSÃO A NORMAS DE DIREITO PÚBLICO. LEI 8.666/93. IMPOSSIBILIDADE DE QUOTISTA ÚNICO. INVIABILIDADE JURÍDICA NO CASO CONCRETO.

Cuida-se de proposta de contratação de serviços técnicos-especializados para viabilizar a estruturação, constituição e administração de um Fundo de Investimento Imobiliário, cujas quotas seriam subscritas exclusivamente pela SPPREV e integralizadas com os imóveis que compõem seu patrimônio.

A proposta foi objeto de exame pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda (fls. 103/114); pela Procuradoria Administrativa, que proferiu inicialmente o Parecer de nº 54/2011, indicando a necessidade de colher mais elementos sobre a questão e, posteriormente, o Parecer de nº 58/2012, que ora se aprecia.

No âmbito da Procuradoria Administrativa, foi inicialmente lançado o entendimento da viabilidade da constituição do FII, condicionada à existência de lei autorizadora específica, sendo que os custos adicionais deveriam ser suportados por recursos orçamentários da interessada (SPPREV), não sendo admitida a utilização do produto da alienação dos imóveis para tanto.

A D. Chefia da Procuradoria Administrativa discordou da análise jurídica, desconstruindo premissas postas pelas peças opinativas anteriores e concluindo pela inviabilidade da solução proposta pela SPPREV de constituição do fundo (fls. 157/166).

Assim, esclareceu a manifestação que haveria alienação do patrimônio da autarquia ao Fundo, cuja instituição gestora passaria a ser a titular do domínio fiduciário dos bens imóveis (nos termos do artigo 6º³⁴, da Lei 8.668/93), na medida em que os FIIs são desprovidos de personalidade jurídica, restando à autarquia a titularidade das quotas representativas da participação do ente.

Na mesma linha, concluiu sobre a impossibilidade de constituição de um Fundo em que houvesse apenas um titular para todas as quotas, na medida em que se pressupõe a pluralidade de participantes quando se trata de condomínio

³⁴ Art. 6º. O patrimônio do Fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela Instituição administradora, em caráter fiduciário.

(forma de constituição do FII), não aplicando à norma do artigo 15, IX, da Instrução CVM 472/2008, o alcance permitido pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda.

Possibilidade de subscrição de quotas por um mesmo investidor difere da viabilidade de subscrição de todas as quotas do FII por um mesmo titular.

Ainda, aduz haver dúvidas quanto à aplicabilidade do FII para a finalidade pretendida pela SPPREV, ainda que represente uma forma mais eficiente de gestão, opinando pela incidência do regime jurídico de direito público para promover a alienação do patrimônio da SPPREV.

Também foi colhida manifestação da Coordenadoria de Assuntos Fundiários (fls. 168/173), que lançou esclarecimentos sobre a constituição do patrimônio imobiliário da SPPREV, inclusive afastando a premissa de que o Decreto 57.181/2011 teria promovido a transferência de bens àquela autarquia, bem como, no mais, endossou a conclusão da D. Chefia da Procuradoria Administrativa.

Pelos elementos constantes dos autos, restou salientado que a constituição do FII visa, em verdade, à alienação onerosa do patrimônio da autarquia, não se subsumindo nas finalidades legais previstas para a criação de um fundo.

Vieram aos autos ofício da Secretaria da Fazenda (P nº 107/2013), ratificando o entendimento anterior de que a criação de um Fundo de Investimento Imobiliário com o patrimônio da SPPREV prescindiria de autorização legislativa específica, até porque o artigo 34³⁵, caput e parágrafo único, da Lei Complementar 1010/2007 supriria essa suposta necessidade.

Por meio desse ofício, ainda, a SPPREV aduz o cabimento da figura do quotista único, invocando a Instrução CVM 409/2004, bem como sustenta a não aplicação da Lei de licitações à espécie.

No que concerne à figura do quotista único, acrescente-se às ponderações já lançadas os seguintes aspectos.

A Instrução CVM 409/2004, que estabelece as normas gerais que regem a

35 "Artigo 34 – A gestão dos bens imóveis do fundo a que se refere o artigo 31 desta lei complementar será realizada visando compatibilizar a diversificação dos investimentos à legislação e regulamentação aplicáveis, de modo a obter melhor rentabilidade.

Parágrafo único – Fica autorizada a alienação ou oneração dos bens imóveis dotados ao fundo a que se refere o artigo 31 desta lei complementar, devendo tal alienação ou oneração observar os valores praticados pelo mercado imobiliário e reverter em seu benefício."

constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento, dispõe, no artigo 1º, inciso XIII, que os Fundos de Investimento Imobiliário ficam excluídos dessa disciplina.

De qualquer forma, ainda que se entenda por aplicável a Resolução CVM 409 para esse aspecto do FII, ou seja, naquilo que não estiver expressamente tratado nos atos normativos específicos, as disposições que tratam dos Fundos Exclusivos (art. 116, com redação dada pela Resolução CVM 413/2004 e artigo 111-A, com redação dada pela Resolução CVM 450/2007), são os constituídos para receber aplicações exclusivamente de um único cotista. Essa situação não veio retratada na Resolução CVM 472/2008, de modo que não pode ser presumida para os FIIs.

Interpretação diversa demandaria existência de norma expressa que pudesse alterar a presunção de que o fundo de investimento é um condomínio de investidores, não apenas um condomínio de quotas.

No que concerne à aplicabilidade da Lei 8.666/93, não obstante os esclarecimentos constantes do ofício oriundo da SPPREV (107/2013), não se vislumbrou a subsunção da situação concreta à finalidade de instituição de Fundos de Investimento Imobiliário, na medida em que consta expressamente dos autos que a constituição do mesmo visa única e exclusivamente à alienação do patrimônio da autarquia, diante da dificuldade de operacionalização dessa modalidade de disposição de patrimônio diretamente pelo ente.

A situação, tal como posta, interpõe terceiro para promover alienação de imóveis públicos que se submetem à Lei de Licitações.

De mais a mais, pretende-se alienação do patrimônio da autarquia para a constituição do Fundo já que o titular do domínio passará a ser a instituição gestora do FII), sendo a SPPREV remunerada pelo produto dessa exploração (leia-se, venda) por meio de sua participação, não se garantindo que essa retribuição seja equivalente ao valor de mercado dos bens (lembrando que a alienação de imóveis públicos está sujeita a trabalho técnico de avaliação para apuração de valor de mercado).

Até por isso, encontra fundamento a preocupação lançada pelo i. parecerista da Procuradoria Administrativa quando indica a necessidade de autorização legislativa específica para a constituição do FII, na medida em que a LC 1010/2007 ao autorizar a alienação do patrimônio da autarquia deve ser interpretada em consonância com a Lei 8.666/93, que conduz à necessidade de avaliação para disposição por valor de mercado (artigo 17, I Lei 8.666/93).

Assim, não obstante as indicações de experiências bem-sucedidas listadas pela SPPREV, cujos detalhes de estruturação não vieram aos autos, nos moldes como sugerido, o FII pretendido não encontra viabilidade jurídica.

Não se afasta a possibilidade de, amadurecida a finalidade e eventualmente superados ou esclarecidos os entraves relativos à exclusividade pretendida, o assunto volte a ser apreciado pela Procuradoria Geral do Estado.

Com essas considerações, encaminhe-se ao senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação parcial do Parecer PA nº 58/2012, com as ressalvas apontadas pela D. Chefia da Unidade, considerando-se, ainda, o disposto na manifestação lançada às fls. 168/173 pela Coordenadoria de Assuntos Fundiários.

SubG. Consultoria, em 27 de janeiro de 2014.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

REFERÊNCIA: GDOC 12092-925814/2010 (ACOMPANHA: 16847-1630113/2012)

INTERESSADO: SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV

ASSUNTO: SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV. CONSTITUIÇÃO DE FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. LEI 8.668/93. RESOLUÇÃO CVM 472/2008. ALIENAÇÃO DE PATRIMÔNIO DE AUTARQUIA. SUBMISSÃO A NORMAS DE DIREITO PÚBLICO. LEI 8.666/93. IMPOSSIBILIDADE DE QUOTISTA ÚNICO. INVIABILIDADE JURÍDICA NO CASO CONCRETO.

Com os inclusos subsídios e acréscimo da Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria, aprovo parcialmente o Parecer PA nº 58/2012.

Devolva-se este expediente à SECRETARIA DA FAZENDA, por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

GPG, 28 de janeiro de 2014.

JOSÉ RENATO FERREIRA PIRES

Procurador Geral do Estado Adjunto

Respondendo pelo Expediente da PGE

Ementas Consultoria

1) SERVIDORA PÚBLICA APOSENTADA. DESCONTO EM FOLHA DE VALORES APURADOS ANTES DE A SÃO PAULO PREVIDÊNCIA-SPPREV TER ASSUMIDO A FOLHA DE INATIVOS. POSSIBILIDADE, EM FACE DAS NORMAS DO DECRETO Nº 51.314/2006. Pelas normas do Decreto nº 51.314/2006, pode a SPPREV efetuar desconto em folha de servidores inativos e pensionistas, relativos à reposição ou indenização ao erário, ainda que tais créditos tenham sido constituídos em período em que os servidores estavam em atividade. Há, todavia, duas condições para a efetivação de qualquer desconto em folha, sem ordem judicial: a) necessidade de prévio processo administrativo; b) concordância expressa do interessado, quanto a essa forma de pagamento. O desconto em folha de inativos e pensionistas deve obedecer ao mesmo limite máximo permitido para servidores em atividade, de 10% (dez por cento) sobre o total dos proventos e pensões. Precedentes: Pareceres PA ns. 272/2000; 87/2000 e 115/2010, na forma em que aprovado. **(Parecer PA nº 99/2013 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 07/01/2014)**

2) CONSTITUCIONAL. NEPOTISMO. Aplicação da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos entes de regime de direito privado integrantes da Administração in-

direta. Pareceres PA 189/2009, 72/2010. Despacho aditivo da Chefia da Assessoria Jurídica do Governo apostado no Parecer AJG 0529/2009. Art. 7º do Decreto estadual nº 54.376/2009. Princípios constitucionais de observância obrigatória a toda a Administração Pública, direta e indireta, independentemente do regime jurídico a que estejam submetidos os entes que integram esta última. Artigo 37, caput, da CR/88. Decreto federal nº 7.203/2010. Proposta de solução do caso concreto à luz da orientação firmada a partir do despacho de aprovação apostado pelo Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral ao Parecer PA 33/2013. **(Parecer PA nº 01/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 07/01/2014)**

3) HOMOLOGAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DE EX-SERVIDORA PARA UTILIZAÇÃO EM OUTRO PAÍS. ACORDO INTERNACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL CELEBRADO ENTRE O BRASIL E A ITÁLIA. DECRETO FEDERAL 80.138/1977. Os Acordos Internacionais de Previdência Social foram disciplinados pelos artigos 267 e seguintes da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010. Tal diploma, dentre outros pontos, reconheceu a possibilidade de utilização de tempo no Regime Próprio de Previdência Social RPPS, para efeitos de acordos internacionais, desde que exista previsão expressa, nos respectivos instrumentos, e fixou critérios para o reconhecimento desse período, cabendo ressaltar ser vedada, pelo

inciso III do artigo 480, a utilização de tempo de RPPS quando o interessado não tiver, em algum momento, se filiado ao RGPS. O órgão gestor dos Acordos Internacionais de Previdência Social é o INSS, pelo que eventual averbação de tempo de contribuição prestado no RPPS deve ser feita perante tal autarquia. O artigo 7º do Decreto Federal nº 80.138/77, que promulgou o Protocolo Adicional ao Acordo de Migração entre Brasil e Itália, possibilitou a utilização de período em que a houve vinculação a “regime especial de previdência”, desde que o interessado não obtenha o direito às prestações de tal regime. Cabe à SPPREV a homologação de CTC para averbação, junto ao INSS, do período de contribuição prestado perante o RPPS paulista, e ao INSS o exame das demais condições para o exercício do direito. **(Parecer PA nº 102/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 08/01/2014)**

4) PREVIDENCIÁRIO. Servidor público. Aposentadoria voluntária. Artigo 40, parágrafo 1º, III, da Constituição da República. Requisitos. Dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. 1. Dez anos de efetivo exercício no serviço público. Conceito de serviço público. Vínculo profissional com o Estado ou suas autarquias. Conceito de efetivo exercício. Exercício real e concreto das atribuições inerentes ao cargo. Impossibilidade de cômputo, como tempo de efetivo exercício no serviço público, de período de afastamento do titular de cargo efetivo para exercer emprego de confiança em sociedade de economia mista, como tal dotada de personalidade de direito privado. Inexistência de efetivo exercício no serviço público. 2. Cinco anos no cargo em que se

dará a aposentadoria. Desnecessidade de que haja efetivo exercício das atribuições inerentes ao cargo. Silêncio eloquente do legislador constituinte. Requisito satisfeito pelo só fato jurídico do vínculo em caráter efetivo, pelo tempo requerido, do servidor com o Estado. Possibilidade de cômputo, como tempo no cargo efetivo, de período de regular afastamento para o exercício de outros cargos ou empregos na Administração Pública. Precedentes: Parecer PA-3 nº 70/1993; Parecer PA nº 258/2004; Parecer PA nº 5/2006; Parecer PA nº 274/2006; Parecer PA nº 157/2010; Parecer PA nº 52/2013; Parecer PA nº 65/2013; Parecer PA nº 82/2013. **(Parecer PA nº 105/2013 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 08/01/2014)**

5) VANTAGEM PECUNIÁRIA. PIQPREV. PRÊMIO DE INCENTIVO À QUALIDADE PREVIDENCIÁRIA. METODOLOGIA DE CÁLCULO. Benefício instituído pela Lei Complementar estadual nº 1.162/2011 e regulamentado pelo Decreto estadual nº 58.078/2012. Definida na lei a fórmula de cálculo para aferição do valor da vantagem. Base de cálculo não atrelada à remuneração do emprego permanente efetivamente exercido. Regulamentação que se restringe à definição das normas e critérios do processo avaliatório específico que medirá o resultado das atividades do empregado. Conflito de normas não existente. Interpretação sistemática e teleológica. Legalidade do ato regulamentar. Desnecessária a sua alteração. **(Parecer PA nº 106/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 09/01/2014)**

6) PREVIDENCIÁRIO. Servidor público. Ocupante de função-atividade. Magistério. Lei Estadual nº 500, de 13 de

novembro de 1974. Docente ACT – Admitido em Caráter Temporário. Ingresso no serviço público. Artigo 6º-A da Emenda Constitucional nº 41/2003. Opção de vida tutelada pelo constituinte derivado. Continuidade. Vínculos sucessivos. Múltiplas dispensas e admissões. Natureza da função desempenhada. Anualidade sobre a qual é organizada a educação básica. Razoabilidade. Isonomia. Possibilidade, em princípio, de consideração da investidura mais remota como data de ingresso nas hipóteses em que não tenham transcorrido mais de noventa dias entre cada dispensa e a subsequente admissão. Regra extraída, por analogia, do artigo 18 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado. Critério que atende à exigência de atribuição anual de classes ou aulas ao professor, na fixação de prova relevante da relação permanente entretida com o Estado. Ressalva feita em relação a casos atípicos envolvendo docentes temporários, que poderão ser examinados pela Consultoria Jurídica de origem. Precedentes: Parecer PA nº 52/2013; Parecer PA-3 nº 117/1992. **(Parecer PA nº 103/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 20/01/2014)**

7) CONSTITUCIONAL. NEPOTISMO. Aplicação da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos entes de regime de direito privado integrantes da Administração indireta. Parecer PA 1/2014. Presença de parentes de gestores ou administradores entre os entes contratados e/ou terceirizados. Análise à luz das regras de impedimento elencadas na Lei de Licitações. Parecer PA 35/2010. Exegese ampliati-va adotada pelo Tribunal de Contas da União para a interpretação do comando contido no § 3º do artigo 9º da Lei nº

8.666/93, de forma a abranger qualquer tipo de vínculo que possa trazer alguma espécie de influência ou vantagem sobre a conduta do licitante, vedando-se qualquer conduta que, direta ou indiretamente, possa comprometer a moralidade, isonomia e a impessoalidade, princípios estes que devem presidir as licitações públicas. Artigo 3º da Lei nº 8.666/93 c.c. artigo 37, caput, da Lei Maior. Matéria a ser submetida à deliberação do Conselho de Defesa dos Capitais do Estado CODEC, nos termos do art. 7º do Decreto nº 54.376/2009. **(Parecer PA nº 02/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 23/01/2014)**

8) PREVIDÊNCIA SOCIAL. Regime próprio. Aposentadoria especial. Condições especiais de trabalho que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Inexistência de necessária legislação integrativa. Precedente: Parecer PA nº 34/2010. Mandados de injunção concedidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo com eficácia *erga omnes*, em julgamento conjunto. Decisão que não afasta a necessidade de comprovação fática, em cada caso concreto, da presença dos requisitos constitucionais para a obtenção do benefício. Necessidade de formulação de pedido de cumprimento de obrigação de fazer, em execução de sentença, pelo servidor que queira se beneficiar do julgado. Precedente: Parecer PA nº 153/2010. Possibilidade de edição de normas regulamentares pelo Poder Executivo Estadual, disciplinando os procedimentos relacionados às aposentadorias especiais debatidas em juízo. Irrelevância da percepção de adicional de insalubridade para efeito de comprovação da insalubridade que dá azo à aposentadoria especial. Indispensabilidade de perícia, cuja competência material é do Departamento

de Perícias Médicas Estaduais. Aplicação apenas supletiva da regulamentação infralegal federal. Precedente: Parecer PA nº 119/2011. Matéria que vem de ser examinada no Parecer PA nº 46/2013. **(Parecer PA nº 49/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 27/01/2014)**

9) PREVIDENCIÁRIO. Pensão por morte. Revisão. Parcela autônoma de equivalência. Diferenças. Competência da São Paulo Previdência – SPPREV para a administração de benefícios previdenciários de pensionistas de membros da Magistratura e do Ministério Público. Prestações vencidas entre setembro de 1994 e dezembro de 1997. Prescrição da pretensão de recebimento desses valores. Ausência de causa interruptiva do prazo prescricional. Efeitos pessoais da prescrição, como regra. Impossibilidade de provimento administrativo do suposto direito, salvo lei autorizadora. Precedentes: Pareceres PA nº 15/2010 e 136/2003. **(Parecer PA nº 68/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 28/01/2014)**

10) PREVIDÊNCIA SOCIAL. Homologação de Certidão de Tempo de Contribuição (CTC) de ex-servidores de universidades paulistas. Transformação de vínculo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho em função autárquica, operada com amparo na Resolução UNESP nº 62/95. Declarada inconstitucionalidade da Resolução UNESP nº 46/95, nos autos da ADI nº 044.584-0/6, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça paulista. Artigo 125, § 2º, da Constituição Federal. Efeitos *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Delibera-

ção do Plenário da Corte de Contas nos autos do Processo TC nº 32.275/026/01. Edição da Lei Complementar estadual nº 902, de 19 de outubro de 2001, que criou 1.217 cargos no Quadro de Pessoal Docente da UNESP. Transcurso do prazo decadencial previsto no artigo 10, inciso I, da Lei estadual nº 10.177/98. **(Parecer PA nº 74/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 30/01/2014)**

11) SERVIDORA PÚBLICA APOSENTADA. DESCONTO EM FOLHA DE VALORES APURADOS ANTES DE A SÃO PAULO PREVIDÊNCIA SPPREV TER ASSUMIDO A FOLHA DE INATIVOS. POSSIBILIDADE, EM FACE DAS NORMAS DO DECRETO Nº 51.314/2006. Pelas normas do Decreto nº 51.314/2006, pode a SPPREV efetuar desconto em folha de servidores inativos e pensionistas, relativos à reposição ou indenização ao erário, ainda que tais créditos tenham sido constituídos em período em que os servidores estavam em atividade. Há, todavia, duas condições para a efetivação de qualquer desconto em folha, sem ordem judicial: a) necessidade de prévio processo administrativo; b) concordância expressa do interessado quanto a essa forma de pagamento. O desconto em folha de inativos e pensionistas deve obedecer ao mesmo limite máximo permitido para servidores em atividade, de 10% (dez por cento) sobre o total dos proventos e pensões. Precedentes: Pareceres PA nºs 272/2000; 87/2000 e 115/2010, na forma em que aprovado. **(Parecer PA nº 99/2013 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 07/01/2014)**

12) CONSTITUCIONAL. NEPOTISMO. Aplicação da Súmula Vinculan-

te nº 13, do Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos entes de regime de direito privado integrantes da Administração indireta. Pareceres PA 189/2009, 72/2010. Despacho aditivo da Chefia da Assessoria Jurídica do Governo aposto no Parecer AJG 0529/2009. Art. 7º do Decreto estadual nº 54.376/2009. Princípios constitucionais de observância obrigatória a toda a Administração Pública, direta e indireta, independentemente do regime jurídico a que estejam submetidos os entes que integram esta última. Artigo 37, caput, da CR/88. Decreto federal nº 7.203/2010. Proposta de solução do caso concreto à luz da orientação firmada a partir do despacho de aprovação aposto pelo Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral ao Parecer PA 33/2013. **(Parecer PA nº 01/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 07/01/2014)**

13) HOMOLOGAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DE EX-SERVIDORA PARA UTILIZAÇÃO EM OUTRO PAÍS. ACORDO INTERNACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL CELEBRADO ENTRE O BRASIL E A ITÁLIA. DECRETO FEDERAL 80.138/1977. Os Acordos Internacionais de Previdência Social foram disciplinados pelos artigos 267 e seguintes da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010. Tal diploma, dentre outros pontos, reconheceu a possibilidade de utilização de tempo no Regime Próprio de Previdência Social RPPS, para efeitos de acordos internacionais, desde que exista previsão expressa, nos respectivos instrumentos, e fixou critérios para o reconhecimento desse período, cabendo ressaltar ser vedada, pelo inciso III do artigo 480, a utilização de tempo de RPPS quando o interessado não tiver, em algum momento, se filiado ao

RGPS. O órgão gestor dos Acordos Internacionais de Previdência Social é o INSS, pelo que eventual averbação de tempo de contribuição prestado no RPPS deve ser feita perante tal autarquia. O artigo 7º do Decreto Federal nº 80.138/77, que promulgou o Protocolo Adicional ao Acordo de Migração entre Brasil e Itália, possibilitou a utilização de período em que houve a vinculação a “regime especial de previdência”, desde que o interessado não obtenha o direito às prestações de tal regime. Cabe à SPPREV a homologação de CTC para averbação, junto ao INSS, do período de contribuição prestado perante o RPPS paulista, e ao INSS o exame das demais condições para o exercício do direito. **(Parecer PA nº 102/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 08/01/2014)**

14) PREVIDENCIÁRIO. Servidor público. Aposentadoria voluntária. Artigo 40, § 1º, III, da Constituição da República. Requisitos. Dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. 1. Dez anos de efetivo exercício no serviço público. Conceito de serviço público. Vínculo profissional com o Estado ou suas autarquias. Conceito de efetivo exercício. Exercício real e concreto das atribuições inerentes ao cargo. Impossibilidade de cômputo, como tempo de efetivo exercício no serviço público, de período de afastamento do titular de cargo efetivo para exercer emprego de confiança em sociedade de economia mista, como tal dotada de personalidade de direito privado. Inexistência de efetivo exercício no serviço público. 2. Cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria. Desnecessidade de que haja efetivo exercício das atribuições inerentes ao cargo. Silêncio eloquente do

legislador constituinte. Requisito satisfeito pelo só fato jurídico do vínculo em caráter efetivo, pelo tempo requerido, do servidor com o Estado. Possibilidade de cômputo, como tempo no cargo efetivo, de período de regular afastamento para o exercício de outros cargos ou empregos na Administração Pública. Precedentes: Parecer PA-3 nº 70/1993; Parecer PA nº 258/2004; Parecer PA nº 5/2006; Parecer PA nº 274/2006; Parecer PA nº 157/2010; Parecer PA nº 52/2013; Parecer PA nº 65/2013; Parecer PA nº 82/2013. **(Parecer PA nº 105/2013 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 08/01/2014)**

15) VANTAGEM PECUNIÁRIA. PIQPREV. PRÊMIO DE INCENTIVO À QUALIDADE PREVIDENCIÁRIA. METODOLOGIA DE CÁLCULO. Benefício instituído pela Lei Complementar estadual nº 1.162/2011 e regulamentado pelo Decreto estadual nº 58.078/2012. Definida na lei a fórmula de cálculo para aferição do valor da vantagem. Base de cálculo não atrelada à remuneração do emprego permanente efetivamente exercido. Regulamentação que se restringe à definição das normas e critérios do processo avaliatório específico que medirá o resultado das atividades do empregado. Conflito de normas não existente. Interpretação sistemática e teleológica. Legalidade do ato regulamentar. Desnecessária a sua alteração. **(Parecer PA nº 106/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 09/01/2014)**

16) PREVIDENCIÁRIO. Servidor público. Ocupante de função-atividade. Magistério. Lei Estadual nº 500, de 13 de novembro de 1974. Docente ACT – Admitido em Caráter Temporário. Ingresso no serviço público. Artigo 6º-A da Emenda

da Constitucional nº 41/2003. Opção de vida tutelada pelo constituinte derivado. Continuidade. Vínculos sucessivos. Múltiplas dispensas e admissões. Natureza da função desempenhada. Anualidade sobre a qual é organizada a educação básica. Razoabilidade. Isonomia. Possibilidade, em princípio, de consideração da investidura mais remota como data de ingresso nas hipóteses em que não tenham transcorrido mais de noventa dias entre cada dispensa e a subsequente admissão. Regra extraída, por analogia, do artigo 18 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado. Critério que atende à exigência de atribuição anual de classes ou aulas ao professor, na fixação de prova relevante da relação permanente entretida com o Estado. Ressalva feita em relação a casos atípicos envolvendo docentes temporários, que poderão ser examinados pela Consultoria Jurídica de origem. Precedentes: Parecer PA nº 52/2013; Parecer PA-3 nº 117/1992. **(Parecer PA nº 103/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 20/01/2014)**

17) CONSTITUCIONAL. NEPOTISMO. Aplicação da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos entes de regime de direito privado integrantes da Administração indireta. Parecer PA 1/2014. Presença de parentes de gestores ou administradores entre os entes contratados e/ou terceirizados. Análise à luz das regras de impedimento elencadas na Lei de Licitações. Parecer PA 35/2010. Exegese ampliativa adotada pelo Tribunal de Contas da União para a interpretação do comando contido no § 3º do artigo 9º da Lei nº 8.666/93, de forma a abranger qualquer tipo de vínculo que possa trazer alguma espécie de influência ou vantagem sobre

a conduta do licitante, vedando-se qualquer conduta que, direta ou indiretamente, possa comprometer a moralidade, isonomia e a impessoalidade, princípios estes que devem presidir as licitações públicas. Artigo 3º da Lei nº 8.666/93 c.c. artigo 37, caput, da Lei Maior. Matéria a ser submetida à deliberação do Conselho de Defesa dos Capitais do Estado CO-DEC, nos termos do art. 7º do Decreto nº 54.376/2009. **(Parecer PA nº 02/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 23/01/2014)**

18) PREVIDÊNCIA SOCIAL. REGIME PRÓPRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. Condições especiais de trabalho que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Inexistência de necessária legislação integrativa. Precedente: Parecer PA nº 34/2010. Mandados de injunção concedidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo com eficácia *erga omnes*, em julgamento conjunto. Decisão que não afasta a necessidade de comprovação fática, em cada caso concreto, da presença dos requisitos constitucionais para a obtenção do benefício. Necessidade de formulação de pedido de cumprimento de obrigação de fazer, em execução de sentença, pelo servidor que queira se beneficiar do julgado. Precedente: Parecer PA nº 153/2010. Possibilidade de edição de normas regulamentares pelo Poder Executivo Estadual, disciplinando os procedimentos relacionados às aposentadorias especiais debatidas em juízo. Irrelevância da percepção de adicional de insalubridade para efeito de comprovação da insalubridade que dá azo à aposentadoria especial. Indispensabilidade de perícia, cuja competência material é do Departamento de Perícias Médicas Estaduais. Aplicação apenas supletiva da regulamentação infralegal federal. Precedente: Parecer PA nº

119/2011. Matéria que vem de ser examinada no Parecer PA nº 46/2013. **(Parecer PA nº 49/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 27/01/2014)**

19) PREVIDENCIÁRIO. Pensão por morte. Revisão. Parcela autônoma de equivalência. Diferenças. Competência da São Paulo Previdência – SPPREV para a administração de benefícios previdenciários de pensionistas de membros da Magistratura e do Ministério Público. Prestações vencidas entre setembro de 1994 e dezembro de 1997. Prescrição da pretensão de recebimento desses valores. Ausência de causa interruptiva do prazo prescricional. Efeitos pessoais da prescrição, como regra. Impossibilidade de provimento administrativo do suposto direito, salvo lei autorizadora. Precedentes: Pareceres PA nº 15/2010 e 136/2003. **(Parecer PA nº 68/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 28/01/2014)**

20) PREVIDÊNCIA SOCIAL. Homologação de Certidão de Tempo de Contribuição (CTC) de ex-servidores de universidades paulistas. Transformação de vínculo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho em função autárquica, operada com amparo na Resolução UNESP nº 62/95. Declarada inconstitucionalidade da Resolução UNESP nº 46/95, nos autos da ADI nº 044.584-0/6, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça paulista. Artigo 125, § 2º, da Constituição Federal. Efeitos *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Deliberação do Plenário da Corte de Contas nos autos do Processo TC nº 32.275/026/01. Edição da Lei Complementar estadual

nº 902, de 19 de outubro de 2001, que criou 1.217 cargos no Quadro de Pessoal Docente da UNESP. Transcurso do prazo decadencial previsto no artigo 10, inciso I, da Lei estadual nº 10.177/98. **(Parecer PA nº 74/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 30/01/2014)**

21) CONTAGEM DE TEMPO.

Posse e início de exercício. Frequência comprovada no Curso de Adaptação à Carreira configura início de exercício. Pareceres PA-3 155/93 e PA-3 336/94. Acumulação de cargos de Professora Adjunta da Municipalidade de São Paulo e Procuradora do Estado. Art. 37, inc. XVI, alínea “b”, da CF/88. Pretensão da interessada no sentido da legalidade da acumulação e o consequente reconhecimento do início de exercício desde o dia 28 de janeiro de 1993. Proposta de efetivação de diligência preliminarmente à manifestação conclusiva. **(Parecer PA nº 62/2013 sugeriu diligência. Depois de complementada a instrução, sobreveio o Parecer PA n. 11/2014, abaixo ementado).**

22) CONTAGEM DE TEMPO.

Posse e início de exercício. Frequência comprovada no Curso de Adaptação à Carreira configura início de exercício. Pareceres PA-3 155/93, 336/94 e 133/95. Acumulação de cargos de Professora Adjunta da Municipalidade de São Paulo e Procuradora do Estado. Pretensão da interessada no sentido da legalidade da acumulação e o consequente reconhecimento do início de exercício a partir do dia 28 de janeiro de 1993. Não prescreve o direito à contagem de tempo, apenas o direito às parcelas devidas em decorrência da contagem. Pareceres PA 126/2006 e 91/2011. Compatibilidade de horários atestada. Viabilidade, com amparo no art.

37, inc. XVI, alínea “b”, da CF/88 e art. 5º, inciso II, do Decreto nº 41.915/97. Retificação do tempo de exercício de advocacia da interessada. Art. 93 da LCE nº 478/96. **(Parecer PA nº 11/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado, em 17/02/2014).**

23) INDENIZAÇÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDOS. Servidor inativado por invalidez, após haver fruído licença para tratamento de saúde. Viabilidade de indenização da licença-prêmio com amparo no art. 3º da Lei Complementar nº 1.048/2008. Falta de amparo legal quanto à indenização do período de férias não usufruído. **Parecer PA 14/2004.** As licenças para tratamento de saúde absorvem os períodos de férias não usufruídos. **Pareceres AJG ns 1289/2005, 1009/2000 e 0134/2004.** Proposta de retorno à Secretaria da Fazenda. **(Parecer PA nº 107/2013 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral, em 21/02/2014).**

24) CONVÊNIO. Celebração entre o Departamento Estadual de Trânsito – Detran e sociedade seguradora com vistas à transferência, a esta, de informações sobre a existência de pontos decorrentes de infrações de trânsito no prontuário de clientes. Inadequação do instrumento jurídico. Inexistência de interesses comuns e coincidentes. Fins lucrativos da seguradora. Natureza contratual do ajuste. Impossibilidade de fomento à atividade privada, salvo nos casos em que a lei o autorize. Hipótese de credenciamento, caso possam ser especificadas atividades de competência do órgão de trânsito passíveis de delegação a particulares em igualdade de condições e sem exclusividade.

Observância dos princípios que regem a Administração Pública. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 348/1993; PA nº 60/2009; PA nº 22/2011. **(Parecer PA nº 5/2014 – O Procurador Geral do Estado, em 07/02/2014, acompanhou as manifestações da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria e da D. Chefia da Procuradoria Administrava, que concluíram pela possibilidade, em tese, de celebração de convênio entre o Detran/SP e a Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, na forma constante dos autos, ressaltando a necessidade de manifestação da Consultoria Jurídica de origem a respeito da minuta do instrumento)**

25) CONTRATO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE REEQUILÍBRIO. Entidade sindical. Requerimento genérico. Falta de legitimidade. Artigo 65, § 5º, da Lei federal nº 8.666/1993. Concessão de benefício por lei superveniente que, em tese, poderia ocasionar a revisão de preços. Necessidade, porém, de, caso a caso, ser apresentada, pelo particular contratado, comprovação da acentuada repercussão nos preços ajustados. Natureza contratual que não autoriza o simples repasse da majoração dos custos dos serviços. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 55/2002 e PA nº 49/2006. **(Parecer PA nº 06/2014 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral, em 21/02/2014).**

26) SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. Servidor que, após concedida a autorização pela autoridade competente do requerimento de conversão em pecúnia de parcela da licença-prêmio à vista da reunião dos pressupostos legais, foi demitido. Viabilidade, desde que preen-

chidos os requisitos legais. Interpretação sistemática do artigo 1º, *caput*, e do § 2º do artigo 3º, todos da Lei Complementar nº 1.051/2008. **(Parecer PA nº 07/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado, em 25/02/2014).**

27) SERVIÇO BÁSICO. PÚBLICO. SANEAMENTO REGIÕES METROPOLITANAS. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. ADI Nº 1.842/RJ. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade a colegiado formado pelos municípios integrantes da região metropolitana e pelo estado federado. Entendimento adstrito ao controle de constitucionalidade da legislação editada pelo Estado do Rio de Janeiro. Legislação Paulista submetida à apreciação da Corte Constitucional na ADI nº 4.028/SP e no Recurso Extraordinário nº 539.253/SP. Manutenção, por ora, do entendimento vigente: titularidade estadual da prestação de serviços de saneamento básico em regiões metropolitanas. **Pareceres PA nºs 413/2003, 414/2004, 68/2012 e 80/2013.** Região Metropolitana de Campinas. Inconstitucionalidade das Leis Municipais nºs 3006/2010, de Artur Nogueira; 3324/2010, de Cosmópolis; 2465/2010, de Hortolândia; 4322/2011, de Itatiba; 2029/2010, de Jaguariúna; 3222/2011, de Paulínia; 3077/2010, de Pedreira; 2543/2010, de Santo Antonio da Posse; e 4671/2011, de Valinhos, que determinaram a adesão desses Municípios ao Consórcio Público Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá, também denominada ARES-PCJ. Viabilidade de interposição de ação direta de inconstitucionalidade. Minutas. **(Parecer PA nº 8/2014 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado Área da Consultoria Geral, em 17/02/2014).**

28) PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. Procurador do Estado. Contagem de tempo de serviço. Tempo de exercício de advocacia anterior ao ingresso na carreira. Consideração como tempo de serviço público e, conseqüentemente, como tempo de contribuição, em determinadas hipóteses previstas em lei. Descabimento, todavia, de que se considere esse tempo como de efetivo exercício no serviço público. Inteligência do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005. Impossibilidade de caracterização, por lei, de tempo de serviço ficto para o fim de cumprimento da exigência constitucional de tempo de efetivo exercício no serviço público. Paradigma: Parecer PA nº 274/2006. Demais precedentes: Parecer PA-3 nº 70/1993; Parecer PA nº 5/2006; Parecer PA nº 157/2010; Parecer PA nº 82/2013; Parecer PA nº 105/2013. *Consoante orientação contida no Parecer PA nº 274/2006: “O tempo de exercício de advocacia anterior ao ingresso do funcionário no serviço público, ainda quando possa ser considerado como ‘tempo de contribuição’ para fins de aposentadoria, não poderá ser considerado como ‘tempo de efetivo exercício no serviço público’ para a mesma finalidade.”* (Parecer PA nº 09/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado, em 07/02/2014).

29) APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. Carcereiro dos quadros da Secretaria da Segurança Pública. Servidor que se valeu da faculdade prevista no § 22 do artigo 126 da Constituição Estadual, cessando o exercício da função pública após noventa dias decorridos da apresentação do pedido de aposentadoria voluntária. Diligências ao órgão técnico central. Parecer PA 51/2013. Interpretação e integração da lei. Hipótese que mais se aproxima do fenômeno da integração, dado que se

supõe estar diante de uma omissão involuntária do legislador, ante a impossibilidade de se esgotar as prescrições normativas para todas as situações da vida. Lacuna da lei que se propõe solucionar pelo emprego dos princípios gerais de direito. Artigo 4º do Decreto-lei nº 4.657/42 (LINDB). Interpretam-se as exceções estritissimamente (*exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*). O direito deve ser interpretado inteligentemente, evitando-se soluções que causem perplexidade. Princípio da legalidade. Impossibilidade de retratação à opção veiculada pelo legislador bandeirante no § 22 do artigo 126 da Constituição Estadual. Prejudicada a questão principal da consulta. (Parecer PA nº 98/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 20/02/2014).

30) UNIÃO ESTÁVEL. NOME. EMISSÃO DE CARTEIRA DE IDENTIDADE COM INCLUSÃO DO SOBRENOME DO COMPANHEIRO. POSSIBILIDADE. Nos termos do decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.206.656-GO é possível o pleito de adoção do sobrenome dentro de uma união estável, em aplicação analógica do art. 1.565, § 1º, do Código Civil de 2002, devendo, contudo, em atenção às peculiaridades dessa relação familiar, ser feita sua prova documental, por instrumento público, com anuência do companheiro cujo nome será adotado. Situação regulada pelos Provimentos CG nº 41/2012 e 06/2013, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo que previram a possibilidade de registro da escritura pública de união estável no Registro Civil de Pessoas Naturais. **Após tal Cartório emitir certidão atestando o novo nome do convivente, em união estável, cabe ao INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO RICARDO GUMBLETON**

DAUNT efetivar, em seus cadastros, tal registro, com a consequente emissão de nova Cédula de Identidade. **ESTADO CIVIL.** O fato de o Registro Civil das Pessoas Naturais poder registrar escritura pública de união estável não altera o estado civil anterior dos conviventes, pelo que o respectivo cadastramento deverá ser feito nos campos hoje previstos (solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo). **(Parecer PA nº 12/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado, em 24/02/2014).**

31) VANTAGENS PECUNIÁRIAS – DIÁRIA. Servidora aposentada pelo RPPS deste Estado, notificada para depor como testemunha da Administração em audiência na sede da PPD. Solicitação de pagamento de diária, “para cobrir gastos e alimentação para o cumprimento da convocação”. Pedido que deve ser indeferido, na medida em que o servidor inativo não tem direito ao pagamento de diárias, como se vê da leitura do art. 144, *caput* e 3º, e 285, § 3º, da Lei Estadual nº 10.261/68. Tal conclusão não obsta, porém, a que, caso a interessada assim o requeira, seja examinada a viabilidade jurídica de lhe serem reembolsados valores cujo dispêndio devidamente comprovado – se evidencie necessário para o atendimento da notificação, nos termos em que lhe foi endereçada. **(Parecer PA**

nº 14/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado, em 21/02/2014).

32) VANTAGENS PECUNIÁRIAS. INCORPORAÇÃO. Regularidade da Gratificação de Representação (artigo 135, inciso III, Lei nº 10.261/68) incorporada sob a égide da revogada LCE nº 406/85 c.c. artigo 26 da LCE 467/86. Situação diversa é a incorporação da diferença remuneratória obtida com fulcro no artigo 133 da CE pelo exercício do cargo de Assessor Técnico de Gabinete junto ao Ministério Público. Incorporação cuja irregularidade não é mais passível de revisão pela ultrapassagem do prazo decenal. Artigo 10, inciso I, da Lei estadual nº 10.177/98. Incorporação de décimos do cargo de Assessor Técnico de Gabinete (DOE 25/06/2005), para fins de substituição de décimos de menor diferença. Artigo 4º, inciso I, do Decreto nº 35.200/92. Servidora que se valeu da faculdade conferida pelo artigo 15 da LCE nº 1.080/2008 e, em razão dessa opção, foi atribuída gratificação *pro labore* nos termos do artigo 19 da LCE nº 1.080/2008. Inviabilidade. De 09/02/2007, aprovo o Parecer PA nº 16/2014, acolhido pela i. Chefia Substituta da Procuradoria Administrativa (fls. 477/478). **(Parecer PA nº 16/2014 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado Área da Consultoria Geral, em 21/02/2014).**

Contencioso Geral

33) ATO ADMINISTRATIVO –

Anulação – Cassação de aposentadoria de delegado de polícia – Prática de ato incompatível com o exercício da função, apurada em processo administrativo regular – Admissibilidade, não obstante o caráter contributivo do benefício – Ação anulatória improcedente – Sentença mantida – Recurso improvido. (Apelação nº 0464303-12.2010.8.26.0000 – São Paulo – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Ricardo Santos Feitosa – 20/01/2014 – 24277 – Unânime)

34) POLICIAL MILITAR –

Hora extra – Pretensão ao intervalo de uma hora para almoço e descanso durante o turno de serviço – Inadmissibilidade – Intervalo incompatível com a natureza da função – Sujeição ao Regime Especial de Trabalho Policial que implica cumprimento de horário irregular – Impossibilidade de pagamento das horas correspondentes a título de “horas extras” – Improcedência mantida – Recurso não provido. (Apelação n. 0007732-05.2012.8.26.0360 – Mococa – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Antonio Carlos Villen – 16/12/2013 – 2348 – Unânime)

35) COMPETÊNCIA RECURSAL –

Conflito – Usucapião – Insurgência da Fazenda Estadual acerca das exigências decorrentes das leis que protegem os mananciais – Inexistência de discussão sobre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente – Resolução n. 512/2010 deste Tribunal de Justiça – Conflito procedente para fixar a competência da 3ª Câmara de Direito privado (suscitada) para o julgamento do apelo, e não da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (suscitante). (Conflito de compe-

tência nº 0188230-75.2013.8.26.0000 – Mairiporã – Órgão Especial – Relator: Antonio Vilenilson Vilar Feitosa – 29/01/2014 – 21083 – Unânime)

36) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Alegação de omissão sobre a inconstitucionalidade da Lei 11.960 declarada pelo STF na ADIN 4357/DF – Pretensão descabida – A decisão *erga omnes* do STF, como resulta de seu próprio teor, será aplicada mediante modulação a ser definida Embargos rejeitados. (Embargos de Declaração nº 9000034-71.2011.8.26.0053/50000 – São Paulo – 12ª Câmara de Direito Público – Relator: J. M. Ribeiro de Paula – 26/02/2014 – 15.019 – Unânime)

37) SERVIDOR ESTADUAL ATIVO.

Pretensão à conversão com base na regra do artigo 22 da Lei Federal nº 8.880/94 que instituiu o Plano Real. Sentença de improcedência. Prescrição do fundo de direito bem decretada. Recurso improvido. (Apelação nº 0054023-14.2012.8.26.0053 – São Paulo – 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Aroldo Viotti – 28/01/2014 – 27193 – Por maioria de votos)

38) AÇÃO DECLARATÓRIA.

Servidor público admitido pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Vinculação ao Instituto Nacional do Seguro Social. Pretensão de integração ao Regime Próprio de Previdência Social. A estabilidade adquirida pelo servidor não determina mudança no regime previdenciário, que deve ser feita mediante lei. Impossibilidade de decisão judicial modificar ato administrativo que depende da conveniência e oportunidade da Administração. Sentença mantida. Recurso não provido. (Apelação nº 0010989-35.2012.8.26.0361 – Mogi das Cruzes – 13ª Câmara de Direito Público – Relator: Djalma Lofrano Filho – 26/02/2014 – 1720 – Unânime)

Contencioso Tributário-Fiscal

39) MULTA ADMINISTRATIVA – Auto de infração – Programa Nota Fiscal Paulista – Deixando estabelecimento comercial, ao efetuar venda de produtos, de efetuar o registro eletrônico de documentos fiscais no Sistema da Nota Fiscal Paulista, de rigor sua autuação pelo PROCON, órgão competente para aplicar a sanção, arbitrada de acordo com o número de vezes em que reiterada a conduta – Inexistência de violação ao princípio do não confisco – Caráter punitivo-sancionatório da multa que justifica o seu valor – Inocorrência de violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Redução da multa – Inadmissibilidade – Sentença mantida – Recurso não provido. (Apelação nº 0036699-11.2012.8.26.0053 – São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Renato Delbianco – 28/01/2014 – 3411 – Unânime)

40) TAXA – Fiscalização e Serviços Diversos – Utilização de cartelas de bingo sem o recolhimento do tributo instituído pela Lei Estadual nº 9036/94 – Hipótese – Competência do Estado para a cobrança – Existência – Exercício do poder de polícia – Observância – Inexistência do alegado confisco – Recurso não provido. (Apelação nº 0134469-62.2009.8.26.0100 – São Paulo – 6ª Câmara de Direito Público – Relator: Reinaldo Miluzzi – 03/02/2014 – 16736 – Unânime)

41) IMPOSTO – Propriedade de veículos automotores – Lançamento de ofício – Fluência do prazo prescricional a partir da data de vencimento do tributo

– Prescrição reconhecida – Impossibilidade, entretanto, de devolução do imposto recolhido – Inteligência do artigo 882, do Código Civil – Ação declaratória parcialmente procedente – Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 0050367-49.2012.8.26.0053 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Urbano Ruiz – 16/12/2013 – 17909 – Unânime)

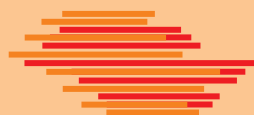
42) ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Estadual nº 13160/08 – Inclusão das certidões da dívida ativa no rol de documentos passíveis de protesto – Matéria de competência privativa da União – Inteligência do artigo 22, I, da Constituição Federal – Inconstitucionalidade configurada – Arguição acolhida. (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0205510-59.2013.8.26.0000 – Ibiúna – Órgão Especial – Relator: Luis Antonio Ganzerla – 29/01/2014 – 211 – Unânime)

43) IMPOSTO – Propriedade de Veículos Automotores – Alienação do automóvel – Débitos relativos à IPVA – Pretensa exclusão da responsabilidade tributária pelo alienante – Inadmissibilidade – Quem aliena veículo automotor sem comunicar a ocorrência à repartição encarregada do registro e licenciamento responde pela obrigação tributária do adquirente omissio como devedor solidário – Incidência dos artigos 4º, III, da Lei Estadual nº 6606/89, 6º, II e § 2º, da Lei Estadual nº 13296/08 e 124, II, do Código Tributário Nacional – Decisão mantida – Recurso não provido. (Agravo Regimental nº 3002838-21.2013.8.26.0320/50000 – Limeira – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Sergio Coimbra Schmidt – 12/02/2014 – 25242 – Unânime)

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

