

**VOLUME 42 | NÚMERO 5
SETEMBRO/OUTUBRO 2018**

BOLETIM

PGE-SP

ISSN 2237-4515



**PROCURADORIA GERAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

Centro de Estudos

VOLUME 42 | NÚMERO 5
SETEMBRO/OUTUBRO 2018

BOLETIM

PGE-SP



**PROCURADORIA GERAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

Centro de Estudos

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado

Juan Francisco Carpenter

Procurador Geral do Estado Adjunto

Caio Cesar Guzzardi da Silva

Procurador do Estado Chefe de Gabinete

Vinicius Teles Sanches

Subprocuradora Geral da Consultoria

Cristina Margarete Wagner Mastrobuono

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Frederico José Fernandes de Athayde

Subprocuradora Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Ana Lucia Correa Freire Pires de Oliveira Dias

Corregedor Geral

Adalberto Robert Alves

Ouidoria

Lucia de Faria Freitas

Conselho da PGE

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

Centro de Estudos e Escola Superior

Procuradora do Estado Chefe

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Assessoria

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

Comissão Editorial

Presidência

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Assessoria

Sueine Patrícia Cunha de Souza

Membros da Comissão Editorial

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

Redação e Correspondência

*Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7016.
Homepage: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br*

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

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

Tiragem: 300 exemplares

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

Editorial	7
<i>Cursos e Eventos</i>	
Cursos do Centro de Estudos	9
Cursos e eventos em parceria com outras instituições	9
<i>Atualidades da Área Jurídica</i>	11
<i>Peças e Julgados</i>	
Manifestação prévia em ação de fornecimento de medicamento	15
<i>Parecer CJ/SEFAZ</i>	27
LEGISLAÇÃO ELEITORAL. CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS. Utilização da logomarca do Programa Nota Fiscal Paulista no portal e em aplicativo. Ação de publicidade institucional vedada pelo art. 73, inc. VI, “b”, da Lei nº 9.504/97 é aquela tendente a afetar a normalidade e legitimidade do pleito em razão de abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração Pública. Marca utilizada no desenvolvimento ordinário das ações legalmente atribuídas à Secretaria da Fazenda. Marca há muito consolidada, que perpassa diversas administrações, dando legitimidade e segurança às ações dos usuários-contribuintes. Jurisprudência do TSE. Recomendações. Sugestão de encaminhamento. Processo analisado em regime de urgência.	
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	41
AGÊNCIA REGULADORA DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP. CONCESSÃO. PODER DE POLÍCIA. Rodovias paulistas concedidas. Controvérsia relacionada à atribuição da ARTESP para fiscalização da instalação de publicidade ao longo das rodovias, acessos às rodovias, venda de bebidas alcoólicas em terrenos contíguos às faixas de domínio, venda de produtos hortifrutigranjeiros nas faixas de domínio e terrenos contíguos às rodovias, ocupação da faixa de domínio e área ‘non aedificandi’. Dúvida quanto à possibilidade de desempenho imediato pela ARTESP das atribuições próprias de órgão executivo de trânsito rodoviário. Precedente: Parecer PA n. 143/2008. Considerações relativas à integração ao Sistema Nacional de Trânsito, na condição de entidade executiva rodoviária do Estado e o exercício de competências relacionadas à gestão do trânsito nas rodovias. Possibilidade do exercício de poder de polícia relacionado às matérias em questão.	

Ementário da Consultoria Jurídica 71

Principais Julgados

STF 75

STJ 85

CAROS COLEGAS,

Nos últimos anos, o sistema jurídico vem enfrentando um acelerado processo de transformação, provocado pelo aprofundamento do processo de globalização, pelo aumento da complexidade da demanda regulatória e pelo advento de novas tecnologias. Entre os prognósticos mais pessimistas e os mais esperançosos há um ponto de consenso: a atuação do operador do Direito passará por uma quebra de paradigma.

Atento a essa nova realidade, o Centro de Estudos tem desenvolvido iniciativas para tornar o aprimoramento profissional de Procuradores e Servidores mais rápido, fácil e acessível. É o caso, por exemplo, da reformulação do site da Biblioteca, que passará a contemplar links para base de periódicos reconhecidos, gratuitos e de acesso aberto; livros digitais de acesso gratuito e a criação de uma videoteca com os cursos e eventos desenvolvidos pelo Centro de Estudos e pela ESPGE.

Atualmente estão em funcionamento dois Núcleos de Estudos e Pesquisa: o de Direitos Humanos, que reflete o compromisso histórico da PGE com o tema, e o de Pesquisas Empíricas para Racionalização das Estratégias de Litigância, que tem como objetivo buscar aportes em ciências como a jurimetria para tornar a atuação da Procuradoria mais eficiente.

Para o acompanhamento das atividades do Centro de Estudos, está sendo desenvolvido um projeto piloto de plataforma de ensino à distância, utilizada, em um primeiro momento, pelo Núcleo de Pesquisas Empíricas e que, em um futuro próximo, também permitirá o acesso ao trabalho desenvolvido pelo Núcleo de Direitos Humanos, incluindo os registros históricos de seus mais de 20 anos de existência, bem como a realização de cursos e treinamentos não presenciais.

Nessa mesma linha de atuação, temos a honra e a satisfação de apresentar o presente boletim que, além de destacar as inovações legislativas e decisões judiciais relevantes para atuação do advogado público, reúne trabalhos de excelência desenvolvidos pelos Procuradores do Estado no enfrentamento de questões de alta complexidade e relevância.

Na seção de peças e julgados, os colegas poderão acessar a manifestação irretocável desenvolvida no âmbito da Procuradoria Regional da Grande São Paulo, Seccional de Osasco, em demanda que se busca o fornecimento de droga órfã de elevadíssimo custo pela Fazenda Estadual.

Também está disponível na presente edição o minucioso e preciso parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda e que tratou da consonância entre ação de publicidade institucional do Programa Nota Fiscal Paulista e a Lei Federal nº 9.504/97.

Os trabalhos, como os colegas poderão constatar, são de inegável valor para o enriquecimento e aprimoramento profissional e evidenciam a excelência dos quadros da Procuradoria Geral do Estado.

Boa leitura!

EMANUEL FONSECA LIMA

Procurador do Estado

Cursos do Centro de Estudos

04.09.2018 – Mesa Redonda: Prática da Junta Comercial

12.09.2018 e 19.09.2018 – Módulo I : Contencioso Geral - Curso de Aperfeiçoamento e Prática de Servidores

26.09.2019 – Módulo II: Execução Cível – Curso de Aperfeiçoamento e Prática de Servidores

03.10.2018 – Módulo III: Contencioso Trabalhista – Curso de Aperfeiçoamento e Prática de Servidores

10.10.2018 – Módulo IV: Tributário-Fiscal – Curso de Aperfeiçoamento e Prática de Servidores

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

16.09.2018 a 18.09.2018 – 17^º Congresso internacional de Arbitragem – Comitê Brasileiro de Arbitragem – Deville Hotel Prime Salvador

19.09.2018 a 21.09.2018 – XLIV Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e DF – Associação dos Procuradores do Estado da Bahia (APEB) – Tivoli Eco Resort Praia do Forte.

22.10.2018 a 23.10.2018 – V Congresso CAM-CCBC Pan-Americano de Arbitragem

24.10.2018 – Seminário: Compliance – 5 anos da Lei nº 12.846 e os desafios da contratação com o Poder Público – Migalhas – Alemweb.com Serviços de Informação na Internet EIRELI – Hotel Tivoli Marafej São Paulo

1) VALOR PAGO A MAIS PARA SERVIDOR DEVE SER DESCONTADO NA REMUNERAÇÃO, DIZ STJ¹

Os ministros da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiram que o servidor ativo, aposentado ou pensionista que receber valores a mais da administração pública federal em seus vencimentos poderá ser descontado na remuneração, provento ou pensão, mediante prévia comunicação, admitindo-se o parcelamento no interesse do devedor.

Essa decisão está no bojo do **REsp 1.690.931**, referente ao recurso da Fazenda Nacional que questionava a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A corte de segunda instância considerou procedente ação movida por um servidor público para anular o ato que inscreveu em dívida ativa débito relativo à verba salarial recebida por ele e posteriormente considerada indevida.

O TRF-4 manteve a solução estabelecida pela sentença, aplicando o artigo 46 da Lei 8.112/90, que autoriza o desconto em folha de valores recebidos a maior, por ser o meio menos gravoso ao devedor.

No recurso apresentado ao STJ, a Fazenda alegou omissão no julgado e defendeu ser possível a inscrição em dívida ativa de débitos de natureza não tributária, inclusive valores recebidos a maior por servidor público federal.

O relator, ministro Og Fernandes, asseverou que somente seria possível a inscrição em dívida ativa do débito do servidor público nas hipóteses de (i) demissão, (ii) exoneração ou (iii) cassação da aposentadoria ou disponibilidade, ou seja, quase todos os casos de quebra de vínculo com a administração e condicionando ainda ao não pagamento da dívida no prazo de 60 dias.

Conforme o voto, porém, nos casos em que valores são recebidos a mais pelo servidor, a administração pode usar o desconto em folha para reaver a importância, admitindo-se o parcelamento. De acordo com a decisão, essa solução deve ser priorizada por ser a menos onerosa para o servidor e evitar a expropriação de bens em execução fiscal.

Com informações da Assessoria de Imprensa do STJ.

1 Fonte: Revista **Consultor Jurídico**, 24 de setembro de 2018, 21h21

2) ENTREGA DE MARMITEX POR AUTARQUIA É LIBERALIDADE, NÃO GERANDO INDENIZAÇÃO A SUSPENSÃO, DIZ O TST²

A 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (**Processo RR-183100-82.2009.5.15.0071**) excluiu da condenação imposta ao Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto de Mogi-Guaçu (Samae) a determinação de pagamento de indenização a um auxiliar de serviços operacionais em razão da supressão do fornecimento de marmitas e refrigerantes. Para o Tribunal, marmitas e refrigerantes concedidos a funcionários de empresa pública podem parar de ser distribuídos caso isso não esteja previsto em lei.

Segundo a decisão, o benefício era concedido por liberalidade da autarquia municipal, e sua retirada não configura alteração contratual lesiva.

Ao TST, a autarquia argumentou que, por ser parte da administração pública, deve obedecer aos princípios constitucionais. Um deles é o da legalidade, que diz que os órgãos públicos devem cumprir apenas o que está previsto em lei. As marmitas, no entanto, eram concedidas sem previsão expressa na legislação.

Por sua vez, o relator do recurso de revista, ministro Guilherme Caputo Bastos, assinalou em seu voto que a supressão do benefício se deu em razão da adequação do administrador público aos ditames constitucionais. A situação, assim, não enseja o pagamento de indenização, conforme diversos precedentes citados pelo relator em processos em que a Samae é parte.

3) SERVIDOR PUNIDO POR FALTA GRAVE NO EXERCÍCIO DO CARGO PODE PERDER APOSENTADORIA³

A 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve sentença que julgou constitucional o ato administrativo que cassou a aposentadoria de um policial civil condenado em processo administrativo disciplinar (PAD) em Porto Alegre.

Os julgadores entenderam que não ofende princípios constitucionais a pena de cassação de aposentadoria de servidor punido por falta grave no exercício do cargo público, desde que em processo administrativo que tenha garantido ampla defesa ao acusado.

2 Fonte: <https://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/20052/Autarquia-nao-indenizara-empregado-por-deixar-de-entregar-marmitex>

3 Fonte: Revista **Consultor Jurídico**, 6 de outubro de 2018, 8h35

No Processo nº 001/1.16.0135520-4, o policial pediu à Justiça que declarasse a inconstitucionalidade do inciso VIII, do artigo 83, da Lei estadual nº 7.366/80, e do inciso V do artigo 187, da Lei Complementar estadual nº 10.098/9, que embasaram a cassação da sua aposentadoria, recomendada pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado. Além da anulação do ato administrativo, solicitou o restabelecimento do benefício, bem como a condenação do estado à restituição dos valores suprimidos no período em que ficou sem receber seus proventos.

No Estado de São Paulo, o Estatuto dos Servidores Públicos (lei nº 10.261/68) prevê expressamente os casos em que é possível a cassação da aposentadoria no caso de falta grave (para a qual é cominada nesta lei a pena de demissão ou de demissão a bem do serviço público), conforme art.259, inc.I. Inclusive, o TJSP já entendeu pela constitucionalidade da punição.⁴

4) STJ ENTENDE QUE ADVOGADOS DEVEM FIGURAR NO POLO PASSIVO DE AÇÃO RESCISÓRIA BASEADA EM OFENSA À COISA JULGADA

A ilegitimidade passiva de advogado para figurar no polo passivo de ação rescisória, nos moldes do precedente estabelecido no julgamento da **AR 5.160**, não se aplica nos casos de ação rescisória fundamentada em afronta à coisa julgada, já que esse tipo de vício invalida a relação processual em que são alicerçados os capítulos de mérito e de honorários.

Com esse entendimento, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no bojo do REsp 1457328, negou provimento ao recurso dos advogados e os manteve no polo passivo de ação que pretende rescindir decisão sobre a validade dos juros arbitrados em cédula de crédito comercial e sobre os honorários arbitrados no processo.

No caso analisado, a pretensão da ação rescisória voltou-se contra acórdão que, em embargos à execução, reduziu a taxa de juros de uma cédula de crédito comercial de 4,5% para 1% ao mês, sem observar que já havia coisa julgada formada em anterior ação revisional no sentido da validade dos juros de 4,5%.

4 Ação Anulatória – Ato administrativo que converteu a pena de demissão a bem do serviço público em cassação da aposentadoria – Pena aplicada após regular processo administrativo, em que respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa – Independência das esferas administrativa e penal – Constitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria declarada pelo Colendo Supremo Tribunal – Recurso não provido. (TJSP; Apelação 1002796-55.2018.8.26.0053; Relator (a): Aliende Ribeiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/10/2018; Data de Registro: 24/10/2018)

Segundo o relator do recurso, ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o caso em epígrafe seria distinto do precedente estabelecido pela Segunda Seção na AR 5.160, uma vez que o vício rescisório alegado no caso atual atingiria tanto o capítulo de mérito quanto o capítulo de honorários já que, como consequência da redução da taxa, foram fixados honorários em favor dos advogados dos embargantes sobre o valor decotado da execução.

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE, PROTETIVA E CÍVEL DA COMARCA DE GUARULHOS

PROCEDIMENTO COMUM Nº 1037299-74.2018.8.26.0224

REPRESENTANTE (: MARIA DO SOCORRO CARVALHO BARBOSA

REQUERIDO: MUNICÍPIO DE GUARULHOS E OUTRO

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por seu procurador legal que esta subscreve, nos autos do processo em epígrafe, vem apresentar **manifestação prévia** acerca da lide neste processo, haja vista tratar-se de caso de **extrema singularidade**, com repercussão financeira extremada sobre o Sistema Único de Saúde. Para tanto, a fazenda ré tecerá breves comentários sobre a doença do autor e sobre o medicamento requerido, para, ao fim, requerer o que de direito.

Trata-se de ação judicial na qual o autor, portador da patologia denominada **Atrofia Muscular Espinhal (AME) - Tipo II**, requer a condenação do Estado de São Paulo ao fornecimento do medicamento **SPINRAZA®** (Nusinersen), fármaco considerado “droga órfã”¹, de elevadíssimo custo, somando o total de **R\$ 1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil reais) no primeiro ano** de aplicação, e cerca de **R\$ 1.000.000,00 (um milhão) para os demais anos, por tempo indefinido**.

Referido medicamento foi aprovado em dezembro de 2016 pela Federal Drug Administration – FDA (órgão sanitário americano equivalente à ANVISA), primeira agência sanitária a autorizar a venda do medicamento ao público. No Brasil, seu uso está autorizado pela ANVISA desde meados de 2017. Trata-se, portanto, de droga extremamente recente, com poucas evidências científicas acerca de sua eficácia, apesar dos resultados preliminares positivos nos testes da empresa farmacêutica, sempre com paciente portadores de **AME – Tipo I**, o mais severo tipo da doença, resultando numa sobrevida temporal aos pacientes. Assim, nos casos de AME – Tipo I, **o medicamento não é capaz de curar o paciente, garantindo apenas uma tempo maior de sobrevida**.

¹ Droga órfã é um medicamento destinado ao diagnóstico, prevenção e tratamento de uma doença rara ou negligenciada, cuja produção não é economicamente viável devido ao mercado consumidor estritamente pequeno ou carente de recursos financeiros.

Para pacientes com os demais tipos de AME (II, III ou IV), há apenas um estudo clínico que avaliou efetividade e segurança no uso desse medicamento, tendo seus resultados publicados em fevereiro de 2018 – estudo CHERISH. Neste estudo, a efetividade foi avaliada somente em relação à melhora da função motora – o que é importante para qualidade de vida mas não impede ou guarda relação com a sobrevivência do paciente. **Não obstante, a melhora não foi expressiva e o tempo de acompanhamento foi curto.** Portanto, pode-se afirmar de plano que não são conhecidos benefícios reais e expressivos da droga SPINRAZA® para pacientes acometidos de AME Tipo II, **tal qual o autor**.

Os tipos II, III e IV da Atrofia Muscular Espinhal (AME) são formas menos severas dessa doença e, portanto, **compatíveis com a vida**. Os pacientes apresentam fraqueza muscular, o que compromete sua mobilidade, com a perda de movimentos, levando à necessidade de auxílio permanente para se locomoverem ou para tarefas rotineiras.

DA ANÁLISE DO MEDICAMENTO PELO SUS E POR OUTROS ÓRGÃOS INTERNACIONAIS

A **Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC)** é o órgão do Ministério da Saúde responsável pela análise de novas drogas e de novas tecnologias disponíveis em saúde para fins de incorporação ao SUS. Lançado no mercado um novo medicamento, o órgão analisa as pesquisas farmacêuticas e elabora parecer opinativo pela incorporação ou não do fármaco aos protocolos do SUS. Para tanto, com base nos testes laboratoriais, o órgão analisa a efetividade do medicamento, a existência de alternativas terapêuticas e o preço de cada tratamento. Em suma, visto que os recursos do SUS são finitos, o **CONITEC utiliza uma metodologia denominada “custo-efetividade”**, ao comparar tratamentos médicos levando em consideração dois aspectos: seus efeitos clínicos e seus custos.

Em setembro de 2018, o CONITEC apresentou relatório preliminar opinando pela não incorporação do medicamento SPINRAZA® ao SUS, em razão do altíssimo custo aliado às poucas evidências de benefícios substanciais, mesmo para pacientes com AME Tipo I. Do relatório anexado à presente manifestação destacam-se as seguintes partes:

“Os membros do Plenário da CONITEC, presentes na 69ª reunião ordinária, realizada em 1º de agosto de 2018, consideraram que, além do alto custo, o fator mais relevante e principal a ser considerado é a evidência, que demonstrou benefícios discretos e em apenas uma parcela pequena de pacientes. Todos os membros concordam que é necessária uma discussão mais ampla e que devem ser incluídas abordagens sobre cuidados multidisciplinares e uma diretriz clínica que norteie o cuidado das pessoas com AME.

Sendo assim, o plenário da CONITEC recomendou inicialmente pela não incorporação no SUS do nusinersena para o tratamento da Atrofia Muscular Espinhal (AME) TIPO I.”

Noutro ponto, o CONITEC tece comentários acerca da correlação entre o custo e a efetividade do tratamento:

“estima-se que o impacto orçamentário decorrente da incorporação da nusinersena para AME tipo I pode variar de R\$ 380 milhões a mais de R\$ 2,85 bilhões para os cinco primeiros anos após a incorporação. A amplitude da variação está relacionada à capacidade do SUS de adotar procedimento para monitorar adequadamente efetividade clínica dos pacientes e de negociar um valor de aquisição mais adequado à demanda do país. (...) A análise de custo-efetividade mostra que o medicamento não apresenta resultados clínicos condizentes com o preço praticado para o medicamento no Brasil, e a análise de impacto orçamentário, que prevê gastos na ordem de R\$ 1 bilhão, evidencia que a incorporação do medicamento pode comprometer a sustentabilidade do SUS”

O posicionamento do CONITEC é bastante claro e elucidativo para a tese apresentada nesta defesa, qual seja: a análise técnica do custo do medicamento em contraposição a sua efetividade não recomenda sua incorporação ao sistema público de saúde brasileiro. **Mas o que podemos aprender com a experiência internacional neste mesmo caso de incorporação do SPINRAZA® aos respectivos sistemas públicos de saúde?**

Reconhecidamente, a Inglaterra é o país modelo quando se trata de acesso universal à saúde pública. Lá, tal como aqui, o modelo de saúde pública se propõe universal, atendendo gratuitamente todos os cidadãos em face dos mais variados riscos sanitários, com base em protocolos que definem quais políticas públicas são adotadas em cada caso. O National Institute for Health and Care Excellence (NICE), órgão público inglês equivalente ao CONITEC, chegou à seguinte conclusão acerca da incorporação do SPINRAZA® no “NHS”, o SUS do Reino Unido:

“Draft guidance **does not recommend nusinersen**, also called Spinraza and made by Biogen, **for routine use on the NHS** because of uncertainties over its long-term effectiveness and its **extremely high cost**.”²

Percebe-se que o relatório do órgão concluiu pela recomendação de não inserção do SPINRAZA no sistema público de saúde britânico em razão das incertezas sobre a efetividade do medicamento no longo prazo e em razão de seu custo elevado.

2 Disponível em: <https://www.nice.org.uk/news/article/nice-would-welcome-further-discussions-about-access-to-spinal-muscular-atrophy-drug-nusinersen>

Reconhecidamente, o Reino Unido é um país desenvolvido, com PIB per capita para o ano de 2017 no valor de US\$ 42.514,59³. Mesmo um país com tal pujança econômica concluiu pela inviabilidade financeira de inclusão do medicamento em questão nos protocolos de seu Sistema de Saúde, o qual, repita-se, é o modelo mundial de saúde pública a ser seguido. Pelas mesmas razões, na Austrália, cujo PIB per capita é de US\$ 55.925,93, a incorporação do medicamento também foi negada⁴.

O Brasil, por sua vez, apresentou em 2017 um PIB per capita de US\$ 10.888,98 (dez mil oitocentos e oitenta e oito dólares), ou seja, um valor quase 5 vezes menor se comparado aos ingleses e mais de 5 vezes menor se comparado à Austrália. Se países cinco vezes mais ricos concluíram pela inviabilidade financeira de inclusão deste medicamento para distribuição em seu sistema público de saúde, **em que condições reais poderia o Brasil sustentar financeiramente uma ampla e igualitária política pública de fornecimento deste fármaco?** A resposta será apresentada com detalhes e em números no tópico seguinte.

DA INSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DO SUS PARA O CUSTEIO DO TRATAMENTO

Como já salientado pelo CONITEC, devido ao seu elevadíssimo valor, o Sistema Único de Saúde não tem capacidade financeira para custear o tratamento com o medicamento **SPINRAZA®** a todos os cidadãos que sofrem de Atrofia Muscular Espinhal. Eventual imposição judicial para o fornecimento resultaria inevitavelmente no esgotamento dos recursos do SUS, inviabilizando o atendimento e a própria prestação do serviço de saúde pública.

Em atenção ao princípio da igualdade e da universalidade do atendimento, se o Poder Judiciário adotar o entendimento de que o Estado de São Paulo tem a obrigação de fornecer o medicamento a autor desta ação, por ser portador de Atrofia Muscular Espinhal – Tipo II, inevitavelmente deverá aplicar o mesmo entendimento a todos os demais brasileiros que se encontrem na mesma situação, ou seja, deverá conceder o mesmo direito a todos aqueles que sofram de AME. **Não há como conceder um medicamento pela via judicial que não possa ser concedido a todos os pacientes na mesma situação.**

Conforme a Lei Orçamentária do ano de 2018 (doc. anexo), o Estado de São Paulo previu crédito orçamentário de cerca **R\$ 200.000.000,00 (duzentos**

3 Disponível em : <https://pt.tradingeconomics.com/united-kingdom/gdp-per-capita>

4 Disponível em : <http://www.pbs.gov.au/industry/lisng/elements/pbac-meengs/pbac-outcomes/2017-11/first-me-decisions-not-torecommend-11-2017.pdf>

milhões de reais) para a produção e fornecimento de medicamentos (código 0935 – subcódigo 10.303.0935.4838). Por sua vez, como já ressaltado, o custo apenas do primeiro ano de tratamento é de R\$ 1.800.000,00/paciente. Até junho de 2018, **em razão de decisões judiciais**, a Secretaria Estadual da Saúde de São Paulo já consumiu cerca de 10% de TODO seu orçamento anual⁵ **apenas para a entrega de SPINRAZA® a 10 pacientes**. Desta feita, pode-se concluir que, atualmente, **cada um desses 10 pacientes consome, sozinho, 1% do orçamento do SUS para a entrega de medicamentos**.

Segundo dados apurados pelo Jornal “O Globo”⁶, ocorrem 300 novos casos de AME por ano no Brasil, e a estimativa é de que o país tenha hoje 3.800 pessoas com a enfermidade. Respeitada a premissa básica e inafastável de isonomia judicial acima descrita, percebe-se que o fornecimento generalizado deste medicamento, pela via judicial, acarretará a completa falência de todo o atendimento do SUS. Se, hipoteticamente, entre os trezentos pacientes que nascem por ano com a doença, **apenas metade** buscase o Judiciário e conseguisse a condenação do Estado de São Paulo ao fornecimento do fármaco, **o valor total para o custeio dessa política pública, apenas no primeiro ano, seria da ordem R\$ 270.000.000,00 (duzentos e setenta milhões de reais), o que acarretaria o completo esgotamento dos recursos do SUS, para o tratamento de 150 indivíduos, em razão de uma única doença. Ainda assim faltaria dinheiro para cumprir a decisão**.

Com efeito, se as 3.800 pessoas diagnosticadas no Brasil com AME tiverem direito a receber do Estado o medicamento em questão, a despesa pública alcançaria a cifra de R\$ 6.840.000.000 (seis bilhões, oitocentos e quarenta milhões de reais), o que **representa quase 1/3 de TODO o orçamento da Saúde no Estado de São Paulo**.

A saúde pública deve tratar o indivíduo, mas observando um programa coletivo maior, de bem estar social, dentro da realidade econômica que nos é imposta. A Saúde tem um custo, e, infelizmente, esse aspecto deve ser levado em consideração quando da escolha da política pública a ser adotada, na busca do maior benefício social possível.

Neste ponto, peço *venia* para citar o artigo “Cinco Pontos de Reflexão sobre a Judicialização da Saúde”⁷ (doc. anexo), da lavra do **juiz federal do TRF da 5ª Região, Dr. George Marlmstein**:

5 Na verdade, os gastos são ainda maiores, na medida em que esse valor se refere apenas ao custo de aquisição do medicamento, sem considerar os gastos com a internação para aplicação do medicamento, além de toda a estrutura necessária para essa aplicação (sedação e anestesia)

6 <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/saiba-mais-sobre-atrofia-muscular-espinhal-21710709>

7 Disponível em <https://direitosfundamentais.net/2016/01/19/cinco-pontos-de-reflexao-sobre-a-judicializacao-da-saude/>

“O presente texto é fruto de uma inquietação de alguém que lida com demandas da saúde quase diariamente. Mais ainda: é fruto de uma angústia de alguém que era entusiasta da judicialização da saúde, mas hoje tem plena consciência do caráter ambivalente desse fenômeno. Não se trata de ser absolutamente contra a judicialização da saúde, algo que parece demasiadamente contrafactual, mas de reconhecer os limites e os problemas que a judicialização tem acarretado. Portanto, os “pontos de reflexão” que serão aqui apresentados não têm por objetivo criar argumentos contra a judicialização, mas apontar algumas distorções que, atualmente, em nome da efetivação do direito à saúde, são cometidas.

(...)

O possível, dentro da saúde, é aquilo que o Estado pode garantir de modo isonômico para todos os indivíduos, por meio de política pública de saúde que permita, em primeira linha, um atendimento básico para todos, tanto na promoção, quanto na prevenção e tratamento da saúde. Depois, com previsão de um atendimento especializado para aqueles que dele necessitem. Por fim, uma atuação muito específica para tratamentos caros e raros. Tudo isso conforme as possibilidades orçamentárias e as políticas públicas instituídas.

(...)

É preciso refletir se cabe ao poder público, sempre e em toda situação, fornecer um tratamento de ponta aos seus pacientes, sobretudo quando tal tratamento não pode ser universalizado, ou seja, estendido para todos os pacientes na mesma situação. Tão grave quanto negar um tratamento de ponta a todos os pacientes é conceder o direito apenas a alguns que tiveram a sorte de obter uma ordem judicial favorável.”

Perceba-se que, em última instância, a criação, pelo Poder Judiciário, de uma política pública de entrega de SPINRAZA® aos portadores de AME, em vez da preservação do direito à Saúde, previsto no art. 196 da Constituição, acarretaria o próprio fim do Sistema Universal de Saúde, tal qual proposto pela Carta Magna. Todo o orçamento disponível para atender a milhões de pacientes, em combate aos mais diversos riscos à saúde, se resumiria ao atendimento de uns poucos pacientes. O quadro proposto vai paulatinamente se concretizando, à medida que, uma a uma, as decisões liminares vão sendo concedidas e o Estado se vê obrigado a cumprir a decisão judicial que, sabe bem, resulta na degradação de um já precário Sistema de Saúde que se propõe universal.

Além da análise econômica acima delineada, é necessário sopesar a eficácia do medicamento para o tratamento dos pacientes que sofrem de AME, o que se passa a fazer no tópico seguinte.

DA EFETIVIDADE DO TRATAMENTO NO CASO CONCRETO – AME TIPO II

A Atrofia Muscular Espinhal subdivide-se em quatro tipos, segundo seu grau de severidade:

Tipo I (AME infantil - Werdnig-Hoffmann) – Caracterizada como a mais grave delas por apresentar sintomas desde a vida intrauterina e por afetar desde células do corno inferior até o próprio músculo, o que resulta no comprometimento do desenvolvimento do sistema respiratório, que apresenta um retardo fatal para esses pacientes. Apresentando fraqueza acentuada nas musculaturas distal e proximal, as crianças não conseguem sentar sem apoio, apresentando afundamento do osso esterno. São conhecidas pelo termo inglês “*nonsitters*”. É o único tipo com índices de fatalidade. Em regra, o recém-nascido não consegue ultrapassar três anos de idade.

Tipo II (AME intermediária) – O paciente não corre risco de vida, apresentando início de sintomatologias características, mas menos intensas. A partir dos dezoito meses de vida, as crianças adquirem a capacidade de sentar, desde que colocadas nessa posição, mas não chegam a adquirir a capacidade de andar.

Tipo III (AME juvenil - Kugelberg-Welander) - Conhecida também como a forma juvenil da doença, apresenta sintomatologia entre os dois a dezesete anos de idade, comprometendo o desenvolvimento dos membros superiores. Os pacientes necessitam com pouca frequência de uma pequena ajuda para se locomover ou para atos comuns do dia-a-dia. As alterações são menos graves e a progressão da doença é lenta, podendo ser necessário usar alguns meios de ajuda na locomoção como muletas ou bengalas, às vezes sendo necessário o uso de cadeiras de rodas).

Tipo IV (AME adulta) – É o tipo menos grave, acometendo pessoas entre 30 e 40 anos, mesmo sem que tenham apresentado qualquer tipo de sintomas antes desta fase. A apresentação dos sintomas ocorre de forma lenta e insidiosa para o completo comprometimento muscular.

Inicialmente, cumpre salientar que, por ser portador de AME – Tipo II, o autor não corre risco de vida, ou seja, sua patologia certamente lhe impõe sérias restrições motoras, porém, essa condição não resulta em seu óbito, que só acontece com os portadores de AME – Tipo I. Portanto, no presente caso, o autor não corre risco de vida. Trata-se, na verdade, de uma possibilidade de melhora em suas condições motoras.

Em seguida, cumpre observar que os estudos experimentais das drogas realizados até então se restringiram a pacientes com AME – Tipo I, alcançado resultados que,

na maior parte das vezes, resultou numa sobrevida, ou seja, houve apenas retardo do evento morte, a qual ocorreu posteriormente, a despeito do uso da medicação. Assim, o autor não se enquadra no perfil dos estudos feitos pelo laboratório farmacêutico.

Para pacientes com os demais tipos de AME (II, III ou IV), há apenas um estudo clínico de curto prazo (15 meses) que avaliou efetividade e segurança no uso desse medicamento, tendo seus resultados publicados em fevereiro de 2018 – estudo CHERISH. Nesse estudo foram incluídas crianças com idade entre 2 e 12 anos que apresentavam habilidade de sentar independentemente, sem histórico de habilidade de andar e um escore de 10 a 54 na escala motora Hammersmith Functional Motor Scale – Expanded (HFMS – que avalia 33 atividades cotidianas). Foram excluídas as crianças com contratura ou escoliose grave, insuficiência respiratória ou sonda gástrica para prover nutrição. Ou seja, **não houve nenhum estudo em crianças que possuam as mesmas limitações do autor**, do que resulta a conclusão de que ministrar esta droga de custo altíssimo no paciente terá caráter experimental, não havendo comprovação científica da existência de algum benefício para o infante.

DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Em resposta à indagação feita pelo membro do Ministério Público e replicada no despacho de fl. 44, a Fazenda Pública informa que o SPINRAZA® é uma droga órfã, ou seja, não existe no mundo outra droga para o tratamento da doença. Todavia, **isso não quer dizer que o SUS não tenha programa de tratamento para a Atrofia Muscular Espinhal**.

No Brasil, **assim como no restante do mundo**, o tratamento da AME se dá por meio de tratamento terapêutico paliativo, de acordo com a evolução natural da doença. **O tratamento consiste em suporte de ventilação mecânica, oxigenioterapia, fonoaudiólogo, fisioterapeuta e corpo clínico médico de acordo com a necessidade**. Assim, não se pode dizer que os Protocolos do SUS não prevejam tratamento a pacientes portadores de AME, ao contrário.

Assim, considerando a impossibilidade econômica do uso do medicamento pelo SUS de forma generalizada, a revelar ausência do elemento “custo-efetividade” em sua adoção; considerando que a paulatina imposição da obrigação judicial para o fornecimento de SPINRAZA® pelo Estado ocasionará no completo esgotamento dos recursos do SUS para o atendimento de milhões de pessoas; considerando que o paciente é portador de AME – Tipo II, não estando em risco de vida; considerando que o tipo II da doença não foi objeto de estudos científicos que demonstrem qualquer benefício a pacientes com as características do autor; **a liminar não deve ser deferida**.

Não se ignora a difícil situação pela qual passa o paciente, o qual, inegavelmente, tem sua condição de saúde debilitada por doença de extrema gravidade. Todavia, o presente pleito não pode ser analisado sob o prisma exclusivamente individual, mas levando-se em conta o panorama da Saúde Pública como um bem coletivo, a ser analisado de forma ampla, integral. Sendo pública a verba destinada à atendimento da saúde pública, sua utilização deve ser pautada por um viés coletivo e igualitário. Assim, a despeito da profunda tristeza que a situação de saúde do autor causa em todos aqueles providos de um mínimo de empatia pelo outro face à dor humana, **o deferimento da liminar causará danos de grande monta a um sistema de saúde público já deteriorado e precário, em contraposição a um ganho incerto e mínimo na vida do paciente.**

Neste ponto, a Fazenda requer seja lida com **atenção a decisão anexa**, prolatada pela juíza federal Ana Carolina Morozowski, a qual, **com grande sensibilidade, justificou de maneira absolutamente humana o indeferimento da liminar** em processo de judicialização da saúde para o fornecimento deste mesmo medicamento, SPINRAZA®, a paciente portadora de AME – Tipo I, o mais grave tipo da doença. Entre tantos argumentos, a ré pede vênias para replicar trecho citado da obra “Direito à Saúde – Análise à Luz da Judicialização”, do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto:

“O possível, dentro da saúde, é aquilo que o Estado pode garantir de modo isonômico para todos os indivíduos, por meio de política pública de saúde que permita, em primeira linha, um atendimento básico para todos, tanto na promoção, quanto na prevenção e tratamento da saúde. Depois, com previsão de um atendimento especializado para aqueles que dele necessitem. Por fim, uma atuação muito específica para tratamentos caros e raros. Tudo isso conforme as possibilidades orçamentárias e as políticas públicas instituídas. (p. 140)”

Portanto, com a devida vênias ao entendimento contrário, não há, neste caso, em razão de toda a fundamentação já exposta a fumaça do bom direito a justificar a concessão da liminar.

DA NECESSIDADE DE PERÍCIA

Além de tudo quanto já exposto, os documentos médicos apresentados pelo paciente evidenciam uma série de inconsistências médicas que não podem ser ignoradas ante um pedido de tratamento de custo extremado.

Nesse contexto, o exame genético apresentado **não demonstra que o autor possui a mutação do gene SMN1 do cromossomo 5q, único método científico para comprovar que o paciente efetivamente é portador de Atrofia Muscular Espinhal.** Além disso, não constam informações quanto a deformidades da coluna vertebral.

Pelo exposto, a Fazenda requer desde já a realização de perícia, aproveitando a oportunidade para apresentar os seguintes quesitos:

1. Com que idade foi realizado o diagnóstico?
2. O resultado do exame genético apresentado especifica que é AME 5q? em caso positivo, anexar aos autos.
3. Quantas cópias do gene SMN2 a paciente possui?
4. A FESP requer que o *expert* dimensione os comprometimentos dos grupos musculares .
5. Descoberta a doença (idade), em que momento foi aplicado a escala motora CHOOP INTEND e HAMMERSMITH, World Health Organization (WHO) motor milestone, Revised Upper Limb Module (RULM)?
6. Considerando o comprometimento motor apresentado à época (idade do paciente quando do diagnóstico) conforme perguntas anteriores e conforme relatório médico datado de 31/08/2018 expedido pela Dra. Ana Lucia Langer, foi feita avaliação motora? Quais escalas foram utilizadas? Quais foram as diferenças apresentadas comparando os anos da descoberta da doença e a avaliação feita pelo Dra. Ana Lucia Langer? Em caso positivo, requer a apresentação das escalas e a indicação do *score* obtido?
7. O paciente teve avaliação com quais especialidades médicas?
 - () Fisiatria (muscular)
 - () Nutrologia
 - () Cardiologia
 - () Pneumologia
 - () Geneticista
 - () Fisioterapeuta (respiratória)
 - () Fonoaudiólogo capacitado para disfagia
8. Considerando as especialidades citadas anteriormente, quais as condições clínicas atuais do paciente?
9. Quais são os profissionais especializados que acompanham a paciente?
10. Se já acompanhado por pneumologista foi realizada prova da capacidade pulmonar? Em caso afirmativo, apresentar laudo.
11. O paciente necessita de ventilação mecânica? De qual tipo?
12. Considerando que a doença acomete o sistema motor, principalmente a função PULMONAR/CARDIO, foi apresentado laudo expressando o risco de morte?

13. Qual o atual estado nutricional da paciente uma vez que a tolerância ao medicamento está relacionada ao estado nutricional?
14. Considerando que se trata de um medicamento novo com efeitos adversos comprometedores das áreas hematológicas, renal, do trato gastrointestinal, foram realizadas avaliações atualizadas para a utilização do medicamento?
15. A **utilização do medicamento solicitado promove a cura da enfermidade que acomete o paciente?**
16. **Os estudos realizados pelo laboratório farmacêutico (Biogen) incluem pacientes com perfil semelhante à paciente?** Em caso afirmativo, justificar com referências.
17. Havia critérios de exclusão para os participantes dos estudos? Quais?
18. Pacientes com necessidade de uso de ventilação mecânica, presença de escoliose, contraturas, uso de tubo gástrico para alimentação foram avaliados nos estudos realizados pelo laboratório?
19. No caso do autor, a indicação do medicamento Nusinersen (Spinraza) é adequada? Quais são as evidências que embasam esta indicação? Qual o grau de eficácia do medicamento?
20. O medicamento prescrito pode ser considerado como medicamento em estágio de pesquisa ou alguma outra qualificação que indique cautela no seu uso enquanto não forem ultimadas pesquisas conclusivas?
21. Existe algum consenso, publicado na literatura, sobre o uso do medicamento prescrito em situação semelhante à autora? Em caso afirmativo, favor citar a referência.

A Fazenda Pública nomeia desde já o Dr. Daniel Buffone de Oliveira, como assistente técnico.

CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, a Fazenda Pública requer ao juízo, inicialmente, o indeferimento da tutela de urgência pleiteada. Ademais, a ré requer a realização de perícia médica nos termos propostos.

Guarulhos, 8 de novembro de 2018.

TALLES SOARES MONTEIRO

Procurador do Estado
OAB/SP 329.177

PROCESSO: 23750-339595/2018

INTERESSADO: COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – CAT

PARECER: CJ/SEFAZ nº 246/2018

EMENTA: LEGISLAÇÃO ELEITORAL. CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS. Utilização da logomarca do Programa Nota Fiscal Paulista no portal e em aplicativo. Ação de publicidade institucional vedada pelo art. 73, inc. VI, “b”, da Lei nº 9.504/97 é aquela tendente a afetar a normalidade e legitimidade do pleito em razão de abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração Pública. Marca utilizada no desenvolvimento ordinário das ações legalmente atribuídas à Secretaria da Fazenda. Marca há muito consolidada, que perpassa diversas administrações, dando legitimidade e segurança às ações dos usuários-contribuintes. Jurisprudência do TSE. Recomendações. Sugestão de encaminhamento. Processo analisado em regime de urgência.

Sra. Dra. Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica

1. Tratam os autos de dúvida, suscitada pela Coordenadoria da Administração Tributária - CAT, acerca da utilização da marca do Programa Nota Fiscal Paulista no período eleitoral, tendo em vista as disposições da Portaria Subsecom nº 01/2018, de 08.03.2018.

2. Mediante Ofício (fls. 2-3), o Sr. Coordenador da CAT informa que o Programa Nota Fiscal Paulista foi instituído em 2007, pela Lei nº 12.685,¹ de 28.08.2007, no governo José Serra e, conforme pesquisa realizada pela agência Lew Lara TBWA, não está identificada com um governante específico, mas sim com o próprio Estado de São Paulo. Destaca a importância do Programa para direcionar doações a entidades assistenciais, e que a marca do Programa dá cre-

1 Dispõe sobre a criação do Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal do Estado de São Paulo e dá outras providências

dibilidade para as campanhas de doação de cupons fiscais realizadas por essas entidades. Aponta ainda que o aplicativo do Programa – que contém sua marca – já conta com mais de um milhão e cem mil *downloads*, sendo impossível retirar tal marca do celular dos usuários.

3. Neste contexto, e com pedido de urgência, visto o prazo de vedação à publicidade institucional iniciar-se no próximo dia 7 de julho, solicita a avaliação desta Consultoria Jurídica acerca da possibilidade de manter a logomarca do Programa Nota Fiscal Paulista nos portais e aplicativos, por ser uma marca que transcende governos, a exemplo das marcas do Metrô e do Poupatempo.

É o relato. Opino, com a urgência requerida.

4. A questão trazida à avaliação desta Consultoria Jurídica diz respeito à possibilidade da utilização de determinadas marcas características de programas desenvolvidos por esta Pasta durante o período eleitoral, face às vedações previstas na legislação eleitoral. No presente expediente, foi questionada a utilização do símbolo do programa Nota Fiscal Paulista, porém, sabemos que há outros símbolos utilizados pela Pasta, como o da Bolsa Eletrônica de Compras – BEC/SP, sobre a utilização do qual pode vir a pairar dúvida semelhante.

5. Há inúmeras condutas vedadas aos agentes públicos durante o período eleitoral, determinadas pela legislação, com base no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, que permite que tais vedações sejam impostas visando assegurar a normalidade e a legitimidade das eleições, em especial contra a influência do abuso do exercício de função ou cargo na Administração Pública:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a **normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do** poder econômico ou o **abuso do exercício de função, cargo** ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

6. As restrições à atuação dos gestores públicos são determinadas a fim de evitar que, pela utilização abusiva por determinados candidatos da função que ocupam, possa ocorrer desequilíbrio na disputa e ser comprometida a normali-

dade e a legitimidade do pleito. Condutas que são, em outros momentos, perfeitamente válidas e regulares passam a ser, no período eleitoral,² vedadas, visando evitar que o resultado eleitoral possa vir a ser afetado em razão do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

7. Estas condutas vêm previstas na Lei nº 9.504/1997, que traz, em seu art. 73, aquelas que são vedadas aos agentes públicos em período eleitoral. As vedações buscam assegurar, do melhor modo possível, a igualdade de oportunidade entre os candidatos, impondo-se aos agentes públicos, durante esse período, *“uma maior atenção na prática dos atos administrativos, para evitar que sejam compreendidos como atuação em prol de candidatura ou de partido político.”*³

8. Outro aspecto importante é que tais vedações recaem sobre atos de mera conduta, ou seja, *“para que se configurem, basta a prática dos atos vedados durante o processo eleitoral, porquanto a legislação presume, de forma absoluta, que os comportamentos vedados afetam a igualdade de oportunidade entre os candidatos.”*⁴

9. Assim contextualizado, o questionamento específico trazido à análise diz respeito à vedação prevista no art. 73, inc. VI, “b” da Lei nº 9.504/1997, *in verbis*:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

(...)

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, **autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;**

(...)

10. Caso se entenda que a utilização dos símbolos em questão configura publicidade institucional de programas estaduais, vedada pelo inc. VI do art. 73 da Lei Eleitoral, a conduta deverá ser imediatamente suspensa e os respon-

2 No presente caso, os três meses que antecedem o pleito.

3 Orientação da Subprocuradoria – Área da Consultoria Geral, sobre as Condutas Vedadas aos agentes públicos nas eleições de 2014, aprovada pelo Subprocurador Geral do Estado Adalberto Robert Alves em 28.03.2014, p.2

4 Ibidem.

sáveis estarão sujeitos a multa⁵ e a cassação do registro ou do diploma, sem prejuízo da conduta caracterizar ato de improbidade administrativa (art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992) e estar sujeita às cominações do art. 12, inc. III, da Lei de Improbidade Administrativa (penalidades previstas no art. 73, §§ 4º, 5º e 7º).

11. No Estado de São Paulo, a Secretaria de Comunicação, órgão central, normativo e controlador do Sistema de Comunicação do Governo do Estado de São Paulo – SICOM (conforme Decreto nº 52.040, de 07.08.2007), regulamentou a publicidade dos órgãos e entidades do Poder Executivo durante o período eleitoral, com base na disposição legal anteriormente transcrita, mediante Portaria Subsecom nº 01/2018, de 08.03.2018, da qual extraímos os seguintes trechos:

Art. 3º Para os fins desta Portaria, são consideradas publicidade institucional as **ações de comunicação** para divulgação dos atos, programas, obras, serviços e **campanhas dos órgãos públicos** ou das respectivas entidades da administração indireta.

Art. 5º Para os efeitos desta Portaria, consideram-se:

(...)

II - peças e material de publicidade: **cada elemento de uma campanha publicitária ou ação de comunicação**, realizadas sob as formas gráfica, sonora ou audiovisual;

(...)

Art. 6º Fica suspensa a **distribuição de peças e material de publicidade**, bem como a **realização de ações de comunicação** sob controle da legislação eleitoral destinados à veiculação, exibição ou exposição ao público durante o período eleitoral.

Art. 9º Fica suspensa, durante o período eleitoral, **toda e qualquer forma de aplicação das marcas utilizadas pela Administração Direta e Indireta, bem como de eventuais logomarcas estilizadas, nas ações de publicidade, marketing e comunicação**, de qualquer espécie.

Parágrafo único. A suspensão prevista neste artigo se estende à divulgação da marca em quaisquer suportes ou veículos utilizados como meios de divulgação.

Art. 12. Devem ser retirados dos sítios do Poder Executivo Estadual, na internet, durante o período eleitoral, a marca mencionada no art. 9º desta Portaria, slogans e tudo que possa constituir sinal distintivo de ação de publicidade objeto de controle da legislação eleitoral.

5 A multa pode vir a ser aplicada não só ao agente público, mas também aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem (art. 73, §8º). As multas são duplicadas a cada reincidência (art. 73, §6º)

12. Ao analisar criteriosamente os dispositivos legais e regulamentares aqui trazidos, entendo que a conduta que a Lei Eleitoral veda, visando resguardar a legitimidade das eleições contra o abuso do exercício do cargo, é a realização de ações de publicidade institucional de programas estatais. Pressupõe-se que uma ação de publicidade traria, em seu bojo, a promoção pessoal do agente público por ela responsável, e que sua realização, em momento tão próximo ao do pleito, poderia afetar a decisão do eleitor quanto ao candidato em que irá votar.

13. No entanto, ainda que haja vedação à publicidade institucional, a Administração deve, durante o período eleitoral, manter-se atuante e em funcionamento, prestando à população os serviços que lhe incumbem, e deve dar regular continuidade às ações e programas previamente estabelecidos para atingir as finalidades a que se propõe. As necessidades públicas permanecem constantes, e os gestores públicos não podem se furtar a atendê-las durante todo o período eleitoral, devendo ter, neste período, o cuidado adicional da atuação isenta, para evitar que as ações ordinárias de gestão sejam entendidas como favorecedoras de uma candidatura ou partido político.

14. Neste contexto, a utilização de logomarca, há muito consolidada, que detém a capacidade de indicar ao público em geral um programa ao qual está associada, dando legitimidade e segurança às ações dos usuários-contribuintes, não me parece que possa ser caracterizada como “publicidade institucional”, mas sim como mero desenvolvimento ordinário das ações legalmente atribuídas a esta Secretaria da Fazenda. Some-se o fato de tal programa ter sido criado em 2007, e já ter perpassado 4 governadores distintos.

15. A simples manutenção da execução de Programa, com base em seus signos característicos, há muito solidificados, é medida de gestão ordinária dos assuntos da Pasta. O sucesso de um programa ou organização está diretamente ligado à forma como suas ideias e conceitos são transmitidos aos usuários, e a marca é um elemento que indica ao público-usuário do programa que se trata de uma ação oficial do Estado de São Paulo. Em tempos em que as ações no “mundo virtual” tomam cada vez maior proporção na vida das pessoas, e em se tratando de programa que, em sua essência, é digital (posto que o registro do CPF, a consulta dos créditos e transferências dos valores ocorrem por meio eletrônico), a existência de elementos que confirmam credibilidade ao usuário se mostram essenciais ao sucesso do programa. A súbita alteração da identidade visual do programa pode levar os usuários a acreditar que se trata de um site *fake* ou que a página da Secretaria tenha sido *hackeada*.

16. Entendo que, no presente caso, a mera manutenção do símbolo do programa Nota Fiscal Paulista no site e aplicativo não constitui ação de publicidade institucional e não estaria vedada pelo art. 73, inc. VI, “b” da Lei nº 9.504/97, de forma que tampouco se aplicariam as disposições dos arts. 12 e 9º da Portaria Subsecom nº 01/2018.

17. Pesquisa à jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral nos dá elementos a corroborar o entendimento aqui apresentado, ao indicar alguns critérios que caracterizariam uma ação de publicidade institucional. No julgado abaixo transcrito,⁶ assentou-se que, para a caracterização da vedação prevista no art. 73, inc. VI, “b”, deve ter havido um ato administrativo que autorizasse a publicidade e que ela tenha sido custeada com recursos públicos. No presente caso, com os elementos ora disponíveis, me parece que a manutenção da marca no site da instituição e aplicativo respectivo não caracteriza nem uma coisa, nem a outra. Vejamos:

Agravo de Instrumento nº 5565 - SERRA NEGRA - SP

Acórdão nº 5565 de 21/06/2005

Relator(a) Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos

Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Tomo -, Data 26/08/2005, Página 175 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 16, Tomo 3, Página 180

Ementa:

Agravo de Instrumento. Recurso Especial. Representação. Conduta vedada. Art. 73, inciso VI, letra b, da Lei nº 9.504/97. Publicidade institucional. Não-caracterização. Ausência. Ato administrativo. Agente público. Autorização. Presunção. Responsabilidade. Não-comprovação. Dispêndio. Recursos públicos.

1. Não é admissível a cassação de diploma pelo ilícito do art. 73, inciso VI, letra b, da Lei nº 9.504/97, com fundamento em presunção.

2. Esta Casa já assentou que, para restar caracterizada a infração do art. 73, inciso VI, letra b, da Lei nº 9.504/97, **é necessária a comprovação do ato de autorização de veiculação de publicidade institucional.**

3. A conduta vedada prevista no art. 73, inciso VI, letra b, da Lei nº 9.504/97, somente se caracteriza nas hipóteses de publicidade institucional, **o que implica necessariamente dispêndio de recursos públicos autorizado por agentes públicos.**

4. Cabe ao autor da representação o ônus da prova tanto do ato de autorização quanto do fato de a publicidade ser custeada pelo Erário, na medida em que se cuida de fatos constitutivos do ilícito eleitoral.

5. Esta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 21.320, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, de 9.11.2004, decidiu que compete a este Tribunal determinar os termos da execução das suas decisões.

Agravo provido. Recurso Especial provido. (grifamos)

6 Em idêntico sentido: RESPE no 25120 - ALVORADA DO NORTE – GO, Acórdão nº 25120, de 21/06/2005.

18. Outros julgados afirmam que somente pode se caracterizar publicidade institucional vedada pela legislação quando há promoção pessoal, o que, pelas informações que foram fornecidas, tampouco se vislumbra no caso presente:

RESPE nº 15373 - MACAPÁ - AP

Acórdão nº 15373 de 24/09/1998

Relator(a) Min. José Eduardo Rangel De Alckmin

Relator(a) designado(a) Min. Edson Carvalho Vidigal

Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 24/09/1998, RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 12, Tomo 3, Página 94

Ementa:

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. INELEGIBILIDADES. ABUSO DO PODER POLÍTICO. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. ADMISSÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO. CASSAÇÃO DO REGISTRO DO CANDIDATO. RECURSO ESPECIAL RECEBIDO COMO RECURSO ORDINÁRIO.

1. A veiculação de logomarca ou slogan na publicidade institucional de Governo só constitui abuso de poder político, para fins de inelegibilidade, quando configura propaganda pessoal.

2. Não enseja inelegibilidade por abuso de poder político ou por uso indevido de veículos ou meios de comunicação a publicação de boletim informativo sobre as atividades de Governo, **a não ser quando configura propaganda pessoal.**

3. A Justiça Eleitoral não é competente para conhecer e decidir, visando inelegibilidade de candidato, de atos que tipificaríamos, em tese, improbidade administrativa ou outros ilícitos penais, se praticados fora do período da proibição legal.

4. Recurso Especial recebido como Recurso Ordinário e provido para casar o Acórdão recorrido, restabelecendo-se o registro da candidatura do recorrente.

Decisão:

Por maioria, o Tribunal conheceu do recurso e lhe deu provimento. Vencidos os Ministros Relator e Eduardo Ribeiro que negavam provimento ao recurso.

19. O acórdão abaixo transcrito consolida os elementos acima indicados, assentando que somente pode vir a ocorrer publicidade institucional vedada pelo art. 73, VI, “b” quando (i) caracterizar a promoção pessoal de autoridades e servidores e (ii) for paga com recursos públicos, acrescentando que, por outro lado, a adoção de nova logomarca, criada com propósito específico de identificar determinada gestão, pode vir a caracterizar promoção dos governantes:

0001380-69.2014.6.07.0000

RO – Recurso Ordinário nº 138069 – BRASÍLIA - DF

Acórdão de 07/02/2017

Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva

Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 045, Data 07/03/2017, Página 36-37

Ementa:

ELEIÇÕES 2014. RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. GASTOS. GOVERNADOR E VICE-GOVERNADOR. CONDUTA VEDADA. ABUSO DO PODER POLÍTICO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL.

1. Veiculação do vídeo alusivo ao Programa de Alimentação Escolar e da logomarca governamental no canal GDF Dia a Dia, no YouTube, nos três meses que antecederam o pleito.

a. A condenação por prática de conduta vedada somente é possível quando há prova incontestada da veiculação de propaganda institucional, **paga com recursos públicos**, no período vedado.

b. Na espécie, o autor apresentou mera reprodução de suposta divulgação de propaganda institucional na internet, cuja prova obtida em serviço autônomo de armazenamento de dados não se presta a demonstrar a data da veiculação nem que o vídeo encartado aos autos teria sido pago com recursos públicos.

c. Os recursos merecem provimento neste ponto para afastar a infração ao art. 73, VI, b, da Lei 9.504/97 e as respectivas multas impostas aos recorrentes.

2. O fato de os representados não terem sido eleitos não impede que a Justiça Eleitoral examine e julgue ação de investigação judicial eleitoral na forma do art. 22 da LC 64/90. A aferição do abuso do poder econômico, político ou do uso indevido dos meios de comunicação social independe do resultado do pleito, devendo ser aferida de acordo com a gravidade da situação revelada pela prova dos autos.

3. A realização de propaganda institucional somente é admitida nos termos do art. 37, § 1º, da Constituição da República, sendo **vedada a utilização de imagens ou símbolos que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores**.

4. **A adoção de nova logomarca do governo, criada com propósito específico de identificar determinada gestão, pode caracterizar espécie de promoção dos governantes.**

5. A criação da nova logomarca, a publicidade realizada em desacordo com o comando constitucional para identificar atos de determinada gestão e a

desproporcional concentração de gastos no primeiro semestre do ano da eleição configura abuso do poder político, com gravidade suficiente para atrair as sanções previstas no art. 22, XIV, da LC 64/90.

6. A utilização de dinheiro público para a veiculação de publicidade institucional que não cumpre os ditames do § 1º do art. 37 da Constituição Federal em período pré-eleitoral, que serve precipuamente para a autopromoção do governante, tem gravidade suficiente para atrair a sanção de inelegibilidade.

7. Não demonstrada a participação do candidato ao cargo de vice-governador nos ilícitos apurados, não é possível lhe impor inelegibilidade. Precedentes.

Recurso ordinário de Agnelo Santos Queiroz Filho provido, em parte, para afastar apenas a sanção de multa imposta pelo acórdão regional.

Recurso ordinário interposto por Nelson Tadeu Filippelli provido para afastar a sanção de multa e a declaração de inelegibilidade impostas pelo acórdão regional. (grifamos)

20. Também está consolidada na jurisprudência do TSE que os símbolos ou expressões identificadores da administração de candidato a cargo eletivo não podem ser mantidos em placas durante o período eleitoral, o que me parece não ocorrer no caso ora em análise, pois a marca do programa Nota Fiscal Paulista, pelas informações que constam dos autos, não está vinculada a um ou outro governante, mas ao programa em si:

AI - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 9877 – PARANAGUÁ - PR

Acórdão de 01/12/2009

Relator(a) Min. Arnaldo Versiani Leite Soares

Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Volume , Tomo 030, Data 11/02/2010, Página 11

Ementa:

Representação. Publicidade institucional. Placas. Obra pública. Período vedado.

1. A jurisprudência deste Tribunal tem assentado que, **no trimestre anterior ao pleito, é vedada, em obras públicas, a manutenção de placas que possuam expressões ou símbolos identificadores da administração de candidato a cargo eletivo.**

2. Para modificar o entendimento da Corte de origem, de que a publicidade institucional, cuja veiculação foi mantida durante o período vedado, continha marcas e símbolos identificadores da administração municipal, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que não

é permitido nesta instância especial, a teor da Súmula nº 279 do egrégio Supremo Tribunal Federal.

3. A conduta prevista no art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97 fica caracterizada independentemente do momento em que a publicidade institucional foi autorizada, desde que a veiculação tenha ocorrido dentro dos três meses que antecedem a eleição.

4. O art. 73, § 8º, da Lei nº 9.504/97 prevê a possibilidade de aplicação da multa aos partidos, coligações e candidatos que dela se beneficiarem. (grifamos)

21. Destaco o Agravo Regimental em Representação – AgRp nº 967 (Acórdão de 15.08.2006, Relator Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira)⁷, em que se analisou a distribuição de 40 milhões de exemplares de revistas em quadrinhos que ostentavam na capa o símbolo do programa “FOME ZERO”, acompanhado dos dizeres “CRIANÇA SAUDÁVEL, EDUCAÇÃO DEZ”, e na contracapa, a logomarca então utilizada pelo Governo Federal - “BRASIL UM PAÍS DE TODOS”, acompanhada da expressão “GOVERNO FEDERAL”. No caso, não houve condenação por não haver comprovação de que as cartilhas foram distribuídas no período eleitoral, porém, quanto ao mérito, o relator do processo assim se manifestou:

Entendo, em princípio, que as cartilhas ou revistas, em si, não constituem propaganda institucional, nem deve se proibir, mesmo no período eleitoral, a sua distribuição. Considero, contudo, que a posição, nas referidas cartilhas ou revistas, das logomarcas ou símbolos referidos, empresta às publicações caráter propagandístico. **De fato, o “FOME ZERO” é notoriamente conhecido como programa social do atual governo. Já o “Criança Saudável, Educação Dez”, segundo a Radiobrás, é, também, projeto do atual governo.**

(...)

Não tenho dúvida de que, como afirmado, a oposição dos símbolos do programa “FOME ZERO” e da logomarca “BRASIL, UM PAÍS DE TODOS”, nas revistas em questão, confere a estas caráter de propaganda institucional.

22. A questão aqui posta já havia sido, em 2010, submetida à avaliação da Procuradoria Geral do Estado, resultando no Parecer PA nº 88/2010, aprovado pelo Procurador Geral do Estado, respondendo pelo expediente da PGE, Dr. Marcelo de Aquino. Entre outras, foi submetida à PGE a seguinte questão:

1 - Trata-se neste feito de questões formuladas pela Secretaria da Fazenda atinentes à comunicação em período eleitoral (fls. 03/05). Referem-se a:

⁷ “Ementa: Alegada violação do artigo 73, VI, b, da Lei 9.504/97. Distribuição de cartilhas educativas, sobre alimentação e obesidade, pelo governo federal. Aposição de símbolos de programa governamental e do próprio governo. Ausência de prova da distribuição no período vedado pela lei. Representação que se julga improcedente. Agravo Regimental desprovido.”

(...)

(f) Realização da campanha da **Nota Fiscal Paulista** (NFP) durante o período eleitoral, objeto de consulta ao Tribunal Regional Eleitoral. Indaga-se se há data limite para a consulta, se o pedido deve ser encaminhado pela Fazenda, SECOM ou PGE, se há restrições ao uso da logomarca do programa na internet e se devem ser suspensas ações de orientação ao público, feitas pelas Delegacias Regionais com frequência; (grifamos)

23. Com base em extensa análise da legislação e jurisprudência, as conclusões da parecerista, Dra. Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi, foram no sentido de que a realização de atos normais de administração, que já vinham sendo regulamentemente praticados, não encontra óbices na legislação eleitoral, incluindo a campanha da Nota Fiscal Paulista. Confira-se:

f) A realização de atos normais de administração e de eventos visando ao desenvolvimento de ações de cidadania (como, por exemplo, projeto Cidadania em Ação e atividades do Poupatempo, mesmo desenvolvidas fora dos postos ou em conjunto com outras entidades), **com prestação de serviços usualmente disponíveis e que já venham sendo regularmente praticados** (por exemplo, emissão de documentos fora dos postos ordinários), bem como orientações e informações sobre “como, quando, onde” usar determinado serviço público, **não encontram óbice na legislação eleitoral. Aí se insere, a meu ver, a campanha da Nota Fiscal Paulista** (referida em 1, “f”, deste). (pág 22, grifamos)

24. A conclusão pela legitimidade, em face da legislação eleitoral, da continuidade de programas e ações que já vinham sendo regulamentemente desenvolvidos pela Administração Pública foi integralmente corroborada pelo Procurador Geral do Estado, inclusive e especificamente em relação ao programa da Nota Fiscal Paulista, nos termos que transcrevo:

h) a realização de atos normais de administração e de eventos visando ao desenvolvimento de ações de cidadania, com prestação de serviços usualmente disponíveis e que já venham sendo regularmente praticados, não encontram óbice na legislação eleitoral, aí inserindo, a campanha da Nota Fiscal Paulista.

25. Face todo o exposto, ainda que se entenda que a continuidade da utilização da marca do programa Nota Fiscal Paulista, da forma como vem sendo feita nos últimos anos e sem que configure ação específica de publicidade ou promoção pessoal de gestor público, não represente conduta vedada pela legislação eleitoral, **a decisão pela utilização da marca, bem como pela forma com que o será feita, deve ser tomada com a devida cautela**. Como vimos, a legislação eleitoral emprega termos abertos, e não há como traçar um linha clara e precisa segregando o que é e o que não é publicidade institucional; os limites são tênues

e a forma como tais símbolos serão utilizados, no futuro período eleitoral, é que poderá dar maiores elementos a fim de caracterizar se houve, ou não, conduta vedada (e, ainda assim, pode haver divergência de entendimentos). No momento, antes do início do período eleitoral, as orientações que podemos traçar são de cunho teórico e a título de orientação à tomada de decisão.

26. Reitero aqui a recomendação que já havia, em 2010, sido feita pela citada parecerista, no Parecer PA nº 88/2010, quanto à especial precaução que se deve empregar na análise de situações como a presente:

8 - O limite entre a atividade administrativa normal e o ilícito abuso de recursos públicos é tênue e não foi estabelecido pela legislação em termos claros. Há recomendação dos Tribunais quanto à “máxima prudência em ano eleitoral” (TER/MS) e no sentido de que os agentes públicos e todos os candidatos devem precaver-se (TSE, RCED 698/TO), sendo que o artigo 73 não exige finalidade eleitoral e admite-se suficiente a potencialidade do dano para relativizar a licitude de atos, verificação que há de ser feita em cada caso concreto e, se comprovada, ensejará a responsabilização dos envolvidos mesmo nas hipóteses excepcionadas.

Considerando as graves consequências que decorrem quando ignoradas as vedações que a lei institui - as sanções previstas para a prática de condutas vedadas no período eleitoral abrangem suspensão da atividade, multa (prevista no § 4º do artigo 73, aplicável aos responsáveis pela conduta, agentes públicos, partidos, coligações e candidatos que se beneficiarem), cassação do registro ou diploma (do beneficiado), inelegibilidade e improbidade administrativa (dos responsáveis e beneficiados), imprescindível encaminhar consulta ao E. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo a quem compete dirimir tais questões, para não incorrer em propaganda que seja usada para fins eleitorais capazes de desestabilizar a igualdade do pleito.

27. Acrescento, por fim, que, caso se entenda de forma diversa da aqui apresentada – ou seja, caso se conclua pela vedação à utilização do logo do Programa Nota Fiscal Paulista durante o período eleitoral, entendo que não há irregularidade na existência desse logo nos aplicativos já instalados nos equipamentos de terceiros. Me parece fazer sentido considerar que, em tal situação, a utilização da logomarca se consolidou com o *download* do programa, que ocorreu antes do prazo vedado pela legislação eleitoral. Para *downloads* que vierem a ser efetuados durante o período eleitoral, recomenda-se – caso o entendimento diverso do aqui defendido prevaleça – seja o logo excluído.

28. Pontuo que, na presente eleição, conforme calendário divulgado pelo Tribunal Superior Eleitoral, inicia-se em 7 de julho de 2018 a vedação à realização de publicidade institucional prevista no art. 73, inc. VI, “b” da Lei nº 9.504/1997 (Resolução nº 23.555, de 18.12.2017).

29. Por fim, em face de se tratar o tema aqui abordado de questão que pode ser enfrentada por outras Secretarias ou entidades do Estado, extrapolando assim o âmbito de atuação desta Pasta, bem como pelas consequências que poderão advir caso venha a Administração a decidir por manter a utilização das marcas e, futuramente, vier a prevalecer entendimento diverso do aqui sustentado, me parece prudente que a questão seja alçada ao crivo da Subprocuradoria Geral do Estado da Consultoria Geral.

É o parecer que submeto à apreciação de V.Sa.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

DÂNAE DAL BIANCO

Procuradora do Estado

1. Aprovo o Parecer CJ/SEFAZ nº 246/2018 pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.
2. Encaminhe-se, **com urgência**, à Subprocuradoria Geral do Estado da Consultoria Geral, conforme proposto no último item do opinativo, com trânsito pela CAT para conhecimento.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

JUSTINE ESMERALDA RULLI FILIZZOLA

Procuradora do Estado
Chefe da CJ/SF

Parecer da Procuradoria Administrativa

PROCESSO: 016.762/2014

INTERESSADO: ARTESP

PARECER: PA nº 43/2018

EMENTA: AGÊNCIA REGULADORA DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP. CONCESSÃO. PODER DE POLÍCIA. Rodovias paulistas concedidas. Controvérsia relacionada à atribuição da ARTESP para fiscalização da instalação de publicidade ao longo das rodovias, acessos às rodovias, venda de bebidas alcoólicas em terrenos contíguos às faixas de domínio, venda de produtos hortifrutigranjeiros nas faixas de domínio e terrenos contíguos às rodovias, ocupação da faixa de domínio e área ‘non aedificandi’. Dúvida quanto à possibilidade de desempenho imediato pela ARTESP das atribuições próprias de órgão executivo de trânsito rodoviário. Precedente: Parecer PA nº 143/2008. Considerações relativas à integração ao Sistema Nacional de Trânsito, na condição de entidade executiva rodoviária do Estado e o exercício de competências relacionadas à gestão do trânsito nas rodovias. Possibilidade do exercício de poder de polícia relacionado às matérias em questão.

1. Vêm, os presentes autos, a esta Procuradoria Administrativa por determinação do Senhor Subprocurador Geral Adjunto, área da Consultoria Geral, tendo em vista proposta formulada pela Consultoria Jurídica da Agência Reguladora de Transportes do Estado de São Paulo – ARTESP, relativa à oitiva desta Especializada sobre: “(i) a possibilidade de desempenho imediato pela ARTESP das atribuições próprias de órgão executivo de trânsito rodoviário, mesmo ante a falta de reconhecimento nesse sentido pelos órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Trânsito; (ii) e, caso negativa a resposta à primeira indagação, a possibilidade de celebração de convênio entre ARTESP e DER com fulcro no artigo 25 do CTB, bem como seus limites, considerando as manifestações dissonantes nesse sentido entre esta Consultoria Jurídica e a Consultoria Jurídica do DER” (fls. 147/150).

2. Tais questões foram suscitadas em razão de consulta formulada pela Diretoria de Assuntos Institucionais da ARTESP, acerca da viabilidade da emissão de recomendação institucional para que a Diretoria de Operações passe a proceder à fiscalização de painéis, uso da faixa de domínio e acessos rodoviários, com funda-

mento no inciso XXXVIII, artigo 4º da Lei Complementar nº 914/2002 c.c. item 19 do Parecer PA nº 44/2017 (fl. 145).

3. O Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica da ARTESP recordou, preliminarmente, que aquele órgão jurídico já manifestou, em várias oportunidades, a opinião no sentido de que o desempenho, pela autarquia, de atividades próprias de órgão executivo rodoviário de trânsito não é possível, ante o não reconhecimento dessa condição pelo Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN. Reportou-se, a este respeito, aos Pareceres CJ/ARTESP nº 1191/2015, 950/2015 e 1008/2015; que fazem remissão às conclusões exaradas no Parecer PA nº 143/2008. Diante do impasse, o Parecer CJ/ARTESP nº 176/2017 propôs a celebração de convênio entre a Agência Reguladora e o DER, com base no artigo 25 do Código de Trânsito Brasileiro, visando ao equacionamento de atividades relacionadas ao poder de polícia, que não estão sendo desempenhadas a contento nas rodovias concedidas à iniciativa privada, quais sejam: autorização e fiscalização de instalação de publicidade; autorização para instalação e fiscalização de acessos; fiscalização da venda de bebidas alcoólicas em terrenos contíguos às faixas de domínio; autorização para venda de produtos hortifrutigranjeiros; e autorização e fiscalização da ocupação da faixa de domínio e área *non aedificandi*.

4. O DER, contudo, divergiu parcialmente acerca do conteúdo do citado convênio, entendendo que o mesmo deveria limitar-se à delegação de meros atos auxiliares que precedem os atos jurídicos de polícia, de forma a não atingir atividades exclusivas de órgão rodoviário executivo de trânsito; alternativa que a ARTESP considerou insuficiente para alcance dos objetivos pretendidos.

5. Em razão da recente edição do Parecer PA nº 44/2017, que examinou a legitimidade da agência reguladora para exercício de atividades de polícia relacionadas à fiscalização do serviço de transporte intermunicipal, a ARTESP retoma a questão do equacionamento das demais atividades de polícia já referidas – quais sejam: autorização e fiscalização de instalação de publicidade, autorização para instalação e fiscalização de acessos, fiscalização da venda de bebidas alcoólicas em terrenos contíguos às faixas de domínio, autorização para venda de produtos hortifrutigranjeiros, e autorização e fiscalização da ocupação da faixa de domínio – pretendendo seu exercício, independentemente de convênio com o DER.

6. Por entender que “o exercício de medidas administrativas do CTB por parte da ARTESP não constitui a essência da opinião contida no Parecer PA nº 44/2017, a qual se funda principalmente na distinção entre penas administrativas relacionadas à fiscalização do transporte intermunicipal de passageiros baseada em regulamentos próprios e infrações de trânsito previstas no CTB”, o Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica que atende a autarquia ponderou que “o desempenho imediato

pela ARTESP de atribuições próprias de órgão executivo de trânsito seria medida que poderia causar grande insegurança jurídica e questionamentos judiciais”. Nesse contexto, propõe nova oitiva desta Procuradoria Administrativa.

7. Os autos vêm acompanhados do protocolado ARTESP nº 27.347/2003, que tem por objeto a solicitação ao DENATRAN de registro da ARTESP como órgão executivo rodoviário, e do expediente DER nº 016039/17/DR.09/2006, no qual examinada questão da fiscalização de barracas de venda de produtos hortifrutigranjeiros em rodovias estaduais sob regime de concessão.

É o relatório. Passamos a opinar.

8. Nos termos do artigo 1º da Lei Complementar nº 914/02, a ARTESP foi instituída como *“autarquia de regime especial, vinculada à Secretaria de Estado dos Transportes, dotada de autonomia orçamentária, financeira, técnica, funcional, administrativa e poder de polícia, (...) com a finalidade de regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos de transportes autorizados, permitidos ou concedidos, no âmbito da Secretaria de Estado dos Transportes, a entidades de direito privado”* (g.n.).

9. No âmbito dos serviços compreendidos em suas finalidades, a ARTESP tem atribuição, dentre outras, para: (i) *“zelar pela prestação de serviço adequado, considerando-se como tal todo aquele que satisfaça as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”* (art. 4º, VI, g.n.); (ii) *“autorizar a instalação e regulamentar o funcionamento de equipamentos e serviços na faixa de domínio e na área ‘non aedificandi’ da malha viária, e definir os padrões operacionais e os preços pela utilização dos bens públicos”* (art. 4º, XXII, g.n.); (iii) *“zelar pela contínua preservação das condições de manutenção dos bens inerentes à prestação dos serviços públicos de transporte, tendo em vista seu adequado estado de conservação à época da reversão desses bens ao Estado, quando for o caso”* (art. 4º, XXX); (iv) *“exercer as funções de órgão executivo rodoviário (...) na circunscrição dos serviços concedidos, permissionados ou autorizados”* (art. 4º, XXXVIII, g.n.). O § 6º, do mesmo artigo 4º, *exclui o desempenho das atribuições em questão, pela ARTESP, nas rodovias administradas pelo DER.*

10. É dizer, portanto, que no exercício de sua autonomia para organização das atribuições das próprias estruturas, o Estado de São Paulo optou por conferir à ARTESP – na condição de agência reguladora responsável por todas as modalidades de serviços públicos de transportes autorizados, permitidos ou concedidos – poder de polícia e competências que viabilizem a adequada fiscalização no âmbito de suas finalidades, que alcançam as rodovias paulistas sob regime de concessão, ressalvadas as atribuições do DER nas rodovias por este administradas.

11. O presente protocolado retoma questões relacionadas ao exercício do poder de polícia em rodovias concedidas à iniciativa privada, algumas das quais já examinadas por esta Procuradoria Administrativa, ou pelas Consultorias Jurídicas que auxiliam a ARTESP e o DER, porém ainda não satisfatoriamente equacionadas no âmbito das citadas autarquias.

12. A primeira dúvida submetida, que diz com a possibilidade de desempenho imediato pela ARTESP das atribuições próprias de órgão executivo de trânsito rodoviário, *a despeito do não reconhecimento dessa condição pelos órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Trânsito*¹, ante a preexistência do DER, foi detalhadamente examinada no Parecer PA nº 143/2008². Tal opinativo teve por objeto controvérsia instaurada entre o DER e a ARTESP, relacionada ao exercício, por esta agência reguladora, de atividade fiscalizadora do comércio de produtos hortifrutigranjeiros, na faixa de domínio das rodovias sob regime de concessão.

13. Abro parênteses para recordar, por oportuno, que “... *as concessionárias de rodovias não exercem poder de polícia nem qualquer atividade fiscalizatória própria e inerente à Administração Pública*” (item 15, PA nº 143/2008; g.n.). Não executam, destarte, “... *atividade própria do órgão rodoviário executivo de trânsito, tal qual prevista no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997)*.” (item 15, PA nº 143/2008).

14. Não obstante o Parecer PA nº 143/2008 sustente a inexistência de óbice, no vigente Código Brasileiro de Trânsito, quanto ao desempenho das competências de órgão executivo rodoviário por mais de um ente nos Estados, finda por reconhecer que o entendimento divergente, exarado pelos órgãos federais de trânsito, acaba por resultar em indesejável impasse. Nesse contexto, ante a inviabilidade de solução definitiva à luz dos elementos fáticos e jurídicos então disponíveis, a parecerista propôs, alternativamente, que se avaliasse a conveniência da alteração da legislação que rege a ARTESP, especialmente quanto ao disposto no inciso XXXVIII, do artigo 4º, da Lei Complementar nº 914/2002, ou que se insistisse no pleito visando ao seu reconhecimento, perante o DENATRAN, como um dos órgãos executivos rodoviários do Estado, com atuação circunscrita às rodovias concedidas. Preliminarmente à opção da Administração Pública por uma das propostas, a então Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria sugeriu a complementação da instrução dos autos para juntada de cópia do processo relativo ao pleito formulado pela ARTESP ao DENATRAN.

1 A decisão nº 001/2004 – CONTRAN consignou que “*apenas o órgão ou entidade executivo rodoviário que tenha circunscrição sobre a via se reveste de legitimidade para exercer as competências consignadas no artigo 21 do Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*” (fl. 107, protocolado ARTESP nº 27.347/2003).

2 De autoria da Procuradora do Estado DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS.

15. A controvérsia retorna à análise, em contexto um pouco mais amplo, constatando-se, a partir do exame do protocolado nº 27.347/2003 – instruído com documentos que tratam do requerimento dirigido ao DENATRAN no ano de 2003 – que já fora apresentado, pela ARTESP, pedido de revisão do entendimento, o qual restou indeferido em 2004, antes mesmo da prolação do Parecer PA nº 143/2008. A decisão dos órgãos federais lastreou-se em manifestação exarada pela Assessoria Jurídica do DENATRAN, sustentada no argumento de que

“O Supremo Tribunal Federal, em Processo semelhante ao apreciado pelo Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 95, de 22 de dezembro de 1972, do Governo do Estado de São Paulo, que instituiu a DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S.A., nos termos do Acórdão de 12 de março de 1981, relativo aos Embargos de Declaração, embasado, preliminarmente, no princípio de que a DERSA não poderia exercer as atribuições do Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo – DER-SP, por serem poderes de natureza indelegável, portanto, sem viabilidade de concessão e, também, em decorrência da Lei Federal não conferir legitimidade para que o Estado-Membro possa dividir a esfera jurisdicional de suas estradas.” (fl. 107, protocolado ARTESP nº 27.347; grifos no original)

16. Manteve-se, portanto, a negativa, baseada em precedente³ exarado pelo Supremo Tribunal Federal, em 12.03.1981, que examinou lei paulista que atribuía à DERSA (Desenvolvimento Rodoviário S/A), empresa estatal, poderes de órgão executivo rodoviário de trânsito sobre as rodovias sob sua jurisdição administrativa. Assim decidiu, a Corte Suprema, a partir da interpretação de normas do Código Nacional de Trânsito então vigente (Lei nº 5.108/66), em face da preexistência do DER com atribuições dessa natureza.

17. Com a devida vênia, em que pese a manifestação exarada pela Assessoria Jurídica do DENATRAN, não nos parece que o precedente judicial em questão, *considerada a evolução da jurisprudência do STF e a análise da legislação vigente*, conduza à conclusão de que a Lei Complementar Estadual nº 914/2002, que criou a ARTESP, estaria eivada de inconstitucionalidade, tal como decidido anteriormente acerca da Lei estadual nº 95/72, que instituiu a DERSA. Esta matéria foi enfrentada pelo Parecer PA nº 143/2008, em cujo âmbito demonstrou-se, ainda, que *a lei complementar estadual não se contrapõe, tampouco, ao vigente Código de Trânsito Brasileiro, de cujas disposições não se extrai a propalada vedação a que os Estados distribuam o desempenho das competências de órgão executivo rodoviário de trânsito entre mais de um órgão ou entidade.*

3 Representação nº 966, Rel. Min. MOREIRA ALVES.

18. A respeito de tais questões, convém recordar trecho do opinativo referido:

“26. Nos termos da decisão do Supremo⁴, entendeu-se que a legislação ordinária autorizava apenas um órgão de trânsito no âmbito de cada ente federativo, como forma de preservar a unidade de atuação. Essa conclusão foi obtida a partir da interpretação dos artigos 3º e 7º, da referida lei. O artigo 3º, ‘f’ dispõe que ‘compõem a Administração do Trânsito como integrantes do sistema nacional de trânsito (...) f) os órgãos rodoviários federal, estaduais e municipais’, detentores de atribuições executivas. O artigo 7º, ao prever que em cada Estado haverá um Conselho Estadual de Trânsito, dita a composição do órgão, apontando na alínea ‘b’ ‘um representante do órgão rodoviário estadual’. Viu o STF, nessa menção unitária do artigo 7º, alínea ‘b’, indicação determinante do caráter de unicidade do órgão rodoviário. O regulamento então vigente (Decreto nº 62.127, de 16 de janeiro de 1968), na ótica do STF, também indicava a unicidade do órgão.

27. No acórdão da Representação nº 966, lê-se do voto do Ministro Relator:

‘Do exame do Código Nacional de Trânsito e de seu regulamento, verifica-se que, em terreno de sua competência – legislação sobre tráfego e trânsito nas vias terrestres, a União Federal, de forma exaustiva, criou o Sistema Nacional de Trânsito, estabelecendo quais são os Conselhos, Departamentos, Circunscrições e órgãos federais, estaduais e municipais que integram esse Sistema.

Parece-me inequívoco que, com referência aos órgãos executivos desse sistema (Departamento Nacional de Trânsito, Departamentos de Trânsito, Circunscrições Regionais de Trânsito e órgãos rodoviários federal, estaduais e municipais), optou a União Federal, com relação a todos eles, pelo princípio da centralização (um Departamento Nacional de Trânsito e um Departamento de Trânsito para cada Estado; um órgão rodoviário federal, um órgão rodoviário para cada Estado e um órgão rodoviário para cada município que esteja em condições de tê-lo), excepcionando-se, apenas, com relação às circunscrições regionais de trânsito, única forma de descentralização (essas Circunscrições estão subordinadas ao Departamento de Trânsito Estadual) permitida dentro do Sistema Nacional de Trânsito.

Essa conclusão não decorre de simples exegese literal de textos isolados do Código e de seu Regulamento, mas, ao contrário, da conjugação de sua interpretação literal com os métodos – inclusive o sistemático – que integram a interpretação lógica.

Pelo artigo 33 do Regulamento do Código Nacional de Trânsito, vê-se que, ao se estabelecer a jurisdição dos órgãos rodoviários federal, estaduais, do Distrito Federal, dos Territórios e Municipais, se adotou o princípio de

4 Refere-se à decisão proferida na Representação nº 966, relacionada à lei estadual que atribuiu à DERSA poderes de órgão executivo rodoviário de trânsito.

que o critério de divisão de jurisdição é unitário – estradas do domínio da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios –, o que implica dizer, uma vez que não se dá outro critério para a distribuição de jurisdição dentro de cada uma dessas unidades federativas, que em cada uma delas haverá um órgão rodoviário com jurisdição sobre todas as estradas de seu domínio. O que, aliás, se explica, perfeitamente, em face das atribuições desses órgãos, que devem ser exercidas uniformemente dentro de cada área de jurisdição. Por isso é que mesmo quando o Código ou o seu Regulamento aludem genericamente a esses órgãos rodoviários usam da expressão ‘órgãos rodoviário federal, estaduais e municipais’, porque há um na União (daí, o singular federal), um para cada Estado e um para cada Município (o que explica o plural ‘estaduais e municipais’ em contraposição ao singular federal’); e sempre que esses diplomas aludem a tais órgãos estaduais ou municipais com relação a cada estado ou a cada município se referem apenas ao ‘ao órgão rodoviário estadual’ ou ‘ao órgão rodoviário municipal’.

(...)

5. Em face do Código Nacional de Trânsito, cada Estado terá apenas, como integrante do Sistema Nacional de Trânsito, e para a titularidade das atribuições que estão enumeradas no artigo 34 do respectivo Regulamento, um órgão rodoviário, para uniformidade de atuação dentro do território estadual.

Aos estados-membros é dado determinar, dentro de sua organização administrativa, qual o seu órgão que desempenhará essa função – no Estado de São Paulo, foi ela atribuída ao DER, sendo a DERSA, sociedade de direito privado, concessionária dele para a exploração de algumas das rodovias estaduais – mas não podem os Estados-membros, sem violação ao Código Nacional de Trânsito, e, conseqüentemente, sem ofensa à competência legislativa outorgada à União pela Constituição Federal, criar, para que o Sistema Nacional de Trânsito e para que exerçam as atribuições conferidas pelo citado artigo 34 do Regulamento, vários órgãos rodoviários, cada qual com jurisdição própria sobre diferentes rodovias estaduais. Igualmente, não podem, sob o manto de concessão, desvincular as concessionárias, que exploram o uso de rodovias estaduais, do órgão rodoviário estadual único, que é o poder concedente, (...) e isso porque as atribuições que a legislação federal de trânsito outorga ao órgão rodoviário estadual são indelegáveis por força da razão mesma de ser a unificidade desse órgão em cada Estado-membro: a uniformidade de atuação. (...). (sem destaque no original).

...

47. Na linha do entendimento agasalhado pelo DENATRAN, com base em precedente do STF, poder-se-ia cogitar da existência de inconstitucionalidade da LCE nº 914/2002, sob o fundamento de afronta ao artigo 22, inciso XI, da Constituição Federal. No entanto, smj., **não se consegue no caso presente, estabelecer o vício de inconstitucionalidade mediante o**

confronto direto da norma estadual com a Constituição Federal. Não se pode falar no caso em usurpação da competência da União porque a União não tem competência para dizer quem é o ente executivo rodoviário no âmbito do Estado de São Paulo.

48. O exame da eventual inconstitucionalidade teria, necessariamente, que passar pelo exame do Código de Trânsito. No acórdão da Representação nº 966, j. 15.8.1979, o Ministro Xavier de Albuquerque, embora vencido na ocasião, sustentou exatamente esse ponto, ao afirmar que ‘na melhor hipótese (...) as normas estaduais impugnadas terão colidido com a legislação federal. Mas, essa matéria, de estrita ilegalidade dessas normas, não a examino em representação de inconstitucionalidade’. Na discussão travada, no entanto, entendeu a maioria que o Estado teria invadido competência reservada à União.

49. No caso presente, a despeito da similitude com o caso anterior, parece aplicável o firme entendimento jurisprudencial do STF no sentido de que não existe inconstitucionalidade se a afronta ao texto constitucional é meramente indireta. Se para apontar a inconstitucionalidade é preciso considerar a legislação infraconstitucional, não se cuida de inconstitucionalidade, mas sim de mera ilegalidade. Por isso o STF entende incabível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sempre que a violação constitucional é apenas reflexa.

50. Na Adin 3.132, por exemplo, ficou decidido que há ‘inconstitucionalidade reflexa - a cuja verificação não se presta a ação direta - quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição’ (Rel. Min. Sepúlveda Perence, j. 15.2.2006, DJ 9.6.2006). Também na Adin-QO nº 2.344, o STF decidiu que ‘nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), nas quais se estabelece verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal e os estados-membros (RAUL MACHADO HORTA, ‘Estudos de Direito Constitucional’, p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de entender incabível a ação direta de inconstitucionalidade, se, para o específico efeito de examinar-se a ocorrência, ou não, de invasão de competência da União Federal, por parte de qualquer estado-membro, tornar-se necessário o confronto prévio entre diplomas normativos de caráter infraconstitucional: a legislação nacional de princípios ou de normas gerais, de um lado (CF, art. 24, § 1º), e as leis estaduais de aplicação e execução das diretrizes fixadas pela União Federal, de outro (CF, art. 24, § 2º). Precedentes. É que, tratando-se de controle normativo abstrato, a inconstitucionalidade há de transparecer de modo imediato, derivando, o seu reconhecimento, do confronto direto que se faça entre o ato estatal impugnado e o texto da própria Constituição da República’ (Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.11.2000, DJ 2.8.2002).

51. Na mesma linha, na Adin-MC **1.776**, o STF decidiu que ‘Não basta a desqualificar uma questão de inconstitucionalidade e inviabilizar a ação direta que a fundamentação do ato questionado invoque um vínculo qualquer com normas de hierarquia infraconstitucional: o que degrada o problema ao nível da inconstitucionalidade mediata, reflexa ou indireta – assimilável ao de mera ilegalidade -, é que efetivamente a conclusão sobre a compatibilidade entre o ato impugnado e a Constituição pressuponha a solução de controvérsia real sobre a inteligência de norma interposta de alçada infraconstitucional’ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.3.98, DJ 26.5.2000). No mesmo sentido Adin 1.419, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24.4.1996, DJ 7.12.2006.

(...)”⁵ (grifos nossos acrescidos aos grifos no original)

19. De outra parte, é certo que *a autonomia dos Estados, consoante previsto nos artigos 18⁶ e 25⁷ da Constituição Federal, garante-lhes o poder de auto-organização, com base no qual definirão as atribuições das autarquias estaduais, bem como disciplinarão a gestão das respectivas rodovias, observadas as diretrizes fixadas nos limites da competência da União. Nesse ponto, à luz da Carta Constitucional de 1988 e do vigente Código de Trânsito, não se vislumbra, no nosso entendimento, incompatibilidade no que toca ao disposto no artigo 4º, XXXVIII, da Lei Complementar nº 914/2002*. Tais questões, igualmente, foram desenvolvidas no Parecer PA nº 143/2008, contrapondo-se ao fundamento no qual se sustenta a negativa do DENATRAN. Destaque-se:

“58. A autonomia dos Estados federados é princípio assente nos artigos 18 e 25 da Constituição Federal, que lhes atribui o poder de autoadministração, de acordo com suas Constituições e leis, observados os princípios da Constituição Federal.

59. Na lição de Uadi Lammêgo Bulos ‘a autonomia dos Estados-membros não se confunde com mera delegação de poderes. Há um poder de organização própria, que possibilita a edição de normatividade geral, impessoal, cogente e abstrata’. Conclui o mesmo autor, em consequência, que ‘os Estados-membros estão livres para agir e emitir normas consentâneas com suas peculiaridades em uma órbita circunscrita pela Constituição da República’.

60. Essa autonomia garante aos Estados o poder de auto-organização, nos termos de sua Constituição. Além disso, têm os Estados o poder de autolegislação, que lhes permite editar seus próprios diplomas legais, válidos no âmbito do seu território. Têm também capacidade de

5 Suprimidas as notas de rodapé existentes no original.

6 “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. §1º (...)”

7 “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. §1º (...)”

autoadministração e autogoverno, gerindo, nos limites da sua competência constitucional, seus próprios negócios.

61. A organização dos serviços administrativos, em decorrência, é própria do estado-membro. O âmbito de atuação da Administração Direta e Indireta é ditada pelo legislador estadual.

62. A gestão das estradas estaduais, ainda que observadas as diretrizes federais, é da alçada do Estado federado. As atribuições das autarquias estaduais, também. Em decorrência, se não houver ofensa à competência da União, nada impede o Estado de São Paulo de ditar as atribuições da ARTESP.

63. O exame da legislação federal coloca em dúvida a conclusão a que chegou o DENATRAN de que a duplicidade de órgãos afronta o Código de Trânsito Brasileiro, na medida em que o texto legislativo não deixa expressa referida diretriz.

64. Com efeito. A anterior lei de trânsito, Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966, previa no artigo 3º a composição do Sistema Nacional de Trânsito, indicando na alínea 'f', 'os órgãos rodoviários federal, estaduais e municipais, também executivos'. O artigo 7º do diploma legal disciplinava a composição do Conselho Estadual de Trânsito, integrado por 'um representante do órgão rodoviário estadual' (alínea 'b'). Como visto, esses aspectos foram suficientes para o STF, à época, ter apontado a unicidade do órgão rodoviário, vislumbrando uma unidade do Sistema Nacional de Trânsito. O CTB atual repete no artigo 7º a norma do anterior artigo 3º, dispondo que o SNT é composto por 'órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios' (inc. III). A norma do anterior artigo 7º, acerca da composição dos Conselhos Estaduais de Trânsito, no entanto, desapareceu no novo texto, surgindo apenas na Resolução nº 64, de 23 de setembro de 1998 do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN.

65. Geraldo de Faria Lemos e Dorival Ribeiro apontam a ilegalidade da referida Resolução n. 64 porque a mesma 'só poderia estabelecer o regimento interno e as diretrizes para o seu funcionamento'. É isso que está expresso no artigo 12, inciso V, do CTB. Referindo-se à necessidade de se evitar restrição ao 'poder de conformação dos Estados membros na estruturação e organização dos seus serviços', os autores acrescentam que **'não poderia o CONTRAN, mediante ato normativo, impor aos estados uma composição para o colegiado que muitas vezes poderá não atender aos interesses do próprio Estado, seja na quantidade, seja na representatividade'**.

66. Ademais, **o artigo 8º do novo CTB contém diretriz antes ausente na legislação anterior**, ao dispor que 'os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão os respectivos órgãos e entidades executivos de trânsito e executivos rodoviários, **estabelecendo os limites circunscricionais de suas atuações'** (sem destaque no original).

67. A inteligência desse artigo 8º lança dúvida sobre a alegada unidade do Sistema Nacional de Trânsito e impossibilidade de existência de mais de um órgão rodoviário por ente federado. Pouco provável imaginar que os limites circunscricionais a serem definidos são apenas entre órgãos ou entidades executivos e executivos rodoviários. O limite entre a atuação de um e de outro transcende a questão territorial. É essencialmente um equacionamento de atribuições. Naquilo que se refere ao exercício da Polícia de Trânsito, o limite da atuação de cada qual não precisa ser fixado pela legislação do Estado-membro, decorrendo da mera delimitação do espaço físico entre o fim da rodovia e o início do sistema viário urbano.

68. Quando o CTB refere-se, portanto, a limites circunscricionais de atuação dos órgãos executivos rodoviários, poderia estar se referindo à existência de mais de um órgão executivo rodoviário, hipótese em que a área de cada um deve estar delimitada na lei de criação. A se tomar como correta essa assertiva, quando a lei estadual dispõe que a ARTESP é a entidade executiva de trânsito nas rodovias concedidas, estaria observando a diretriz que parece emergir do artigo 8º do CTB.

69. O DENATRAN, por meio do despacho mencionado no item 30 deste parecer, sustenta que a solução paulista, de dualidade de entes executivos rodoviários conduz à falta de segurança jurídica. Com a devida vênia, no entanto, esse argumento não se sustenta. Essa mesma questão, de certa forma, existe hoje quando o cidadão trafega por estradas de diferentes Estados-membros, submetido, portanto, a diferentes órgãos/entidades rodoviários. De qualquer forma, esse é um falso problema, porque o órgão rodoviário executa medidas de trânsito a partir de diretrizes firmadas pelo órgão normativo: não há, assim, conflito de atuação. Irrelevante que mudando de estrada, o ente executivo seja diverso.

70. Em tese, esse problema da falta de segurança jurídica poderia se fazer presente se fosse admitida a jurisdição do DER como ente executivo rodoviário nas estradas concedidas, em sobreposição à atuação da ARTESP, enquanto fiscalizadora do contrato de concessão. **A preservação da reclamada unidade de atuação parece indicar que a mesma entidade seja responsável por fiscalizar a operação da rodovia e gerir o contrato de concessão.** De outra forma, a se estabelecer um sistema com essa dualidade de gestão tal qual ocorre na esfera federal, seria necessário delimitar o âmbito de atuação de cada uma das autarquias, expurgando da atividade da agência aquilo que é próprio do ente executivo rodoviário.”⁸ (g.n.)

20. Consta-se, portanto, que a negativa exarada pelas autoridades federais, relativa ao reconhecimento da ARTESP como órgão executivo rodoviário de trân-

8 Suprimidas as notas de rodapé existentes no original.

sito, nem sequer percorreu o exame da argumentação desenvolvida no Parecer PA n. 143/2008, que conduz a conclusão diversa.

21. Além disso, *é relevante acrescentar que a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal endossa os fundamentos consignados no opinativo, ao ressaltar a autonomia dos entes federativos na definição das atribuições de órgãos e estruturas próprios, inclusive no que se relaciona ao exercício da fiscalização de trânsito.* A este respeito, confira-se a ementa do acórdão proferido no recente julgamento do Recurso Extraordinário 658570⁹, que fixou tese, em repercussão geral, relacionada à constitucionalidade da atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, compreendendo a imposição de sanções legalmente previstas:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER DE POLÍCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO. GUARDA MUNICIPAL. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Poder de polícia não se confunde com segurança pública. O exercício do primeiro não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a Constituição outorgou, com exclusividade, no art. 144, apenas as funções de promoção da segurança pública.

2. A fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia, não havendo, portanto, óbice ao seu exercício por entidades não policiais.

3. O Código de Trânsito Brasileiro, observando os parâmetros constitucionais, estabeleceu a competência comum dos entes da Federação para o exercício da fiscalização de trânsito.

4. Dentro de sua esfera de atuação, delimitada pelo CTB, os Municípios podem determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal.

(...)” (g.n.)

22. A despeito do julgado referido não tratar especificamente da questão em exame neste opinativo, o voto proferido pelo Redator do Acórdão, Ministro ROBERTO BARROSO, contempla argumentos que reforçam a tese defendida no âmbito institucional, desde a prolação do Parecer PA n. 143/2008, no sentido de que *se insere na autonomia estadual a distribuição, entre os respectivos órgãos e estruturas do Poder Executivo, das competências que lhe foram alçadas em matéria de trânsito.* A este respeito, vale destacar considerações lançadas acerca dos Municípios, em contexto igualmente aplicável aos Estados:

9 RE 658.570. STF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Redator do Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Plenário, j. 06.08.2015.

“(...)

19. O que se poderia questionar, embora não tenha sido colocado expressamente no recurso extraordinário, é se a atribuição de competência fiscalizatória à guarda municipal ofende os parâmetros constitucionais para exercício do poder de polícia de trânsito. Considero que não.

20. **A competência para exercício de poder de polícia decorre da atribuição constitucional para cuidar do bem jurídico a ser, por tal atuação administrativa, tutelado.** Dessa forma, apenas a União pode exercer poder de polícia quanto à classificação indicativa de diversões públicas e programas de rádio e televisão (art. 21, XVI) ou quanto aos tributos de sua competência (art. 153), mas todos os entes da federação podem fazê-lo quanto à saúde e ao meio ambiente (art. 23, II, e VI), dentro de seus respectivos limites territoriais.

21. **No caso específico de trânsito, a Constituição outorgou competência legislativa privativa à União (art. 22, XI) e competência comum, de todos os entes da federação, para estabelecer e implantar políticas de educação de segurança na matéria (art. 23, XII).** A partir dessas balizas constitucionais, o CTB instituiu o Sistema Nacional de Trânsito e procurou delimitar as competências de cada um de seus integrantes, dentre os quais estão os ‘órgãos e entes de trânsito do município’ (art. 7º, III).

(...)

23. **Naturalmente, o CTB não determinou qual órgão ou entidade municipal exercerá o poder de polícia nele previsto. Essa definição de competência dentro da esfera administrativa municipal compete a cada município.** O CTB deixou claro, porém, que essa escolha pode recair tanto sobre uma entidade civil, composta por servidores celetistas ou estatutários, quanto pela polícia militar.

(...)

25.(...) ressaltou que o projeto de lei que deu origem ao CTB previa que ‘as atividades de polícia ostensiva para o trânsito urbano e rodoviário estadual serão exercidas pelas Polícias Militares, por meio de suas frações, exigindo-se de seus integrantes formação técnica adequada’. O preceito – parágrafo único do art. 23 – foi vetado pelo Presidente da República à época. Nas razões de veto foi consignado que: ‘*Não se pode invocar [...] o disposto no art. 144, § 5º, da Constituição para atribuir exclusivamente às polícias militares a fiscalização do trânsito, uma vez que as infrações de trânsito são preponderantemente de natureza administrativa*’. **Em vista disso, não caberia à legislação federal de trânsito estipular, dentro do âmbito estadual, qual entidade exerceria a fiscalização.**” (g.n.)

23. Observe-se, por outro lado, que, no âmbito federal, a Lei nº 10.233/2001, que reestruturou o transporte terrestre e aquaviário, e criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres-ANTT e o Departamento Nacional de Infraestrutura de

Transportes-DNIT, conferiu ao DNIT, em sua esfera de atuação, a atribuição para exercício do conjunto de competências expressas no artigo 21 do CTB, e à agência reguladora federal atribuição para exercer, diretamente ou mediante convênio, *nas rodovias federais por ela administradas*, as competências expressas no inciso VIII do artigo 21 do CTB. O inciso em questão, *inserido no dispositivo que elenca as competências dos órgãos executivos rodoviários de trânsito*, trata da fiscalização, autuação e aplicação de sanções, relativas a infrações por excesso de peso de veículos.

24. *O disposto na própria legislação federal, portanto, sugere que o entendimento exarado pelo DENATRAN, no sentido da unicidade de órgãos executivos rodoviários para cada um dos entes da Federação, não se sustenta à luz do vigente Código de Trânsito Brasileiro. Ou, ao menos, indica que, ainda que persista a rejeição do DENATRAN e do CONTRAN à integração formal de mais de um órgão rodoviário estadual ou municipal ao Sistema Nacional de Trânsito, é possível que as competências conferidas aos Estados e Municípios pelo Código de Trânsito Brasileiro possam ser distribuídas entre mais de um órgão ou entidade em sua estrutura, respeitados os contornos previstos nas leis federais.*

25. Em reforço ao exposto, o artigo 82, da Lei n. 10.233/2001, que define as atribuições do DNIT, determina, em seu §1º (na redação conferida pela Lei n. 10.561/2002), que aludidas atribuições “*não se aplicam aos elementos da infra-estrutura concedidos ou arrendados pela ANTT (...)*”, a indicar a existência de competências comuns, cujo exercício é distribuído entre a ANTT e o DNIT, respectivamente, segundo se trate de rodovias concedidas à iniciativa privada ou não.

26. Observe-se, ainda, que, *antes da alteração redacional promovida pela Lei nº 10.561/2002*, o referido §1º do artigo 82, da Lei nº 10.233/2001, estabelecia que “*As atribuições a que se refere o caput não se aplicam aos elementos da infraestrutura concedidos ou arrendados pela ANTT e pela ANTAQ¹⁰, à exceção das competências expressas no art. 21 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, que serão sempre exercidas pelo DNIT, diretamente ou mediante convênios de delegação*”. A redação atual do dispositivo, portanto, traz como mudança exatamente a *supressão do conteúdo que reservava exclusivamente ao DNIT o exercício das competências de órgão rodoviário de trânsito* (art. 21 CTB).

27. Constata-se, desse modo, algum grau de semelhança na distribuição de competências de órgão rodoviário de trânsito entre DNIT e ANTT, e o que ocorre entre DER e ARTESP, orientada, principalmente, pelo regime aplicável à rodovia. Vale notar que, em 02 de setembro de 2010, o então Procurador Chefe Nacional da Procuradoria Federal Especializada que atua junto ao DNIT manifestou-se¹¹

10 Agência reguladora federal para transportes aquaviários.

11 Despacho/PFE/DNIT n. 00638/2010, de 02/09/2010 (processo nº 08658.016229/2010-23).

no sentido da inexistência de conflito de competência entre a ANTT e o DNIT, suscitado pela Polícia Rodoviária Federal, relacionado a atribuições de órgão rodoviário de trânsito, bem como reconheceu a possibilidade da coexistência de mais de uma entidade rodoviária de trânsito naquele âmbito:

“(...) o art. 21, do Código de Trânsito Brasileiro, ao contrário do afirmado pela Polícia Rodoviária Federal, não atribuiu ao DNIT a condição de órgão ou entidade executivo rodoviário da União. O que dispõe a referida norma legal são as competências dos ‘órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição’, sem qualquer designação específica de qualquer órgão ou entidade.

Também no art. 7º, IV, do CTB, que menciona a composição do Sistema Nacional de Trânsito, não indicou expressamente qual seria o órgão ou entidade executivo rodoviário da União.

Entretanto, com fundamento na competência que lhe foi delegada pelo art. 12, XIV, do CTB, para dirimir conflitos sobre circunscrição e competência de trânsito no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, o CONTRAN baixou a Resolução n. 289, de 29 de agosto de 2008, que prescreve:

‘Art. 1º Compete ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, Órgão Executivo Rodoviário da União, no âmbito de sua circunscrição:

I – exercer a fiscalização do excesso de peso dos veículos nas rodovias federais, aplicando aos infratores as penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro – CTB, respeitadas as competências outorgadas à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT pelos arts. 24, inciso XVII, e 82, § 1º, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, com a redação dada pela Lei nº 10.561, de 13 de novembro de 2002; e

II – exercer a fiscalização eletrônica de velocidade nas rodovias federais, utilizando instrumento ou redutor eletrônico de velocidade tipo fixo, assim como a engenharia de tráfego para implantação de novos pontos de redução de velocidade.’

Cotejando as competências atribuídas pela Resolução nº 289/2008/CONTRAN com o disposto na Lei nº 10.233/2001, vê-se que as mesmas estão de acordo com o que estabelece este diploma legal, onde vem disposto que:

‘Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

XVII – exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no inciso VIII do art. 21 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, nas rodovias federais por ela administradas. (Incluído pela Lei nº 10.561, de 13.11.2002)

(...)

Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação:

(...)

§1º As atribuições a que se refere o caput não se aplicam aos elementos da infraestrutura concedidos ou arrendados pela ANTT e pela ANTAQ. (Redação dada pela Lei n. 10.561, de 13.11.2002)

(...)

§3º É, ainda, atribuição do DNIT, em sua esfera de atuação, exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no art. 21 da Lei nº 9.503, de 1997, observado o disposto no inciso XVII do art. 24 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.561, de 13.11.2002)'

Desse modo, não me parece existir qualquer conflito de competência entre o DNIT e a ANTT. Pelo contrário, de acordo com as normas legais e regulamentares supramencionadas, estão bem definidos os campos de atuação de cada uma das entidades federais.

De fato, é o DNIT o 'órgão' – quando o correto seria entidade – executivo rodoviário da União, no âmbito de sua circunscrição, vale dizer, nas rodovias federais por ele próprio administradas. Naquelas rodovias ou trechos rodoviários federais que se encontram sendo administradas pela iniciativa privada, mediante os respectivos contratos de concessão do serviço público rodoviário federal, a entidade executiva rodoviária da União é a ANTT (art. 24, inciso XVII, da Lei nº 10.233/2001).

(...)” (grifos nossos e no original)

28. Assim, além dos fundamentos expostos no Parecer PA n. 143/2008, que conferem respaldo jurídico à opção legislativa contida no inciso XXXVIII do artigo 4º da Lei Complementar n. 914/2002, as razões consignadas nos itens precedentes reforçam a conclusão neste sentido.

29. O exame do protocolado n. 27.347/2003, que trata do requerimento dirigido pela ARTESP ao DENATRAN, visando ao seu reconhecimento como entidade rodoviária de trânsito estadual, sugere, contudo, que tais argumentos não foram submetidos à apreciação dos órgãos federais. Por esta razão, e diante da superveniente jurisprudência exarada pelo STF e demais elementos desenvolvidos neste opinativo, o Estado poderá avaliar a conveniência e oportunidade da submissão de novo pleito às autoridades federais, amparado em tais fundamentos jurídicos.

30. Independentemente desta providência, e no que tange à questão ora submetida a esta Procuradoria Administrativa – qual seja, a possibilidade de desempenho imediato, pela ARTESP, das atribuições próprias de órgão executivo de trânsito rodoviário, mesmo ante a falta de reconhecimento nesse sentido pelos órgãos e entidades

que compõem o Sistema Nacional de Trânsito – a resposta comporta um desdobramento. Há, de um lado, o impasse relativo ao reconhecimento da aludida condição pelas autoridades federais e a consequente integração ao Sistema Nacional de Trânsito; e, de outro, o exercício de competências relacionadas ao poder de polícia administrativa relacionada ao trânsito, independentemente deste reconhecimento.

31. *A integração ao Sistema Nacional de Trânsito (art. 7º CTB)¹² passa por normatização dos órgãos federais¹³ e, ainda que se divirja e questione o fundamento da negativa dirigida pelo DENATRAN à ARTESP, consoante argumentos expostos anteriormente neste opinativo, a formalização de citada integração dependeria do percurso de outras vias, como, por exemplo, a renovação do pleito às autoridades federais ou até mesmo a avaliação da viabilidade da propositura de medida judicial.* Nesse sentido, a conclusão lançada no âmbito do Parecer PA n. 143/2008.

32. O impasse, contudo, não impede, segundo entendemos, que se analise a viabilidade do exercício, pela ARTESP, de competências relacionadas ao exercício de poder de polícia administrativa relacionada ao trânsito. *É dizer: cabe distinguir a formalização da integração ao Sistema Nacional de Trânsito, cuja decisão compete às autoridades federais, do exercício de atribuições ligadas ao trânsito, conferidas na esfera de competência do Estado.*

33. A consulta ora dirigida a esta Procuradoria Administrativa foi motivada pela preocupação de diretorias da agência reguladora quanto ao pleno desempenho de fiscalização relacionada à instalação de publicidade; à abertura de acessos; à venda de bebidas alcoólicas em terrenos contíguos às faixas de domínio; à venda de produtos hortifrutigranjeiros nas faixas de domínio; e à ocupação da faixa de domínio e área *non aedificandi*.

34. As rodovias são bens públicos de uso comum do povo, sendo livre seu uso por toda a coletividade, porém sujeito a condicionantes fixadas pelo poder público, que exercerá fiscalização e, portanto, atividade de polícia administrativa. FLÁVIO AMARAL GARCIA¹⁴ observa a respeito da natureza e regime jurídico das rodovias:

12 CTB: “Art. 7º. **Compõem o Sistema Nacional de Trânsito** os seguintes órgãos e entidades: I - o **Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo**; II - os **Conselhos Estaduais de Trânsito – CETRAN** e o **Conselho de Trânsito do Distrito Federal – CONTRANDIFE**, órgãos normativos, consultivos e coordenadores; III - os **órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**; IV - **os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**; V - a **Polícia Rodoviária Federal**; VI - as **Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal**; e VII - as **Juntas Administrativas de Recursos de Infrações – JARI**.” (g.n.)

13 CTB: “Art. 12. Compete ao Contran: (...) II – coordenar os órgãos do Sistema Nacional de Trânsito, objetivando a integração de suas atividades;”

14 **Regulação jurídica das rodovias concedidas**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 7-8.

“(…) quanto à sua destinação pública, as rodovias *são consideradas bens públicos de uso comum do povo, o que significa dizer que podem ser utilizadas livremente por toda a coletividade. Frise-se, contudo, que esta ideia de livre utilização não impede que o ente público condicione o seu uso para atendimento de finalidades públicas.*

Afinal, o uso de bem público submete-se à Polícia Administrativa, na medida em que ao direito do usuário da rodovia, por exemplo, contrapõe-se o direito de toda a coletividade, em especial quanto à segurança, ausência de poluição sonora, preservação ambiental etc. ODETE MEDAUAR esclarece:

O regime jurídico dos bens públicos e a necessidade de preservá-los para que o interesse público não seja prejudicado acarretam para a Administração prerrogativas e ônus nessa matéria. Na doutrina, o conjunto de tais prerrogativas e ônus vêm recebendo a denominação de polícia dos bens públicos ou polícia do domínio público.

O exercício da Polícia Administrativa envolve a verificação do atendimento, pelo interessado, dos requisitos previstos em lei para a preservação da finalidade pública atendida pelo patrimônio.

As rodovias poderão ser federais, estaduais, distritais ou municipais, integrando o domínio de cada uma das respectivas entidades federadas, que disporão de autonomia para disciplinar acerca do seu patrimônio conforme sua conveniência e oportunidade (art. 18 da CF).¹⁵

35. Conquanto se reconheça a competência da União para estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação¹⁵ (art. 21, XXI, CF), bem como a competência privativa para legislar sobre trânsito¹⁶ (art. 22, XI, CF), a gestão das rodovias paulistas, ainda que observadas as diretrizes da legislação federal, pertence à alçada do Estado de São Paulo.

36. De outra parte, é certo que aos Estados também compete definir as atribuições das autarquias estaduais, com amparo em sua autonomia, e na decorrente capacidade de autoadministração. A este respeito, José Afonso da Silva observa que “... a estrutura administrativa dos Estados-membros é por eles fixada livremente, no exercício de sua autonomia constitucional de autoadministração, sujeitando-se a certos princípios que são inerentes à administração em geral (...). Assim, terão as Secretarias de Estado que convierem a seus serviços. Instituirão as autarquias que julgarem necessárias. (...)”¹⁷.

15 Lei federal n. 10.233/2001.

16 Lei federal n. 9.503/97 (Código Brasileiro de Trânsito).

17 **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª edição, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 621.

37. Com base em sua autonomia, portanto, o Estado de São Paulo houve por bem repartir, entre o DER e a ARTESP, algumas competências relacionadas ao trânsito, delimitando as respectivas esferas de atuação. Embora o domínio das rodovias permaneça atribuído ao DER, sua gestão subdivide-se, cabendo à ARTESP a administração das rodovias concedidas à iniciativa privada.

38. As atribuições relacionadas à fiscalização de instalação de publicidade, abertura de acessos, venda de bebidas alcoólicas em terrenos contíguos às faixas de domínio, venda de produtos hortifrutigranjeiros nas faixas de domínio, e ocupação da faixa de domínio e área *non aedificandi*, não foram elencadas, especificamente, entre as competências definidas no artigo 21, do CTB, relativas aos órgãos e entidades executivos rodoviários de trânsito. Todas elas correspondem, em alguma medida, a intervenções envolvendo o uso da faixa de domínio das rodovias e suas adjacências, a respeito das quais estabeleceram os artigos 50 e 83, do CTB:

“Art. 50. O uso de faixas laterais de domínio e das áreas adjacentes às estradas e rodovias **obedecerá às condições de segurança do trânsito estabelecidas pelo órgão ou entidade com circunscrição sobre a via.**”

“Art. 83. A afixação de publicidade ou de quaisquer legendas ou símbolos ao longo das vias **condiciona-se à prévia aprovação do órgão ou entidade com circunscrição sobre a via.**”

39. A opção do legislador federal foi atribuir a competência à entidade com circunscrição sobre a via, opção esta, na realidade, que guarda consonância com a autonomia dos entes da Federação na gestão de suas respectivas rodovias.

40. A respeito do conceito e utilização da faixa de domínio, consignou o Parecer PA n. 78/2011¹⁸:

“37. Faixa de domínio da rodovia, como especificado no Glossário de Termos Técnicos Rodoviários do DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre – é a ‘base física sobre a qual assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras-de-arte, acostamentos, sinalização e faixa lateral de segurança, até o alinhamento das cercas que separam a estrada dos imóveis marginais ou da faixa do recuo’. No Manual de Projeto Geométrico de Rodovias Rurais do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (1999) está especificado que ‘deve ser prevista com largura suficiente para conter as instalações necessárias aos serviços de controle da operação da rodovia e permitir sua conservação, proteção e futura expansão’.

38. A definição contida no Glossário não difere ontologicamente do disposto no Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23/09/1997, que em

18 De autoria da Procuradora do Estado DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS.

seu Anexo I define faixa de domínio como ‘superfície lindeira às vias rurais, delimitada por lei específica e sob responsabilidade do órgão ou entidade de trânsito competente com circunscrição sobre a via’.

39. Na definição de Floriano de Azevedo Marques Neto, faixa de domínio é ‘parte da rodovia, terreno marginal a esta que propositadamente remanesce da expropriação necessária à construção do leito carroçável, de modo a permitir uma zona de segurança e uma reserva de terreno para eventuais ampliações futuras. Assim sendo, a faixa de domínio integra necessariamente o plexo de bens vinculados à operação rodoviária, sendo parte indissociável de um sistema rodoviário’.

...

41. Como observa Floriano de Azevedo Marques Neto, o conceito de faixa de domínio envolve um ‘conjunto de bens adjacentes a uma dada rodovia e que possuem a capacidade de influir na trafegabilidade desta e de garantir a segurança de seus usuários (...) seja para assentar as vias da própria rodovia, seja para colocação de sinalização, construção de acostamentos ou, ainda, como reserva para futuras ampliações de capacidade da rodovia’. Por isso, conclui o autor que a utilização das faixas de domínio ‘haverá de ser implementada de modo tal que não comprometa a destinação principal do bem (v.g., circulação de veículos de longo percurso).

42. No mesmo sentido Flávio Amaral Garcia sustenta que a extensão da faixa de domínio da rodovia é dimensionada com vistas a garantir as condições de trânsito dos veículos, o que inclui critérios como segurança, fluidez e circulação adequada’.¹⁹

41. Nesse contexto, o Estado de São Paulo, ao definir as atribuições da AR-TESP, a serem exercidas no âmbito das rodovias concedidas à iniciativa privada, estabeleceu, no inciso XXII do artigo 4º, da Lei Complementar n. 914/2002: “**autorizar a instalação e regulamentar o funcionamento de equipamentos e serviços na faixa de domínio e na área ‘non aedificandi’ da malha viária, e definir os padrões operacionais e os preços pela utilização dos bens públicos**”. Cuida-se, ademais, de competências que têm ligação direta com as condições de segurança da rodovia e com a manutenção de seu estado de conservação, inserindo-se, portanto, também no disposto nos incisos VI e XXX, do mesmo artigo 4º, os quais dispõem, respectivamente: (i) “**zelar pela prestação de serviço adequado, considerando-se como tal todo aquele que satisfaça as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas**”; (ii) “**zelar pela contínua preservação das condições de manutenção dos bens inerentes à prestação dos serviços públicos de transporte, tendo em vista**

19 Com supressão das notas de rodapé existentes no original.

seu adequado estado de conservação à época da reversão desses bens ao Estado, quando for o caso”. O mesmo dispositivo, no § 6º, excepcionou o exercício destas atribuições nas rodovias administradas pelo DER.

42. Desse modo, o artigo 1º c.c. artigo 4º, incisos VI, XXII e XXX, da Lei Complementar estadual n. 914/2002 conferem fundamento jurídico para o exercício do poder de polícia, pela ARTESP, na fiscalização das atividades em questão. É importante registrar, contudo, a existência de legislação estadual vigente, anterior à criação da ARTESP, que disciplina tais matérias.

43. Nesse contexto, podem ser citadas, por exemplo: (i) Lei estadual n. 1.093, de 22 de setembro de 1976, que trata da instalação de postos ou estabelecimentos destinados à venda de produtos hortifrutigranjeiros nas faixas de estradas de domínio do DER e em terrenos contíguos, submetidos à autorização prévia daquela autarquia e às normas por ela fixadas; (ii) Lei estadual n. 7.452, de 26 de julho de 1991, e Decreto n. 44.043, de 23 de junho de 1999 que a regulamenta, os quais fixam as penalidades para quem descumprir normas relativas à guarda dos bens de uso comum sob administração do órgão rodoviário estadual, atribuindo ao DER a competência para aplicação das multas respectivas, envolvendo questões como abertura de acessos, publicidade às margens das rodovias, e exercício de comércio irregular nas faixas de domínio; (iii) Lei estadual n. 8.900, de 29 de setembro de 1994, que dispõe sobre a colocação de anúncios em terrenos adjacentes²⁰ às estradas de rodagem estaduais, condicionada à prévia licença do DER (art. 1º), o que se aplica a todas as rodovias estaduais, inclusive sob regime de concessão (art. 2º); (iv) Lei estadual n. 9.468, de 27 de dezembro de 1996, que proíbe a venda de bebidas alcoólicas pelos estabelecimentos comerciais situados em terrenos contíguos às faixas de domínio do DER e com acesso direto às rodovias estaduais, e Decreto n. 44.492, de 7 de dezembro de 1999 que a regulamenta, e aponta o DER como responsável pela fiscalização; (v) Decreto estadual n. 30.374, de 12 de setembro de 1989, que aprova o regulamento de autorização de acesso pelas rodovias estaduais.

44. Escapa aos limites da matéria submetida neste opinativo esmiuçar o conteúdo de cada um dos diplomas citados e toda a sucessão de normas regulamentares editadas supervenientemente. A maioria destas leis ou decretos – dado que anteriores à criação da ARTESP – traz referência apenas ao DER, atribuindo-lhe competências em relação às matérias que disciplinam, inclusive, em alguns casos, quanto às rodovias concedidas.

20 Conforme parágrafo único, do artigo 1º, da Lei estadual n. 8.900/94, “consideram-se adjacentes às rodovias os imóveis lindeiros às mesmas sem a existência entre ambos de qualquer acidente natural ou artificial, como rios, lagos, vias férreas, marginais, avenidas, ruas e assemelhados.”

45. Amparado no artigo 2º, §1º, do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB), que dispõe que “*A lei posterior revoga a anterior ... quando seja com ela incompatível*”, é forte o argumento no sentido de que a Lei Complementar nº 914/2002, ao instituir a ARTESP, revogou, tacitamente, alguns dispositivos das leis citadas, especificamente no que se relaciona ao exercício de competências nas rodovias concedidas à iniciativa privada.

46. Tal ponderação é reforçada pelo disposto no Decreto estadual nº 46.875/2002, que extinguiu, a partir da instalação da ARTESP, a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões de Serviços Públicos criada pelo Decreto nº 43.011/98, *estabelecendo que a agência reguladora paulista é sucessora da Comissão extinta e do DER, em todos os contratos, processos, procedimentos e competências concernentes à área de atuação da referida Comissão*.

47. Vale registrar a existência de diversas decisões judiciais que têm reconhecido a competência fiscalizatória da ARTESP nas situações em análise. Em relação à instalação de painéis publicitários, por exemplo, o bem fundamentado acórdão proferido pela 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0001628-89.2005.8.26.0053, j. 06.02.2013), em ação movida pelo Sindicato das Empresas de Publicidade do Estado de São Paulo-SEPEX SP contra a ARTESP, afirmou a legalidade da Portaria ARTESP nº 23/04, que tratou de valores limites para remuneração por exposição de painéis publicitários, em rodovias concedidas, sob sua jurisdição. Convém registrar, contudo, a existência de decisões que afastam a competência da Agência em relação a painéis instalados fora da faixa de domínio ou da área “*non aedificandi*”, tendo em vista os limites fixados no art. 4º, XXII, da LC nº 914/2002 (Apelação n. 0014669-16.2011.8.26.0053; Apelação nº 0000773-66.2012.8.26.0053, j. 26.02.2013; Apelação nº 0005617-93.2011.8.26.0053).

48. No que toca à fiscalização da abertura de acessos, a competência da ARTESP foi apontada em decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça Bandeirante, no julgamento da Apelação nº 0000377-49.2010.8.26.0283 (j. 21.05.2018) e da Apelação nº 1021379-55.2015.8.26.0001 (j. 29.06.2016).

49. A despeito de todo o exposto, cabe advertir quanto à relevância de que as autoridades estaduais examinem com cuidado todos os diplomas em questão e respectivas normas regulamentares, editados antes da vigência da Lei Complementar nº 914/2002, a fim de verificar a efetiva harmonização dos dispositivos, evitando-se situações de insegurança jurídica. Conquanto se entenda que, no âmbito das rodovias concedidas, prevalecem as competências atribuídas à ARTESP pelo artigo 4º, da Lei Complementar nº 914/2002, é preciso atentar para o detalhamento e harmonia das normas que permitam o exercício de tais competências, como, por exemplo, no caso de multas, a definição das autoridades competentes para sua aplicação, forma de arrecadação etc.

50. Nesse contexto, resta prejudicada a segunda questão formulada, visto que, no que toca à fiscalização das atribuições objeto da consulta, o Estado de São Paulo, com amparo na sua autonomia para disciplinar a gestão das rodovias paulistas, bem como definir a competência de suas autarquias, houve por bem conferir à ARTESP poder de polícia administrativa para seu exercício, nos termos previstos no artigo 4º, incisos VI, XXII e XXX, da Lei Complementar nº 914/2002. Trata-se, portanto, de competência própria, não havendo que se falar em delegação, salvo no que extrapolar os limites previstos nos citados dispositivos.

51. Em conclusão, portanto, quanto à possibilidade de desempenho imediato, pela ARTESP, das atribuições próprias de órgão executivo de trânsito rodoviário (art. 21 CTB), nos termos do art. 4º, XXXVIII, LC nº 914/2002, *permanece o impasse apontado no Parecer PA nº 143/2008*, ante a falta de reconhecimento desta condição pelos órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Trânsito. *A efetiva integração ao Sistema Nacional de Trânsito passa por normatização dos órgãos federais e, ainda que se divirja e questione o fundamento da negativa dirigida pelo DENATRAN à ARTESP, consoante argumentos expostos anteriormente neste opinativo, a formalização de citada integração dependeria do percurso de outras vias, como, por exemplo, a renovação do pleito às autoridades federais ou até mesmo a avaliação da viabilidade da propositura de medida judicial.*

52. Aludida integração, contudo, não é condição para o do exercício de toda e qualquer atribuição que tenha conexão com a disciplina de trânsito nas rodovias. Assim, na esfera de sua competência para gestão das rodovias paulistas e definição das atribuições de suas autarquias, o Estado de São Paulo conferiu à ARTESP, conforme artigo 1º c.c. artigo 4º, incisos VI, XXII e XXX, da Lei Complementar estadual nº 914/2002, poder de polícia, bem como, competência para regulamentar o funcionamento de equipamentos e serviços na faixa de domínio e na área '*non aedificandi*' da malha viária das rodovias concedidas, além de zelar pela segurança na prestação dos serviços concedidos e pela contínua preservação das condições de manutenção dos bens inerentes à prestação de tais serviços. *Citados dispositivos conferem, portanto, fundamento jurídico para o exercício da fiscalização relacionada: à instalação de publicidade; à abertura de acessos; à venda de bebidas alcoólicas em terrenos contíguos às faixas de domínio; à venda de produtos hortifrutigranjeiros nas faixas de domínio; e à ocupação da faixa de domínio e área non aedificandi.*

53. É relevante advertir quanto à importância de que as autoridades estaduais examinem com cuidado todos os diplomas que disciplinam, no âmbito estadual, as matérias em questão e respectivas normas regulamentares, editados antes da vigência da Lei Complementar nº 914/2002, a fim de verificar a efetiva harmonização dos dispositivos e detectar eventuais situações em que

recomendável a alteração das normas para maior clareza e precisão, evitando-se situações de insegurança jurídica. Conquanto se entenda que, no âmbito das rodovias concedidas, prevalecem as competências atribuídas à ARTESP pelo artigo 4º, da Lei Complementar nº 914/2002, é preciso atentar para o detalhamento e harmonia das normas que permitam o exercício de tais competências, como, por exemplo, no caso de multas, a definição das autoridades competentes para sua aplicação, forma de arrecadação etc.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 31 de julho de 2018.

LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI

Procuradora do Estado

OAB/SP n. 120.706

PROCESSOS: 016.762/2014 (GDOC 18488-87417/2018)
27.347/2003 (GDOC 18488-100417/2018)
016039/17/0002/00/2006 (GDOC 18488-510743/2017)

INTERESSADA: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP

PARECER: PA nº 43/2018

No precedente **Parecer PA n.º 143/2008**, de autoria da Procuradora do Estado DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS, a questão concernente à entidade estadual que exerce as atribuições de órgão executivo rodoviário (art. 7º, IV, do Código de Trânsito Brasileiro) havia sido equacionada, a partir dos elementos então existentes, pela apresentação de alternativa entre **i**) o pleito estadual de reconhecimento, por parte dos entes federais competentes, de ser a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP o ente incumbido do exercício de tais atribuições no âmbito das rodovias concedidas à iniciativa privada e **ii**) a avaliação da conveniência de alterar-se a legislação local, de forma a suprimir as competências dessa natureza deferidas à citada autarquia.

Passada uma década sem que a Administração levasse a pleno efeito qualquer uma dessas opções (tanto que cogitada, nestes autos, a celebração de convênio entre a ARTESP e o Departamento de Estradas de Rodagem – DER para que a primeira possa desempenhar certas atividades de polícia cuja competência a legislação federal teria deferido apenas ao segundo, como entidade executiva rodoviária), a Procuradoria Administrativa voltou a ser instada por sugestão da Consultoria Jurídica da ARTESP.

O bem elaborado **Parecer PA n.º 43/2018**, da lavra da Procuradora do Estado LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI, retoma as principais diretrizes assentadas pelo citado precedente desta Especializada: de fato, é juridicamente plausível a coexistência de dois órgãos ou entidades executivos rodoviários em um mesmo ente da Federação, desde que delimitada a área de atuação de cada um deles (como ocorre no caso da ARTESP em relação às rodovias concedidas); no entanto, o pleno desempenho, pela autarquia reguladora local, de atribuições executivas rodoviárias dependeria do reconhecimento federal, dada a necessária integração entre os órgãos e entidades que compõe um sistema nacional (o Sistema Nacional de Trânsito) instituído por ato legislativo de competência privativa da União (o Código Nacional de Trânsito).

Todavia, o parecer em apreço avança significativamente em relação ao opinativo anterior ao sugerir, diante de elementos não disponíveis à época, que **certas competências** outorgadas pela legislação estadual à ARTESP – como aquelas rela-

cionadas à fiscalização de instalação de publicidade, abertura de acessos, venda de bebidas alcoólicas em terrenos contíguos às faixas de domínio, venda de produtos hortifrutigranjeiros nas faixas de domínio e ocupação de faixa de domínio e área *non aedificandi* – **não foram especificamente deferidas pelo Código de Trânsito Brasileiro aos órgãos e entidades executivos rodoviários**. Segundo essa ótica, tais atribuições, ainda que nalguma medida interfiram com a utilização de vias terrestres abertas à circulação, podem ser validamente desempenhadas por entes estatais que não integram o Sistema Nacional de Trânsito, mas, porque titulares de poder de polícia por efeito de diplomas legais locais, detêm inegável “circunscrição sobre a via”, na expressão por vezes empregada pela própria lei federal.

Compartilho desse modo de ver, que, em leitura sistemática das disposições aplicáveis à espécie, busca preservar o sentido das normas estaduais examinadas e bem assim a competência do Estado de São Paulo para dispor não propriamente sobre trânsito, matéria que lhe escapa à alçada, mas sobre **bens e serviços públicos de sua titularidade**, como o são as rodovias estaduais e a respectiva operação, conservação e ampliação. Ao lado disso, a *ratio decidendi* adotada parece contar com o abono de autores como CELSO ANÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem a competência privativa da União para legislar sobre determinadas matérias, de que defluem certas medidas de polícia (como é o caso do trânsito, nos termos do art. 22, IX, da Constituição da República), “não exclui competência municipal ou estadual, e, portanto, não exclui o poder de polícia destes, quanto aos aspectos externos à essência mesma da matéria deferida à União”²¹.

Tem-se, portanto, ser juridicamente possível dissociar atribuições de fiscalização de trânsito, próprias de órgãos ou entidades executivos, de atribuições de fiscalização relacionadas à preservação de equipamentos e utilidades da infraestrutura de trânsito, deferíveis a sujeitos públicos com base em competências que **apenas orbitam** a matéria privativa da União. É o que corretamente percebeu a douta parecerista ao concluir que a legislação estadual confere suporte jurídico suficiente e adequado ao desempenho, pela ARTESP, de certas atividades ligadas menos à ordenação da circulação de veículos que à administração da malha rodoviária estadual.

A aplicação prática dessa tese jurídica não pode prescindir das cautelas sugeridas no opinativo, particularmente em seu derradeiro item²²; faz-se também

21 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 864.

22 A análise da legislação estadual específica e o exame da conveniência de propor-se alteração legislativa, com o auxílio da Consultoria Jurídica da ARTESP, é particularmente recomendável à vista da existência de decisões judiciais que, não obstante a edição da Lei Complementar Estadual n.º 914/2002, que criou a ARTESP, ainda consideram o DER competente para a prática de certos atos de polícia administrativa no entorno de rodovias concedidas com fundamento em legislação estadual anterior (item 47 do parecer)

recomendável o acompanhamento de eventuais ações judiciais que venham a ser propostas como reação ao exercício, pela ARTESP, de atos de polícia na matéria, inclusive para fins de eventual reavaliação da diretriz ora alvitrada. Por fim, registro que, conquanto aparentemente prejudicada a questão relativa ao convênio entre a ARTESP e o DER, solução desse jaez, no que tange à polícia de trânsito propriamente dita, mereceria estudos mais aprofundados, dado que, num primeiro olhar, o art. 25 do Código de Trânsito Brasileiro não contorna o problema da indelegabilidade dos atos de polícia administrativa.

Aprovo o **Parecer PA n.º 43/2018**, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

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

DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo
pelo expediente da Procuradoria Administrativa
OAB/SP n.º 245.540

PROCESSO: 016.762/2014

INTERESSADO: ARTESP

ASSUNTO: CONSTITUIÇÃO DE COMISSÃO E SUBCOMISSÕES RESPONSÁVEIS PELA FISCALIZAÇÃO DE VENDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS, IRREGULARIDADES DE ACESSES E DE HORTIFRUTIGRANJEIROS – FISCAIS DE INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA – NAS RODOVIAS PAULISTAS CONCEDIDAS.

PARECER: PA nº 43/2018

1. Estou de acordo com o **Parecer PA nº 43/2018**, cujas conclusões foram bem sintetizadas pela Chefia da Procuradoria Administrativa em seu despacho de aprovação.
2. Ressalvo, no entanto, que a orientação traçada não afasta a possibilidade de ser celebrado convênio entre a ARTESP e o DER, buscando dar maior clareza e definição quanto às atribuições de cada autarquia, enquanto não se procede à adequação da normatização estadual²³.
3. Ao Senhor Procurador Geral, com proposta de aprovação da peça opinativa.

SubG-Cons, 26 de outubro de 2018.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO

Subprocuradora Geral do Estado
Consultoria Geral

²³ Observados os termos do parecer.

PROCESSO: 016.762/2014

INTERESSADO: ARTESP

ASSUNTO: CONSTITUIÇÃO DE COMISSÃO E SUBCOMISSÕES RESPONSÁVEIS PELA FISCALIZAÇÃO DE VENDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS, IRREGULARIDADES DE ACESSOS E DE HORTIFRUTIGRANJEIROS – FISCAIS DE INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA – NAS RODOVIAS PAULISTAS CONCEDIDAS.

1. Aprovo o **Parecer PA nº 43/2018**, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com a observação lançada pela Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral.
2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 30 de outubro de 2018.

CAIO CESAR GUZZARDI DA SILVA

Procurador Geral do Estado Adjunto
Respondendo pelo Expediente da PGE

Consultoria

48) ADI. CONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. SERVIÇO PÚBLICO. Lei do Município de Jales de nº 4.696, de 01/12/2017, que dispõe sobre o atendimento prioritário nas repartições públicas, concessionárias de serviço público, agências bancárias e estabelecimentos comerciais e de prestação de serviço de qualquer natureza, às pessoas que fazem qualquer tipo de tratamento oncológico. Existência de legislação federal e estadual que fixam preferência, em situações similares, a portadores de doenças graves. Competência legislativa concorrente (art. 24, XII e XIV, CF). Lei estadual nº 10.294/99, que dispõe sobre a proteção e defesa do usuário do serviço público e reconhece prioridade de atendimento a doentes. Viabilidade do exercício da competência municipal (art. 30, I e II, CF), que, no entanto, não pode se imiscuir na gestão das repartições públicas estaduais. Possibilidade de preservação da norma, desde que interpretada no sentido de excluir de seu âmbito de incidência as repartições públicas estaduais, sob pena de ofensa ao princípio federativo (arts. 1º e 18, CF) e ingerência na competência do Poder Executivo Estadual (art. 84, VI, a, CF; art. 47, II, XIV e XIX, a, CE). Viabilidade de arguição de inconstitucionalidade parcial, sem redução de

texto (Parecer PA 48/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 15 de outubro de 2018)

49) PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. CONTAGEM RECÍPROCA DE TEMPO DE ATIVIDADE RURAL. Interessado que ajuizou ação declaratória contra o INSS para reconhecimento de direito à contagem de tempo de serviço como trabalhador rural. Decisão judicial favorável ao interessado, que resultou na expedição de Certidão de Tempo de Contribuição (CTC), com a ressalva relativa à falta de recolhimento das contribuições ao INSS, no período em questão. Incidência dos artigos 96, IV, da Lei Federal nº 8.213/1991, 123 do Decreto Federal nº 3.048/1999 e 5º, § 2º, do Decreto Federal nº 3.112/1999. À luz da legislação federal, a referência expressa, na CTC, à falta de recolhimento das contribuições ao INSS constitui circunstância suficiente para obstar que o tempo de serviço rural certificado seja computado para fins de aposentadoria no RPPS paulista. Incabível discussão acerca do alcance da decisão judicial que determinou a emissão da CTC pelo Órgão Gestor de Previdência. Precedentes: Pareceres PA nº 48/2007, 19/2014, 71/2015, 103/2015, 41/2016. (Parecer PA 50/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 15 de outubro de 2018)

50) SERVIDOR PÚBLICO. Servidor Ocupante de Função Atividade. Viabilidade de indenização de férias relativas ao exercício em que ocorreu o óbito do servidor. Princípio geral que veda o enriquecimento sem causa da Administração. Orientação que se estende aos servidores públicos admitidos com assento na Lei nº 500/74. Precedentes: Pareceres PA 86/2015, PA 220/2008, PA 157/2007, PA 65/2007, PA-3 102/1997, PA-3 95/1996, PA-3 89/1991 (Parecer PA 42/2018 –Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 03 de setembro de 2018)

51) SERVIDOR PÚBLICO. Servidor Ocupante de Função Atividade. Despacho Normativo do Governador de 22/11/2011, o qual estendeu administrativamente os efeitos das decisões judiciais que reconheceram o direito à licença-prêmio aos servidores admitidos com assento na Lei 500/74. Viabilidade de indenização de períodos de licença-prêmio não gozados em virtude de falecimento de servidor regido pela Lei nº 500/74, obedecidos os requisitos legais. Artigo 3º da Lei Complementar nº 1.048, de 10/06/2008. Equiparação entre os servidores titulares de cargo efetivo e os servidores ocupantes de funções-atividades no tema. (Parecer PA 41/2018 –Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 03 de setembro de 2018)

52) PROVENTOS DE APOSENTADORIA EM CARGO EFETIVO DE ENFERMEIRO, NO QUAL O SERVIDOR INGRESSOU DEPOIS DO ADVENTO DA EMENDA CONS-

TITUCIONAL nº 20/1998. Situação não amparada pelos artigos 37, § 10, 40, § 6º e 142, § 3º, II, III e VIII, da Constituição da República, nem pelo artigo 11 da Emenda Constitucional nº 20/1998. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Caso concreto: acúmulo irregular, dos proventos de inatividade militar com a remuneração pelo exercício de cargo público estadual e de outros dois cargos públicos municipais. Declaração feita pelo servidor de que não acumulava outros vínculos. Caracterização, em tese, de falta grave punível com demissão. Imperiosa apuração dos fatos em procedimento administrativo disciplinar, no qual deverá ser perquirida a má-fé do interessado ao firmar as declarações que viabilizaram o acúmulo remunerado irregular. Precedentes: Parecer PA-3 96/1996; Pareceres PA nº 19/2008, 141/2011 e 58/2014. (Parecer PA 32/2018 –Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 04 de setembro de 2018)

53) AGÊNCIA REGULADORA DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP. CONCESSÃO. PODER DE POLÍCIA. Rodovias paulistas concedidas. Controvérsia relacionada à atribuição da ARTESP para fiscalização da instalação de publicidade ao longo das rodovias, venda de bebidas alcoólicas em terrenos contíguos às faixas de domínio, venda de produtos hortifrutigranjeiros nas faixas de domínio e área “non æ edificandi”. Dúvida quanto à possibilidade de desempe-

nho imediato pela ARTESP das atribuições próprias de órgão executivo de trânsito rodoviário. Precedente: Parecer PA nº 143/2009. Considerações relativas à integração ao Sistema Nacional de Trânsito, na condição de entidade executiva rodoviária do Estado e o exercício de competências relacionadas à gestão do trânsito nas rodovias. Possibilidade do exercício de poder de polícia relacionado às matérias em questão. (Parecer PA 43/2018 –Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo Expediente da PGE em 30 de outubro de 2018).

54) EMPREGADO PÚBLICO.. REGIME CELETISTAL. VANTAGENS. GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. Art.135, III, da Lei Estadual nº 1.001, de 24 de novembro de 2006. Hipóteses exaustivas de concessão da gratificação de representação previstas nos incisos I e II do artigo 3º do Decreto nº 53.966/2009. Proposta de oitiva da Unidade Central de Recursos Humanos e da Secretaria da Fazenda. Artigo 10 do Decreto Estadual nº 53.966, de 22 de janeiro de 2009. (Parecer PA 56/2018 –Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 26 de outubro de 2018)

Compilação dos Informativos nos 914 a 921¹

O Informativo por Temas apresenta todos os resumos de julgamentos divulgados pelo Informativo STF concluídos no mês a que se refere.

DIREITO PENAL

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Tema: Entidades paraestatais e extensão do conceito de funcionário público

Consoante dispõe o art. 327, § 1º (1), do Código Penal (CP), qualifica-se como funcionário público pessoa que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou trabalha em empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma denegou ordem de *habeas corpus* em que se discutia a equiparação de integrante ou dirigente de organização social, para fins penais, à condição de funcionário público.

A defesa sustentou a inaplicabilidade do art. 327, § 1º, do CP ao paciente, que exerceu cargo de direção em instituto que possui natureza jurídica de organização social. Afirmou, ainda, que o preceito alusivo ao citado artigo seria norma penal em branco. Ressaltou que o conceito de entidade paraestatal haveria de ser interpretado nos termos do art. 84, § 1º (2), da Lei 8.666/1993, o qual não inclui as organizações sociais.

A Turma entendeu que o art. 84, § 1º, da Lei 8.666/1993, a repercutir no âmbito administrativo, não constitui parâmetro interpretativo concernente aos tipos definidos no CP. O art. 327, § 1º, do CP versa a conceituação e delimitação, quanto à relevância penal, de funcionário público. Não se trata de norma penal em branco, cuja aplicação exige complemento normativo, ou de tipo aberto. Dessa forma, ante o cargo desempenhado pelo paciente em entidade paraestatal, mostra-se adequada a observância da extensão prevista no aludido dispositivo penal.

1 <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/2018Setembro.html>

⁽¹⁾ CP: “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. ”

⁽²⁾ Lei 8.666/1993: “Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público. § 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público. ”

HC 138484/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11.9.2018. (HC-138484)
(Informativo 915, Primeira Turma)

DIREITO TRIBUTÁRIO

Imunidades tributárias

Tema: Caixas de Assistência de Advogados e imunidade recíproca

As Caixas de Assistência de Advogados encontram-se tuteladas pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a” (1), da Constituição Federal (CF).

Com base nesse entendimento, o Plenário conheceu em parte de recurso extraordinário interposto em face de acórdão que assegurou a aplicação da imunidade recíproca à Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais e, nessa parte, negou-lhe provimento.

De início, o colegiado rememorou o decidido no RE 259.976 AgR no sentido de que a imunidade tributária gozada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é da espécie recíproca, na medida em que ela desempenha atividades próprias de Estado (defesa da Constituição, da ordem jurídica, do Estado democrático de direito, dos direitos humanos e da justiça social, bem como seleção e controle disciplinar dos advogados). Ressaltou que a imunidade tributária em questão alcança apenas as finalidades essenciais da entidade protegida.

Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), a Ordem dos Advogados possui finalidades institucionais e corporativas, sendo a ambas aplicáveis o mesmo tratamento.

Considerada a impossibilidade de concessão de regramento tributário diferenciado a órgãos da OAB — de acordo com as finalidades que lhe são atribuídas

por lei —, as Caixas de Assistência de Advogados também se encontram tuteladas pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, da CF.

Para a aplicação dessa espécie de imunidade, há de se constatar a presença de três pressupostos: 1) prestação de serviço público delegado; 2) a entidade que exerce o serviço é, em virtude de lei, pública; e 3) o serviço é prestado por ente público que não persegue finalidade econômica.

Tais pressupostos são observados em relação às Caixas de Assistência dos Advogados, as quais prestam serviço público delegado, possuem *status* jurídico de ente público e não exploram atividades econômicas em sentido estrito com intuito lucrativo.

⁽¹⁾CF: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros. ”

RE 405267/MG, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 6.9.2018. (RE-405267) (Informartivo 914, Plenário)

DIREITO CONSTITUCIONAL

Controle de Constitucionalidade

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

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

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

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

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

Quanto ao art. 115, a Corte conferiu interpretação conforme para limitar a atuação da Procuradoria da Assembleia Legislativa à defesa das prerrogativas inerentes ao Poder Legislativo. A representação estadual como um todo, independentemente do Poder, compete à Procuradoria-Geral do Estado (PGE), tendo em conta o princípio da unicidade institucional da representação judicial e da consultoria jurídica para estados e Distrito Federal. No entanto, às vezes, há conflito entre os Poderes. Demais disso, o texto do artigo pode vir a gerar confusão, porquanto prevê concorrência com a PGE.

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

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

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

repasses na arrecadação de outros tributos, como o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

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

No tópico, vencidos os ministros Alexandre de Moraes (relator), Gilmar Mendes e Celso de Mello, que entenderam ser constitucional a homologação, pelo TCE, com base na simetria, por haver mesmo parâmetro do TCU. Tanto os fundos como a distribuição das verbas do ICMS fazem parte da repartição de receitas.

Por fim, o Colegiado assentou que a iniciativa popular de emenda à Constituição do estado (arts. 103, IV, e 110) é compatível com a Constituição da República, nomeadamente o parágrafo único do art. 1º, os incisos II e III do art. 14 e o inciso XV do art. 49 (5). Na democracia, além dos mecanismos tradicionais por meio dos representantes eleitos, há os de participação direta com projeto de iniciativa popular. A Constituição amapaense densifica a ampliação daquilo que a CF não prevê expressamente.

Trata-se de certa democratização no processo de reforma das regras constitucionais estaduais. No tocante à simetria, revelou não ser obstativa ante a ausência de regra clara que afaste a faculdade de o Estado aumentar os mecanismos de participação direta.

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

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

- (1) Constituição do Estado do Amapá: “Art. 119. Compete privativamente ao Governador do Estado, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: (...) II – nomear e exonerar o Procurador da Fazenda Estadual, os dirigentes das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista de que o Estado detenha o controle acionário; ”
- (2) Constituição do Estado do Amapá: “Art. 32. O Prefeito e o Vice-Prefeito residirão no Município e dele não poderão se ausentar durante o exercício do mandato, salvo se a ausência não ultrapassar quinze dias, exigindo-se licença prévia da Câmara Municipal para viagem ao exterior por qualquer tempo. ”
- (3) Constituição do Estado do Amapá: “Art. 115. À Procuradoria da Assembleia compete exercer a representação judicial do Poder Legislativo nas ações em que este for parte, ativa ou passiva, sem prejuízo das atribuições da Procuradoria-Geral do Estado. ”
- (4) CF: “Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. ”
- (5) CF: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (...) Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) II – referendo; III – iniciativa popular. (...) Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XV – autorizar referendo e convocar plebiscito; ”

ADI 825/AP, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 25.10.2018. (ADI-825)
(Informativo 921, Plenário)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Regime Próprio dos Servidores Públicos

Tema: Servidor público: contribuição previdenciária sobre parcelas não incorporáveis aos proventos

Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como terço de férias, serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria e em conclusão de julgamento, ao apreciar o Tema 163 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário no qual servidora pública federal postulou o afastamento

mento dos descontos previdenciários sobre aquelas verbas e quaisquer outras de caráter transitório que viesse a receber, diante da impossibilidade de incorporá-las aos proventos de aposentadoria (Informativos 776, 787 e 847).

O acórdão recorrido afastara a pretensão deduzida para reconhecer a incidência da contribuição mesmo com relação às verbas não incorporáveis. O Tribunal *a quo* destacou que a Emenda Constitucional (EC) 41/2003 inaugurou regime marcadamente solidário, de modo que as únicas parcelas excluídas da base impositiva seriam aquelas previstas expressamente em lei.

Preliminarmente, o Colegiado ressaltou que, embora diversos dispositivos impugnados no recurso se referissem tanto ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) quanto ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o julgamento abrangiu apenas o regime próprio dos servidores públicos.

No mérito, o Tribunal concluiu que o disposto nos §§ 3º (1) e 12 do art. 40 da Constituição Federal (CF), combinado com o § 11 (2) do art. 201 da CF, deixa evidente que somente podem figurar como base de cálculo da contribuição previdenciária os ganhos habituais com repercussão nos benefícios, excluindo, assim, as verbas que não se incorporam à aposentadoria.

A dimensão contributiva do sistema mostra-se incompatível com a cobrança de qualquer verba previdenciária que não garanta ao segurado algum benefício efetivo ou potencial. O princípio da solidariedade não é suficiente para elidir esse aspecto, impondo ao contribuinte uma contribuição que não trará retorno.

A não incidência da contribuição previdenciária sobre as parcelas não incorporáveis à aposentadoria do servidor público decorre de comando expresso no § 3º (1) do art. 40 da CF. Essa previsão especial afasta a incidência da regra disposta no § 11 (2) do art. 201 da CF, a qual é aplicável apenas de modo subsidiário ao próprio.

Da redação originária do texto constitucional, o RPPS migrou de natureza solidária e distributiva para um regime também contributivo (EC 3/1993). Posteriormente, com a entrada em vigor da EC 20/1998, o aspecto contributivo foi reforçado, colocando-se em aparente conflito os princípios da contributividade e da solidariedade.

Ocorre que, a partir de então, previu-se a vinculação expressa entre os proventos de aposentadoria e a remuneração recebida pelo servidor, de modo que as parcelas sem reflexo nos proventos estão livres da incidência da contribuição previdenciária.

Essa vinculação tornou-se ainda mais expressiva a partir da EC 41/2003. Ainda que a solidariedade do sistema tenha sido reforçada, não houve a derrogação

do caráter contributivo. De um lado, o princípio da solidariedade afastaria a relação simétrica entre contribuição e benefício. De outro, o princípio contributivo impediria a cobrança de contribuição previdenciária sem que se conferisse ao segurado alguma contraprestação, efetiva ou potencial, em termos de serviços ou benefícios.

Nesse contexto, ainda que o princípio da solidariedade fosse pedra angular do sistema próprio dos servidores, não poderia esvaziar seu caráter contributivo, informado pelo princípio do custo-benefício, tendo em conta a necessidade de um sinalagma mínimo, ainda que não importasse em perfeita simetria entre o que se paga e o que se recebe. Desse modo, deve ser estabelecida a aplicação simétrica do binômio formado entre os princípios da contributividade e da solidariedade, de forma a prestigiá-los e conjugá-los em um produto final equilibrado. Logo, caso o Estado tenha intenção de promover um fortalecimento atuarial, poderá agravar a alíquota incidente sobre os participantes ou até mesmo aumentar sua participação no custeio, mas não tributar sobre base não imponível.

O Colegiado destacou, ainda, que a Constituição conferiu ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer o critério definidor das parcelas que compõem a remuneração do servidor para fins previdenciários. No entanto, essa delegação não lhe permite subverter o comando constitucional de modo a incluir, na base de cálculo da contribuição previdenciária, parcelas sem repercussão nos proventos de aposentadoria, sob pena de desrespeito ao § 3º (1) do art. 40 da CF. Isso significa que o rol das parcelas isentas de contribuição previdenciária previsto pela Lei 9.783/1999 – e posteriormente pela Lei 10.887/2004 – não é taxativo, mas meramente exemplificativo.

Ressaltou, ademais, que a Lei 10.887/2004, em seu art. 4º, VII, X, XI e XII (3), excluiu as verbas que não serão incorporadas à aposentadoria do cálculo da contribuição previdenciária. Inclusive, o legislador optou por excluir expressamente as verbas indicadas pelo recorrente do conceito de remuneração para fins de incidência da contribuição previdenciária.

Desse modo, até a entrada em vigor da EC 41/2003, se a incidência não era admitida por falta de previsão constitucional acerca da aplicação do princípio da solidariedade de grupo ao regime próprio, após a vigência da referida emenda e a consagração da solidariedade como baliza do regime próprio, o legislador optou por proteger da incidência da contribuição as verbas discutidas no recurso extraordinário, com a consequente exclusão de tais parcelas da base de cálculo da contribuição previdenciária.

Por fim, o Colegiado ressaltou que a situação dos servidores inativos, contemplados com proventos de aposentadoria, é distinta da dos servidores em atividade. Os aposentados são impelidos a participar do custeio do regime previdenciário de sua categoria em menor proporção, com vistas a impedir eventual

insolubilidade do sistema, por imposição do princípio da solidariedade. Além disso, a contribuição dos inativos tem base de cálculo diversa da dos servidores da ativa, pois a contribuição previdenciária incide apenas sobre as parcelas dos proventos que excedem o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS.

Ficaram vencidos os ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, que desproveram o recurso. Entenderam, em síntese, que o rol exemplificativo do art. 4º das Leis 9.783/1999 e 10.884/2004 deveria ser interpretado no sentido da possibilidade de se incluírem na base de cálculo das contribuições previdenciárias, independentemente da repercussão direta e imediata do valor do benefício, parcelas remuneratórias recebidas pelos servidores a título de ganhos habituais, excluindo-se, portanto, os ganhos não habituais e aqueles que, mesmo recebidos com habitualidade, tivessem caráter indenizatório.

Adite-se que, para eles, a questão atinente à natureza da verba, inclusive seu caráter indenizatório ou não, para fins de incidência da contribuição previdenciária, seria matéria a implicar juízo de legalidade e de fatos e provas, inviável em recurso extraordinário.

- (1) CF/1988: “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (...) § 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.”
- (2) CF/1988: “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) § 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.”
- (3) Lei 10.887/2004: “Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidentes sobre: (...) VII – as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho; (...) X – o adicional de férias; XI – o adicional noturno; XII – o adicional por serviço extraordinário.”

RE 593068/SC, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 11.10.2018. (RE-593068)
(Informativo 919, Plenário, Repercussão Geral)

Principais Julgados do STJ

Este periódico, elaborado pela Secretaria de Jurisprudência do STJ, destaca teses jurisprudenciais firmadas pelos órgãos julgadores do Tribunal nos acórdãos incluídos na Base de Jurisprudência do STJ, não consistindo em repositório oficial de jurisprudência.

PRIMEIRA TURMA

PROCESSO AREsp 309.867-ES, Rel. Min. Gurgel de Faria, por unanimidade, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITO EMPRESARIAL

TEMA Sociedade empresária em recuperação judicial. Participação em licitação. Possibilidade. Certidão de concordata. Previsão na Lei n. 8.666/1993. Interpretação extensiva. Descabimento. Aptidão econômico-financeira. Comprovação. Necessidade.

DESTAQUE

Sociedade empresária em recuperação judicial pode participar de licitação, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

De início, salienta-se que, conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado. Nesse sentido, parte da doutrina entende que, se a Lei de Licitações não foi alterada para substituir certidão negativa de concordata por certidão negativa de recuperação judicial, não poderia a Administração passar a exigir tal documento como condição de habilitação, haja vista a ausência de autorização legislativa. Assim, as empresas submetidas à recuperação judicial estariam dispensadas da apresentação da referida certidão. Importa ressaltar que a licitação pública se norteia, entre outros princípios, pelo da indisponibilidade do interesse público e que o escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, prevendo em seu art. 52, I, a possibilidade de contratação com o poder público, o

que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação. Todavia, não se deve olvidar a exigência contida no art. 27, III, da Lei n. 8.666/1993 de demonstração da qualificação econômico-financeira como condicionante para a participação no certame. Dessa forma, a interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada entre os princípios nelas imbuídos, pois a preservação da empresa, a sua função social e o estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. Assim, a apresentação de certidão positiva de recuperação não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação diligenciar a fim de avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira da empresa licitante.

PRIMEIRA TURMA

PROCESSO REsp 1.396.808-AM, Rel. Min. Gurgel de Faria, por unanimidade, julgado em 14/08/2018, DJe 06/09/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITO DO CONSUMIDOR

TEMA Tarifa de energia elétrica. Inadimplência de órgão público. Multa. Cobrança. Art. 4º, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 2.432/1988. Não aplicabilidade.

DESTAQUE

A concessionária de fornecimento de energia elétrica não pode exigir de órgão público, usuário do serviço, multa por inadimplemento no pagamento de fatura, fundamentada no parágrafo único do artigo 4º do Decreto-Lei n. 2.432/1988.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A questão *sub examine* consiste em saber se a norma inserta no parágrafo único do art. 4º do Decreto-Lei n. 2.432/1988 serve de fundamento jurídico para concessionária cobrar de órgão público (Ministério do Exército) multa por inadimplemento da fatura de energia elétrica. É cediço que esta norma permite a imposição de multa por atraso em seu pagamento. Todavia, pela técnica legislativa o parágrafo único é dependente do seu *caput*, o qual regula as relações de compra e venda de energia elétrica entre concessionárias de serviço público de energia elétrica e não as relações entre as concessionárias e seus consumidores. Assim, referida norma não serve de supedâneo legal para a exigência da referida multa.

SEGUNDA TURMA

PROCESSO	REsp 1.746.784-PE, Rel. Min. Og Fernandes, por unanimidade, julgado em 23/08/2018, DJe 30/08/2018
RAMO DO DIREITO	DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITO CONSTITUCIONAL
TEMA	Servidor público. Acumulação de cargos públicos remunerados. Área da saúde. Limitação da carga horária. Impossibilidade. Compatibilidade de horários. Requisito único. Aferição pela administração pública. Orientação do STF. AgR no RE 1.094.802-PE.

DESTAQUE

A acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde, prevista no art. 37, XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60 horas semanais.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Ressalta-se, inicialmente, que a Primeira Seção desta Corte Superior tem reconhecido a impossibilidade de acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos privativos de profissionais da área de saúde quando a jornada de trabalho for superior a 60 horas semanais. Estabeleceu-se que, apesar de a Constituição Federal permitir o exercício de atividades compatíveis em questão de horário, deve o servidor gozar de boas condições físicas e mentais para o desempenho de suas atribuições, em observância ao princípio administrativo da eficiência. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, posiciona-se “[...] no sentido de que a acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde, prevista no art. 37, XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60 horas semanais previsto em norma infraconstitucional, pois inexistente tal requisito na Constituição Federal” (RE 1.094.802 AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 11/5/2018, DJe 24/5/2018). O único requisito estabelecido para a acumulação, de fato, é a compatibilidade de horários no exercício das funções, cujo cumprimento deverá ser aferido pela administração pública. Assim, considerando a posição de supremacia da Corte Maior no sistema judicial brasileiro, impõe-se a adequação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça àquela orientação.

TERCEIRA TURMA

PROCESSO REsp 1.559.791-PB, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 28/08/2018, DJe 31/08/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA Execução de título extrajudicial. Réu falecido antes do ajuizamento da ação. Habilitação, sucessão ou substituição processual. Desnecessidade. Ausência de citação válida. Emenda à inicial para correção do polo passivo. Faculdade. Pretensão dirigida ao espólio. Arts. 43, 265 e 1.055 do CPC/1973.

DESTAQUE

É admissível a emenda à inicial, antes da citação, para a substituição de executado pelo seu espólio, em execução ajuizada em face de devedor falecido antes do ajuizamento da ação.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Cinge-se a controvérsia a definir se a execução em face de devedor falecido antes do ajuizamento da ação deve ser suspensa até o processamento de ação de habilitação de sucessores ou se, ao revés, é admissível a emenda à inicial, antes da citação, para a substituição do executado falecido pelo seu espólio. De acordo com os arts. 43 e 1.055, ambos do CPC/1973, os institutos da habilitação, sucessão ou substituição processual têm relevância quando há o falecimento da parte, ou seja, quando o evento morte ocorre no curso do processo, situação diversa da qual o falecimento do devedor ocorre antes da citação. Daí porque, inclusive, não há que se falar em suspensão do processo na forma do art. 265, I, do CPC/1973. Na verdade, a situação em que a ação judicial é ajuizada em face de réu preteritamente falecido revela a existência de ilegitimidade passiva do *de cujus*, devendo, pois, ser oportunizada ao autor da ação a possibilidade de emendar a petição inicial para regularizar o polo passivo, sobretudo porque, evidentemente, ainda não terá havido ato citatório válido e, portanto, o aditamento à inicial é admissível independentemente de aquiescência do réu, conforme expressamente autorizam os arts. 264 e 294 do CPC/1973, a fim de que o espólio seja o sujeito passivo da relação jurídico-processual em que deduzida a pretensão executiva, especialmente porque o espólio responderá pelas dívidas do falecido (art. 597 do CPC/1973).

RECURSOS REPETITIVOS

PROCESSO EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018 (Tema 106)

RAMO DO DIREITO DIREITO ADMINISTRATIVO

TEMA Direito à saúde. Medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Fornecimento pelo Poder Público. Obrigatoriedade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos. Embargos de declaração. Necessidade de esclarecimento. Fornecimento de medicamento para uso *off label*. Vedação nos casos não autorizados pela ANVISA. Tema 106.

DESTAQUE

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. Modulam-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Trata-se de embargos de declaração opostos em face de acórdão julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, no qual se pede que se esclareça, entre outros pontos, se a necessidade do registro na ANVISA afasta o fornecimento de medicamento de uso *off label*, que é aquele em que o medicamento é utilizado no tratamento de patologias não autorizado pela agência governamental e, por conseguinte, não se encontra indicado na bula. Verifica-se que o art. 19-T da lei n. 8.080/1990 impõe duas vedações distintas. A constante do inciso I que veda o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso pelo SUS de medicamento fora do uso autorizado pela ANVISA, ou seja, para tratamento não indicado na bula e aprovado no registro em referido órgão regulatório. Já o inciso II impede a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso pelo SUS de medicamento que não tenha ainda sido registrado na ANVI-

SA. Assim, nos termos da legislação vigente, no âmbito do SUS somente podem ser utilizados medicamentos que tenham sido previamente registrados ou com uso autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. A exigência desse registro é medida que visa proteger o usuário do sistema de saúde, pois estes medicamentos foram submetidos a estudos clínicos que comprovaram a sua qualidade, a sua efetividade e a sua segurança. Contudo, a ANVISA, com fundamento no art. 21 do Decreto n. 8.077/2013, em caráter excepcional, tem autorizado a utilização de medicamentos fora das prescrições aprovadas no registro. Sendo assim, ainda que não conste no registro na ANVISA, na hipótese de haver autorização, ainda que precária, para determinado uso, é resguardado o direito do usuário do Sistema Único de Saúde de também ter acesso à utilização do medicamento no uso autorizado não presente no registro. Por seu turno, observa-se que ficou consignado no acórdão embargado que “os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento”. No entanto, tal termo inicial suscita dúvidas, podendo ser interpretado de, pelo menos, duas formas: a conclusão do julgamento refere-se ao julgamento do recurso especial, ou seja, o termo inicial da modulação seria a data da assentada que se julgou o repetitivo e fixou-se a sua tese (25/4/2018); ou a conclusão do julgamento impõe o esgotamento da instância, isto é, o termo inicial da modulação seria quando se julgar o último recurso cabível no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Sendo assim, com espeque no inciso I do art. 494 do CPC/2015, que possibilita a correção de ofício de inexatidões materiais, altera-se o termo inicial da modulação dos efeitos do presente repetitivo, que passa a ser a data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.

PRIMEIRA TURMA

PROCESSO REsp 1.704.359-DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, por maioria, julgado em 28/08/2018, DJe 02/10/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA Arrolamento sumário. Art. 659, § 2º, do CPC/2015. Expedição dos formais de partilha ou da carta de adjudicação. Prévio pagamento do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* (ITCM). Desnecessidade.

DESTAQUE

No arrolamento sumário, não se condiciona a entrega dos formais de partilha ou da carta de adjudicação à prévia quitação dos tributos concernentes à transmissão patrimonial aos sucessores.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Cinge-se a controvérsia a definir sobre a possibilidade de, sob a égide do novo Código de Processo Civil, encerrar-se o processo de arrolamento sumário, com a expedição e entrega de formais de partilha e alvarás aos sucessores, sem a prévia quitação dos tributos devidos para com a Fazenda Pública. Inicialmente cumpre salientar que a sucessão *causa mortis*, independentemente do procedimento processual adotado, abrange os tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, porquanto integrantes do passivo patrimonial deixado pelo *de cuius*, e constitui fato gerador dos tributos incidentes sobre a transmissão do patrimônio propriamente dita, dentre eles o ITCM. Segundo o que dispõe o art. 192 do CTN, a comprovação da quitação dos tributos referentes aos bens do espólio e às suas rendas é condição *sine quo non* para que o magistrado proceda a homologação da partilha. Registre-se que essa norma não é de natureza processual, mas sim de direito material, porquanto se refere ao levantamento e à quitação de parte destacada do passivo do espólio deixado pelo *de cuius*, encerrando prerrogativa da Fazenda Pública de recuperar seus créditos tributários antes que os ativos sejam destinados ao pagamento de outros credores ou à partilha com os sucessores, sendo certo que esse direito de preferência está inclusive expressamente assegurado no art. 189 do CTN. Apesar disso, o novo Código de Processo Civil, em seu art. 659, § 2º, traz uma significativa mudança normativa no tocante ao procedimento de arrolamento sumário, ao deixar de condicionar a entrega dos formais de partilha ou da carta de adjudicação à prévia quitação dos tributos concernentes à transmissão patrimonial aos sucessores. Assim, essa inovação normativa em nada altera a condição estabelecida no art. 192 do CTN, de modo que, interpretando conjuntamente esses dispositivos legais, é possível concluir que, no arrolamento sumário, o magistrado deve exigir a comprovação de quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas para homologar a partilha (condição expressamente prevista para o inventário processado na forma de arrolamento – art. 664, § 5º) e, na sequência, com o trânsito em julgado, expedir os títulos de transferência de domínio e encerrar o processo, independentemente do pagamento do imposto de transmissão.

RECURSOS REPETITIVOS – AFETAÇÃO

PROCESSO ProAfR no REsp 1.727.063-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 14/08/2018, DJe 22/08/2018 (Tema 995)

RAMO DO DIREITO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

TEMA A Primeira Seção acolheu a proposta de afetação do recurso especial ao rito dos recursos repetitivos, conjuntamente com os REsp 1727063/SP, REsp 1727064/SP e REsp 1727069/SP de sorte a definir o alcance da tese firmada no tema repetitivo n. 995/STJ, em que se trata sobre a possibilidade de se considerar o tempo de contribuição posterior ao ajuizamento da ação, reafirmando-se a data de entrada do requerimento-DER- para o momento de implementação dos requisitos necessários à concessão de benefício previdenciário: (i) aplicação do artigo 493 do CPC/2015 (artigo 462 do CPC/1973); (ii) delimitação do momento processual oportuno para se requerer a reafirmação da DER, bem assim para apresentar provas ou requerer a sua produção.



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

