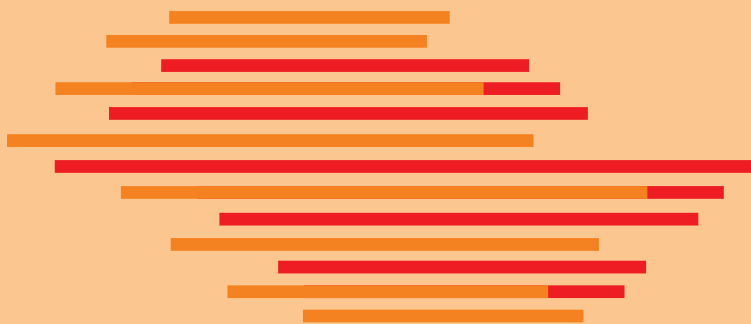


# BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



## CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

JULHO/AGOSTO 2011





# BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



## CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



*Editorial*

Editorial.....	3
----------------	---

*Cursos e Eventos*

Cursos do Centro de Estudos.....	7
Eventos do Centro de Estudos .....	7
Eventos em Parceria com Outras Instituições .....	7

*Peças e Julgados*

Apelação em ação coletiva – O poder regulamentar da Administração Pública .....	9
Agravo de instrumento – Tempestividade recursal em citação por mandado .....	38

*Doutrina*

Da alocação de riscos enquanto fundamento subjacente ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos .....	47
--	----

*Parecer*

Servidor Público. Processo Administrativo disciplinar. Competência do processo administrativo em hipótese de afastamento para outro órgão .....	59
---	----

*Ementário*

Consultoria .....	67
Contencioso Geral .....	75
Contencioso Tributário-fiscal .....	79

# 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

*Sylvia 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*

### Assessoria

*Adriano Vidigal Martins, Alexandre Aboud, Ana Maria Oliveira Toledo Rinaldi, Bruno Maciel dos Santos, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Daniel Smolentzov, Elizabete Matsushita, Eric Ronald Januario, Fabio Trabold Gastaldo, Flávia Della Coletta Depiné, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Lucilia Aparecida dos Santos, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Márcia Aparecida de Andrade Freixo, Marcio Yukio Santana Kaziura, Maria Rita Vaz de Arruda Corsini, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosana Martins Kirschke, Sibele Ferrigno Poli Ide Alves, Telma de Freitas Fontes, Valéria Luchiari Magalhães, Vera Lucia Gonçalves Barbosa, Virgílio Bernardes Carbonieri, Yara Chucralla M. Blasi.*

### Conselho da PGE

*Elival da Silva Ramos (Presidente), José Luiz Borges de Queiroz, Adalberto Robert Alves, Fernando Franco, Eduardo José Fagundes, Celso Alves de Resende Junior, Marcus Vinicius Armani Alves, José Ângelo Remédio Junior, Vanderlei Ferreira de Lima, Mirian Gonçalves Dilguerian, Marcelo Grandi Gironlo, Maria de Lourdes D'Arce Pinheiro, Vera Wolff Bava Moreira e Luciano Corrêa de Toledo.*

## Centro de Estudos

### Procuradora do Estado Chefe

*Mariângela Sarrubbo Fragata*

### Assessoria

*Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Norberto Oya, Camila Rocha Schwenck e Luiz Henrique Tamaki*

## Escola Superior da PGE

### Diretora

*Patricia Ulson Pizarro Werner*

### Vice-diretora

*Marily Diniz do Amaral Chaves*

### Comissão Editorial

*Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Camila Rocha Schwenck, Carla Pedroza Andrade, Cláudia Garcia Grion, Fernando César Gonçalves Pedrinho, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Norberto Oya*

## Redação e Correspondência

*Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Maria Paula, 67 – 10º andar – CEP 01319-906 – São Paulo – SP – Brasil. Telefone: (11) 3130-9500. Home Page: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br) E-mail: [divulgacao\\_centrodeestudos\\_pge@sp.gov.br](mailto: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  
[sac@imprensaoficial.com.br](mailto:sac@imprensaoficial.com.br)  
[livros@imprensaoficial.com.br](mailto:livros@imprensaoficial.com.br)  
[www.imprensaoficial.com.br](http://www.imprensaoficial.com.br)*

### Tiragem: 900 exemplares

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

## Litigar menos e melhor

Em reunião com os colegas da Procuradoria Regional de Campinas, logo após a inauguração das novas instalações daquela unidade em 28 de junho passado, o Procurador-geral do Estado, Doutor Elival da Silva Ramos, bem definiu, em poucas palavras, a principal meta da área do Contencioso Geral: *litigar menos e melhor*.

E essa tem sido, desde os primeiros dias do ano, a tônica do trabalho de toda a equipe da Subprocuradoria-geral do Estado do Contencioso Geral, formada pelos dedicados colegas Rosana Martins Kirschke, Vera Lucia Gonçalves Barbosa, Telma de Freitas Fontes, Guilherme Dario Russo Kohnen, Fabio Trabold Gastaldo e Daniel Smolentzov.

Um programa de redução da litigiosidade é essencial à Administração moderna na medida em que otimiza o uso dos recursos materiais e humanos de que o Estado dispõe, de maneira a tornar sua atividade o mais eficiente possível.

É legítimo e imperativo, portanto, buscarmos desonerar os procuradores paulistas de insistirem na defesa de teses reiteradamente rechaçadas por nossos tribunais.

Trabalhando arduamente nessa linha, até o presente mês de agosto, editamos 08 (oito) e reeditamos outras 02 (duas) orientações normativas autorizando a dispensa de interposição de recursos versando sobre diversos temas em que o Poder Judiciário já consolidou entendimento desfavorável às teses fazendárias.

Visando não apenas abreviar o fim do litígio, mas, preferencialmente, evitá-lo, na maioria desses casos (e sempre que cabível) encaminhamos às esferas governamentais competentes expedientes (acompanhados dos respectivos estudos de impacto financeiro e orçamentário) propondo a alteração do posicionamento da Administração.

O objetivo principal é a prevenção da multiplicação de demandas em torno de um mesmo tema prestando, assim, ao maior Estado da Federação importante contribuição ao combate à morosidade dos processos judiciais, reclamo não apenas da comunidade jurídica, mas de toda a sociedade.

Tão inadequado quanto insistir numa tese superada é a cobrança, pela via judicial, de valores manifestamente antieconômicos. A via administrativa deve ser priorizada racionalizando o uso de recursos públicos.



Nessa esteira, por proposta nossa foi editada pelo Procurador-geral a Resolução PGE nº 46/2011 autorizando a não propositura de ações judiciais visando à restituição de quantias indevidamente depositadas, por desconhecimento do órgão pagador, em contas bancárias de servidores inativos ou pensionistas falecidos cujos valores sejam iguais ou inferiores a 300 (trezentas) Unidades Fiscais do Estado (UFESP's).

Por conta exclusiva dessa última medida deixamos de ingressar com mais de 4.000 (quatro mil) ações perante o Poder Judiciário Paulista cujos custos para o Estado seriam, inequivocamente, superiores aos valores que, eventualmente, viriam a ser restituídos aos cofres públicos.

Tais medidas, dentre outras adotadas nesses primeiros oito meses, visam eliminar do dia a dia do Procurador do Estado tarefas que lhe tomam valioso tempo e que não reverterão em benefício ao Estado.

Ao contrário: nos casos que tramitam pelo rito dos Juizados Especiais, na hipótese de improvimento de eventual recurso interposto pelo Estado, a sua condenação será agravada com a imposição de honorários advocatícios.

Medidas desse jaez permitirão que sejam centrados esforços naquelas causas em que o Estado possua chances reais de êxito.

Paralelamente à eliminação dessa significativa carga de trabalho, priorizamos dotar os Procuradores e a Instituição de três elementos importantíssimos para alcançarmos uma defesa ainda mais eficiente do Estado: informação, orientação e informatização.

Temos buscado aproximar a área técnica das diversas secretarias de Estado e das autarquias para que a **informação** técnica relevante e essencial para bem instruir as defesas a serem ofertadas pelos Procuradores cheguem ao seu conhecimento com celeridade.

A título de exemplo cito o acesso ao sistema de despesa de pagamento de pessoal (DDPE) da Secretaria da Fazenda disponibilizado a todas as unidades do contencioso geral; a criação de grupo de trabalho permanente entre PGE e Secretaria da Saúde para definição de estratégias de defesa nas ações que versam sobre saúde pública; e a interação permanente com a área da Consultoria-geral.

Editamos, também, 16 (dezesseis) comunicados fixando orientação para a atuação dos Procuradores do Estado sobre os mais variados temas, dirimindo eventuais dúvidas quanto à forma ou conteúdo da linha de defesa do Estado.

No que toca à informatização, a boa notícia é que desde o mês de maio último o sistema *PGE.net* foi implantado no Gabinete da Subprocuradoria-geral possibilitando que os pedidos de dispensa de recursos e outras representações sejam apreciados com maior celeridade (muitas até no mesmo dia em que recebidas). A providência eliminou a burocracia e o trâmite desnecessário de expedientes e liberou nossos servidores para o desempenho de outras atividades.

Destaco, finalmente, que o inteiro teor de todos os atos mencionados nesse editorial encontra-se disponibilizado na área restrita de nosso *site*, na aba do *Contencioso-geral*.

Esses são, enfim, os primeiros passos que demos nesses oito meses no sentido de uma política de redução da litigiosidade e de racionalização do trabalho na área do Contencioso-geral.

Outras iniciativas estão em estudo e serão oportunamente implementadas sendo fundamental a participação de todos os colegas que na área atuam, seja seguindo atentamente as diretrizes traçadas pela Instituição, seja colaborando com ideias e propostas que permitam avançarmos no caminho de uma advocacia pública menos contenciosa.

FERNANDO FRANCO  
Subprocurador-Geral do Estado  
Área do Contencioso-Geral



## Cursos do Centro de Estudos

**26.08** – Palestra: Compreendendo a SPPREV – Passado, Presente e Futuro da Previdência Social Pública em São Paulo.

## Eventos do Centro de Estudos

**25.07** – Palestra: Sucesso e Felicidade.

## Eventos em parceria com outras instituições

**02.06 a 30.07** – Pós-Graduação em direitos fundamentais, em parceria com o IBCCRIM e a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**27.06 a 01.07** – 15º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública, em parceria com o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública

**27.06 a 01.07** – Seminário sobre Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos, em parceria com o Centro de Estudos sobre Licitação e Contratos (CELC).

**06.07 a 08.07** – I Fórum Brasileiro de Direito Disciplinário, em parceria com o Fórum Cultural Organização de Eventos Ltda.

**03.08 a 05.08** – XI Congresso Brasileiro do Ministério Público do Meio Ambiente, em parceria com a Associação do Ministério Público do Meio Ambiente (ABRAMPA).

**11.08 a 12.08** – Formação de Pregoeiros – turma 6, em parceria com a Fundação do Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA  
2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL**

**Processo n. 070.053.04.001753-5 - Ação Civil Pública**

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por seu procurador, nos autos da Ação Civil Pública em que contende com SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa. apresentar seu recurso de APELAÇÃO, consoante anexas razões.

Pede, nestes termos, deferimento.

São Paulo, 10 de março de 2005

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO

Procurador do Estado

OAB/SP nº 114.625

**RAZÕES DE APELAÇÃO**

APELANTE: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADOS: SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO  
ESTADO DE SÃO PAULO

EGRÉGIO TRIBUNAL!

COLENDAS CÂMARAS!

Trata-se de ação de caráter coletivo, proposta por entidade sindical, com o fim de ver anuladas diversas normas constantes das Resoluções SE n.º 134/2003 e 135/2003, normas essas referentes ao processo de atribuição de aulas para os professores da rede de ensino público do Estado.

Pleiteava também a anulação de todos os atos já praticados com base nas referidas resoluções e na reversão de todas as situações individuais já em curso, pleiteando-se também a “regularização” da situação funcional dos professores que se considerassem prejudicados, com os respectivos reflexos pecuniários. Era o pedido, em breve suma.

A r. sentença de primeira instância houve por bem julgar parcialmente procedente a demanda, para o fim de:

- declarar nulas as seguintes normas: parágrafos 6º e 8º do art. 4º, bem como parágrafos 11 e 18 do art. 10º, todos da Resolução SE 134/2003;

- declarar o direito dos atingidos pelas nulidades a habilitar seus interesses em sede de liquidação do julgado;
- condenar a ré em obrigação de fazer, consistente em editar nova resolução, para atribuição de aulas no ano de 2006, escoimada dos dispositivos anulados;
- fixar multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo eventual descumprimento da obrigação de fazer acima mencionada.

A mencionada decisão não poderá prevalecer, *data maxima venia*, pois fere diversas normas e princípios do nosso ordenamento. É o que se demonstrará a seguir.

## I – PRELIMINAR: DA LEGITIMAÇÃO DA AUTORA

Espera-se aqui ver acolhida a preliminar levantada pela Fazenda em sua defesa e que foi injustamente rechaçada pelo MM. Juízo de primeiro grau.

Isso porque é inquestionável a carência da autora, por falta de legitimação *ad causam*.

Essa conclusão decorre da leitura do que dispõe o artigo 2º-A da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, em sua redação atual:

“Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Artigo incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.” (NR) (Parágrafo incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001).

Esclareça-se que, ao contrário do afirmado pelo MM. Juízo em sua sentença, tal dispositivo não perdeu vigência com o advento da Emenda Constitucional n.º 32/2001.

Isso porque dispõe o art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001:

“Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

Essa é justamente a situação da Medida Provisória 2.180-35 que incluiu o dispositivo mencionado e que, segundo a sentença, teria perdido vigência. Obser-

ve-se que ela foi editada em 24/08/2001 e colhida pelos efeitos do art. 2º da EC n.º 32, que foi publicada em 11/09/2001.

Confirmada a vigência do dispositivo, cumpre esclarecer que a lei, no caso, apenas deu aplicação ao disposto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXI, que dispõe:

“Art. 5º ...

XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extra-judicialmente”

No caso, a figura processual prevista no art. 5º, XXI é a de representação e não de substituição processual, motivo pelo qual a autorização expressa para o ajuizamento da ação é imprescindível.

Observe-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA COLETIVA: LEGITIMAÇÃO: ENTIDADE DE CLASSE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. C.F., art. 5º, XXI. I. - Porque a recorrente é entidade ou associação de classe, e porque tem-se, no caso, ação ordinária coletiva, é aplicável a regra do art. 5º, XXI, da C.F.: exigência de autorização expressa dos filiados. II. - Agravo não provido.

(RE 225965 AgR / DF – 2ª Turma - Relator Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 15/12/1998 – DJU 05.03.99)

Esse entendimento apenas foi corroborado pela explícita previsão legal contida na Lei 9.494/97, em sua atual redação, repita-se, em plena vigência.

Portanto, deveria ter o MM. Juízo decretado a EXTINÇÃO desta ação, sem julgamento do mérito, pela aplicação combinada dos arts. 283 e 267, VI do Estatuto Processual.

## II – CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O MÉRITO

Na improvável hipótese de não ser acolhida nesta Corte a preliminar levantada, a ré passa a examinar o *meritum causae*.

Antes de analisar pormenorizadamente os dispositivos normativos anulados pela sentença, cabe fazer algumas considerações introdutórias sobre a lógica que permeia toda a propositura desta ação.

A ótica trazida pela autora e lamentavelmente acolhida pela sentença encara o processo anual de atribuição de aulas como um procedimento feito com o mero intuito de acomodar os interesses de natureza individual dos professores ante a Administração Estadual, visto que desse processo resulta a carga de trabalho a ser por eles desempenhada e, por consequência, a remuneração de que disto advirá.



Nessa linha de argumentação, as normas mencionadas na sentença estariam afrontando princípios contidos na Constituição e no caso o Estatuto do Magistério Estadual – lei que teria esgotado o assunto referente à atribuição de aulas.

Dá-se a impressão, que o referido Estatuto é um diploma de conteúdo meramente funcional, editado com o intuito de arbitrar as relações entre uma classe de indivíduos – os professores – e a Administração Pública. Desvia-se assim o foco de um aspecto essencial, qual seja: o Estatuto e as regras nele insertas são instrumentos para atingir um fim maior: a prestação adequada do serviço educacional pelo Estado.

Não há dúvida que o interesse individual dos professores há que ser contemplado, na devida medida, desde que não colidentes com o interesse público, que é justamente o de propiciar o acesso à educação de qualidade aos cidadãos e seus filhos. Esse princípio basilar do Direito Administrativo – a supremacia do interesse público – não pode ser afastado de maneira afoita, a pretexto de garantir o interesse de uma classe de cidadãos, interesse esse que não tenha também ele alcançado o foro de interesse público.

Não há dúvida de que o foco do processo educacional deve estar centrado nas necessidades dos educandos, sob pena de serem invertidos meios e fins. Aliás, essa ótica é bem ressaltada por MARIA SYLVIA DI PIETRO:

“Com efeito, há uma valorização da figura do cidadão usuário do serviço público. Nas palavras de Jacques Chevalier (*Revista do Serviço Público*, v. 120:42-43), “a reforma do Estado modifica a ordem das prioridades”, à medida que busca “recolocar o usuário no centro da administração” ou ainda “situar o cidadão no coração do serviço público”. Aponta ele os vários novos perfis do usuário que implicam “representações diferentes do administrado e desembocam em diferentes perspectivas de reformas: o usuário protagonista, dotado de um poder de intervenção no andamento dos serviços (de onde decorre o tema da participação); o usuário parceiro, capaz de se colocar como um interlocutor de serviços (daí o tema da transparência); o usuário cliente, cujas aspirações devem ser satisfeitas pelos serviços públicos (donde o tema da qualidade)”.” (*Discricionariade Administrativa na Constituição de 1998*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2001, p. 55).

Portanto, enquadrada a questão dentro da ideia de Estado Democrático de Direito – evolução do chamado Estado Social – o exercício, pela Administração, de sua atividade deve ser direcionada à satisfação das necessidades consideradas de interesse público, sendo que na prestação de serviços – como é o caso da prestação educacional – não é concebido o atendimento a tal interesse sem que sejam atendidas as necessidades dos usuários-educandos.

Invertendo-se, portanto, a ótica proposta pela inicial e parcialmente acolhida na sentença recorrida, cumpre questionar então se as Resoluções editadas pela Secretaria de Educação atendem aos fins legais, vale dizer, ao fim constantes das normas constitucionais, das normas federais de caráter geral acerca da Educação e por fim do próprio Estatuto do Magistério.

É sabido que a lei não pode dispor sobre tudo. O legislador não é onisciente e onipresente. Do conteúdo de generalidade e abstração da lei decorre a necessidade, para o corpo social, da atuação dos demais operadores do Direito, dentre os quais está a própria Administração, que por meio de seu **poder normativo**, preenche as reticências deixadas pelo legislador ordinário, sem poder, no entanto, se afastar das balizas por ele estabelecidas.

Portanto, trata-se do exercício de uma competência discricionária, que na magistral lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, se revela antes como um dever discricionário:

“Na ciência do Direito Administrativo, erradamente e até de modo paradoxal, quer-se articular os institutos do direito administrativo, inobstante ramo do direito público, em torno da ideia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da ideia de *dever*, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém – a Administração Pública – está posta numa situação que os italianos chamam de “*doverosità*”, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder *instrumental*, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como *mera decorrência*, como *mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever*. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.” (*Discricionarietà e Controle Jurisdizional*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 14-5).

A lição do grande publicista nos revela que o poder (ou melhor, dever) discricionário advém justamente da necessidade de adotar os procedimentos instrumentais necessários para alcançar as finalidades apontadas pela lei – lei em sentido amplo, que obviamente compreende também as normas constitucionais e os princípios gerais deduzíveis do ordenamento constitucional e legal.

Sem dúvida, o exercício desse dever-poder, pressupõe não apenas a aplicação mecânica (subsunção), a exemplo das atuações de natureza rigidamente vinculada. Antes supõe a necessidade de criação de uma norma jurídica concreta – como no caso do mero ato discricionário – ou mesmo de uma norma jurídica abstrata, porém complementar e integrativa em relação àquela que a precede no ordenamento jurídico – caso dos atos normativos da Administração.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO bem percebeu essa característica “criativa”, por assim dizer, do ato discricionário, ao conceituar a discriciona-

riedade como “a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública, para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico”.

E complementa o autor:

“A discricionariedade é, portanto, uma *competência* que é cometida à Administração, em grau e modo que venham a ser indispensáveis para **integrar** a vontade da lei no atendimento de suas funções de executá-la concretamente.

A *definição de resíduo de legitimidade* indica, nesse conceito, que o exercício da discricionariedade tem a natureza *material* de uma opção política, sendo, portanto, **um ato de criação** e não de mera *execução*, pois nela ocorre também, ainda que de forma derivada, uma *alocação autoritária de valores*, o que satisfaz o conceito eastoniano de política. O ato de execução puro, este sim, dispensaria” (*Legitimidade e discricionariedade*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 33 – grifos nossos).

Nesse quadro, o poder normativo da Administração se revela, pois, como uma modalidade de exercício desse dever-poder discricionário, que é evidentemente condicionado pelo Direito vigente, mas indispensável ao atendimento das crescentes demandas sociais, objeto de preocupação desse mesmo Direito. Se a lei (o Direito, melhor dizendo) dá os fins, deve dar necessariamente os meios.

É curioso que uma das maiores administrativistas brasileiras, ODETE ME-DAUAR, ao relacionar a ideia de discricionariedade ao poder normativo da Administração, venha a se utilizar de um exemplo que muito se assemelha à situação aqui tratada:

“Embora seja impossível arrolar todas as matérias em que o legislador confere margem de escolha à autoridade administrativa, algumas atividades ensejam o exercício mais frequente do poder discricionário.

Assim, a atividade normativa, nos casos de inexistência de lei disciplinadora da matéria ou de lei que somente atribui a competência para disciplinar a matéria. Por exemplo: um Secretário da Educação ao fixar normas para distribuição de aulas excedentes a professores, inexistindo norma de lei a respeito; uma Congregação de Faculdade oficial que estabelece regras para revisão de provas.” (*Direito Administrativo Moderno*. 7ª ed. rev. atual. São Paulo, RT, 2003, p. 124 – grifos nossos)

A ilustre jurista coloca de maneira exemplar a relação do poder normativo com a questão da legalidade, evitando o equívoco cometido pela demandante ao colocar como tese principal um conceito de *legalidade* equivocado, pois erroneamente equiparado ao conceito de *reserva de lei*.

JOSÉ AFONSO DA SILVA adverte sobre tal confusão:

“A doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o *princípio da legalidade* e o da *reserva de lei*. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Embora às vezes se diga que o princípio da legalidade se revela como um caso de *reserva relativa*, ainda assim é de reconhecer-se diferença entre ambos, pois que o legislador, no caso de reserva de lei, deve ditar uma disciplina mais específica do que é necessário para satisfazer o princípio da legalidade.

Em verdade, o problema das relações entre os princípios da legalidade e da reserva de lei resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações, como vimos antes, tem-se o princípio da legalidade. Quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos-nos diante do princípio da reserva legal.” (*Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 421 – grifos nossos).

O mesmo é lecionado por MARIA SYLVIA DI PIETRO, tratando especificamente da atividade de Administração:

“Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o princípio da legalidade não significa que, para cada ato administrativo, cada decisão, cada medida, deva haver uma norma legal expressa vinculando a autoridade em todos os aspectos. O princípio da legalidade tem diferentes amplitudes, admitindo maior ou menor rigidez e, em consequência, maior ou menor discricionariedade. Não é por outra razão que se distingue legalidade e reserva da lei, a primeira admitindo que o legislador estatua de forma mais genérica, deixando maior discricionariedade à Administração Pública para regular a matéria, e, a segunda, exigindo legislação mais detalhada, com pouca margem de discricionariedade administrativa; neste caso, fala-se em legalidade estrita, tendo em vista que a Constituição é que reserva a matéria à competência do legislador.” (*Op. cit.*, p. 59 – grifos nossos).

Assim, tanto a suplicante quanto a d. sentença se equivocaram em supor que todas as respostas sobre o assunto em questão se encontram no art. 45 do Estatuto do Magistério (Lei Complementar nº 444/85), e que a Administração estaria impedida de dispor a respeito de situações não previstas pelo referido dispositivo, amesquinha claramente o conceito de legalidade de nosso ordenamento, reduzindo-o a um só artigo de uma só lei.

Ora, e as exigências da Constituição Federal, que foram posteriores à edição do referido Estatuto? Exigências que impõem ao Administrador, entre outras tarefas: promover o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício

da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205); a prestação do ensino com pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III); a garantia de padrão de qualidade (art. 206, VII); a oferta de ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria (art. 208, I); o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência (art. 208, III); o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (art. 208, IV); atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 208, VII); o ensino religioso facultativo (art. 210, § 1º) e o ensino indígena, a ser ministrado na língua materna da comunidade autóctone. Como ficam todas essas exigências?

E as exigências da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996)?

Essa norma de caráter geral (CF, art. 24, § 1º), a par das solicitações do constituinte, acresce outras: o estabelecimento de avaliação contínua, com a possibilidade de aceleração para os alunos com atraso escolar e a obrigatoriedade de estudos de recuperação para os casos de baixo rendimento escolar (art. 24, V); a oferta de educação básica para a população rural, com o calendário e a metodologia adaptados às peculiaridades regionais (art. 28); a oferta de educação supletiva (art. 38); a oferta de educação técnica e profissional (art. 39); a oferta de educação especial, destinada a pessoas com necessidades especiais (art. 58); a oferta de ensino intercultural e bilíngue às comunidades indígenas (art. 79); o desenvolvimento de programas de ensino à distância e de educação continuada (art. 80); o estabelecimento de cursos ou instituições experimentais (art. 81).

Isso sem falarmos em outro diploma legal de caráter geral que também deve ser observado: o Plano Nacional de Educação (Lei 10.172/2001), que também estabelece uma série de exigências referentes à adequada prestação do serviço educacional pelo Poder Público.

Acresça-se a tudo isso o dever de concretizar essa legislação educacional em uma rede de cerca de 5.500 escolas, contemplando cerca de cinco milhões de educandos (dados extraídos do *site* do SEADE – [www.seade.gov.br](http://www.seade.gov.br)).

Como se vê, a tarefa a cargo do Administrador Público, na esfera educacional é tudo, menos simples. E cabe a ele usar da discricionariedade para, como diz CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, adotar a melhor solução possível, atendendo assim à finalidade da lei (*Op. cit.*, p. 32).

Esse foi o esforço da Administração Estadual, pelos órgãos de direção da Secretaria da Educação, culminando na edição das Resoluções impugnadas na presente ação. Vê-se que se trata de processo complexo, resultado de estudos e debates, concretizando-se em decisão que se configura como verdadeiro exercício de discricionariedade técnica.

Observe-se o seguinte trecho das informações anexadas a essa defesa:

“Há que se saber, ainda, que a elaboração de proposta de Resoluções do titular da Pasta, relativas ao processo em questão, não é incumbência de um grupo qualquer de tecnocratas aleatoriamente designados, não compromissados e alheios à matéria, mas, sim, resultado do trabalho de uma grande equipe, ativamente participativa do Processo, que abrange desde Dirigentes Regionais e Supervisores de Ensino, até Diretores de Escola e professores da rede, cujas opiniões, críticas e sugestões são ouvidas, analisadas, copiladas e finalmente transcritas em dispositivos (da minuta) da legislação, após estudos aprofundados de uma comissão central, constituída de pessoal integrante do Quadro do Magistério desta Secretaria, detentor de larga experiência no assunto, enfocado sob três grandes prismas: administrativo, jurídico e, sobretudo, pedagógico.

Conhecer a complexidade do Processo de Atribuição de Classes e Aulas, em suas inúmeras facetas, acompanhar sua evolução, buscando o perfeito equilíbrio entre a garantia de direitos ao professor e a qualidade de ensino ao aluno, é trabalho árduo cujo desempenho veio aprimorando as legislações concernentes, gradativamente, ano a ano, havendo culminado com a atual Resolução SE-134/2003, prevista para vigor por longo prazo, ou seja, perdurar sua aplicação por vários anos, pelo menos enquanto não venha a se constatar, futuramente, genuína necessidade de ser revogada, para eventual atualização que se justifique por completo.

Isto porque, em toda a rede de ensino, uma das críticas mais severas ao processo de atribuição de classes e aulas sempre foi, exatamente, a publicação periódica de novas resoluções, o que significava frequentes alterações no processo, às vezes mínimas, às vezes radicais, mas sempre alterações, a cada ano letivo, dificultando sobremaneira e em todos os níveis que a rede viesse a assimilar a legislação, não apenas nas mudanças, como também em conceitos elementares e imutáveis. Há que se recordar, ainda, que na expectativa dessas alterações anuais, criava-se uma situação de insegurança e ansiedade impeditiva ao professor de, sob vários aspectos, programar sua vida profissional para o ano letivo seguinte, o que certamente deixará de acontecer com a legislação básica agora vigendo por um prazo bem mais longo.

Assim, é absolutamente sensato e verdadeiro afirmar que a Resolução SE-134/2003, que disciplina o Processo regular de Atribuição de Classes e Aulas, bem como a Resolução SE-135/2003, que especifica a atribuição de classes, turmas e aulas de projetos da Pasta e outras modalidades de ensino, ambas questionadas na presente demanda, são resultado de um trabalho evolutivo de grande responsabilidade que, emanado das bases educacionais, buscou suprir suas necessidades e atender, ao máximo possível, seus anseios, sem perder de vista os interesses do Ensino e da Educação.” (grifos nossos).

Essas informações, quase um testemunho da autoridade subscritora, demonstram a plena satisfação do requisito de legitimidade do ato discricionário, que se deduz pelo alcance das finalidades apontadas no ordenamento (DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETTO, *op. cit.*, p. 28-9).

Porém, o acolhimento parcial da pretensão da autora obriga a recorrente a analisar os itens que foram objeto de crítica pela decisão recorrida, de molde a demonstrar a plena validade desses dispositivos regulamentares.

#### **IV – DA ANÁLISE DOS SUPOSTOS VÍCIOS DA RESOLUÇÃO 134/2003**

##### **a) o § 6º do art. 4º da Resolução 134/2003**

Entendeu o *decisum* apelado que o referido dispositivo era nulo, por supostamente extravasar os limites de regulamentação que a lei – o Estatuto do Magistério – conferiu ao administrador.

Esclareça-se que o dispositivo em epígrafe busca regulamentar o art. 22 da Lei Complementar 444/85. Reproduzimos o dispositivo original, para melhor apreciação:

“Artigo 22 – Observados os requisitos legais, haverá substituição durante o impedimento legal e temporário dos docentes e especialistas de educação do Quadro do Magistério.

§ 1º – A substituição poderá ser exercida, inclusive por ocupante de cargo da mesma classe, classificado em área de jurisdição de qualquer Delegacia de Ensino.

§ 2º – O ocupante de cargo de Quadro do Magistério poderá, também, exercer cargo vago da mesma classe, nas mesmas condições do parágrafo anterior.

§ 3º – O exercício de cargos nas condições previstas nos parágrafos anteriores será disciplinado em regulamento”.

Chamamos a atenção desta C. Câmara para alguns aspectos fundamentais do texto legal em comento:

- O *caput* permite a substituição, desde que “*observados os requisitos legais*”. No caso, essa ressalva visa evitar que se desobedeça a legislação educacional – permitindo, por exemplo, que um Professor de Português venha a concorrer à substituição na vaga de um Professor de Matemática. Ou que um Professor de Educação Básica I venha a pleitear a substituição de um Professor de Educação Básica II.

- As normas dos *parágrafos 1º e 2º* utilizam o mesmo operador deôntico ou *funtor*: “*podrá*”. Isso é suficiente para caracterizá-las como *norma permissiva de competência* (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ, *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo, Atlas, 1988, p. 125-6). Ou seja, do gênero de norma que possibilita o exercício da ação nela prevista – não a proíbe nem a determina para todos os casos.

- O *parágrafo 3º* é por assim dizer a chave para a aplicação das normas previstas no *caput* e nos demais parágrafos. Ali está dito que o exercício das possibilidades previstas naquele artigo depende de critérios previstos em regulamento.

Conforme se observa, a lei atribuiu uma competência – no caso, à autoridade – de definir pelas normas regulamentares os critérios para exercícios dessa faculdade – a substituição.

No exercício dessa competência, deve “*observar os requisitos legais*” – como lembra o próprio *caput* – e também deve atentar para os princípios de moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, etc.

Pois bem, o disposto no artigo 4º, em seu parágrafo 6º, nada mais fez do que **regulamentar** a referida substituição, usando de critérios que obedecem fielmente os princípios já mencionados.

Vejamos a explicação fornecida pela Secretaria da Educação:

“Neste sentido, cabe à Administração, à vista de seus dignos interesses, regulamentar com maior autonomia o disposto no § 1º do citado artigo 22, vez que se trata de mera possibilidade, de uma concessão administrativa para a qual justifica-se plenamente a restrição prevista no § 6º do artigo 4º da Resolução SE-134/2003. Isto porque possui a referida concessão um operacional de difícil aplicação, tendo em vista conexões legais e garantias de direitos, segundo as quais, as oportunidades de atribuição, de cargo vago ou de substituição de titular de cargo, a um (outro) docente efetivo, totalizam um número muito reduzido, entendendo, portanto, a Administração que cabe destinar tais oportunidades a docentes com comprovada necessidade desta atribuição.

A Administração considera como “*real necessidade*” do docente a questão, muito comum, da grande distância que se verifica entre sua residência e a Unidade Escolar de classificação do seu cargo, quando situada em outro município e/ou em outra Diretoria de Ensino. Isto não ocorre por opção própria do docente, mas, sim, por diversos e involuntários motivos, quais sejam: ingresso (na inexistência de vagas em seu município), remoção “*ex officio*” (na ausência de classe ou de aulas de sua disciplina na unidade de origem), transferência (em decorrência de extinção da Unidade Escolar de origem), etc.”

Vale dizer, se a Resolução 134/2003, em seu art. 4º, § 6º, estabeleceu que a inscrição na atribuição de aulas em substituição – em razão de cargos vagos ou afastamento do titular – somente seria possível em relação a outro Município ou outra Diretoria de Ensino, o fez por um motivo razoável, qual seja, o de contemplar os professores que desejam alterar o local de exercício, diminuindo a distância entre moradia e trabalho – o que, ao final, redundará também no benefício do serviço prestado, evitando-se atrasos e ausências.

Não há, nessa regra, quebra do princípio da isonomia, pois conforme a frase lapidar de RUY BARBOSA:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam” (*Escritos e discurso seletos*. Rio de Janeiro, Aguilar, 1966, p. 1.010).



Ou ainda CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, reforçando tal ideia:

“Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas” (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 18).

Isso porque cabe à norma, naturalmente, promover desequiparações, desde que sejam consentâneas com os princípios e finalidades consagradas no ordenamento. Ao distribuir colchões aos flagelados de uma enchente ou ao exigir escolaridade em concurso público, a Administração necessariamente desequipara os administrados. Mas nem por isso nega ou viola o princípio da igualdade: antes o realiza.

Diante de tais explicações, a apelante espera que seja reformada a sentença, declarando-se válido esse dispositivo.

***b) do §8º do art. 4º e do §18º do art. 10º da Resolução 134/2003***

Também essa norma foi invalidada pela sentença, sob o mesmo pretexto de que teria extravasado o poder regulamentar da Administração. Ademais, importaria em ofensa ao direito de ampla defesa e de acesso ao contraditório aos professores por ela atingidos.

O referido parágrafo dispõe sobre a situação dos professores que, ao longo do ano, abandonem ou desistam das classes ou aulas atribuídas sem motivo justificado.

É o dispositivo:

“Artigo 4º - (...)

§ 8º - O ocupante de função-atividade e mesmo o titular de cargo, relativamente à carga suplementar, que venham a apresentar, durante o ano, situação de desistência de aulas e/ou perda de classe/aulas em razão de ausências, consecutivas ou interpoladas, sem motivo justo, ficarão impedidos de participar do processo inicial de atribuição de classes e aulas do ano letivo subsequente.”

Ele é complementado pelo § 18 do art. 10º da Resolução, que estatui:

“Artigo 10 - A atribuição de classes e de aulas, no processo inicial, aos docentes inscritos e classificados nos distintos campos de atuação, consideradas as Fases 1 e 2, de Unidade Escolar e de Diretoria de Ensino, respectivamente, obedecerá a seguinte ordem sequencial de etapas :

(...)

§ 18 - O docente a que se refere o § 8º do artigo 4º desta resolução não poderá ter aulas atribuídas no processo inicial, seja como carga horária ou como carga suplementar de trabalho, conforme o caso.”

A sentença acolheu alegação da autora, no sentido de que referidos dispositivos são ilegais, por constituírem punição disciplinar não prevista em lei.

Há aqui uma lamentável confusão. Não se trata, evidentemente, de procedimento de caráter disciplinar, a resultar em sanção registrada no prontuário do servidor, entre as previstas no Estatuto do Funcionário Público Estadual (arts. 251 e ss. da Lei 10.261/68).

Ao estabelecer as referidas normas, não está a Administração regulamentando seu poder disciplinar, visto que o mesmo se encontra regulado nas normas do estatuto funcional já mencionado.

As regras impugnadas visam, sim, ao exercício do poder de gestão desse serviço público essencial, visando adequar os meios – a atribuição de aulas aos professores titulares de cargo e aos ocupantes de função – aos fins – a oferta regular de ensino aos alunos matriculados na rede educacional oficial.

Portanto, a questão não é punir o professor, mas garantir que os alunos tenham um ensino ministrado com regularidade e qualidade, que é, afinal de contas, o intuito de toda a legislação *sub examine*.

No caso, há que se observar que existem no caso duas regras, com destinatários distintos:

- para os ocupantes de função, ficam esses impedidos de participar do processo inicial de atribuição de aulas;
- para os titulares de cargos, o impedimento se refere apenas à atribuição da carga suplementar;

Antes de analisar ambas as regras, façamos uma análise do *desideratum* das normas em comento.

A situação trazida pelas normas – o abandono ou desistência injustificada das aulas/classes atribuídas – é problema que aflige o sistema educacional paulista, e que causa toda a ordem de prejuízos.

A informação anexada com a resposta da apelante pondera amplamente sobre os prejuízos trazidos por essa prática irresponsável e antiética de alguns – uma minoria, como bem observa o documento – integrantes da classe do magistério. Esse abandono é, no mais das vezes, intencional, visando apenas garantir ao professor uma carga reduzida, compatível com o exercício de outra atividade privada, sem que isso impeça a contagem do tempo para uma almejada aposentadoria pelo sistema público.

Que prejuízos traz essa prática? Em síntese:

- *prejuízos à administração escolar*, visto que o abandono/desistência obrigará os dirigentes educacionais a mobilizar os recursos humanos disponíveis para suprir a falta; não havendo quem possa assumir a aula/classe, haverá a necessidade da admissão de um novo docente, com os encargos administrativos e financeiros daí decorrentes;

- *prejuízos aos demais docentes*, que serão instados a assumir temporária ou definitivamente a aula/classe abandonada, podendo mesmo sofrer remoção *ex officio*;

- *prejuízos ao alunado*: por último, o mais grave prejuízo dessa atitude e o único realmente irreversível. Pois certamente o aluno sofrerá com a perda de aulas e de conteúdo, além do provável rodízio de professores até que se obtenha um substituto em caráter definitivo. Não é preciso dizer que esse tipo de ocorrência representa um grave desestímulo ao bom desempenho dos alunos e contribui para a diminuição da autoestima dos educandos, que devem ver no professor alguém de fato comprometido com o processo educacional – que é, para a maioria dos alunos, a única via de emancipação social e econômica.

Vê-se, à luz dessas razões, que a decisão da Administração não é persecutória ou punitiva. Trata-se de gerir adequadamente um serviço essencial – talvez o mais essencial de todos, de maneira que seja bem prestado pelos agentes que são por ele corresponsáveis.

Esclareça-se, ademais, que o impedimento se refere apenas ao processo inicial de atribuição de aulas – portanto, não há impedimento a que os interessados concorram às classes/aulas remanescentes, no decorrer do ano (art. 21 da Resolução 134/2003).

Agora vejamos a questão da adequação legal das normas que estabeleceram esse critério de atribuições.

Primeiramente, analisemos a incidência da regra sobre o ocupante de função temporária, isto é, aquele que não exerce em caráter efetivo o magistério oficial, comparecendo ao processo de atribuição de aulas para ocupar as classes/aulas remanescentes (art. 17 do Estatuto do Magistério).

Pois bem, com relação ao ocupante de função-atividade, o próprio art. 45 do Estatuto do Magistério concede à Administração a discricionariedade para dispor sobre os critérios de atribuição de aulas a esses professores, que possuem vínculo transitório com a Administração. Vejamos:

“Artigo 45 – Para fins de atribuição de classes ou aulas, os docentes do mesmo campo de atuação das classes ou das aulas a serem atribuídas serão classificados, observada a seguinte ordem de preferência:

(...)

Faixa 3: Os Servidores a que se refere o artigo 205 da Lei Complementar nº 180, de 12 de maio de 1.978, ocupantes de função-atividade, correspondente ao componente curricular das aulas ou classes a serem atribuídas, em conformidade com critérios a serem fixados em regulamento”.

Portanto, a própria legislação invocada pela autora dá respaldo à atividade regulamentar da Secretaria da Educação, pois cabe a ela estabelecer – com base

em critérios de impessoalidade, razoabilidade, moralidade, finalidade, eficiência, etc. – os critérios para a atribuição de aulas aos professores que se encontram nessa situação.

O critério eleito, no caso – impedindo a participação na atribuição inicial de aulas àqueles que desistiram/abandonaram as aulas/classes – é plenamente consentâneo com os princípios acima mencionados. Aliás, é princípio de justiça, pois sem impedir que os referidos professores venham a concorrer no decorrer do ano à atribuição de aulas/classes, dá preferência àqueles que bem cumpriram os seus deveres profissionais e aqueles que ainda não tiveram oportunidade de lecionar na rede pública.

Atende plenamente, pois, ao conceito de **isonomia** já mencionado, na forma consagrada por RUY BARBOSA e reforçada por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. Isto é, trata desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, usando-se por *discrimen* a própria satisfação da necessidade que visa a Administração suprir. Não se trata, pois, de usar de represália contra o professor faltoso, mas de bem utilizar os recursos da administração, selecionando os profissionais que melhor atenderão às necessidades da coletividade. Em suma, levar em conta o mérito na escolha dos profissionais que serão admitidos em caráter temporário – o que é plenamente admissível em qualquer processo de caráter seletivo.

Trata-se, ademais de imperativo de racionalidade, pois os recursos da Administração são escassos. Pois, tal como um empresário que deve usar dos meios disponíveis para bem gerir a sua empresa, de maneira a atingir os resultados pretendidos, o Administrador público deve usar de seus recursos com eficiência, para atingir o fim almejado pela coletividade. Pode-se admitir outros professores – inclusive aqueles que anualmente se lançam no mercado de trabalho – por que estaria a Administração obrigada a dar preferência àqueles que não cumprem seus compromissos profissionais.

Quanto à situação dos titulares de cargo, muito do que já foi falado acima também se aplica. Porém, a situação destes é diferente, pois o vínculo com a Administração é não eventual, e possuem uma jornada de trabalho, com carga horária mínima a que fazem jus, por força do cargo que ocupam.

Assim, o impedimento para os titulares de cargo se aplica apenas no que tange à carga suplementar, que é de natureza facultativa – sendo que não está a Administração obrigada a atribuir-lhes tal carga, da mesma forma que não está o empregador obrigado a atribuir horas extras ao empregado. Isso se depreende do próprio texto da Lei Complementar 836/97, que estabelece:

“Artigo 15 - Os docentes sujeitos às jornadas previstas no artigo 10 desta lei complementar poderão exercer carga suplementar de trabalho.”

Vale dizer, poderão, desde que seja também de interesse da Administração atribuir-lhes essa carga suplementar. No caso, como justificar o interesse da Administração em atribuir carga suplementar ao docente que não cumpre a carga que lhe foi atribuída anteriormente?

Por essa razão, também aos titulares de cargo, no que tange à carga suplementar de trabalho, de atribuição não obrigatória, justifica-se plenamente a solução alvitrada pela resolução.

Portanto, merecem pleno prestígio as normas em questão, estando certa a recorrente de que serão restabelecidas por esta Egrégia Corte.

### ***c) do § 11 do artigo 10 da Resolução SE-134/2003***

O dispositivo trata da situação do docente que está em vias de ser readaptado e pretende concorrer à atribuição de aulas, com aumento de carga horária. O dispositivo impugnado limita a atribuição a esse docente à mesma carga horária por ele exercida no ano anterior.

Não se pode ignorar que a inscrição para atribuição de aulas corresponde a uma manifestação de vontade por parte do professor, que se compromete a exercer aquela atividade, cumprindo a carga horária por ele mesmo fixada.

Aqui, da mesma forma que na situação do professor que obtém a atribuição de uma carga horária que efetivamente não pretende cumprir – posteriormente abandonando as classes/aulas para as quais se inscreveu – ocorre o divórcio entre a vontade íntima do agente e a sua vontade manifesta. É o que, em Direito Civil se convencionou denominar reserva mental.

Ora, é evidente que o professor que, por limitações de saúde esteja em vias de ser readaptado – e que, portanto, sequer consegue cumprir as suas atuais atribuições – não pode pleitear o aumento de sua carga horária. Qualquer pretensão nesse sentido deve ser desconsiderada, pois é manifesta a impossibilidade de o professor cumprir aquilo a que se está comprometendo.

É o que revela, com acuidade, a informação da Secretaria da Educação:

“Isto porque a experiência mostra que, com bastante frequência, vinha ocorrendo na rede a seguinte situação: professor que, invariavelmente, trabalhava, ano a ano, com carga horária de média a pequena (por exemplo, 22 horas semanais), de repente, ao surgir um problema qualquer de saúde, em que se apresentasse a necessidade de readaptação, aumentava sua carga horária para a quantidade máxima permitida em lei (40 horas semanais), a fim de obter maior remuneração na nova condição de afastamento das funções docentes, situação que, a despeito de sua autenticidade, há que se reconhecer como mais cômoda e conveniente.

A Administração nada mais tenciona, neste dispositivo, que contemplar o que considera justo e correto, ou seja, remunerar o professor, no período da readaptação (que não é raro ser definitiva), pela mesma carga horária com que sempre se contentou em

trabalhar na docência; da mesma forma que não deve a Administração determinar a redução dessa carga horária, também não pode, em compensação, anuir com o pagamento do docente por uma carga horária bem maior, que estará sendo exercida em funções diversas daquelas para as quais foi legitimamente contratado.”

Observe-se que, com a edição da norma, não pretende a Administração reduzir a remuneração do professor em processo de readaptação, mas apenas mantê-la no mesmo patamar. Não pode, por outro lado, conformar-se com este “expediente” ou “jeitinho”, que jamais pode ser assimilado a um efetivo direito do servidor.

Para compreensão da opção adotada pela regulamentação, há que se compreender que a remuneração do docente pode vir a variar, de acordo com as aulas a ele atribuídas.

Essa variação da carga horária do docente baseia-se em dois fatores: a) um acidental, alheio ao docente, que é a maior/menor demanda de classes/aulas na unidade escolar e a maior/menor quantidade e qualificação de concorrentes a essas classes/aulas; b) um fator volitivo ou potestativo, relacionado ao docente, que é a intenção de crescer ou diminuir a sua carga horária.

Nesse quadro, cumpre analisar as situações reguladas pela Resolução 134/2003.

Primeira situação: a do docente que, encontrando-se afastado, teve sua carga horária diminuída no processo de atribuição de aulas relativa ao novo ano letivo. Seja porque pretendeu essa diminuição, seja porque essa diminuição decorreu das circunstâncias próprias ao processo de atribuição de aulas (oferta de vagas/diminuição da concorrência), é certo que a remuneração do docente afastado não poderá manter-se no mesmo patamar do ano anterior. Pois é evidente que se ele estivesse em exercício, a sua situação seria a mesma: com a redução da carga horária sofreria uma redução de sua remuneração.

Neste caso, a solução será a adequação dos vencimentos à nova carga horária atribuída, seja porque preponderou o fator acidental – a que todos os docentes estão sujeitos na atribuição de aulas –, seja porque assim o desejou e manifestou o docente, sem que houvesse gravame para a Administração.

Segunda situação: a do docente que, encontrando-se afastado, obteve o aumento de sua carga horária. Nesse caso, há que se considerar que o fator preponderante para esse evento – o aumento de carga horária – foi o fator volitivo, isto é, a intenção manifestada pelo docente de aumentar a sua carga horária, sendo que tal fator não encontrou resistência no outro, de caráter acidental.

Ora, esse acréscimo de carga horária – figure-se alguém que está pedindo: “Quero trabalhar mais!” – não corresponderá ao efetivo exercício desse trabalho, pois o docente está afastado de suas funções.

Ou seja, configurar-se-á aquilo que no direito é conhecido e repugnado como condição puramente potestativa, isto é, em que uma das partes dita, a seu talante, a prestação a que a outra parte está obrigada. Isto é, pela simples vontade

do autor, sem que dele advenha qualquer contraprestação, os seus vencimentos (= remuneração pela carga horária que devia cumprir) serão aumentados.

É cristalino que tal situação não pode prevalecer, seja sob o ângulo das relações privadas – vide, a propósito, a vedação do art. 122 do Código Civil –, seja sob a égide do direito público, sob pena de inverter-se a equação “interesse público > interesse privado”.

Como se vê, não cabe aqui o simplismo da apelada, ao afirmar que o Estado diz “quando eu puder diminuir seus vencimentos diminuirei imediatamente” enquanto “que o inverso não acontece”.

Da mesma forma que a Administração não pode se quedar inerte diante de expedientes como os já denunciados – o docente que abandona as aulas, o readaptado que pleiteia o aumento da carga horária –, não pode remunerar uma carga horária que jamais foi prestada, simplesmente porque o interessado a quis e teve a sorte de obtê-la.

## **V - DA IMPOSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO NA LIDE DOS ATINGIDOS PELOS EFEITOS DA SENTENÇA**

A respeitável sentença, acolhendo os argumentos da ré, não obstante tenha declarado nulos diversos artigos de uma das resoluções impugnadas, observou o princípio da segurança jurídica e manteve as situações já consumadas com base nessa resolução.

Porém, não pode se curvar a ré com a determinação, contida na r. sentença, de que os interessados atingidos pela decisão venham a se habilitar na fase de liquidação, pleiteando nesta lide a recomposição de todos os prejuízos funcionais e patrimoniais que porventura existam.

A solução encontrada pelo MM. Juízo, *data maxima venia*, é cabível apenas nas ações civis públicas em matéria de direito do consumidor, regulada essa assistência processual nos arts. 97 e seguintes da Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

A presente ação se refere à matéria de natureza pública, envolvendo toda a classe de professores do Estado de São Paulo, estimada em 200.000 (DUZENTOS MIL) PROFESSORES.

A simples leitura desse número mostra que a solução alvitrada pelo Juízo levará ao tumulto desta ação na fase de execução, com a virtual paralisação do feito, pela evidente impossibilidade de se tramitar um processo com a participação de sujeitos na casa dos milhares ou dezenas de milhares.

Ademais, por se tratar de matéria de ordem pública, sendo que a eventual execução das pretensões individuais resultará em atos administrativos e também na liquidação e execução de contas e consequente expedição de precatórios relativos aos milhares de sujeitos beneficiados pela decisão, fica claro que o meio eleito pelo Ilustre Julgador trará enormes riscos ao erário e à Administração Pública.

Por todas essas razões, ainda que se mantenham as conclusões da r. sentença, deverá ser reformada essa parte do dispositivo, por evidente impossibilidade de cumprimento.

## VI – DA MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER

Lamentavelmente, o MM. Juízo acolheu também o pedido de fixação de *astreintes* como forma de compelir a ré a cumprir o decidido na presente ação.

Não se pode olvidar o que a doutrina e jurisprudência já assentaram sobre o assunto, no sentido de que, em se tratando de pessoa jurídica de direito público, é inadmissível a fixação de pena pecuniária visando compeli-la ao cumprimento de decisão judicial, uma vez que não seria o agente desidioso o responsável pelo seu pagamento, mas, sim, o Erário.

O ilustre Desembargador CÔRREA VIANA, após titular tal providência de inútil, assinalou, valendo-se das lições de VICENTE GRECCO FILHO: *“a multa não tem nenhum efeito cominatório porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo”* (TJ-SP, Agr. Instr. n. 95.514-5/4, Segunda Câmara de Direito Público, j. 1.12.98, v.u.).

Outro não foi o posicionamento também externado pelo Eminentíssimo Desembargador ALBERTO GENTIL, que decidiu:

“Essa coação econômica exercida pela aplicação da multa diária à Fazenda do Estado mostra-se inócua, pois seus recursos materiais proveem da arrecadação de impostos, arcando o contribuinte, em última instância, com o pagamento da penalidade que foi imposta à agravante. Por isso, a conclusão é de que o artigo 644 do CPC não tem aplicação à Fazenda Pública.” (Quinta Câmara de Direito Público, Agr. Instr. n. 78.727-5/1, v.u.).

Veja-se ainda recentíssimo Agravo 129.764.5/5-00, da 1ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça:

“EXECUÇÃO CONTRA FAZENDA PÚBLICA. Decisão proferida nos autos de ação de indenização, julgada procedente, ora em fase de execução, para fins de determinar ao Estado que cumpra a obrigação de fazer no prazo de 30 (trinta) dias, impondo pesada multa diária ‘ex officio’. Descabimento. Possibilidade de outras medidas, inclusive de ordem penal, no caso de descumprimento da ordem. Apelação interposta. Recurso provido.” (Rel. Des. Wanderley Federighi, j. 19/08/2003).

Também em outros Tribunais estaduais esse entendimento é sufragado, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:



“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. ESTADO. REALIZAÇÃO DE EXAME. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. DESCABIMENTO.

Embora possível a cominação de multa diária visando o adimplemento das obrigações de fazer (art. 461, § 4º, do CPC), quando imposta contra a Fazenda Pública constitui ônus que será suportado por toda a sociedade, não atuando como instrumento de pressão psicológica e sendo inapta a atuar como mecanismo de coerção tendente ao cumprimento da obrigação determinada, inerentes às *astreintes*. Não há que se falar em crime de desobediência por parte de servidor público. AGRAVO PROVIDO. (Ag. 7006772990- 4ª Cam. Civ. – Rel. Des. Ângela Mª Silveira – j. 05.11.2003).

Portanto, também a acolhida desse pedido acessório também deverá ser objeto de reforma por esta C. Corte.

## VII – DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS

Por último, ainda na hipótese de que se mantenha a sentença recorrida, esta deve ser reformada no que tange à atribuição de honorários.

Também aqui se equivocou o MM. Juízo ao atribuir os honorários integralmente a ré.

Cumpra observar que a ação civil pública visava à nulidade de 8 (oito) normas da Resolução 134/2003 e à nulidade integral da Resolução 135/2003.

O Juízo atendeu apenas a uma pequena parte do pedido, o que resultou na anulação de apenas 4 (quatro) normas da Resolução 134/2003.

Portanto, os honorários deveriam ter sido atribuídos em maior proporção à autora ou, no mínimo, deveria o Juízo ter compensado os honorários entre as partes, em obediência ao que dispõe o art. 21 do Estatuto Processual.

Requer, pois, a reforma da sentença, também para esse fim.

## VIII – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, requer e aguarda a Fazenda do Estado seja reformado, “in totum”, o R. Decisum monocrático, e, conseqüentemente, seja EXTINTO O FEITO, em razão da preliminar arguida, ou julgada TOTALMENTE IMPROCEDENTE a presente ação, condenando a autora nos ônus da sucumbência, como medida de DIREITO e JUSTIÇA!

Nestes Termos,  
Pede deferimento.

São Paulo, 10 de março de 2005.

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO  
Procurador do Estado  
OAB/SP nº 114.625

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO ACÓRDÃO/DECISÃO MONO-  
CRÁTICA REGISTRADO(A) SOB Nº 02944490**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 994.06.057574-2, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes APEOESP SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SAO PAULO, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUIZO EX-OFFICIO sendo apelados , FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e APEOESP SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SAO' PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU. V. U de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GONZAGA FRANCESCINI (Presidente) e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 28 de abril de 2010.

OSWALDO LUIZ PALU  
RELATOR

**9ª Câmara de Direito Público**

**VOTO Nº 1.407**

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 519.272.5/6-8**

**COMARCA: SÃO PAULO**

**APELANTES E RECIPROCAMENTE APELADOS: SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - APEOESP E ESTADO DE SÃO PAULO**

***Juiz de 1ª instância.: Domingos de Siqueira Frascino***

APELAÇÃO CÍVEL - Ação civil pública.

Poder regulamentar. Atividade normativa do Estado que não se esgota no Poder Legislativo. Estado liberal há muito derruído. Estado Social nitidamente intervencionista. Separação de poderes que deve ser entendida sob as bases do Direito Público adotado pelo Brasil. Supremacia da Constituição e não da lei. Princípio da legalidade que não se confunde com reserva de lei. Sentença de procedência alterada. Recurso do Estado de São Paulo a que se dá provimento.

## I. RELATÓRIO

APELAÇÃO CÍVEL nº519272 5/8 – Voto nº 1.407 - São Paulo

### 9ª Câmara de Direito Público

Cuida-se de ação civil pública aforada pelo SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - APEOESP em face do ESTADO DE SÃO PAULO alegando que o processo de atribuição de aulas da Rede Estadual de Ensino foi turbado, de modo ilegal, pelo advento das Resoluções SE n.º 134 e n.º 135, de 16 de dezembro de 2003, do senhor Secretário de Estado da Educação, sendo violados os artigos 3º, 22 e 45 da Lei Complementar n.º 444, de 27 de dezembro de 1985. Alegou o autor que tais resoluções restringem a atuação dos professores, cerceiam sua mobilidade funcional (ao limitar as escolhas por atribuição de aulas na mesma unidade territorial), limitam a substituição, ao não permitirem a atribuição de quem desista de aulas, ou quando presente o absenteísmo e cria, em decorrência, sanções sem lei e sem possibilidade de defesa, etc. A r. sentença de fls. 302 e ss. acolheu em parte os pedidos da inicial, declarando ilegais os artigos 4.º, §§ 6.º e 8.º e artigo 10, §§11 e 18, da Resolução SE n.º 134/2003. Recorrem ambas as partes, o Sindicato autor repetindo o que postulou inicialmente, pela total procedência; o Estado de São Paulo, alegando não haver ilegalidade alguma nas citadas Resoluções, que apenas normatizaram e regulamentaram o processo de atribuição de aulas com objetivo ao resguardo do interesse público e não no interesse corporativo da classe representada pelo autor. Alega que há 5.500 escolas no Estado de São Paulo e o interesse prevalecente é o público. Manifestou-se o Ministério Público através da d. Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social. A d. Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos propugnou pelo provimento parcial do recurso da ré. Existe preliminar acerca da validade da Medida Provisória n. 2.180-35. É o relatório.

## II. FUNDAMENTO E VOTO

1. Pelo meu voto, dou provimento ao reclamo do Estado de São Paulo, não sendo provido o recurso do autor, reformada a r. sentença, sendo improcedente a ação.

2. O tema da validade ou não da Medida Provisória n. 2.180-35, mantida pela Emenda Constitucional n.º 32, perde sua relevância em face do resultado final deste recurso. Ademais, o estatuto social da entidade autora legitima a propositura da ação e é o que basta ao caso. Há pertinência temática (tomando por empréstimo os conceitos da jurisdição constitucional). Assim, na dicção do E. Min. LUIZ FUX:

AgRg no REsp 901936 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0232972-9

Relator - Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 16/10/2008

Ementa PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PREJUÍZO INDEMONSTRADO. NULIDADE INEXISTENTE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1. Os sindicatos possuem legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se versem direitos homogêneos e mantenham relação com os fins institucionais do sindicato demandante, atuando como substituto processual (Adequacy Representation). 2. A pertinência temática é imprescindível para configurar a legitimatio ad causam do sindicato, consoante cediço na jurisprudência do E. S.T.F na ADI 3472/DF, Sepúlveda Pertence, DJ de 24.06.2005 e ADI-QO 1282/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 29.11.2002 e do S.T.J: REsp 782961/RJ, desta relatoria, DJ de 23.11.2006, REsp 487.202/RJ, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ 24/05/2004. 3. A representatividade adequada sob esse enfoque tem merecido destaque na doutrina; senão vejamos: “(...) A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembleia. Em outras palavras, a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em *juízo*. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado. Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem perso-

nalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses.” in *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Hugo Nigro Mazzilu, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 277/278 (...)

9. A ausência de intimação do Ministério Público Federal, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado *prima facie*, ao revés, exige a comprovação de efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da questão iuris, à luz do princípio *pas de nullités sans grief*. Precedentes do S.T.J: Resp 767.598/CE, Segunda Turma, DJ 08.03.2007; REsp 578.868/MG, Primeira Turma, DJ 01.03.2007 e REsp 345.533/EA, Segunda Turma, DJ 01.08.2006.

10. In casu, o Ministério Público Federal exerceu ativamente seu múnus tanto no recurso subexamine quanto na MC 12.457/RJ (processo em apenso) - por intermédio de pareceres (fls. 1987/2001), formulação de pedidos (fl. 2008), além do ajuizamento da PET 5818/RJ (processo em apenso) -, e, mais recentemente, mediante petições, protocolizadas em 05.9.2008 (fls. 2074) e 10.9.2008 (fl. 2094), nas quais manifesta seu desinteresse em interpor recurso contra o decisum, ora agravado, requerendo, outrossim, a remessa dos autos ao Tribunal a quo.

11. Agravo Regimental ”desprovido, restando prejudicado o exame dos pedidos formulados na petição nº 00103627 (fls. 2042/2050) e na petição nº 00147907 (fls. 2051/2052), haja vista que exaustivamente examinados no presente Agravo Regimental. ”

3. A meu sentir, as Resoluções apontadas na inicial em nada contradizem ou excedem a Lei Complementar n.º 444/85, mas situam-se no poder regulamentar, ínsito a todo e qualquer órgão de direção do Poder Executivo. Assim sendo, em nada o art. 4º, §§ 6.º e 8.º estabelecem obstáculos territoriais para a atribuição de aulas de professores, ou que o professor somente poderá exercitar seu direito quando pretender fazer em município diverso daquele em que atua ou diferente diretoria de ensino (fls. 13) .

Note-se que o art. 22, § 3.º, da Lei Complementar n.º 444/85, prevê a edição de regulamento para o exercício do referido direito. Ademais, se um professor desistir, em pleno ano letivo, ou ausentar-se de suas aulas, natural que não tenha facilidade quando de nova atribuição de aulas; tal não é sanção alguma, mas o simples exercício dos poderes administrativos de controle, direção e fiscalização (hierárquico) para a consecução do fim público ínsito a qualquer atividade administrativa, sempre lembrando-se do dever de eficiência de que é caudatária a Administração Pública.

A repressão à desistência intercorrente de aulas ou o absenteísmo, há que se lembrar, vai ao encontro do interesse dos alunos, que são os que perdem com tal conduta, exatamente os destinatários e a razão da existência do ensino público.

No mesmo sentido, por lógica, evidente que aquele professor que aguarda perícia ou readaptação não pode ter sua carga horária majorada.

4. Há evidente inversão de perspectiva posta na inicial. Lembre-se que, ao contrário do que disse o autor, no Direito Público nada se pode fazer salvo o que é expressamente permitido (aos particulares o contrário: tudo é permitido, salvo o que for expressamente proibido). Ora, desde o fim do Estado Liberal que não se entende haver, também, um espaço livre de atuação para a Administração, somente limitada pelos limites da legalidade (*vinculação negativa*). Tornou-se vitoriosa a ideia da *vinculação positiva*: o agente público – qualquer agente público – somente pode fazer o que for permitido, expressamente, pela lei. Mas entenda-se a expressão em virtude de lei. Prevê a Constituição da República: Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)”

O texto do art. 5.º, II, não pode ser interpretado isoladamente, mas sempre dentro do sistema constitucional em vigor, especialmente da concepção de Estado que se tenha. Há, com efeito, duas vertentes; a legalidade absoluta e é absoluta a reserva quando a lei deve regulamentar a matéria, com exclusão de qualquer outro ato normativo e a legalidade relativa, quando admite outras fontes normativas disciplinem a matéria, desde que a lei indique as diretrizes e linhas gerais a serem seguidas. A expressão “em *virtude de lei*” leva ao princípio da legalidade e se vincula a uma reserva genérica ao Poder Legislativo, que não exclui atuação secundária de outros poderes. Com razão Massimo Severo Giannini, quando, examinando cláusula semelhante do direito italiano, esclarece que “não é necessário que a norma de lei contenha todo o procedimento e regule todos os elementos do provimento, pois para alguns atos do procedimento estatuído e para alguns elementos do provimento pode subsistir discricionariedade”.

5. Ademais, sabe-se que o poder normativo não se exaure no ato emanado do Poder Legislativo. Lembra JORGE MIRANDA que todas as funções do Estado praticam atos normativos.<sup>1</sup> As fontes do direito se distribuem, hierarquicamente, em categorias sucessivas, de que também participam o Executivo e órgãos administrativos. Os atos regulamentares, por meio dos quais o Poder Executivo, no uso de atribuição própria ou delegada, edita normas jurídicas as quais são ‘leis materiais.

6. Lei e regulamento são momentos distintos e inconfundíveis da atividade normativa do Estado.<sup>2</sup> A posição de JOSÉ AFONSO DA SILVA também é pela

1 Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. V, p. 25

2 Como diz CAIO TÁCITO (‘Lei e Regulamento’ in ‘Tenas de Direito Público’, 1.º vol. P. 476,

admissibilidade dos decretos autônomos no Direito Constitucional pátrio (Comentário Contextual à Constituição”, Malheiros, p. 485, 2005):

“Mas também se discute sobre a possibilidade ou não do regulamento *autônomo*, isto é, uma forma de regulamentação que não se prenda a determinada lei; regulamento esse que dispõe por iniciativa própria. Geraldo Ataliba, em páginas excelentes sobre o poder regulamentar, rebelou-se contra a admissão do regulamento autônomo no Brasil. Não chegamos a tal ponto de negar sua possibilidade. Os limites do regulamento são aqueles vistos acima. Desde que não os ultrapasse pode o poder regulamentar atuar, visto que este é poder próprio, ínsito na esfera do Poder Executivo; vale dizer, portanto, que, no âmbito da competência administrativa, sempre se pode regular determinada matéria independentemente de lei prévia. O princípio da legalidade é que fixa os limites do poder regulamentar. Desde que este seja respeitado, o poder regulamentar é legítimo, quer atue em função de determinada lei, quer o faça independentemente de lei prévia. O que é preciso é não confundir “princípio da legalidade” com “princípio da reserva de lei”. O primeiro significa a submissão e respeito à lei ou a atuação dentro dos limites estabelecidos pelo legislador. O segundo consiste em estabelecer que a regulamentação de determinadas matérias deve ser feita necessariamente por lei formal. Ora, fora deste, pode atuar o poder regulamentar autônomo, respeitado aquele. Há uma esfera de competência genérica do Executivo, em cujo âmbito o poder regulamentar está autorizado a atuar, sem interferência do legislador.

7. Na lição de ROBERTO EROS GRAU:

A doutrina nacional sustenta que,

entre nós, o sistema constitucional vigente só admite a existência dos *regulamentos de execução*. E isso porque o art. 5º, II, e o art. 84, IV, da Constituição de 1988 impedem que o Executivo, por ato seu, possa estabelecer restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos. (...) Essa doutrina, como se vê, adota uma visão inteiramente errônea da teoria da tripartição dos poderes, concebendo-a como proposta de *separação e não de equilíbrio* entre os poderes, além de prestar acatamento exagerado, e radical, à ideologia liberal. Por isso mesmo, ignora a realidade, supondo-a existente em função do direito... Em favor dessa doutrina, a Constituição brasileira de 1988 refere, no §

---

Renovar): “Também Zanobini salienta que os regulamentos “hanno il contenuto degli atti legislativi” (Corso Di Diritto Amministrativo, vol. I, p. 58) e traça, em excelente paralelo, a identidade intrínseca entre lei e regulamento, espécies de um mesmo gênero: “Quando si dice che i regolamenti sono leggi in senso sostanziale, sebbene formalmente atti dell’ autorità amministrativa, si dice appunto questo: che la sostanza, la natura intima e più decisiva di questi atti è appunto quella stessa delle leggi: sono cioè, coto questo, norme giuridiche. La forma, che nella determinazione del cue atti si contrappone alia sostanza, è appunto un qualche cosa che vale a porli in una categoria única”.

4º de seu art. 60, com todas as suas letras, a “separação dos Poderes”<sup>1</sup> Esse texto, não obstante, deve ser interpretado, o que importará interpenetração entre o mundo do *dever-ser* e o mundo do *ser*, além de uma necessária reflexão (...) Isto posto, reconstruindo a classificação dos regulamentos no Brasil, teremos:

I) *regulamentos executivos ou de execução, que são os que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa explícita no texto constitucional (art. 84, IV, in fine), destinam-se ao desenvolvimento da lei, no sentido de deduzir os diversos comandos nela já virtualmente abrangidos;*

II) *regulamentos autorizados, que são os que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa explícita em ato legislativo, importam o exercício pleno daquela função — nos limites da atribuição — pelo Executivo, inclusive com a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa;*

III) *regulamentos autônomos ou independentes, que são os que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa implícita no texto constitucional, importam o exercício daquela função pelo Executivo para o fim de viabilizar a atuação, dele, no desenvolvimento de função administrativa de sua competência; envolvem, quando necessário, inclusive a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa* O Direito Posto e o Direito Pressuposto’, p. 252 e SS, Malheiros, 4.ª ed.).

8. Clara, portanto, a inversão de perspectiva na solução dada na instância monocrática, *data vênica*. A regulamentação do processo de atribuição de aulas, advindas de lei, inicial, é, necessariamente, do Executivo. Trata-se, afinal, de aplicar o *princípio da reserva de administração*, ou seja, nos dizeres do Min. Celso de Mello (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.364-1 ALAGOAS):

“A reserva de administração segundo adverte J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional”, p. 810/811, 5ª ed., 1991, Almedina, Coimbra) – constitui limite material à intervenção normativa do Poder Legislativo, pois, enquanto princípio fundado na separação orgânica e na especialização funcional das instituições do Estado, caracteriza-se pela identificação, no sistema constitucional, de um “núcleo funcional (...) reservado à administração contra as ingerências do parlamento”, por envolver matérias, que, diretamente atribuídas à instância executiva de poder, revelam-se insuscetíveis de deliberações concretas por parte do Legislativo, desvestido, portanto, sob tal perspectiva, de qualquer prerrogativa que lhe permita praticar, com repercussão sobre os servidores públicos vinculados ao Poder Executivo, verdadeiros atos administrativos referentes à investidura funcional ou à sua eventual invalidação.”

9. As Resoluções estão, *data vênica*, escorreitas e não malferem a Constituição da República ou a Constituição do Estado de São Paulo. A repetição dos postulados constantes da inicial revela, com a devida licença, a influência do chamado «*entendimento francês*» da doutrina da separação de poderes, histórico



(não o atual). Claramente, hoje, há aplicação da técnica, admitida em nossa Constituição, das REMISSÕES NORMATIVAS, ou seja, a lei incumbe expressamente a Administração de elaborar ato normativo secundário para tratar de determinado assunto. A utilização desta técnica é bastante comum, sobretudo em razão da necessidade de pormenorizar alguns pontos específicos da atividade administrativa, que costumam mudar com facilidade, e que por isso não podem encontrar tratamento adequado no rígido processo de elaboração da lei. É possível perceber que se trata de *remissões normativas explícitas*, atribuindo parcela de função normativa a algum órgão ou entidade administrativa. Certamente, os atos normativos editados com apoio em lei devem obedecer, em seu conteúdo, aos parâmetros legalmente estabelecidos.<sup>3</sup>

3 Não se perca de vista que defender a vedação completa da possibilidade de que o Executivo tenha poderes regulamentares, como se repete acriticamente na doutrina pátria lembra a crítica de Luis S. Cabral de Moncada, cora o dizer: "(...) Do conceito *rousseauiano* de lei decorrem consequências muito claras para a organização dos poderes estaduais. As qualidades normativas da vontade geral colocam o legislador, seu intérprete constante, numa posição especial entre os órgãos estaduais. É neste aspecto que as concepções de Rousseau se distinguem claramente das de Montesquieu, dominado esta na preocupação de conter em respeito a soberania estadual, dissociando-se em órgãos distintos e independentes, representativos dos vários estratos sociais numa tentativa de limitação mútua (...) A soberania tem um só titular, a Nação, e concretiza-se através da supremacia total do legislativo, seu único representante. (...) Seja como for e para os efeitos que aqui interessam é indiscutível a prevalência absoluta do legislador sobre o executivo, o qual nunca é intérprete autêntico do soberano que é o legislador. A posição puramente executiva daquele órgão do Estado é uma constante no pensamento de Rousseau, a ponto de ficar por vezes colocado numa posição mais próxima do súdito do que da de um verdadeiro órgão estadual titular do poder. Poderá dizer-se que para Rousseau o Legislativo é o poder supremo do Estado a uma grande distância dos outros por ser ele o único intérprete da vontade geral. Daqui se retira uma subordinação total da administração à lei que influenciou de perto os revolucionários franceses, bem como a inexistência de limites constitucionais à função legislativa. O Executivo não contrabalança o legislativo; submetia-se-lhe como seu executor. A distinção rousseauiana entre as duas funções do Estado baseava-se no confronto entre vontade e execução. É pelo menos neste sentido que Rousseau foi por aqueles utilizado. Nesta perspectiva, a própria noção de reserva de lei não faz qualquer sentido. Nada há a esperar dela, muito menos que funcione como critério de repartição de competências entre o legislador e o executivo; nada há a reservar-lhe pois que tudo lhe está reservado. É este o figurino dos sistemas em que impera uma concepção jacobina da lei. As concepções democráticas alicerçadas em Rousseau são centralistas e totalitárias. Toda a vida democrática se identifica com o quadro parlamentar da produção legislativa, sem que o parlamento se deva deter perante esferas de autodeterminação encabeçadas pelos corpos sociais intermédios cujas competências próprias constituiriam um limite ao domínio total do Legislativo sobre todo o conjunto da vida social. (...) A lei aqui vincula estritamente todos os restantes órgãos do Estado reduzindo-os à posição de meros executores, ao mesmo tempo em que se identifica com o direito. Para o conceito democrático de lei, fazer leis é criar direito e, por sua vez, o legislador não conhece outros limites à sua acção senão os que decorrem da vontade geral. O conceito democrático de lei exprimiui, em termos políticos, a luta contra o absolutismo na medida em que quis concentrar o poder supremo do Estado nas mãos da burguesia ascendente que carecia desesperadamente

9.1. Assim o pensamento de GOMES CANOTILHO, onde o regulamento faz as vezes do decreto regulamentador, verbis: ‘O regulamento não pode contrariar um acto legislativo ou equiparado. A lei tem absoluta prioridade sobre o regulamento, proibindo-se expressamente os regulamentos modificativos, suspensivos ou revocatórios das leis. O princípio da precedência da lei ou primariedade da lei (reserva vertical da lei): [...] não existe o exercício do poder regulamentar sem fundamento numa lei previa anterior.

Temperando o que foi dito, a limitação da existência de maior amplitude do poder autônomo regulamentar está na violação de direitos fundamentais eis que sabe-se com MARCELLO CAETANO que ‘... em sentido material o regulamento tem afinidades com a lei, em virtude de sua generalidade, pois os regulamentos possuem sempre caráter genérico. Mas distingue-se dela por lhe faltar novidade, visto suas normas serem, pelo que toca a limitação de direitos individuais, simples desenvolvimento ou aplicação de outras normas, essas inovadoras’.

10. Ante o exposto, não tendo as normas regulamentadoras extravasado a lei, ou limitado direitos fundamentais, mas apenas explicitado o que constava de lei anterior ou adentrando a normatizando campo normativo em que poderia fazer, pelo meu voto, nego provimento ao recurso do autor e dou provimento ao recurso do réu; sem verba honorária e sem custas, eis que ação civil pública em que não presente a má-fé.

OSWALDO LUIZ PALU  
Relator

---

do poder estadual para confirmar a sua hegemonia a todos os níveis da vida social, econômica e política. De importante há aqui a reter que a ideia de uma vinculação externa do legislador não é característica do conceito democrático de lei, mas sim do conceito de lei próprio do Estado de Direito que haveria de ser forjado no quadro do pensamento liberal. A lei fica equiparada à constituição, distinguindo-se esta da lei ordinária apenas pelo respectivo objeto, com todas as consequências daí resultantes. No contexto da teoria democrática da lei é só a partir do conceito de lei que se chega ao princípio da legalidade da administração. A noção alemã, mais tardia, de reserva de lei, não desempenha, aqui, qualquer papel. (...) Idênticas considerações são válidas para o poder judicial. A legalidade da administração é, aqui, uma consequência direta de seu estatuto de menoridade; portanto, o Legislativo consequentemente não se beneficia de nenhum espaço livre.” (‘Lei e Regulamento’, p. 115 e ss., Coimbra ed.)”

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0578016-62.2010.8.26.0000 (990.10.578016-4) DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

AUTOS Nº 0578016-62.2010.8.26.0000 (990.10.578016-4)

Agravo de Instrumento

VIAÇÃO MACIR RAMAZINI TURISMO LTDA.

A AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP, pelo Procurador do Estado infra-assinado, nos autos do Agravo de Instrumento que interpôs contra VIAÇÃO MACIR RAMAZINI TURISMO LTDA., processo suprarreferido, informada com a r. decisão de f. 957/959, vem à presença de Vossa Excelência, com base no artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil, para opor RECURSO DE AGRAVO, mediante as razões de fato e de direito articuladas a seguir:

Cuidam os autos de agravo de instrumento manejado pela ARTESP contra decisão do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, que concedeu antecipação dos efeitos da tutela para suspender os efeitos de decisão administrativa da agravante.

Ao receber o recurso de agravo, Vossa Excelência proferiu o r. despacho de f. 957/959, por meio do qual negou seguimento ao recurso, em razão da intempestividade, nos seguintes termos:

*“A agravante, conforme certidão acostada a fls. 598, tomou ciência do despacho que ora se combate em 22.11.2010.*

*O prazo para interposição do agravo (CPC, art. 523) iniciou-se no dia 22.12.2010, quando teve ciência inequívoca da decisão agravada e, portanto, contando-se o prazo em dobro, venceu no dia 13.12.2010.*

*Contudo, o recurso foi interposto somente no dia 15.12.2010, fora do prazo legal, motivo pelo qual não pode ser conhecido, posto que intempestivo”.*

Ocorre que o art. 241, II, do Código de Processo Civil dispõe expressamente que:

*Art. 241. Começa a correr o prazo:*

*II - quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido;*

No caso em pauta, o mandado de citação e intimação foi juntado aos autos no dia 1º/12/2010, data em que se iniciou a contagem do prazo recursal, fluindo até o dia 20/12/2010. Considerando a decretação de feriado forense, em razão das festas de final de ano, o recurso poderia ser protocolizado até o

dia 10/01/2011. Logo, é perfeitamente tempestivo o recurso, uma vez que foi interposto no dia 15/12/2010.

Não se pode perder de vista que as disposições contidas no art. 241 do Código de Processo Civil se alinham ao princípio da ampla defesa, agasalhado no art. 5º, LV, da Constituição. Dúvida pode existir entre a data da efetiva citação ou intimação e a data lançada na certidão pelo oficial de justiça, razão pela qual o legislador optou claramente pela data da juntada do mandado, que é mais favorável àquele que se defende no processo.

Portanto, a finalidade da regra contida no art. 241 do CPC, é proporcionar certeza quanto à ciência do teor do mandado de citação ou intimação, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

A tese esposada no r. despacho de f. 957/959 é de que a regra do art. 241 pode ser afastada, excepcionalmente, mediante constatação de que a parte tem *ciência inequívoca* do ato judicial. A jurisprudência mencionada no r. despacho refere-se aos casos em que a parte retirou os autos em carga antes da juntada do mandado.

No entanto, a tese não se aplica ao caso vertente, pois não houve retirada dos autos de cartório nem a agravante por qualquer outro modo tomou ciência do conteúdo dos autos.

É importante considerar a regra do art. 262 do Código de Processo Civil, segundo a qual *o processo se desenvolve por impulso oficial*. Isso significa que os atos praticados pelo juiz e seus auxiliares obedecem a uma ordenação que não pode simplesmente ser atropelada pelas partes. O procedimento de citação e intimação, por exemplo, segue uma ordem que se inicia com o despacho judicial que a determina, passa pela confecção e expedição do mandado, seu cumprimento pelo oficial de justiça e, finalmente, a juntada aos autos com a respectiva certidão.

Em razão disso, é praxe nas Serventias Judiciais não interromper o procedimento interno antes de sua conclusão. Assim, não é permitida a retirada dos autos de cartório antes da juntada do mandado de citação ou intimação, salvo medidas de urgência, mediante petição despachada pelo magistrado.

Na mesma linha de entendimento, alguns Tribunais Superiores fixaram jurisprudência, bastante controvertida, no sentido de que é intempestivo o recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida. Confira, por exemplo:

*RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, NA QUALIDADE DE PARTE, ANTES DA INTIMAÇÃO PESSOAL. INTEMPESTIVIDADE. HIPÓTESE DE NÃO CONHECIMENTO. RECURSO PREMATURO*

*(TST-2ª Turma, nº ED-RR nº 643221-05.2000.5.10.5555, Rel. Min. BRITO PEREIRA, j. 18/06/2007, v.u.).*

Isso porque, salvo medidas de urgência, a parte deve aguardar a prática dos atos e providências a cargo do cartório e que são necessários ao regular andamento do processo.

Em resumo, não está configurada nos autos a hipótese de *ciência inequívoca*, uma vez que a ARTESP não teve acesso aos autos do processo antes da juntada do mandado de citação e intimação. Nem poderia tê-lo, uma vez a juntada do mandado integra o ato complexo da citação/intimação, que se inicia com o despacho judicial e se encerra com a juntada.

A teor do art. 241, II, do CPC, o prazo para interposição de recurso se inicia com a juntada do mandado aos autos, ocorrida no dia 1º/12/2010. Portanto, o recurso interposto no dia 15/12/2010 é tempestivo, considerado o prazo em dobro de que goza a Fazenda Pública (CPC, art. 188).

A regra do art. 241, II, do CPC, está em estreita correspondência com o princípio da ampla defesa, de modo seu afastamento implica em negativa de vigência também ao art. 5º, LV, da Constituição.

Ante o exposto, a AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP requer a Vossa Excelência que se digne de receber o presente recurso e atribuir-lhe a tramitação prevista no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, reconhecendo desde logo sua procedência em juízo de retratação ou submetendo-o à apreciação da mesa julgadora.

Em qualquer caso, requer que seja dado provimento ao presente agravo, a fim de que o agravo de instrumento tenha seguimento e tramitação normal.

Termos em que

Pede deferimento.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2010.

ROMUALDO BAPTISTA DOS SANTOS.

Procurador do Estado.

OAB/SP nº 85.374.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

**ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA REGISTRADO(A) SOB N° “03487601”**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental n° 0578016-62.2010.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ARTESP AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo agravado EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUI STOCO (Presidente), THALES DO AMARAL E OSVALDO MAGALHÃES.

São Paulo, 04 de abril de 2011.

RUI STOCO  
PRESIDENTE E RELATOR

VOTO N.º 1.815/11.

*4ª Câmara de Direito Público*

Agravo Inominado n.º: 0578016-62.2010.8.26.0000/50000 - São Paulo

AGRAVANTE: RTESP - AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVADO: EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR

INTERESSADA: VIAÇÃO MACIR RAMAZINI TURISMO LTDA.

EMENTA:

Agravo Inominado interposto contra Decisão Monocrática proferida em Agravo de Instrumento, que negou seguimento ao recurso, com fundamento no art. 557, *caput* do CPC, Ação Ordinária de Anulação de Ato da Administração. Tutela antecipada deferida pelo Juízo de origem para suspender os efeitos da decisão administrativa. Citação e intimação pessoal por oficial de justiça. Prazo para interposição do recurso a contar da data da juntada aos autos do mandado cumprido. Art. 241, II, do CPC. Recurso tempestivo. Decisão Monocrática reformada para que o Agravo de Instrumento tenha regular prosseguimento.

VISTOS,

Cuida-se de Agravo Inominado interposto por ARTESP - AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos do Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida nos autos da Ação Ordinária de Anulação de Ato Administrativo que lhe move a VIAÇÃO MACIR RAMAZINI TURISMO LTDA., contra a r. Decisão Monocrática a fls. 957-959, proferida por este Relator, que não conheceu o agravo, negando-lhe seguimento por intempestividade do recurso.

A agravante alegou, em suma, que contrariamente ao entendimento proferido na Decisão Monocrática, o Agravo de Instrumento foi interposto tempestivamente, pois a contagem do prazo recursal tem início na data de juntada aos autos, do mandado cumprido, conforme determina o art. 241, II, do CPC.

Asseverou que não está configurada a ciência inequívoca da decisão combatida, tendo em vista que a ora agravante não teve acesso aos autos antes da juntada do mandado de citação e intimação.

Requeru, assim, o provimento do presente recurso, para que o Agravo de Instrumento seja apreciado pela C. Câmara.

É o relatório.

2. O requerente opôs o agravo a que se refere o art. 557, § 1º do Código de Processo Civil, em razão da Decisão Monocrática proferida em Agravo de Instrumento.

Para melhor conhecimento dos fatos reproduz-se a Decisão Monocrática proferida por este relator e que é objeto deste agravo inominado previsto na lei processual:

II - O recurso não pode ser conhecido. Pelo que se verifica dos autos, a agravante insurgiu-se contra decisão proferida a As. 591 dos presentes autos, assim deduzida:

(...)

“Aparentemente, a autora não foi devidamente instada a exercer sua defesa nos autos do Processo Administrativo de ‘Retomada Cautelar’ n.º 009.981/2010, o que, a princípio, afrontaria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF).

Dessa forma, presentes os requisitos autorizadores, defiro a tutela antecipada com o fim de suspender os efeitos da decisão proferida no referido processo administrativo, que determinou a retomada cautelar dos serviços de operação da autora, até decisão judicial em contrário, sem prejuízo de se velar pela regularidade e segurança dos serviços”.

A agravante, conforme certidão acostada a fls. 598, tomou ciência do despacho que ora se combate em 22,11.2010.

O prazo para interposição do agravo (CPC, art. 522) iniciou-se no dia 22.11.2010, quando teve ciência inequívoca da decisão agravada e, portanto, contando-se o prazo em dobro, venceu no dia 13.12.2010.

Contudo, o recurso foi Interposto somente no dia 15.12.2010, fora do prazo legal, motivo pelo qual não pôde ser conhecido, posto que intempestivo.

Nesse sentido a jurisprudência:

Recurso. Prazo. Reparação de danos. Intempestividade. Ocorrência. Hipótese ademais, que não cabe prorrogação do prazo recursal. Agravante que tomou ciência da sentença e apelou fora de prazo. Ciência que é inequívoca para os fins de contagem de prazo. Sentença que produz efeitos às partes a partir da intimação. Recurso não provido. (TJSP - Al 230.059-1 - Rei. Leite Cintra-j. 29.06.94).

Recurso. Intempestividade. Interposição pela Fazenda Pública. Prazo. Contagem a partir da ciência inequívoca da sentença, uma vez que o representante retirou os autos de cartório. Recurso não conhecido. (TJSP - Ap. 253.650-2 - Rei. Telles Corrêa - j. 17.02.95).

Recurso. Prazo, intimação. Ciência inequívoca. Fluência a partir do ato que a revela. Patrono que retira os autos de cartório. Possibilidade de conhecimento pessoal da decisão. Suficiência. Publicação ulterior ineficaz para o fim. Agravo de instrumento interposto em prazo contado desta. Não conhecimento. Aplicação do artigo 154 do Código de Processo Civil. — “O prazo começa a correr, também, da ciência inequívoca que o patrono tenha do ato processual, de modo que, se retira os autos de cartório, pondo-se em condição de tomar conhecimento da decisão, nessa data está intimado” (TJSP – 2ª C Dlr. Privado - Al 73.196-4 - Rel Cezar Peluso -j. 10.02.98).

Assim, por ser intempestivo, é manifestamente inadmissível o Agravo de Instrumento. Basta, então, dar-se concreção ao art. 557, caput, do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Logo, para o reexame da causa a lei dispensa o julgamento pelo colegiado.

III - Em razão do exposto, com fundamento no art 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de Instrumento interposto, diante dos precedentes apontados.

3. Melhor examinando a questão impõe-se reestudo da matéria, tendo em vista que tal não encontrou consenso e, portanto, cuida-se de tema polêmico e que não se pacificou.

Diante disso, impõe-se penitenciar-me do entendimento antes esposado.

A questão apresentada no presente recurso não é pacífica, tendo em vista entendimento de que o *dies a quo* para a interposição de recurso é aquele da ciência inequívoca da decisão, nos termos do art. 234, do CPC, que preceitua que a



“intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados:

Recurso Especial. Processual Civil. Prazo recursal. Contagem a partir da ciência inequívoca da decisão. Princípio da instrumentalidade. – “Os prazos processuais, inclusive os recursais, contam-se a partir do momento em que as partes têm ciência inequívoca do ato praticado no processo, independentemente de terem sido observadas as formalidades referentes à intimação. Intimar significa levar ao íntimo. Considera-se intimado quem tem ciência inequívoca da decisão por qualquer meio, ainda que antes da publicação” (STJ - 3ª T - REsp. 869.308 - Rel. Humberto Gomes de Barros - j. 09.08.2007).

Agravo Regimental. Inconformismo contra a decisão monocrática que não conheceu o recurso. Agravo de instrumento. Ausência de pressupostos de admissibilidade. Tempestividade. O prazo para interposição do recurso é dez dias. Inteligência do art. 522 do CPC, contados da publicação da intimação ou da data em que presumivelmente foi cientificado. Réu que foi citado por Oficial de Justiça, momento em que tomou ciência da decisão agravada. Termo inicial para contagem do prazo é a data da citação, não da juntada do mandado nos autos. Agravo interposto em lapso superior a 10 dias da data da decisão atacada. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP – 5ª C. Dir. Privado - AgReg. 990.10.3698380/50000 - Rel. James Siano - j. 24.11.2010).

Indubitável que a agravante tomou ciência inequívoca da decisão combatida na data em que foi intimada pessoalmente. Entretanto, diante do interesse da coletividade que envolve a questão, ou seja, o transporte rodoviário intermunicipal que afeta a população que se utiliza de tais serviços, o caso em apreço merece exame sob esse enfoque.

4. Ocorre que a ARTESP, ora agravante, foi citada e intimada por oficial de justiça, no dia 22.11.2010, conforme certidão a fls. 598, da decisão que deferiu antecipação de tutela pleiteada pela autora, a fim de suspender os efeitos da decisão proferida no processo administrativo, que determinou a retomada cautelar das linhas de ônibus operadas pela agravada.

O mandado de citação e intimação foi juntado aos autos no dia 1º.12.2010 (fls. 596).

Dispõe o art. 241, inc. II, do CPC, que o prazo começa a correr, “quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido”.

Destarte, o prazo de 10 (dez) dias para a interposição do Agravo de Instrumento, previsto no art. 522, do CPC, teve início com a juntada do mandado cumprido, de modo que o recurso foi protocolado no prazo legal.

Assim, há de se entender, ante os termos explícitos do inc. II, do art. 241, do CPC, que o prazo recursal começa a fluir da juntada aos autos, do mandado cumprido, quando a intimação ou citação for por oficial de justiça.

Confirmam-se julgados que prestigiaram tal entendimento:

*Processual Civil Agravo Regimental no Recurso Especial Intimação pessoal do representante da Fazenda Pública. Prazo recursal Termo inicial. Art. 241, II, do CPC. Juntada do mandado aos autos.* - 1. O prazo para interposição de recurso, quando a intimação se der por oficial de justiça, inicia-se com a juntada do mandado cumprido aos autos. 2. Precedentes: EREsp 601682/RJ, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 02/02/2005; ED nos EREsp 707.206/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 04/05/2009; ED no AgRg nos ED no REsp 910.8347BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 26703/2008. 3. *In casu*, a juntada aos autos do mandado devidamente cumprido, referente à Intimação pessoal do INSS, deu-se em 22 de agosto de 2006 (fl. 58). Desse modo, a apelação interposta, em 21 de setembro de 2006 (fls. 2/61), é tempestiva, observando-se o privilégio do prazo em dobro conferido à Fazenda Pública. 4. Diante disso, impreterível o retorno dos autos à origem, para que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgue o mérito do recurso de apelação interposto pelo INSS. 5. Agravo regimental não provido” (STJ - 1ªT. - AgReg. no REsp. 1.114.763 - Rel. Benedito Gonçalves - j. 03.12.2009).

Agravo Regimental. Decisão denegatória de seguimento a Agravo de Instrumento, sob o fundamento de falta de cópia da intimação da decisão agravada. Juntada inócuca. Prazo recursal para o agravante só iniciado com a juntada aos autos da sua citação e intimação por oficial de justiça. Exegese do art. 241, inciso II, do CPC. Decisão agravada exarada como tutela antecipada *intio litis*. Ciência ao agravante com a citação e intimação por mandado. Recurso tempestivo. Tutela recursal, no entanto, indeferida. Preceito ao réu para limite em consignações na folha de vencimentos e na conta corrente da autora, a fim de amortizar empréstimos e renegociações bancárias. Limite que pode ser revogado a final, se provido o recurso, sem dano ao recorrente. Agravo regimental provido, para o Agravo de Instrumento se processar sem tutela antecipada. (TJSP – 12ª C. Dir. Privado - AgReg. 990.10.075101-8/50000 - Rel. Cerqueira Leite -j. 19.05.2010).

Agravo de Instrumento. Intempestividade recursal. O termo *a quo* do prazo para interposição de Agravo de Instrumento contra decisão que se pretende recorrer começa a fluir da data da juntada aos autos do mandado de citação. Art. 421, II, do CPC. Preliminar afastada. (TJSP - 37ª C. Dir. Privado - AI 990.10.204209-0 -Rei. Roberto Mac Cracken - j. 30.09.2010).

Deste modo, dão provimento ao agravo interposto, para reformar a Decisão Monocrática de fls. 957-959 e determinar seguimento ao Agravo de Instrumento,

intimando-se a agravada para oferecimento de resposta, nos termos do art. 527, V do CPC. Indefere-se a concessão de efeito suspensivo, tendo em vista a não existência de perigo à agravante caso a pretensão seja alcançada somente com a final decisão do Agravo de Instrumento.

5. Diante do exposto, dão provimento ao recurso, nos termos acima especificados.

RUI STOCO  
Relator

# Da alocação de riscos enquanto fundamento subjacente ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos

Thiago Mesquita Nunes

RESUMO: por meio deste trabalho, busca-se introduzir a concepção de que a alocação dos riscos do empreendimento situa-se como o fundamento lógico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Esta compreensão permite, abandonando-se a estrita relação da equação financeira do contrato com a concepção de álea extraordinária do negócio, a formulação de conceito jurídico único, aplicável, indistintamente, não apenas aos contratos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93, mas, igualmente, a institutos mais complexos do Direito Administrativo, como as parcerias público-privadas, nas quais prevista, legalmente, a possibilidade de alocação contratual dos riscos do empreendimento. Pretende-se, outrossim, propor uma reflexão acerca do real objetivo das medidas de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, por intermédio das quais não deve ser proporcionada uma garantia da rentabilidade do negócio imaginada quando da formulação da proposta, mas, exclusivamente, a neutralização do evento causador do desequilíbrio contratual.

PALAVRAS-CHAVE: *contrato administrativo, equilíbrio econômico-financeiro, risco.*

## I – INTRODUÇÃO

Mostra-se bastante difundido na doutrina o clássico conceito segundo o qual o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é “a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste”<sup>1</sup>.

1 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ªed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 215.

A origem do conceito, em realidade, remonta ao quanto disposto no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93<sup>2</sup>, e não raro se observa a sua aplicação, indistintamente, a todo e qualquer contrato administrativo, inclusive aos contratos de concessões de serviços públicos.

Ocorre, todavia, que embora tal definição de equilíbrio econômico-financeiro encontre, indubitavelmente, respaldo legal, repetindo os termos da lei, sua aplicação deve ser realizada *cum granu salis*, perquirindo-se o real significado do instituto, sob pena de, indevidamente, entender-se como legítimas as pretensões, comumente formuladas, de ver garantida, por intermédio do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a rentabilidade inicialmente esperada do negócio<sup>3</sup>.

Desse modo, a interpretação dos dispositivos legais relativos ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, não apenas nos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93, mas, igualmente, nas concessões de serviços públicos – e nesta, enquanto gênero, me permito incluir tanto a modalidade clássica, prevista na Lei Federal nº 8.987/95, quanto as parcerias público-privadas, disciplinadas pela Lei Federal nº 11.079/04 – pressupõe que, previamente, seja reconhecida a real extensão do instituto.

Busca-se, com isto, esclarecer que, embora o ordenamento jurídico imponha a necessidade de reequilíbrio de contratos administrativos que, por razões excepcionais, venham a sofrer desequilíbrio, tal previsão não tem como efeito recompor, integralmente, uma situação tida, no momento da celebração do contrato, como a correspondência ideal entre prestação e contraprestação das partes.

Em realidade, pretende-se que se compreenda que, com a aplicação dos mecanismos de reequilíbrio, não se busca atribuir à parte prejudicada os meios de auferir a rentabilidade esperada do negócio, mas, pelo contrário, objetiva-se, exclusivamente, neutralizar os efeitos financeiros de um evento que, legal ou contratualmente, não deveria ter sido suportado pela parte prejudicada.

---

2 Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

3 É o que se observa, a título de exemplo, em diversas das concessões de serviços públicos ora vigentes, nas quais a concessionária, alegando a ocorrência de evento imprevisível que afetou o desempenho do serviço público concedido, solicita a aplicação de medida de reequilíbrio que, de algum modo, permita seja alcançada a Taxa Interna de Retorno (TIR) prevista na proposta.

Ocorre, contudo, que, para que se desenvolva uma análise do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, mostra-se necessário, previamente, em virtude de um pressuposto lógico, que sejam definidos quais os elementos que permitem afirmar que um contrato administrativo está, de fato, equilibrado.

Com efeito, apenas quando definido o ponto de equilíbrio de um dado contrato administrativo é que se mostrará possível a aferição da ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro e, mais do que isso, a apuração de seu montante, confrontando a situação sob análise ao ponto ideal previamente estabelecido.

É por este motivo, destarte, que se inicia o presente estudo a partir da definição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

## II – DA DEFINIÇÃO CLÁSSICA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Nos contratos administrativos, o regime jurídico administrativo, embora imponha algumas prerrogativas à Administração Pública, não desnatura a natureza contratual do acordo de vontades, de modo que se mostram aplicáveis diversos dos princípios inerentes à teoria geral dos contratos, dentre os quais, note-se, a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão.

Quanto a este ponto, Eugênia Cristina Cleto Marolla ressalta que:

“Em razão do lapso temporal entre a celebração do acordo e sua execução, os contratos que possuem execução diferida ou continuada estão sujeitos à ocorrência de fatos imprevisíveis à época de sua celebração, que podem onerar a execução para, pelo menos, um dos contratantes. Nesses casos, a aplicação irrestrita do princípio do ‘*pacta sunt servanda*’ pode levar à quebra da justiça contratual estabelecida na celebração do acordo, à quebra da equivalência objetiva das prestações com o enriquecimento sem causa de um contratante em detrimento do outro, o que não é admitido pelo direito”<sup>4</sup>.

Como se vê, em qualquer contrato, ainda que administrativo, revela-se de indiscutível importância a preservação da justiça contratual, da equivalência das prestações impostas às partes, e, especialmente, a vedação ao enriquecimento sem causa.

A força obrigatória dos contratos, em consequência, possui aplicação *si et in quantum*, ou seja, admite-se que sejam alteradas as condições econômico-financeiras do ajuste quando da superveniência de evento que, por alguma razão, afeta

---

4 *Concessões de Serviço Público – A Equação Econômico-Financeira dos Contratos*, São Paulo: Verbatim, 2011, p. 32/33.

injustamente uma das partes contratantes, sem que a ela, de algum modo, pudessem ser imputada a responsabilidade pela assunção de tais encargos.

E é com base nestas preocupações, note-se, que a doutrina, de forma aparentemente unívoca, entende que, configurada alguma das situações previstas no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93, restará caracterizado o desequilíbrio contratual, conduzindo – caso verificados os requisitos legais – à aplicação de mecanismos de mitigação da situação de prejuízo da parte pleiteante.

Do exposto, poder-se-ia concluir – como, de fato, muitas vezes se observa – que a preservação do equilíbrio contratual encontra-se condicionada, em todas as hipóteses, à inoccorrência de eventos excepcionais supervenientes, de modo que, caracterizado acontecimento imprevisível, com consequências financeiras sobre uma das partes contratantes, haveria espaço para a formulação de um pleito de reequilíbrio.

Esta conclusão, contudo, embora majoritária na doutrina, não se sustenta em face de uma análise aprofundada dos fundamentos dos dispositivos legais relativos ao reequilíbrio econômico-financeiro, e, em especial, não encontra aplicabilidade nos modernos institutos de cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada.

### **III – DA ALOCAÇÃO DE RISCOS ENQUANTO FUNDAMENTO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL**

Previamente ao prosseguimento da apuração da *ratio* subjacente ao desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, entendo necessário distinguir, em um primeiro momento, o desequilíbrio contratual sob o ponto de vista econômico – ocorrente em todas as hipóteses em que verificado que não são equitativas as prestações de cada uma das partes – e o desequilíbrio contratual legalmente qualificado, existente, exclusivamente, nas hipóteses previstas em lei.

Quanto a este ponto, observe-se que o artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93, é claro ao reconhecer que o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo somente se mostra admissível “na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

Nos termos expostos, denota-se que não são todas as situações de desequilíbrio contratual (do ponto de vista econômico) que ensejam a aplicação de medidas de reequilíbrio, mas, tão somente, as hipóteses em que, efetivamente, caracterizados os demais requisitos legais, configurando-se, em consequência, de-

sequilíbrio econômico-financeiro legalmente reconhecido, para os fins do pleito de reequilíbrio<sup>5</sup>.

Pois bem. Superada tal questão, e assentada a premissa de que, quando da menção ao desequilíbrio contratual, far-se-á, exclusivamente, referências às hipóteses capazes de ensejar pleitos de reequilíbrio, observo que o dispositivo legal supratranscrito arrola quatro situações capazes de configurar desequilíbrio econômico-financeiro do contrato: I) fatos imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado; II) força maior; III) caso fortuito; IV) fato do príncipe.

As hipóteses relacionadas acima possuem, cada qual, características que as distinguem das demais. Há, entretanto, um elemento que as aproxima: todas elas, sem qualquer exceção, representam eventos que, quer por sua excepcionalidade, quer por sua inevitabilidade por parte do contratado, não devem ser por ele suportadas, sob o ponto de vista econômico.

Vale dizer, o contratado (nos contratos celebrados sob a égide da Lei Federal nº 8.666/93) não se encontra sujeito aos efeitos econômico-financeiros decorrentes dos eventos elencados acima. Ao revés, compete ao Poder Público suportá-los, de modo que, quando da ocorrência de qualquer desses eventos, surge a possibilidade de se pleitear o reequilíbrio contratual, expurgando a relação jurídica dos efeitos – positivos ou negativos – decorrentes do evento estranho ao contrato<sup>6</sup>.

Ora, em sendo assim, parece restar evidente que tal dispositivo legal revela-se, de fato, como uma cláusula de alocação de riscos. Ao contratado são atribuídos os riscos ordinários do negócio, de modo que a ele compete suportar todos

5 No mesmo sentido, Antônio Carlos Cintra do Amaral sustenta que “não basta que ocorra o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. É necessário que ele resulte de um desses três fatos. Em outras palavras: é necessário que o desequilíbrio seja qualificado pelo ordenamento jurídico. Ele pode existir sem que daí decorra um dever do contratante de recompor a equação inicial do contrato, e um correspondente direito do contratado a essa recomposição. O desequilíbrio é sempre econômico-financeiro, mas pode decorrer do risco do negócio, hipótese em que a concessionária não tem direito à revisão contratual, para restabelecer a equação econômico-financeira inicial. O desequilíbrio econômico-financeiro é condição necessária, mas não suficiente para caracterizar o desequilíbrio jurídico”. (O Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias, *Revista dos Advogados*, Ano XXIX, nº 107, dezembro de 2009).

6 Quanto a este ponto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que “no direito brasileiro, entende-se que, seja nas áreas administrativas, seja nas áreas econômicas, o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por força do artigo 37, XXI, da Constituição, que exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, sejam mantidas ‘as condições efetivas da proposta’. Além disso, a mesma ideia resulta da Lei nº 8.666/93 (art. 65, inciso II, e §§ 5º e 6º) e da Lei nº 8.987/95 (art. 9º e parágrafos), em matéria de concessão e permissão de serviços públicos”. (Direito Administrativo, 22ªed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 277).



os efeitos financeiros decorrentes de tais eventos, quer sejam eles positivos, quer sejam eles negativos. Ao Poder Público, por outro lado, são impostos os riscos extraordinários, caracterizados nos eventos arrolados acima, de forma tal que sobre ele devem recair, quer diretamente, quer em decorrência do reequilíbrio contratual, os efeitos financeiros decorrentes de tais fatos.

A alocação de riscos constitui, ressalte-se, o próprio fundamento sobre o qual erigida a norma legal acima e, de todo modo, a própria lógica do reequilíbrio econômico-financeiro<sup>7</sup>.

E, nestes termos, mostra-se possível a formulação de um conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos que se revele, a um só tempo, aplicável não apenas aos contratos ditos “comuns”, mas, igualmente, às concessões de serviços públicos, em especial às parcerias público-privadas, caracterizadas por uma regulação diferenciada da alocação dos riscos contratuais.

Pode-se definir, portanto, o equilíbrio econômico-financeiro da seguinte maneira:

*Um contrato administrativo diz-se equilibrado quando nenhuma das partes – Poder Público ou contratado – suporta os efeitos financeiros – positivos ou negativos – decorrentes de evento cujo risco não havia sido a ela atribuído.*

Ou, em termos semelhantes:

*Um contrato administrativo diz-se equilibrado quando ambas as partes – Poder Público e contratado – suportam, exclusivamente, os efeitos financeiros decorrentes de eventos cujos riscos haviam sido a elas atribuídos.*

#### **IV – QUANTO ÀS CONCESSÕES “COMUNS” DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

A conclusão ora exposta – de que a alocação de riscos constitui, de fato, o fundamento que confere sustentação à ideia de equilíbrio contratual – permite que seja um mesmo conceito aplicável aos mais diversos contratos administrativos, não apenas aos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93, mas, inclusive, às con-

---

<sup>7</sup> Em relação ao tema, Marcelo Bruto da Costa Correia assevera que “o direito a manter intactas as condições da proposta não pode se confundir com a integral absorção dos riscos por parte do Poder Público. O próprio art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, indicado como fonte constitucional do direito ao equilíbrio econômico-financeiro, ressalta como impositiva a ‘manutenção das condições efetivas da proposta’, isto é, proscreve que, do poder coercitivo estatal, emane o rompimento das cláusulas de caráter econômico-financeiro firmadas com seus contratados. Evidentemente, no processo licitatório e no respectivo contrato, nada impede que se distribuam riscos como os de projeto, força maior e, ou caso fortuito, ocasião em que ‘as condições efetivas da proposta’ estarão definidas pela alocação de riscos contratuais” (*Idem*, p. 615).

cessões de serviços públicos, tanto as disciplinadas pela Lei Federal nº 8.987/95, quanto as previstas na Lei Federal nº 11.079/04, o que se mostra, evidentemente, de todo desejável.

Com efeito, a mesma lógica prevista para os contratos administrativos comuns – de alocação dos riscos ordinários do negócio ao contratado, restando os riscos extraordinários com o Poder Público – é aplicável às concessões comuns, eis que nestas, embora se preveja que a atividade será desenvolvida pela concessionária “por sua conta e risco” (art. 2º, inciso II), estabelece-se, por outro lado, a necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro (art. 9º, §2º), que pode ser afetado por alterações unilaterais do contrato (art. 9º, §4º), ou mesmo em decorrência de mudanças no regime tributário incidente sobre a atividade (art. 9º, §3º), ressaltando-se, ainda, que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro” (art. 10)<sup>8</sup>.

Naturalmente, não se confundem, integralmente, as previsões constantes do artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93, e os dispositivos mencionados acima, contando, cada qual, com as suas peculiaridades. Aliás, conforme ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, “é inerente às particularidades do instituto da concessão de serviço público uma proteção ao equilíbrio econômico-financeiro menos completa do que a existente na generalidade dos contratos administrativos”<sup>9</sup>.

Tais normas legais, contudo, possuem uma característica que permite tê-las por assemelhadas: ambas constituem, de fato, normas de alocação de riscos do contrato, estabelecendo hipóteses em que os riscos deverão ser assumidos pelo Poder Público, de modo a, *a contrario sensu*, permitir definir as situações que constituem riscos da contratada/concessionária.

Trata-se, resalto, de hipótese de alocação legal dos riscos do contrato, não se admitindo, em tais institutos, que o contrato preveja alocação distinta das ále-

8 Com efeito, Antônio Carlos Cintra do Amaral assevera que “ao mesmo tempo que atribui à concessionária o risco do negócio, a Lei 8.987/95 assegura a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Há, assim, uma minimização desse risco. Isso está em acordo com a distinção tradicional, efetuada pela doutrina administrativista, entre área ordinária e área extraordinária. A primeira corresponde ao risco normal do negócio. A segunda compreende fatos que a parte afetada não tenha podido evitar, como empresário diligente que se espera que seja”. (O Reequilíbrio..., op. cit., ).

9 *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 703. Mário Engler Pinto Júnior, por sua vez, afirma que “a lógica contratual e econômica da concessão comum baseia-se em premissas bastante diferentes. O concessionário deixa de ser tratado como mero executor de tarefas previamente encomendadas pelo poder concedentes, para se transformar em verdadeiro empresário sujeito aos riscos do negócio, se não a todos eles, pelo menos àqueles razoavelmente previsíveis, controláveis, ou passíveis de proteção adequada”. (O contrato de parceria público-privada, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 71, jan./jun. 2010, p. 219).

as contratuais<sup>10</sup>. Há, naturalmente, certo espaço, conferido pela lei, para que o intérprete defina, casuisticamente, as hipóteses que se inserem dentre os riscos atribuídos, legalmente, a cada uma das partes.

Todavia, tal margem de especificação não permite que se entenda que exista alguma espécie de alocação contratual dos riscos, eis que a lei, ainda que em termos indeterminados, definiu competir à concessionária desenvolver o negócio “por sua conta e risco”, ressalvando apenas algumas situações excepcionais, genericamente demarcadas. Ao contrato, portanto, ou mesmo ao intérprete, não compete modificar, reduzir ou expandir esta alocação legal dos riscos, a eles restando, exclusivamente, a tarefa de especificá-los, respeitados os termos já definidos em lei<sup>11</sup>.

Observa-se, nestes termos, que, quanto às concessões ‘comuns’ de serviços públicos, mostra-se plenamente aplicável o conceito formulado acima para o equilíbrio contratual, admitindo-se que *o contrato se revela equilibrado quando ambas as partes – Poder Concedente e concessionária – suportam, exclusivamente, os efeitos financeiros – positivos ou negativos – decorrentes dos eventos cujos riscos haviam sido a elas atribuídos*, ressaltando-se, apenas, que, nesta hipótese, compete à lei, e não ao contrato, a atribuição dos riscos a cada uma das partes.

---

10 Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta, ainda, que “os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestramente, com ineficiência ou imperícia, aqueles derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. (...) Não pode o concessionário esperar eximir-se da álea própria de qualquer empreendimento negocial sob genérica e abstrata invocação de um equilíbrio econômico-financeiro desvinculado do teor contratual. (...) A expressão ‘equilíbrio econômico-financeiro’ não traz consigo uma imunização do concessionário a eventuais prejuízos ou mesmo malogro de seu empreendimento pessoal quando, nos temos dantes mencionados, venha a sofrer vicissitudes próprias da vida negocial”. (*Curso...*, op. cit., p. 702/703).

11 Com muita propriedade, Marçal Justen Filho ressalta que “a recomposição da equação econômico-financeira somente é aplicada em face de eventos de natureza extraordinária. Os fatos que possam ser reputados inerentes à atividade empresarial, abrangidos no risco comum e normal do negócio, não podem ser invocados pelas partes. (...) Não existe critério objetivo, abstrato e predeterminado para diferenciar álea ordinária e extraordinária. Aliás, as tentativas de definição tendem a ser circulares ou repetitivas (tautológicas). Afirma-se que álea ordinária é a normal e inerente a um empreendimento, diversamente da extraordinária. (...) A questão fundamental reside em que somente é possível identificar a ordinariedade ou extraordinariedade da álea em face do caso concreto e das circunstâncias específicas de um certo empreendimento” (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 399/400).

## V – QUANTO ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

No que se refere às parcerias público-privadas, pode-se apontar, talvez como uma de suas características que mais as distingue dos demais institutos do direito administrativo, à repartição objetiva de riscos, encargos e ganhos financeiros entre as partes contratantes (parceiro público e parceira privada), característica esta que permite a assunção, pela iniciativa privada, de empreendimentos nos quais, quer pelos riscos envolvidos, quer pelos investimentos necessários, não se mostravam adequados os institutos existentes, em especial a concessão de serviços públicos, na qual à concessionária compete a assunção de todos os riscos e investimentos necessários à condução do serviço público, sem qualquer participação do Poder Público.

Prevê-se, portanto, que, nas parcerias público-privadas, deve o contrato alocar, de forma objetiva, os riscos a cada uma das partes, imposição esta tida, pela Lei Federal nº 11.079/04, como verdadeira diretriz do novel mecanismo de cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada (art. 4º, inciso VI).

Resta evidente, em consequência, que, nas parcerias público-privadas, a Lei Federal nº 11.079/04 rompe com a tradição, observada nas legislações que a precederam, de estabelecer, previamente, quais os riscos que competiriam a cada uma das partes, determinando, ao revés, que o contrato preveja tal repartição, de forma objetiva, no que se revela o reconhecimento de uma alocação contratual dos riscos do empreendimento.

E, note-se, tal alocação contratual dos riscos não se restringe, exclusivamente, aos riscos ordinários do negócio, relativos à execução, *per se*, do empreendimento concedido à iniciativa privada. Pelo contrário, alcança, inclusive, as hipóteses que se revelavam, historicamente, como eventos cujos riscos haviam sido atribuídos ao Poder Público, como a álea extraordinária e extracontratual, ou, ainda, os eventos caracterizadores de força maior, caso fortuito e fato do príncipe.

Tal conclusão decorre, de fato, do exposto no artigo 5º, inciso III, da Lei Federal nº 11.079/04, que estabelece que “as cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”;

Ora, se a lei das parcerias público-privadas determina que os riscos, ordinários e extraordinários, devem ser contratualmente alocados a cada uma das partes, de forma distinta e específica para cada contratação, parece evidente que, quanto a estes contratos, carece de sentido a conclusão segundo a qual o contrato mostrar-se-ia passível de reequilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses tradicionalmente aludidas (teoria da imprevisão, fato do príncipe, álea extraordinária, etc.).

De cada contrato, com uma alocação específica de riscos entre as partes, decorrerá um sistema de riscos (matriz de riscos) distinto, a partir do qual, objetivamente, será possível inferir quais os riscos atribuídos a cada uma das partes e, em consequência, quais os eventos que cada qual estará obrigada a suportar, sem que, em contrapartida, pudesse pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

E, note-se, não obstante deva ser analisada, em qualquer hipótese, as disposições contratuais relativas à alocação de riscos, previamente a qualquer análise acerca do desequilíbrio contratual, é possível, em termos abstratos, aplicar, também às parcerias público-privadas, o conceito ora formulado para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, definindo-se que *o contrato se revela equilibrado quando ambas as partes – parceiro público e parceira privada – suportam, exclusivamente, os efeitos financeiros – positivos ou negativos – decorrentes dos eventos cujos riscos haviam sido a elas atribuídos*, ressaltando-se, ainda, que a atribuição de riscos, nesta hipótese, decorre, diretamente, do contrato, e não da lei.

## VI – CONCLUSÃO

Do quanto exposto no presente estudo, percebe-se que, compreendendo-se o efetivo fundamento que confere suporte à ideia de equilíbrio econômico-financeiro, é possível a formulação de um conceito abstrato que, de fato, mostre-se aplicável a todos os institutos do direito administrativo nos quais necessária a preservação do equilíbrio contratual, não obstante as naturais distinções existentes nos marcos legais de cada instituto (Leis Federais nº 8.666/93, nº 8.987/95 e nº 11.079/04).

Busca-se, com isto, apontar para a impropriedade de se aplicar, irrefletidamente, as definições constantes do artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93, a contratos nos quais estabelecida lógica distinta, em especial às parcerias público-privadas, cuja previsão de alocação contratual dos riscos do negócio impede, absolutamente, que sejam a ela transpostas, para fins de análise do desequilíbrio contratual, as noções tradicionais de álea ordinária e extraordinária do contrato.

Tem-se como objetivo reconhecer-se, além disso, que a aplicação de mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato não conduz à recuperação de um estado ideal entre prestação e contraprestação das partes, estabelecido quando do oferecimento da proposta, eis que, desse modo, estar-se-ia garantindo à contratada a percepção da rentabilidade esperada do negócio, independentemente da ocorrência de eventos atribuíveis exclusivamente a ela, como a sua própria ineficiência econômica.

Pelo contrário, o reequilíbrio contratual deve ser aplicado de modo a, exclusivamente, neutralizar os efeitos financeiros – positivos ou negativos – decorren-

tes do evento ensejador do desequilíbrio, retornando à situação imediatamente anterior – quer seja esta equilibrada, ou não, sob o ponto de vista estritamente econômico.

A mera análise da equivalência entre as prestações de cada uma das partes, portanto, não se mostra adequada à apuração da ocorrência de desequilíbrio contratual, eis que, em diversas oportunidades, o desequilíbrio “de fato” entre as prestações não se mostra apto a ensejar um pleito de reequilíbrio, quer porque decorrente de conduta atribuível exclusivamente à parte pleiteante, quer porque relativo a evento que, embora não imputável a qualquer das partes, representa risco que havia sido assumido, legal ou contratualmente, pela parte que solicita o reequilíbrio contratual.

Interessante, aliás, quanto a este ponto, a posição de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, para quem:

“A noção mais tradicional sobre equilíbrio econômico-financeiro não distingue claramente entre sistema de distribuição de riscos e critério para a realização do equilíbrio econômico-financeiro. Essa lógica também presidiu a interpretação no sentido de atribuição à Administração Pública, pelo art. 65, II, ‘d’, da Lei 8.666/1993, dos riscos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, etc. nos contratos de obras e de prestação de serviços, como se o contrato não pudesse dispor de forma diferente. Todavia, essa interpretação passa ao largo do fato de que o dispositivo exige, para que seja possível o reequilíbrio, que o evento seja extracontratual. Aliás, assim deve ser, pois a distribuição de riscos é uma questão de eficiência econômica, e não axiológica”<sup>12</sup>.

Por fim, resta observar que, nos termos expostos, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato revela-se, estritamente, como um mecanismo “de mão dupla”<sup>13</sup>, pois se admite que seja pleiteado quer pelo contratado (concessionária, parceira privada), quer pelo Poder Público, bastando, para tanto, que tenha ocorrido evento que, de algum modo, tenha gerado efeitos financeiros – positivos ou negativos – à parte que não havia assumido o risco de sua ocorrência<sup>14</sup>.

12 *Apud* CORREIA, Marcelo Bruto da Costa, Regime de contratação nos contratos administrativos – alocação de riscos e tipos de empreitadas de obra pública, *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Ano XVII, nº 196, Junho de 2010, p. 617.

13 Expressão utilizada, com muita propriedade, por Eugênia Cristina Cleto Marolla (*Idem*, p. 49)

14 É este, note-se, o entendimento de Marçal Justen Filho, para quem “Não há dúvida alguma que o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo beneficia também a Administração Pública. Ou seja, se as condições extraordinárias produzirem benefício extraordinário e imprevisível para o particular, a vantagem não poderá ser embolsada por ele. (...) Eliminam-se riscos para ambas as partes, na acepção de que a contratação administrativa exclui âleas supervenientes – tanto as que prejudiquem como as que beneficiem o contratado” (*Teoria Geral...*, op. cit., p. 421).

Assim, a título de exemplo, imaginando-se a existência de uma parceria público-privada na qual atribuído, contratualmente, ao Poder Público o risco relativo à variação cambial, admitir-se-ia que este pleiteasse o reequilíbrio contratual caso, de fato, verificado que a variação cambial gerou efeitos financeiros positivos à contratada, que não havia assumido o risco da ocorrência de tal evento.

São estas, portanto, as considerações que se entenderam cabíveis de expor, nestas breves linhas, com o objetivo de conduzir a uma maior reflexão acerca do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos e, especialmente, quanto aos seus fundamentos, de forma a permitir que um único conceito fosse formulado, aplicável, indistintamente, a todos os institutos do direito administrativo no qual existente a preocupação com a preservação do equilíbrio contratual.

## VII – REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do, O Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias, *Revista dos Advogados*, Ano XXIX, nº 107, dezembro de 2009;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006;

CORREIA, Marcelo Bruto da Costa, Regime de contratação nos contratos administrativos – alocação de riscos e tipos de empreitadas de obra pública, *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Ano XVII, nº 196, Junho de 2010, p. 614/624;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 22ª ted., São Paulo: Atlas, 2009;

JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003;

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto, *Concessões de Serviço Público – A Equação Econômico-Financeira dos Contratos*, São Paulo: Verbatim, 2011;

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ªed., São Paulo: Malheiros, 2006;

PINTO JÚNIOR, Mario Engler, O contrato de parceria público-privada, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 71, jan./jun. 2010, p. 217/228;

**PROCESSO:** PGE n.º 1000726-334659/2008 (SMA n.º 34/2007)

**PARECER:** PA n.º 21 /2011

**INTERESSADO:** Gabinete do Secretário e Assessorias da Secretaria de Estado do Meio Ambiente

**EMENTA:** SERVIDOR PÚBLICO. Procedimento administrativo disciplinar. Decisão em matéria disciplinar. Competência, em qualquer hipótese, da autoridade do órgão de vinculação do servidor acusado. Inaplicabilidade do Despacho Normativo do Governador de 4 de janeiro de 1983, que trata exclusivamente da competência para a apuração do ilícito administrativo. Afastamento do acusado, à época da decisão disciplinar, para ter exercício em outro órgão. Irrelevância. Hierarquia puramente de serviço. Prevalência da organização de cargos e funções tal como definida por lei.

*A hierarquia de serviço, aquela que acompanha o servidor onde quer que esteja a exercer suas funções, ainda que afastado irregularmente para outra repartição, presta-se tão só à definição da autoridade competente para a instauração do procedimento administrativo disciplinar. O exame da competência para a decisão em matéria disciplinar tem de prender-se a uma noção mais estamental de hierarquia, à qual importam menos as relações pessoais momentâneas de subordinação, necessárias à execução de determinado serviço, que a organização burocrática e perene de cargos e funções.*

1. Processo administrativo disciplinar de instauração determinada pelo Chefe de Gabinete da Secretaria do Meio Ambiente falhou em desaguar no julgamento de um dos acusados, porque o Secretário do Meio Ambiente deu-se por incompetente de julgar servidor afastado para exercício na Secretaria de Saneamento e Energia (fls. 461/463).

2. Remetidos os autos à Secretaria de Saneamento e Energia com vistas ao julgamento faltante, a respectiva Consultoria Jurídica dissentiu da declinação de competência ao argumento de que o processo administrativo disciplinar instaurou-se e tramitou na Secretaria do Meio Ambiente, onde o servidor acusado tinha exercício à época dos fatos. Reputou, nesse passo, inaplicáveis os artigos 297 e 298 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, na medida em que o julgamento não escapa à alçada do Secretário do Meio Ambiente. No mais, observou que nenhum parecer dos autos recomendara a cisão do ato decisório quanto aos quatro servidores acusados, razão por que propôs, afinal, o retorno do feito à Secretaria de origem (fls. 533/536 e 542/543).



3. A Chefia de Gabinete da Secretaria do Meio Ambiente redarguiu que a posição da Consultoria Jurídica da Secretaria de Saneamento e Energia contraria outras manifestações da Procuradoria-geral do Estado, segundo as quais “a competência para aplicar a penalidade ou, na mesma linha de raciocínio, absolver, seria da Secretaria que exerce o poder hierárquico sobre o servidor, que, diga-se, é aquela onde ele presta seus serviços, pois é nela que recebe as ordens relativas às suas atividades”. Propôs, assim, fosse ouvida a Consultoria Jurídica da própria Pasta sobre a questão (fls. 589/591).

4. Bem assim, no parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria do Meio Ambiente analisaram-se dois precedentes da Procuradoria Administrativa – os Pareceres PA n.º 116/2002 e n.º 422/2004 – para concluir que a competência decisória paira, na hipótese dos autos, sobre a figura do Secretário de Saneamento e Energia, chefe do órgão em que o servidor acusado tem exercício. A despeito disso, obtemperou o parecerista que o caso é peculiar e carece, dada a divergência, da avaliação pontual desta Especializada (fls. 593/602).

5. Por determinação da Subprocuradoria-geral do Estado - Consultoria, vêm-nos os autos para exame e parecer.

#### **Relatado o essencial, passamos a opinar.**

6. A competência para a apuração da responsabilidade funcional do servidor afastado é do órgão de exercício, já dizia o Despacho Normativo do Governador de 4 de janeiro de 1983<sup>1</sup>. Ao recuperar o parecer que preparou da chancela do Chefe do Executivo Estadual, a Procuradoria Administrativa tem endossado, em peças mais recentes<sup>2</sup> a tese de que a apuração do ilícito administrativo deve ocorrer onde o servidor, trabalhando, cometeu o delito: é, sobretudo, o melhor lugar para se conseguir as provas necessárias à instrução do feito.

7. Aqui, o local em que o servidor ainda não julgado exercia suas funções à época do entrevistado ilícito era, também, o local de sua lotação. A portaria de instauração do processo administrativo disciplinar (fls. 81/87) descreve fatos ocorridos na sede da Secretaria do Meio Ambiente no dia 20 de dezembro de 2006, ao passo que, da ficha funcional do servidor (fls. 459), extrai-se a informação de que seu afastamento para exercício na Secretaria de Saneamento e Energia teve início apenas em 23 de setembro de 2008.

---

1 Eis o teor desse despacho: “Tendo em vista a manifestação do Secretário do Estado-chefe da Casa Civil, bem como os pareceres PA-3 n.º 319/82, AJG n.º 846/82 e 1302/82, que aprovo, fica estabelecido que compete ao órgão de exercício a apuração da responsabilidade funcional do servidor afastado. Outrossim, visando à uniformização na Administração, dou à presente decisão caráter normativo” (D.O.E. de 5.1.1983)

2 Destaca-se, sobre essa específica questão, o Parecer PA-3 n.º 116/2002, aprovado parcialmente pelo Procurador-geral do Estado em 9 de junho de 2003.

8. Sem dúvida, portanto, este processo administrativo foi instaurado e teve curso em lugar próprio. Não – insistimos – por causa da lotação do servidor, mas em virtude, isto sim, do exercício de funções na Secretaria do Meio Ambiente. E o exercício que importa à fixação do órgão competente para a apuração do ilícito administrativo, como normatizou o Governador nos idos de 1983; decerto não o exercício atual, mas o do tempo da falta disciplinar.

9. A competência para julgar o acusado, ao contrário, determina-a a lotação do servidor quando do julgamento<sup>3</sup>. E isso vale ainda que, nesse momento, o funcionário tenha exercício em serviço ou repartição diferente daquela em que esteja lotado, porquanto o simples afastamento – tratamos, veja-se, de hipótese diversa das de transferência do servidor ou de redistribuição de seu cargo ou função – não esvazia o escalonamento hierárquico que o Estado desenhou, por lei, ao criar determinado quadro de pessoal.

10. É dizer: mesmo afastado, o servidor, dada a natureza transiente do afastamento<sup>4</sup>, conserva o vínculo com o cargo ou a função na origem, os quais, por sua vez, coordenam-se e subordinam-se uns aos outros, numa forma de organização do serviço público que se chama de *hierarquia*<sup>5</sup>. E o poder disciplinar, como sói apontar a doutrina, não é senão “decorrência da hierarquia”<sup>6</sup>, “correlato com o poder hierárquico”, donde a persistência do traço estrutural deste poder abre ensanchas ao exercício daquele outro<sup>7</sup>.

3 Consoante a advertência da então Subprocuradora-geral do Estado - Consultoria, FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, ao apreciar o Parecer PA-3 n.º 120/91, “o que o despacho normativo de 04.01.1983 atribui ao órgão de exercício (e mesmo assim se for legalmente o órgão de exercício) é a apuração da responsabilidade (...)” (destaques no original). É este, aliás, o ensinamento que MARCELO CAETANO extraiu do Direito português: “Temos, aqui, de distinguir, como já se disse, a competência para ordenar a instauração do processo (exercício da acção disciplinar) da competência para decidir o processo” (*Manual de Direito Administrativo*, tomo 2, 1ª ed. brasileira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1970, p. 762).

4 Dispõe o artigo 66 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo que, “Na hipótese de autorização do Governador, o afastamento só será permitido, com ou sem prejuízo de vencimentos, para fim determinado e prazo certo” (g.n.).

5 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 94

6 Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 34ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et. al. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 126.

7 Carlos Schmidt de Barros Júnior, em obra lapidar, ensina que, embora poder disciplinar e poder hierárquico não se confundam, são ambos manifestações de uma supremacia especial do Estado, a sujeitar, diferentemente dos poderes da soberania, apenas determinadas pessoas, sem vinculação específica territorial. O regime de repressão disciplinar costuma ser, entretanto, *hierárquico*, no sentido de que nele predomina o poder das autoridades administrativas, e não de órgãos independentes da Administração (*Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972).

11. Por outra banda, embora o servidor, no afastamento, possa igualmente estar sujeito a um poder superior de dar ordens e exercer vigilância sobre o serviço, não nos parece que essa hierarquia, por sua contextura tênue<sup>8</sup> e efêmera, determine a competência para decidir o procedimento disciplinar. Não, com maior razão, quando tal decisão implique a cominação de penas expulsivas ou profissionais, no sentido de atingirem o agente na sua própria situação funcional.

12. Sobretudo diante das hipóteses em que a lei obriga ao processo administrativo disciplinar – i.e. quando do ilícito possam resultar para o servidor as penas de demissão, simples ou qualificada, e de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade<sup>9</sup> – faz-se perceptível a inadequação da hierarquia do órgão de afastamento como ordenação legitimadora do pleno exercício do poder disciplinar. Cogita-se, nessas situações, de penas que dizem com a higidez da relação funcional mantida entre o agente público e o Estado, ainda que tal relação já haja sofrido a cesura da passagem do servidor à inatividade. Nada mais natural, portanto, que a decisão sobre a aplicação da pena seja proferida por autoridade do órgão em cuja estrutura abrigam-se o cargo ou a função preenchidos, no presente ou no pretérito, pelo acusado<sup>10</sup>.

13. Ficamos, então, em que a hierarquia de serviço, aquela que acompanha o servidor onde quer que esteja a exercer suas funções, ainda que afastado irregularmente para outra repartição<sup>11</sup>, presta-se tão só à definição da autoridade competente para a *instauração* do procedimento administrativo disciplinar.

O exame da competência para a *decisão* em matéria disciplinar tem de prender-se a uma noção mais estamental de hierarquia, à qual importam menos as relações pessoais momentâneas de subordinação, necessárias à execução de determinado serviço, que a organização burocrática e perene de cargos e funções<sup>12</sup>.

---

8 Dizemos tênue porque decorre puramente do serviço no órgão de afastamento, e não do cargo ou função em que, na origem, investiu-se o servidor.

9 O artigo 270 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo determina ser “obrigatório o processo administrativo quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa determinar as penas de demissão a bem do serviço público e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade”.

10 Evita-se com isso, por exemplo, que um Secretário de Estado demita servidor vinculado a outra Secretaria, deixando, nesta, um cargo vago.

11 O Parecer PA nº 124/1994, de autoria da Procuradora do Estado FÁTIMA FERNANDESA DE SOUZA GARCIA e aprovado pelo Procurador-geral do Estado em 20 de junho de 1994, concluiu que o fato de ter sido irregular o afastamento do servidor não inibe a aplicação do Despacho Normativo do Governador de 4.1.1983 no que toca à apuração da responsabilidade funcional.

12 *A diferença que aqui traçamos entre noções de hierarquia corresponde, grosso modo, à distinção de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que, apoiando-se em RENATO ÁLESE!, ora concebe a hierarquia como um “ordenamento hierárquico definido por lei”, ora como “relação pessoal, obrigatória, de natureza pública” (cf. op. cit., p. 96).*

14. Por tais razões, esta Especializada, quando trata de apontar a autoridade competente para o julgamento de procedimentos administrativos disciplinares, tem invariavelmente enxergado além do fato do exercício funcional. Trazemos a seguir alguns excertos de pareceres que, embora cuidando de hipóteses distintas daquela com que nos deparamos nestes autos, referem, não por acaso, ao órgão de lotação do servidor ou de classificação do cargo:

*“Uma vez apurados os fatos e determinada a responsabilidade ou não do servidor, a Comissão Processante daquela Secretaria deverá encaminhar o relatório com as conclusões à Secretaria de Estado da saúde onde o servidor está classificado, eis que a imposição de eventuais penalidades deverá ser decidida por seu superior hierárquico, a quem, em decorrência do poder disciplinar como desdobramento do princípio da hierarquia, e do art. 260 da Lei 10.261/68, compete o poder de aplicar as sanções estabelecidas em lei.”<sup>13</sup>*

*“Apurados os fatos e fixada a responsabilidade do servidor, os autos do processo deverão ser encaminhados, com o relatório da CPP, à Secretaria em que estiver o funcionário classificado, eis que a eventual imposição de penalidade deverá ser decidida pelo superior hierárquico, obedecidas as disposições do artigo 260, do Estatuto dos Funcionários Públicos. Tal decorre do princípio da hierarquia, do qual o poder disciplinar é um desdobramento”<sup>14</sup>*

*“No caso concreto, ora submetido a exame desta Procuradoria Administrativa, não há dúvida de que, diante da notícia de que teria ocorrido irregularidade no Departamento de Sementes, da Coordenadoria de Assistência Técnica Integral, da Secretaria da Agricultura, incumbe ao órgão onde ocorreram as supostas irregularidades a apuração. Caso, ao final, se verifique que o indiciado não mantém mais vínculo com o Estado, anota-se em prontuário a solução alvitrada. Caso mantenha vínculo estatutário, em outro órgão de lotação, encaminha-se o expediente ao respectivo superior hierárquico, para possível punição.”<sup>15</sup>*

*“Em remate, é de se concluir, na linha da orientação administrativa vigente, que a apuração da responsabilidade do servidor Julio César deverá ser promovida pela Unidade Processante Permanente da Secretaria onde foi praticada eventual falta disciplinar, enquanto que à Secretaria de origem cabe a aplicação da punição que for em tese cabível.”<sup>16</sup>*

15. Não se acha, em nenhum desses precedentes, ressalva ou admoestação no sentido de que eventual afastamento do servidor pudesse ter alguma implicação sobre a competência do órgão de origem para a decisão disciplinar. De afastamento em casos que tais a Procuradoria Administrativa tratou noutro parecer,

13 Parecer PA-3 n.º 78/1999, aprovado pelo Procurador-geral do Estado em 30 de junho de 1999, g.n.

14 Parecer PA-3 n.º 78/1999, aprovado pelo Procurador-geral do Estado em 30 de junho de 1999, g.n.

15 Parecer PA n.º 326/2002, aprovado parcialmente pela Subprocuradora-geral do Estado - Consultoria em 15 de dezembro de 2003, por delegação do Procurador-geral do Estado, g.n.

16 Parecer PA n.º 74/2005, aprovado pela Subprocuradora-geral do Estado - Consultoria em 28 de março de 2005, por delegação do Procurador-geral do Estado, g.n.

copiado nestes autos (fls. 545/550), mas que, pensamos, não nos pode servir de paradigma: é que ali se cogitava de “duplo vínculo” do servidor com o Estado – como se lê, de começo, no segundo parágrafo do relatório – e não, propriamente, do afastamento previsto no Estatuto.

16. Se mais vale o que se acostou nos autos, deve preponderar, *mutatis mutandis*, a conclusão do Parecer PA n.º 422/2004 (fls. 577/588), o qual endossou conclusão da Chefia da Assessoria Jurídica do Governo de que, “com relação à aplicação de eventual penalidade, que encontra embasamento no poder hierárquico, a competência será deslocada para a Pasta (...) à qual se encontra atualmente vinculada a servidora” (fls. 575). A pedra de toque, mais uma vez, é a vinculação, que não muda quando o acusado afasta-se de seu cargo ou de sua função para ter exercício provisório noutro lugar do complexo estatal.

17. Segue-se que, mesmo afastado, o servidor da Secretaria do Meio Ambiente há de ser nela julgado pela falta disciplinar que se diz ter cometido, malgrado as respeitáveis ponderações da Consultoria Jurídica da Pasta.

É o nosso parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2011.

DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR  
Procurador do Estado  
OAB/SP n.º 245.540

**PROCESSO:** SMA Nº 34/2007 ( 1000726-334659/2008)

**INTERESSADO:** GABINETE DO SECRETÁRIO E ASSESSORIAS DA SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE.

### **PARECER PA nº 21/2011**

De acordo com o Parecer PA nº 21/2011, o qual, na senda da orientação já assentada pela superior hierarquia da Instituição, conclui que, na hipótese de servidor afastado de seu órgão de classificação, que venha a responder por suposta falta disciplinar no órgão de exercício transitório, (I) a competência para instauração do procedimento disciplinar é da autoridade do local de ocorrência do fato a ser investigado; (II) a competência para decisão do respectivo procedimento é da autoridade competente do local de origem do servidor afastado.

Por outro lado, saliento duas situações peculiares que foram argutamente anotadas no Parecer PA nº 21/2011. São elas:

a) o precedente encartado às fls. 545/560 não cuida de servidor afastado de uma Pasta que, no período, vem a cometer suposta falta em outra localidade. Ali se cuida de averiguar a regularidade de dois vínculos simultâneos, entre 1987 e 1996 (eventual acumulação ilegal), entretidos entre um mesmo servidor e o Estado. Um desses vínculos, o primeiro, constituído com a Secretaria da Saúde (fls. 545, segundo parágrafo, letra 'a' do Parecer PA-3 nº 116/2002) e o outro, com a FUNAP – Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso, entidade então vinculada à Secretaria da Justiça (fls. 545, segundo parágrafo, letra 'c' do Parecer PA-3 nº 116/2002). A eventual acumulação indevida, se caracterizada, seria a partir do segundo vínculo, no ente da Secretaria da Justiça, lugar em que o interessado era empregado e local onde teria exercício;

b) no caso concreto em análise, a *conduta merecedora de apuração ocorreu no âmbito da Secretaria do Meio Ambiente e foi imputada a ocupante de função-atividade daquela mesma Pasta*, razão pela qual a competência para determinar instauração do procedimento disciplinar e para julgamento do mesmo estão concentradas no Titular do Meio Ambiente.

Transmitam-se os autos ao Subprocurador-geral do Estado - área da Consultoria

PA, em 02 de março de 2011.

MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES  
Procuradora do Estado  
Chefe da Procuradoria Administrativa  
OAB nº 79.413

**PROCESSO: SMA nº 34/2007 - volumes 1, 2 e 3**

**GDOC 1000726-334659/2009**

**INTERESSADO: Marcio Rogério da Silva e outros**

**ASSUNTO: Sindicância relativa à defesa de bens patrimoniais**

O Parecer PA nº 21/2011 (fls.606/613), aprovado pela Chefia da Especializada (fls.614/615), examinou questão pertinente à competência para decisão em sede de procedimento punitivo, no caso de afastamento do servidor para ter exercício em outro órgão. Concluiu que:

a) a competência para instauração do procedimento disciplinar é da autoridade do órgão de exercício do servidor;

b) a competência para decisão do respectivo procedimento punitivo é da autoridade competente do órgão de classificação do servidor afastado;

c) o simples afastamento não esvazia o escalonamento hierárquico que o Estado desenhou, por lei, ao criar determinado quadro de pessoal;

d) há precedentes (Pareceres PA-3 nº 124/94, PA-3 nº 78/1999, PA nº 326/2002, PA nº 74/2005, bem como PA nº 422/2004), que, embora cuidem de hipóteses distintas, referem-se ao órgão de classificação do servidor para decisão a respeito da imposição de penalidades pela autoridade competente. O que se deve considerar é a vinculação do servidor, *“que não muda quando o acusado afasta-se de seu cargo ou de sua função para ter exercício provisório noutra lugar do complexo estatal.”* (item 16)

e) no caso concreto em análise, o processo foi instaurado na Secretaria do Meio Ambiente (fls.67), sendo do Titular da Pasta a competência para julgamento do servidor afastado, vale dizer, *“mesmo afastado, o servidor da Secretaria do Meio Ambiente há de ser nela julgado pela falta disciplinar que se diz ter cometido.”* (item 17)

Com amparo da Resolução PGE-11, de 09/02/2007, aprovo o Parecer PA nº 21/2011.

Restituam-se os autos à Secretaria do Meio Ambiente, por intermédio de sua Consultoria Jurídica, para as providências de sua alçada.

SubG. Cons. Geral, aos 12 de agosto de 2011.

ADALBERTO ROBERT ALVES  
Subprocurador-Geral do Estado  
Área da Consultoria-Geral

## Consultoria

### 57) Previdência social. Vantagem pecuniária. Prêmio de incentivo à produtividade e qualidade - PIPQ.

Contribuição Previdenciária. Natureza tributária. Estrita legalidade. Lei federal nº 9.717/98 com a redação dada pela Lei federal nº 10.887/2004. Lei Complementar estadual nº 1.012/2007. PIPQ. Lei Complementar estadual nº 907/2001, alterada pela Lei Complementar estadual nº 1.028/2007. Benefício parcialmente incorporável para fins de aposentadoria. Parcela não incorporável também sujeita à incidência dos descontos previdenciários (artigo 12). Emenda Constitucional nº 41/2003. Caráter solidário do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos. Contribuição previdenciária que leva em conta a relação custo/benefício desatrelada, porém, da exata proporcionalidade aventada pelo interessado. Precedentes: Pareceres PA nº 169/2008 e PA nº 109/2010. (Parecer PA nº 04/2011 - Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral em 01.08.2011)

### 58) Servidor público. Procurador do estado. Férias.

Tempo de serviço prestado perante a Justiça Federal. Exoneração a

pedido. Férias proporcionais indenizadas pela União, nos termos do artigo 78, § 3º, da Lei Federal nº 8.112/90. Interrupção da contagem do período aquisitivo. Requerimento de averbação do tempo de serviço federal para complementação de período aquisitivo de férias e sua fruição junto à Procuradoria Geral do Estado. Impossibilidade de cômputo de tempo de serviço prestado a outros Poderes para o fim almejado. Precedente: Parecer PA-3 nº 143/97. Pareceres PA nº 169/2008 e PA nº 109/2010. (Parecer PA nº 06/2011 - Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral em 01.08.2011)

### 59) Complementação de aposentadoria.

Benefício indevidamente concedido a ex-empregado da DERSA admitido na empresa após a vigência da Lei Estadual nº 200, de 13 de maio de 1974. Omissão dos dirigentes da empresa em anular o ato indevido dentro do prazo e observando todas as formalidades da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998. Prática do ato de anulação após o transcurso do prazo decenal. Direito patrimonial disponível. De qualquer sorte, o transcurso do prazo decadencial previsto na Lei Estadual nº 10.177/1998 não impede o ajuizamento de ação de anulação no prazo prescricional



do Código Civil, conforme entendimento aprovado nos Pareceres PA n°s 148/2009 e 163/2009. Proposta de encaminhamento de cópia dos autos à CGA – Corregedoria-geral da Administração. (Parecer PA n° 10/2011 - Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral em 14.07.2011)

### **60) Contagem de tempo. Certidão. Previdência social.**

Nos termos da Portaria Ministerial MPS n° 154, de 15 de maio de 2008, o órgão de origem do servidor deverá consignar na Certidão de Tempo de Contribuição - CTC as informações elencadas no artigo 6° da Portaria em causa “à vista dos assentamentos funcionais do servidor”, devendo ainda especificar, em relação aos dados certificados, a respectiva “fonte de informação”. Quando o contido nos registros funcionais do servidor for insuficiente para identificar com precisão algum dado que deva constar da CTC, o funcionário emitente da certidão não pode simplesmente inventar os dados faltantes, sem louvar-se em nenhum embasamento documental. (Parecer PA n° 13/2011 Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 26.08.2011)

### **61) Identificação de função de chefia. Lei de Responsabilidade Fiscal. Eleições.**

Análise em tese da situação em razão do início de novo ano orçamentário e da posse de novo Chefe do Poder Executivo. A identificação de fun-

ção de chefia para fins de pagamento de “pro labore” é possível mediante a edição de decreto desde que não ocasiona aumento de despesa e se destine a uma unidade administrativa que necessite de comando para servidores de determinada carreira que lá atuem. Artigo 37, inciso V e artigo 84, inciso VI, letra “a”, da Constituição Federal, e artigo 47, inciso XIX, letra “a”, da Constituição Bandeirante. Escrivão de Polícia-chefe. Valor do benefício fixado no artigo 7° da LCE n° 731/93, alterado pela LCE n° 1.064/2008. Valor que pode ser absorvido pela dotação orçamentária do ano de sua edição. Observância do disposto no artigo 169, § 1°, incisos I e II, da Constituição Federal, e dos dispositivos da Lei Complementar federal n° 101/2000. Possibilidade em ano eleitoral frente ao disposto no artigo 73, inciso V, letra “a”, da Lei federal n° 9.504/97, observado o artigo 21, parágrafo único, da LRF. Precedentes: Pareceres PA n° 287/2002, PA n° 147/2007, PA n° 148/2007, PA n° 118/2009, PA n° 76/2010 e PA n° 135/2010. (Parecer PA n° 15/2011 - Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado - Área da Consultoria-Geral em 02.08.2011)

### **62) Serviço público. Terceirização.**

Serviço de assistência médico-hospitalar. Credenciamento de hospitais gerais para atuação em apoio às atividades do Hospital do Servidor Público Estadual. Análise dos pressupostos da terceirização do serviço. Possibilidade, em tese. Aperfeiçoamento da instrução dos autos. Precedentes: Pa-

recer SUBG. CONS. 17/2002 e PA nº 69/2002. CREDENCIAMENTO: viabilidade desde que alterada a minuta para prever a escolha do prestador do serviço pelo credenciado e para permitir a possibilidade de permanente ou, ao menos, periódico credenciamento de novos interessados. (Parecer PA nº 22/2011 - Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral em 29.07.2011)

### **63) PA nº 23/2011 - constitucionalidade. Produção e consumo. Direito à saúde.**

Lei Estadual nº 14.274, de 16 de dezembro de 2010, que dispõe sobre a rotulagem de produtos transgênicos no Estado de São Paulo. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição integral de veto oposto pelo Governador. Violação do artigo 24 e parágrafos da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o STF. (Parecer PA nº 23/2011 - Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto respondendo pelo Expediente do Procurador-Geral do Estado em 19.07.2011)

### **64) Remuneração.**

“Teto” constitucional - Sendo a SPPREV uma autarquia estadual, aplica-se-lhe o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, independentemente de qualquer discussão a propósito da natureza das receitas intraorçamentárias que venham a suportar suas despesas de custeio.

Tratando-se de situações constituídas após a publicação da E.C. nº 41/2003, já que a SPPREV só veio a ser criada por lei editada em 2007, todas as espécies remuneratórias pagas a servidores ativos, quer estejam ou não em regime de acumulação, bem como todos os valores pagos a inativos a título de proventos e de remuneração, deverão ser somados, para fins de aplicação do “teto” previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal; para esta finalidade deve ser observado o maior valor de teto que for aplicável em cada caso. Os valores percebidos em decorrência de participação em órgãos de deliberação coletiva da SPPREV devem ser considerados como vantagem remuneratória para fins de aplicação do “teto” estabelecido no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. (Parecer PA nº 27/2010 - Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral em 25.08.2011)

### **65) Administração indireta.**

Proposta de concessão de “vantagem de caráter pessoal” a ex-empregados do Banco Nossa Caixa S.A. que foram integrados ao Quadro Permanente Especial da Nossa Caixa Desenvolvimento - Agência de Fomento do Estado de São Paulo. Forma de investidura em emprego público que deve estar respaldada na comprovada ocorrência de sucessão trabalhista, sob pena de afronta ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. Compensação remuneratória em razão da impossibilidade de manutenção de contribuição direta a entidade de previdência comple-

mentar fechada em que a AFESP não é patrocinadora. Destinação que não descaracteriza a natureza salarial da vantagem. Solução que contraria disposições constitucionais (artigo 202, §§ 20 e 30, da Constituição Federal), impingindo natureza salarial a benefício que não a detém e prevendo o aporte de recursos em entidade previdenciária na qual a Nossa Caixa Desenvolvimento não é patrocinadora. Direito que não pode ser computado ou retribuído como remuneração em valor igual à contribuição do patrocinador/empregador. Inadequação da vantagem para os fins pretendidos. Prejudicada a análise à luz das disposições da Lei Eleitoral e da Lei de Responsabilidade Fiscal. (Parecer PA nº 33/2011 - Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 21.06.2011)

#### **66) Servidor público. Contagem de tempo de serviço.**

Requerimento de inclusão, para todos os fins, do período em que o Interessado foi aluno-aprendiz do Serviço Nacional da Indústria - SENAI, no curso de mecânico-geral (04/08/1975 a 30/06/1977). Fundamento na Súmula nº 96, do Tribunal de Contas da União e no artigo 1º e parágrafo único, da Lei Complementar nº 437/85. Impossibilidade. Inexistência de vínculo funcional. Falta de amparo legal para atendimento do pedido. Precedentes: PA-3 nº 211/1990, nº 302/1992, nº 163/1999, nº 106/2000, PA nº 305/2003 e nº 136/2005. (Parecer PA nº 36/2011 - Aprovado pelo Subpro-

curador-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral em 01.08.2011)

#### **67) Inconstitucionalidade. Lei municipal. Drogarias e farmácias. Venda de alheios.**

Lei Municipal nº 2.322/2004 de Paraguaçu Paulista que autoriza e regula a venda de mercadorias alheias e serviços estranhos às atividades sanitárias em farmácias e drogarias. Inconstitucionalidade, por ofensa aos artigos 24, XII da Constituição Federal e 144 da Carta Estadual. Precedente analisado nos Pareceres PA nº 277/2007, que examinou lei estadual de teor similar (Lei nº 12.623/2007), PA nº 146/2009, que examinou Lei nº 6367/2006 do Município de Araraquara, de conteúdo parecido, e PA nº 130/2010 que analisou a Lei nº 2.547/2005 do Município de Pedreira, de conteúdo muito assemelhado. Proposta de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça do Estado. Minuta de ADIN. (Parecer PA nº 57/2011 - Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto respondendo pelo Expediente do Procurador-Geral do Estado em 14.07.2011)

#### **68) Concessão. Rodovia.**

Determinação do Poder Concedente para implantação de Praça de Pedágio em Mogi Mirim, procedendo-se à desconcentração tarifária na Praça de Pedágio de Jaguariúna. Discussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Questão analisada no Parecer PGE/CONS. nº 146/2010.

Pedido de reexame formulado pela interessada. Análise da licitação prece-dente. Pré-qualificação. Esclarecimen-tos prestados depois de encerrada a fase de pré-qualificação. Alteração de regras do edital com repercussão na elaboração das propostas. Modificação de obrigações relativas à implantação de praça de pedágio. Inexistência de republicação do edital. A mera comunicações aos licitantes pré-qualificados não supre a falha. Violação ao artigo 21, § 4º, da Lei de Licitações. Não observância dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, publicidade, competitividade, igualdade, entre outros. Alteração do edital que, ademais, foi determinada pelo DER, ente contratante, sem a anuência do Poder Concedente. Invalidez. Nulidade da licitação precedente que conduz à nulidade do contrato. Prazo de invalidação previsto no artigo 10, inc. I, da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998. O transcurso do prazo decenal para invalidação administrativa não impede o ajuizamento de ação para esse fim até 10 de janeiro de 2013, conforme entendimento as-sentado nos precedentes Pareceres PA nº 148/2009 e 163/2009. (Parecer PA nº 58/2011 - Aprovado pelo Procura-dor-Geral do Estado em 28.07.2011)

### 69) Licitação.

Contração de projetos básicos e obras e serviços de engenharia e arquitetura. Determinação do Decreto Estadual nº 56.565, de 22 de dezembro de 2010, para que sejam adotados os tipos licitatórios de melhor técnica

ou de técnica e preço. O decreto não impede a contratação com dispensa de licitação nas hipóteses em que ela é cabível. Inexiste impedimento para que seja realizada licitação na modalidade convite mediante a utilização dos tipos melhor técnica e técnica e preço. Exegese do artigo 45, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. (Parecer PA nº 69/2011 - Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto respondendo pelo Expediente do Procurador-Geral do Estado em 19.07.2011)

### 70) Serviço público. Concessão. Rodovias. Bem público. Uso privativo.

Serviços complementares. Receitas alternativas a favor da concessionária. Possibilidade de a concessionária explorar comercialmente projetos associados compatíveis com o plano de negócios e o regulamento da concessão, previamente autorizada pelo Poder Público. Os contratos firmados pela concessionária para implemento de atividades acessórias ou complementares ao serviço concedido são regidos pelo direito privado, prescindindo da realização de procedimento licitatório. Artigos 11, 25, §§ 1º e 2º, e 31, parágrafo único, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Inexistência de violação aos princípios constitucionais regedores da Administração Pública, notadamente ao da igualdade. FAIXA DE DOMÍNIO DAS RODOVIAS. Informação de que o posto de serviços seria instalado no “canteiro central” da rodovia. Questão da utilização da faixa de domínio. Cautelas a serem observadas. (Parecer PA nº 78/2011 - Apro-

vado pelo Procurador-Geral do Estado em 11.08.2011)

### **71) Serviço público. Concessão. Rodovias.**

Pedágio. Isenção de pagamento para veículos oficiais. Pleito de isenção formulado por órgão federal. Análise do tema à luz dos editais da Primeira e da Segunda Fase do Programa Estadual de Concessões de Rodovias. Veículos utilizados pela Polícia Federal. Exegese do artigo 29, inciso VII, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro. Isenção que alcança veículos policiais em serviço de urgência, com sinais sonoros e luminosos acionados. Impossibilidade de aplicação extensiva da norma para assegurar o direito a veículos que não atendam a esses requisitos. Portaria ARTESP nº 24, de 7 de dezembro de 2004. Desconformidade da portaria com os editais da Primeira Fase do Programa de Concessões Rodoviárias. Negativa de isenção para veículos oficiais que a ela teriam direito, nos termos dos editais e do contrato. Desequilíbrio da equação econômico-financeiro a favor da Administração Pública. Proposta de adoção de providências para retomada desse equilíbrio com redução das tarifas, diminuição do prazo de concessão e/ou aumento do ônus fixo. Sistema eletrônico de cobrança de pedágio - Sem Parar. Reiteração do entendimento constante do Parecer PA nº 111/2009. (Parecer PA nº 82/2011 - Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 11.08.2011)

### **72) PA nº 83/2011 - contrato administrativo.**

Prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias e edifícios. Cobertura de um posto designado junto à Delegacia Seccional de Polícia de Ourinhos, com jornada de 12 (doze) horas, diurno, de segunda a sexta-feira. Alegação, após 40 (quarenta) dias da assinatura do contrato, de alteração do ajuste para inclusão de mais um funcionário, para cumprimento do Comunicado expedido pelo Ministério do Trabalho e Emprego aos representantes de edifícios e condomínios residenciais, comerciais e mistos e administradoras, e da Convenção Coletiva de Trabalho - 2010/2011, que vedam a prática de jornada de 12 (doze) horas consecutivas, impondo o limite legal da jornada diária de 8 (oito) horas. Edital, projeto básico e contrato lastreados no Cadterc, versão janeiro/2010. Consulta da Administração a respeito da possibilidade de alteração do contrato para adequação de seus termos às orientações Cadterc, versão janeiro/2011 e ao Comunicado e Convenção Coletiva. Inviabilidade. O Comunicado e a Convenção Coletiva são preexistentes à instauração da licitação e ao oferecimento das propostas. Edital não impugnado. Fato previsível. Faculdade mantida, tanto pelo Comunicado quanto pela Convenção Coletiva, do cumprimento da jornada de 12 (doze) horas, com intervalo de 36 (trinta e seis) horas de descanso. Contratação de um posto de trabalho e não de um trabalhador específico. Pela

manutenção do contrato em todos os seus termos, que deverá ser fielmente executado pela contratada. Precedentes: Pareceres PA-3 n° 76/97, PA n° 256/2000 e PA n° 298/2007. (Parecer PA n° 83/2011 - Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral em 25.08.2011)

**73) Servidor. Procurador do Estado. Licença prêmio. Conversão em pecúnia.**

Exegese dos artigos 2° e 5° da Lei Complementar Estadual n° 1.113, de 26 de maio de 2010. Possibilidade de conversão em pecúnia a partir de 1° de junho de 2010 dos blocos de licença-prêmio vencidos a partir de 18 de dezembro de 2008. (Parecer PA n° 102/2010 - Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 02.08.2010)

**74) Fundo estadual de defesa dos interesses difusos FID. Contratação de técnicos com recursos do fundo.**

Impossibilidade. Os recursos do FID não podem ser utilizados para a contratação de técnicos especializados para fazer a gestão e o acompanhamento de projetos de reparação dos danos aprovados por seu Conselho Gestor. Se necessária a presença desses técnicos, devem ser criados, por lei, cargos na Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, devendo o procedimento de admissão cumprir todos os preceitos constitucionais e legais aplicáveis à espécie, especialmente a regra do concurso público previsto no artigo 37, inciso II da Constituição Federal. Com

vistas a possibilitar o correto desempenho das funções do FID, ele pode firmar convênios ou Termos de Cooperação com Órgãos da Administração Direta e Indireta, nos termos do artigo 6°, inciso IV da Lei n° 6.536/89, com redação dada pela Lei n° 13.555/2009. (Parecer PA n° 105/2011 - Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 22.08.2011)

**75) Servidor público.**

Inexistência de Centro de Convivência Infantil na Unidade Hospitalar. Pedido de pagamento de auxílio-creche. Inexistência de previsão legal. Impossibilidade. Precedente: Aditamento da Chefia ao Parecer PA-3 n° 74/97. (Parecer PA n° 154/2009 - Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjuvado respondendo pelo Expediente do Procurador-Geral do Estado em 18.07.2011)

**76) Servidor público.**

Regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Contratos de trabalho por prazo determinado firmados antes e depois da Constituição de 1988. Prorrogações contínuas desses contratos. Indeterminação do prazo de sua vigência. Afronta, em relação aos posteriores à Constituição, ao princípio do concurso público. Possibilidade, em relação aos anteriores, de que os servidores contratados hajam alcançado a estabilidade de que trata o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de acordo com os precedentes Pareceres PA-3 n° 128/90,

nº 293/90 e nº 262/1991. Reiteração das conclusões dos Pareceres PA nº 262/2002 e nº 64/2010. (Parecer PA nº 180/2010 - Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral em 18.07.2011)

**77) Servidor público. Procurador do Estado. Licença prêmio. Conversão em pecúnia.**

Leis Complementares nº 1.080/2008 e nº 1.113/2010. Obediência ao princípio da legalidade. Pedido de conversão em pecúnia de 30 (trinta) dias de licença-prêmio. Pelo indeferimento. Procurador do Estado aposentado antes da edição da LC nº 1.113/2010, que estendeu este direito aos integrantes da carreira e, ainda, em face da intempestividade do pedido, pois apresentado a menos de 3 (três) meses do mês de aniversário do Interessado, descumprindo o artigo 56, § 1º, '2', da Lei Complementar nº

1.080/2008. Precedentes: (Pareceres PA nº 1011/2010, nº 2091/2009, nº 2291/2008 e PA-3 nº 189/1994 e nº 435/1989. PA nº 192/2010 - Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 25.08.2011)

**78) PA nº 196/2010 - servidor público.**

Reintegração. Contagem e averbação de tempo de serviço. Direito subjetivo do servidor. Período compreendido entre o desligamento e o retorno ao cargo que deve ser considerado como tempo de serviço para todos os efeitos, inclusive para fins de concessão de adicionais e aposentadoria. Precedentes: Pareceres PA nº 98/200 I e nº 253/2003. Necessidade de exercício efetivo suprida pelo ato de reintegração. (Parecer PA nº 196/2010 - Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral em 18.07.2011)



## Contencioso Geral

**79) Competência - Ação ambiental** - Construção em área de preservação permanente - Competência da justiça estadual, ainda que tenha ocorrido em manguezal ou área de preservação permanente na zona costeira da mata atlântica - Interesse da União - Inexistência - Competência firmada pelo artigo 2º, da Lei Federal n. 8347/85 - Recurso não provido. (Apelação / Reexame Necessário n. 0011109-09.2002.8.26.0562 - Santos - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: Ricardo Cintra Torres de Carvalho - 30/06/2011 - 7156 - Unânime).

**80) Litisconsórcio necessário - Ação ambiental** - Pretendida inclusão na lide de proprietários da área, que não praticaram qualquer dano - Descabimento - Estabelecimento de litisconsórcio facultativo entre obrigados solidários à recomposição do dano - Recurso parcialmente provido (Apelação / Reexame Necessário n. 0011109-09.2002.8.26.0562 - Santos - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: Ricardo Cintra Torres de Carvalho - 30/06/2011 - 7156 - Unânime).

**81) Cominatória - Obrigação de não fazer** - Construção em área de preservação permanente - Dever municipal de regulamentar e disciplinar a ocupação do solo - Construções irregularmente erigidas que devem ser desfeitas e recuperada a área - Permanência dos moradores até realocação

pela Prefeitura - Inadmissibilidade - Recurso parcialmente provido. (Apelação / Reexame Necessário n. 0011109-09.2002.8.26.0562 - Santos - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: Ricardo Cintra Torres de Carvalho - 30/06/2011 - 7156 - Unânime).

**82) Mandado de segurança - Liminar** - Impetração visando à expedição de certidão de uso e ocupação do solo, nos termos do artigo 10, § 1º, da Resolução n. 237/97, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) - Necessidade para fins de implantação de unidade prisional - Existência de direito líquido e certo - Obrigação do Município na emissão do documento - Liminar deferida - Recurso provido. (Apelação n. 990.10.531737-5 - Leme - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: Otávio Henrique de Sousa Lima - 02/06/2011 - 20910 - Unânime).

**83) Ilegitimidade “Ad Causam” - Ação civil pública** - Meio Ambiente - Construção em área de preservação permanente, às margens de reservatório de água - Obrigação de fazer e de não fazer - Alegação de responsabilidade de terceiros pela ocorrência de dano ambiental - Desacolhimento - Responsabilidade ambiental que é objetiva e solidária - Hipótese em que irrelevante a presença de dolo ou culpa, bastando a existência da degradação e a autoria - Preliminar de ilegitimidade de parte rejeitada. (Apelação n. 990.10.488905-7 - Bragança Paulista - Câmara Reservada ao Meio Ambiente



- Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro - 02/06/2011 - 11623 - Maioria de votos com voto declarado).

**84) Prova - Produção** - Ação civil pública - Meio Ambiente - Construção em área de preservação permanente, às margens de reservatório de água - Obrigação de fazer e de não fazer - Julgamento antecipado da lide - Alegação de cerceamento de defesa e do princípio do contraditório ante a não realização de prova pericial - Desnecessidade - Renovação da prova pré-constituída - Ação civil pública antecedida por inquérito civil público - Suficiência de provas a comprovar a infração ambiental - Incidência do princípio da livre convicção do Juiz - Preliminar rejeitada. (Apelação n. 990.10.488905-7 - Bragança Paulista - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro - 02/06/2011 - 11623 - Maioria de votos com voto declarado).

**85) Ação civil pública - Meio Ambiente** - Construção em área de preservação permanente, às margens de reservatório de água - Obrigação de fazer e de não fazer - Município de Bragança Paulista - Obrigatoriedade de prévia autorização dos órgãos competentes para intervenção na referida área - Artigo 4º da Lei Federal n. 4771/65 - Ausência de apresentação das autorizações - Necessidade de desfazimento/demolição das construções irregularmente erigidas, devendo a área ser recuperada - Ocorrência, ainda, de devastação da área à margem de

represa - Não observância da faixa de 100 metros, de acordo com o artigo 2º do Código Florestal e artigo 3º da Resolução do CONAMA n. 302/02 - Laudo dos órgãos responsáveis e do Assistente técnico do Ministério Público em desfavor dos apelantes - Responsabilidade objetiva dos infratores para se impor o dever de reparar o dano causado - Artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, e do artigo 14, § 1º da Lei n. 6938/81- Impossibilidade de denúncia da lide - Ação procedente - Recursos desprovidos. (Apelação n. 990.10.488905-7 - Bragança Paulista - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro - 02/06/2011 - 11623 - Maioria de votos com voto declarado).

**86) Recurso - Agravo de instrumento** - Precedentes embargos de declaração opostos contra decisão interlocutória - Rejeição - Pretendido aproveitamento do prazo do artigo 525, do Código de Processo Civil - Descabimento - Preclusão lógica e temporal - Rediscussão da matéria - Inadmissibilidade - Recurso não conhecido. (Agravo de Instrumento n. 990.10.250795-5 - São José do Rio Preto - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Raymundo Amorim Cantuária - 14/06/2011 - 14832 - Maioria de votos com voto declarado).

**87) Processo administrativo - Funcionário público** - Servidor afastado das suas funções durante processo disciplinar em decorrência de ato nulo - Restituição “in integrum”, com

reintegração funcional do servidor afligido pelo afastamento, mas também com o reconhecimento do direito a todos seus vencimentos e vantagens funcionais, porque o ato nulo é qual se fora inexistente - Provimento parcial da remessa obrigatória e da apelação da Fazenda do Estado de São Paulo para determinar que a base de cálculo da vantagem da sexta-parte do autor inclua os valores pagos sob as rubricas de regime especial de trabalho policial, adicional de local de exercício e gratificação por atividade de polícia - Recurso adesivo do autor desprovido. (Apelação n. 0042964-14.2008.8.26.0071 - Bauru - 11ª Câmara de Direito Público - Relator: Ricardo Henry Marques Dip - 20/06/2011 - 25205 - Unânime).

**88) Competência - Ação Civil Pública** - Obrigação de não fazer obras e de fazer - Restauração e preservação de prédio de valor cultural justificador de tombamento - Competência recursal - Artigo 1º da Resolução n. 240/2005 deste Tribunal - Criação da Câmara Especial do Meio Ambiente - Competência para feitos de natureza civil e medidas cautelares que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente, independentemente de a pretensão se mostrar de ordem constitutiva, meramente declaratória ou de condenação a pagamento de quantia certa ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer - Reconhecimento da competência da Câmara Especial. (Apelação n. 0881905.5/4-00 - São Vicente - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Re-

lator: Antonio Celso Aguilar Cortez - 21/07/2011 - 2753/11 - Unânime).

**89) Ação civil pública - Meio Ambiente** - Obrigação de não fazer obras e de fazer - Restauração e conservação de imóvel próximo a outro objeto de tombamento, como bem de valor cultural e histórico - Inviabilidade, todavia, da preservação do referido imóvel - Bem praticamente desmoranado pela ação do tempo, em escombros - Ausência de amparo legal para impor à proprietária a obrigação de restaurar esse prédio depredado, deteriorado, não tombado, objeto de descaso, não apenas dela, mas principalmente do Poder Público - Concessão de permissão para edificações de grande porte na área envoltória, inclusive ao lado do imóvel objeto desta ação - Comprometimento, assim de sua estrutura, agravado por intempéries, ação de cupins e vandalismo - Demonstração, ademais, de que a construção em questão nunca despertou o interesse dos competentes órgãos administrativos para proteção como patrimônio histórico ou cultural, inexistindo, afinal, a possibilidade de reposição dos materiais aplicados à época e, hoje, inexistentes no mercado da construção civil - Ação improcedente quanto ao mérito - Ação cautelar incidental prejudicada - Recurso desprovido, alterada a fundamentação da sentença. (Apelação n. 0881905.5/4-00 - São Vicente - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez - 21/07/2011 - 2753/11 - Unânime).

**90) Multa fiscal - Auto de infração** - Questão ambiental - Edificação em área de preservação permanente à margem de rio - Petição inicial indeferida na sentença - Insurgência - Alegada preclusão - Desacolhimento - Pressupostos processuais não precluem e podem a qualquer tempo ser objeto de exame - Multa pela infração ambiental mantida - Recurso improvido. (Apelação n. 0000345-67.2009.8.26.0416 - Panorama - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: João Negrini Filho - 02/06/2011 - 9134 - Unânime).

**91) Recurso - Apelação** - Efeitos - Ação civil pública - Sentença de improcedência - Recebimento da irresignação no duplo efeito - Manutenção do bloqueio de bens firmado em sede cautelar - Incompatibilidade da subsistência da liminar com a decisão proferida - Descaracterização do pressuposto de plausibilidade do direito, insito às providências de cunho cautelar, com a improcedência do pedido - Artigo 14 da Lei n. 7347/85 - Recebimento da apelação em ambos os efeitos, não restabelece, por si só, a tutela antecipatória

concedida “initio litis” - Desbloqueio dos bens autorizado - Recurso provido para este fim. (Agravo de Instrumento n. 0585203-24.2010.8.26.0000 - Diamema - 5ª Câmara de Direito Público - Relator: José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino - 04/07/2011 - 21387 - Unânime).

**92) Ação civil pública - Improbidade administrativa** - Utilização de recursos ligados à saúde para despesas diversas - Inexistência de favorecimento, desvio ou superfaturamento - Ausência de lesão ao erário decorrente de ato de má-fé - Inocorrência de improbidade - Recurso do autor provido, do Ministério Público e da Municipalidade não providos. (Apelação n. 0002949-10.2007.8.26.0274 - Itápolis - 12ª Câmara de Direito Público - Relator: Venicio Antonio de Paula Salles - 20/07/2011 - 11377 - Unânime).

**Fonte:** Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Boletim Informativo da Seção de Direito Público*, Julho e Agosto de 2011.

## Contencioso Tributário-Fiscal

**93) Crédito Tributário - Suspensão** - Oferecimento de carta de fiança bancária - Admissibilidade - Juízo garantido - Crédito sequer inscrito na dívida ativa - Liminar que suspendeu a exigibilidade do crédito mantida - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 0039807-47.2011.8.26.0000 - São Paulo - 2ª Câmara de Direito Público - Relator: Lineu Bonora Peinado - 14/06/2011 - 21381 - Unânime).

**94) Imposto - Transmissão de bens** - “Causa mortis” - Valor da participação acionária de empresa em conglomerado industrial - Ação para a desconstituição da diferença exigida pelo Fisco a título de ITCMD - Base de cálculo - Valor que deve corresponder ao valor patrimonial das quotas e este deve ser caracterizado como resultado da divisão do patrimônio líquido pelo número de quotas - Fazenda Pública que não está adstrita ao valor declarado pelos herdeiros - Ações de sociedade anônima, com valor real conhecido - Artigos 11 e 14 da Lei n. 10705/2000 - Ação improcedente - Recurso desprovido. (Apelação n. 990.10.273353-0 - Itu - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: José Antonio de Paula Santos Neto - 13/06/2011 - 1679 - Unânime).

**95) Exceção de Pré-Executividade - Execução fiscal** - Crédito Tri-

butário - Prescrição - Viabilidade do reconhecimento nesta espécie processual, desde que não haja necessidade de dilação probatória e seja verificável de plano - Questão de ordem pública, passível de reconhecimento “ex officio” - Validade - Artigo 219, § 5, do Código de Processo Civil - Prescrição evidenciada - Execução extinta, insubistentes a penhora e eventual leilão - Recurso provido para este fim, com observação. (Agravo de Instrumento n. 0063959-62.2011.8.26.0000 - Guarulhos - 13ª Câmara de Direito Público - Relator: Dimas Borelli Thomaz Júnior - 15/06/2011 - 12330 - Unânime).

**96) Prescrição - Execução fiscal** - Crédito Tributário - Termo inicial - Fixação do prazo quinquenal, a partir da data do vencimento da obrigação tributária, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação - Artigo 174, do Código Tributário Nacional - Inscrição do débito tributário que é prescindível, como se prescinde de lançamento ou mesmo de sua homologação - Prescrição evidenciada - Viabilidade do seu reconhecimento, de ofício, em exceção de pré-executividade - Execução extinta, insubistentes a penhora e eventual leilão - Recurso provido para este fim, com observação. (Agravo de Instrumento n. 0063959-62.2011.8.26.0000 - Guarulhos - 13ª Câmara de Direito Público - Relator: Dimas Borelli Thomaz Júnior - 15/06/2011 - 12330 - Unânime).

**97) Imposto - Serviços de qualquer natureza** - Município de São Paulo - Plano de saúde - Cobertura de despesas de atendimento médico-hospitalar efetuadas no Brasil e no Exterior - Serviços que são prestados diretamente pelos médicos e hospitais vinculados ao plano de saúde - Intermediação dos serviços pela administradora do plano de saúde, sob contrato, que não os presta - Negócio da apelante alheio à tributação do ISS, certo que, diante do enquadramento adotado e da respectiva definição legal, para a hipótese de incidência, não há serviço que, se houvesse, seria aquele prestado por terceiro - Previsão legislativa que contraria o conceito de serviço, previsto constitucionalmente - Artigo 156, III, da Constituição Federal - Tributação, a título de ISS, indevida - Inconstitucionalidade afirmada, consoante decisão proferida pelo Órgão Especial deste Tribunal - Declaratória procedente - Recurso provido para este fim. (Apelação n. 994.05.030627-8 - São Paulo - 15ª Câmara de Direito Público - Relator: Antonio Teixeira da Silva Russo - 02/06/2011 - 16130 - Unânime).

**98) Imposto - Serviços de qualquer natureza** - Fabricação de embalagens personalizadas - Enquadramento da impetrante em subitem que teve sua eficácia suspensa - Consulta da Administração Tributária que entende pela incidência de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - Inviabilidade da cobrança do ISS, em razão da bitributação - Recurso

não provido. (Agravo de Instrumento n. 0034275-92.2011.8.26.0000 - São Paulo - 18ª Câmara de Direito Público - Relator: Osvaldo Capraro - 30/06/2011 - 13665 - Unânime).

**99) Tutela Antecipada - Ato jurídico** - Fazenda do Estado de São Paulo - Creditamento - Nota fiscal - Empresa emitente declarada inidônea - A inidoneidade do contribuinte, emitente da nota fiscal, só terá efetivo efeito retroativo à data da sua declaração no processo administrativo uma vez que existam elementos concretos e seguros, inadmitindo-se presunções aleatórias, uma vez devidamente publicada para valer em relação a terceiros - Tem direito ao creditamento do ICMS, constante de nota fiscal de entrada de mercadoria, o contribuinte de boa-fé, que é caracterizada pela prova de ter efetivado uma real operação de compra e venda antes da declaração de inidoneidade - Comprovada a falta de prova do pagamento da operação representada pelas notas fiscais conclui-se pelo creditamento irregular - Recurso desprovido. (Apelação n. 0077855-98.2008.8.26.0576 - São José do Rio Preto - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Raymundo Amorim Cantuária - 19/07/2011 - 14779 - Unânime).

**100) Mandado de Segurança - Ato Administrativo** - Impetração contra o indeferimento administrativo do pedido de extinção do débito tributário - Pretensão à conversão em renda, do depósito judicial de precatórios venci-

dos e não pagos - Créditos decorrentes de precatórios ainda não liquidados - Pretensão de uso para pagamento de tributo da entidade devedora - Artigo 78, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 30/2000 - Desacolhimento - Créditos de natureza alimentícia que não se inserem nesta disposição - Direito inexistente - Autorização legal exigida pelo artigo 170 do Código Tributário Nacional que não comporta aplicação extensiva para créditos expressamente

excluídos da referida autorização - Hipótese não alterada pelas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 62/09 - Segurança denegada - Recurso desprovido. (Apelação n. 0085600-84.2009.8.26.0224 - Guarulhos - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Sérgio Gomes - 15/06/2011 - 15646 - Unânime).

**Fonte:** Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Boletim Informativo da Seção de Direito Público*, Julho e Agosto de 2011.



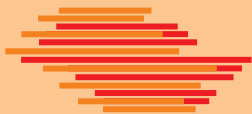




editoração, ctp, impressão e acabamento

**10** anos **imprensaoficial**

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE  
PROCURADORIA GERAL  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

