

VOLUME 42 | NÚMERO 3  
MAIO/JUNHO 2018

# BOLETIM

**PGE-SP**

ISSN 2237-4515



**PROCURADORIA GERAL DO  
ESTADO DE SÃO PAULO**

**Centro de Estudos**

VOLUME 42 | NÚMERO 3  
MAIO/JUNHO 2018

# BOLETIM

PGE-SP



**PROCURADORIA GERAL DO  
ESTADO DE SÃO PAULO**

**Centro de Estudos**

## Expediente

### **Procuradoria Geral do Estado**

#### **Procurador Geral do Estado**

*Juan Francisco Carpenter*

#### **Procurador Geral do Estado Adjunto**

*Caio Cesar Guzzardi da Silva*

#### **Procurador do Estado Chefe de Gabinete**

*Vinicius Teles Sanches*

#### **Subprocuradora Geral da Consultoria**

*Cristina Margarete Wagner Mastrobuono*

#### **Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral**

*Frederico José Fernandes de Athayde*

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

*Ana Lucia Correa Freire Pires de Oliveira Dias*

#### **Corregedor Geral**

*Adalberto Robert Alves*

#### **Ouidoria**

*Lucia de Faria Freitas*

### **Conselho da PGE**

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

### **Centro de Estudos e Escola Superior**

#### **Procuradora do Estado Chefe**

*Anna Candida Alves Pinto Serrano*

#### **Assessoria**

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

### **Comissão Editorial**

#### **Presidência**

*Anna Candida Alves Pinto Serrano*

#### **Assessoria**

*Sueine Patricia Cunha de Souza*

### **Membros da Comissão Editorial**

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

### **Redação e Correspondência**

*Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7016.*

*Homepage: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br)*

*E-mail: [divulgacao\\_centrodeestudos\\_pge@sp.gov.br](mailto:divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br)*

### **Projeto, produção gráfica e impressão**

#### **Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP**

*Rua da Mooca, 1.921 – Mooca  
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil  
sac 0800 01234 01*

*[www.imprensaoficial.com.br](http://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 .....	9
<i>Cursos e Eventos</i>	
Cursos do Centro de Estudos. ....	11
Cursos e eventos em parceria com outras instituições.....	11
<i>Atualidades</i> .....	13
<i>Peças e julgados</i>	
Reclamação no IRDR 2151535-83.2016.8.26.0000 .....	17
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS IRDR ALE Pretensão de incorporação de 100% sobre o salário base LC nº 1.197/2013. Tese firmada Gratificação que se incorpora aos vencimentos, cujo conceito abrange o próprio salário-base e as demais vantagens pessoais percebidas 50% do valor do Adicional Local de Exercício incorporado ao salário-base, e os ou- tros 50% absorvidos pelo Regime Especial de Trabalho Policial. Aplicação ao caso concreto: Sentença de improcedência mantida Recurso desprovido.	
Contestação em Ação Civil Pública sobre a contratação de Policiais .....	23
APELAÇÃO CÍVEL.1. Ação civil pública Obrigação de fazer consubstanciada na imposição ao Estado de São Paulo de realocar policiais civis para os Muni- cípios da Comarca de Jales, no número mínimo recomendado na Resolução SSP-105, de 12/07/13 Descabimento - Ato típico do Poder Executivo caracte- rizado pela discricionariedade Poder Judiciário que não pode impor à admi- nistração pública a prática de políticas públicas, pena de violação ao princípio constituição da separação e tripartição dos poderes Inexistência de omissão administrativa e/ou violação evidente e arbitrária de incumbência constituicio- nal - Contratação de novos servidores que é confirmada no sítio eletrônico da Polícia Civil do Estado de São Paulo - Abertura de concursos públicos para o provimento de centenas de cargos vagos (300 vagas de Agente de Telecomuni- cações Policial 3ª Classe; 400 vagas de Agente Policial 3ª Classe; 250 vagas de Delegado de Polícia 3ª Classe; 800 vagas de Escrivão de Polícia 3ª Classe; 600 vagas de Investigador de Polícia 3ª Classe; 140 vagas de Médico Legista, entre outros cargos) - Poder Judiciário que tem por papel tão somente o controle do ato administrativo, sob o aspecto da legalidade, competência, moralidade e ob- servância aos princípios da eficiência e razoabilidade, respeitando-se os limites da discricionariedade da administração pública – Precedentes jurisprudenciais Improcedência da ação - Manutenção da sentença.2. Recurso não provido	

CONTRATO. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. Consulta formulada pela empresa “Mitsui & Co. Ltda.”, acionista indireta da Concessionária Move São Paulo, responsável pela construção e futura operação da Linha 6 – Laranja – do Metrô/SP, solicitando posicionamento do Poder Concedente a respeito de temas que julga relevantes para viabilizar o eventual ingresso de novo acionista na Concessionária. Fatos de conhecimento público, revelados em acordos de colaboração premiada de acionistas e executivos da Odebrecht S.A. Menção a pagamento de vantagens indevidas a ex-funcionário do Metrô/SP. Considerações. Reconhecimento de que o acordo de leniência e os correlatos acordos de colaboração foram entabulados em negociação una e indivisível, com benefícios de âmbito criminal às pessoas físicas, negociados nos acordos de colaboração premiada, e contrapartidas, nos âmbitos civil, administrativo e econômico, às pessoas jurídicas, negociadas no acordo de leniência. Competência de mais de um órgão administrativo, entre os diversos entes federativos, para celebrar acordos de leniência. Necessidade de identificação dos efeitos, sobre outros entes federativos ou terceiros colegitimados, de acordo de leniência celebrado sem a participação destes. Persistência da competência de todos os colegitimados para celebrarem acordos de leniência próprios, ainda que com as mesmas empresas e/ou relativos aos mesmos fatos, caso possuam qualquer espécie de discordância com relação ao procedimento adotado pelo Ministério Público Federal, às contrapartidas negociadas, à profundidade dos relatos obtidos, ou qualquer outra razão que torne útil ou conveniente a celebração de acordo distinto. Ausência de vinculação de terceiros aos termos e contrapartidas entabuladas em acordo de leniência do qual não participaram. Impossibilidade de utilização de provas ou depoimentos obtidos em acordo de leniência ou em acordos de colaboração celebrados por outrem sem respeitar as contrapartidas negociadas, que viabilizaram a obtenção destas informações. Viabilização dos institutos que depende da boa-fé de todo o aparato estatal, construindo a relação de confiança necessária para estimular futuras colaborações, com os evidentes benefícios sociais e de persecução criminal. Primados de boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima. Consequências dos fatos relatados ao Contrato de PPP da Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP. Compromisso assumido pelo Ministério Público Federal, no acordo de leniência celebrado com a Odebrecht S.A., de não buscar a anulação de qualquer contrato celebrado pela Colaboradora ou seu grupo econômico, não o fazendo por si e diligenciando para que outros não o façam. Impossibilidade de, com fundamento nos fatos revelados no acordo de leniência ou em fatos apurados tendo como origem estas revelações, ainda que em investigações próprias, o Estado de São Paulo pleitear judicialmente ou

determinar administrativamente a anulação do contrato administrativo, a rescisão ou a caducidade contratual, e aplicar sanções administrativas decorrentes desta anulação, salvo se fundados em fatos distintos ou elementos de prova independentes das revelações obtidas nestes acordos. Possibilidade de cobrança de indenização integral dos danos causados ao Estado de São Paulo, observando-se o disposto no artigo 16, §3º, da Lei Federal nº 12.846/2013, e respeitando-se o benefício de ordem assumido pelo Ministério Público Federal. Necessidade de apuração de infrações de natureza disciplinar que possam ser aferidas a partir de fatos de conhecimento público. Possibilidade de aditamento contratual para esclarecer critérios de contabilização de indenizações para a hipótese de eventual anulação contratual, desde que atendido o interesse público e respeitadas as condições originais do contrato.

<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i> .....	69
INDENIZAÇÃO. Lei Estadual nº 14.984, de 12 de abril de 2013. Dúvidas suscitadas pelo órgão médico relativas aos critérios a serem adotados para enquadramento da invalidez permanente. A invalidez permanente parcial será aferida levando em consideração a perda, redução ou impotência funcional definitiva, total ou parcial, de membro ou órgão em virtude de lesão física, segundo os parâmetros da “Tabela para Cálculo da Indenização em caso de invalidez permanente” estabelecido pela SUSEP, independentemente da capacidade laborativa do servidor. Artigo 11 da Circular SUSEP nº 302/2005 c.c. artigo 5º, II, do Decreto Estadual nº 59.532, de 13 de setembro de 2013. Pronunciamento do órgão médico oficial. Atribuição que não foi conferida exclusivamente ao Departamento de Perícias Médicas do Estado pela Lei Estadual nº 14.984/2013.	
<i>Ementário da Consultoria Jurídica</i> .....	81
<i>Principais julgados</i>	
STF .....	83
STJ .....	96



**CAROS COLEGAS,**

É um prazer prefaciá-lo este número do Boletim do Centro de Estudos, que vem com algumas alterações, objetivando tornar a leitura mais agradável e interessante. Foram acrescentadas duas seções, uma denominada “Atualidades” trazendo inovações legislativas e decisões judiciais consideradas relevantes para atuação do advogado público, e outra com os principais julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Neste primeiro Boletim modificado foram destacadas a nova legislação estadual referente à aposentadoria especial do magistério; a suspensão, pela Presidente do Supremo Tribunal Federal, de Resolução da ANS; e o julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no sentido de que a liberdade de crença não justifica a troca de horários de aulas em faculdade. Quanto aos julgados dos Tribunais Superiores, procurou-se enfatizar temas de direito administrativo, constitucional e tributário afeitos aos Procuradores do Estado.

Na seção reservada às peças e julgados, ressalta-se a reclamação apresentada pelo Estado de São Paulo contra acórdão de colégio recursal, que acolheu tese jurídica contrária à expedida em incidente de resolução de demandas repetitivas da Turma Especial de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Também consta deste número o parecer PA nº 04/2018, que aborda questão relativa ao pagamento de indenização por morte ou invalidez permanente, total ou parcial, aos militares do Estado e aos servidores sujeitos ao Regime Especial de Trabalho Policial ou que exerçam atividades de risco em unidades da Secretaria da Administração Penitenciária, nas situações elencadas no art. 2º da Lei Estadual nº 14.984, de 12 de abril de 2013.

Boa leitura a todos!

**ANNA CANDIDA ALVES PINTO SERRANO**  
Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos/ESPGE





### **Cursos do Centro de Estudos**

**04.05.2018** – Curso Direito da Saúde

**18.04.2018 a 09.05.2018** – Curso de Informática: Microsoft Excel 2010 – Básico

**23.05.2018** – Seminário “Comunicação eficaz no ambiente de trabalho”

**16.05.2018 a 06.06.2018** – Curso de Formação Continuada para os Servidores -Contencioso Geral: questões práticas – Módulo II

### **Cursos e eventos em parceria com outras instituições**

**09.05.2018 a 10.05.2018** – 6ª Congresso Internacional de Compliance – Lec Editora e Organização de Eventos

**21.05.2018 a 23.05.2018** – XIV Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – Brasilcon

**24.05.2018** – Seminário “Arbitragem e a Administração Pública: Temas polêmicos” – Alemweb.com Serviços de Informática EIRELI

**26.05.2018 a 30.05.2018** – 23º Congresso de Direito Ambiental – Instituto O Direito por um Planeta Verde

**12.06.2018 a 13.06.2018** – Curso “SCF1060/18 – e-Sanções – Sistema de Sanções Administrativas” para servidores – FAZESP (Escola Fazendária do Estado de São Paulo)

**27.04.2018 a 15.06.2018** – 2ª Curso de Introdução em Justiça Restaurativa – Escola Paulista da Magistratura

**14.06.2015 a 15.06.2018** – 2º Encontro Nacional do Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos (CIRA) – Ministério Público do Estado da Paraíba



## 1) NOVA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL GARANTE A APOSENTADORIA ESPECIAL DE MAGISTÉRIO AOS PROFESSORES APOSENTADOS

Foi promulgada no dia 13 de julho de 2018, a Lei Complementar Estadual nº1329/18, que garante aos professores da rede estadual de ensino o direito à aposentadoria especial do magistério.



A aposentadoria especial para professores, redutor de tempo de contribuição e idade neste caso, está prevista no artigo 40, § 5º, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/98:

“§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, a, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.”

Durante certo período entendeu-se que somente o tempo efetivo em sala de aula possibilitaria a aposentadoria tida como especial.

A Lei nº 11.301/06, por seu turno, deu nova redação ao artigo 67 da Lei nº 9.394/96 e consignou que o exercício das funções de “direção de unidade escolar” e “coordenação e assessoramento pedagógico” devem ser consideradas como função de magistério.

Desta forma, o § 2º do artigo 67 da Lei nº 9.394/96 passou a ter a seguinte redação:

“Art. 67...

§ 2º - Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, **as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.**”

No julgamento da ADIN 3772/DF<sup>1</sup>, em que se afirmava que seria inconstitucional o referido dispositivo, restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal que o exercício das atividades de direção de unidade escolar e coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que o exercício seja em estabelecimento de ensino básico e por professor de carreira.

Com a decisão do STF, a doutrina entendeu que restou superada o enunciado de súmula nº 76 (“para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”)

Sendo assim, como deve ser de conhecimento dos colegas atuando no Contencioso Geral, algumas ações foram ajuizadas contra a Fazenda pública para que os professores readaptados tivessem direito à aposentadoria especial.

O argumento autoral é que a função do magistério não circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, podendo professores readaptados em funções ligadas diretamente ao ensino e educação preservarem o direito à aposentadoria especial.

Agora, com a edição da lei, acredita-se que haverá declínio das ações do tipo, sendo resolvido no âmbito administrativo diante do reconhecimento do direito subjetivo.

## **2) CÂMARA DO TJSC DECIDE QUE ESTADO NÃO É RESPONSÁVEL POR PRESIDÁRIO QUE COMETE SUICÍDIO EM CELA INDIVIDUAL**

Diferentemente da jurisprudência anterior, a 4ª Câmara do TJ/SC decidiu que os familiares de preso que cometeu suicídio em cela individual não possui direito à indenização.

Os autores, viúva e filho do detento, sustentaram ter havido negligência por parte do ente público, na medida em que seus agentes deixaram de exercer a vigilância necessária para evitar o ocorrido. Segundo eles, é da responsabilidade do

---

1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal. III Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra

Estado a garantia da vida e da integridade física daqueles que estão sob sua custódia.

Frise que julgados anteriores, inclusive do Tribunal de Justiça de São Paulo, entendem que o suicídio do preso não exclui a responsabilidade civil do Estado, devendo este indenizar se ficar comprovado que houve omissão quanto ao dever de custódia.



Porém, o relator entendeu que não houve negligência por parte dos policiais militares e dos agentes penitenciários de plantão na data do ocorrido, assim como da direção do presídio. Isso porque, como entendeu, a vítima foi mantida em cela isolada dos demais presos para sua integridade física, sem qualquer sinal de luta ou violência.

O processo transcorreu em segredo de justiça<sup>2</sup>.

### 3) PRESIDENTE DO STF SUSPENDE RESOLUÇÃO DA ANS QUE AUMENTA COPARTICIPAÇÃO DOS SEGURADOS

A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia, suspendeu resolução da Agência Nacional de Saúde (ANS) segundo a qual pacientes poderiam pagar até 40% do valor de consultas e exames no modelo de coparticipação, conforme decisão no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 532.



Segundo a ministra, normas editadas pelos órgãos e entidades administrativas não podem inovar a ordem jurídica, ressalva feita à expressa autorização constitucional, e não com o objetivo de restringir direitos fundamentais.

Cármen Lúcia afirmou que a resolução da ANS tem impacto de maneira negativa milhões de usuários de planos de saúde, “muitos deles em estado de vulnerabilidade e inegável hipossuficiência”. Ela assinala, ainda, que a norma passou a vigorar sem que antes tivesse sido discutida no Congresso Nacional – e que o Supremo tem jurisprudência no sentido de resguardar a defesa do direito fundamental à saúde.

Destaca-se que antes resolução, não havia a definição de um percentual máximo para a coparticipação em cada atendimento. O texto da nova resolução previa que todas as cobranças com franquia e coparticipação estivessem sujeitas

<sup>2</sup> Informações: [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br) TJ/SC

a um valor máximo por ano. Esse limite poderá ser aumentado em 50% no caso de planos coletivos empresariais. (Fonte: valor e conjur)

#### **4) RELIGIÃO NÃO JUSTIFICA TROCA DE HORÁRIO NA FACULDADE, DECIDE O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 40 REGIÃO**

Estudante pertencente à Igreja Adventista, que não permite que sejam realizadas atividades entre o pôr do sol de sexta-feira ao mesmo período no sábado, impetrou mandado de segurança para mudar de turno ou ter faltas abonadas.



Suscitando a liberdade de crença, com esteio constitucional, a aluna de Odontologia solicitou para assistir às aulas do último dia útil da semana em outro horário preexistente no cronograma da faculdade ou o respectivo abono, o que não foi aceito pelo juiz de primeiro grau.

Em grau de recurso, o relator do processo, ratificando a decisão a quo, justificou que a liberdade religiosa, assegurada pela Constituição Federal, não obriga o Estado brasileiro, que é laico, a se subordinar aos preceitos de qualquer religião.

Nesse sentido o voto do relator:

“Qualquer cidadão pode professar livremente qualquer religião. A Constituição Federal e o Estado lhe garantem livremente o exercício deste direito. Quando o cidadão, porém, lida com assuntos terrenos, às regras próprias deve amoldar-se, e não o contrário. E nisso não há qualquer ofensa à liberdade religiosa”

O voto foi acolhido por unanimidade pelos demais membros da turma do TRF4º, conforme se vê nos autos (5049307-30.2017.4.04.7100).

**EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA TURMA ESPECIAL DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PROCESSO ELETRÔNICO NA ORIGEM: 1007158-18.2016.8.26.0297**

**RECLAMANTE: ESTADO DE SÃO PAULO**

**RECLAMADO: 2ª TURMA CÍVEL E CRIMINAL DO COLÉGIO RECURSAL DE JALES**

**INTERESSADO: VALDIR APARECIDO DOS SANTOS**

O **ESTADO DE SÃO PAULO**, pessoa jurídica de direito público interno, portador do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica 71.584.833/0002-76, com endereço na Rua Siqueira Campos, 3.105, 1ª e 2ª Sobrelojas, Centro, CEP 15.010-040, no Município de São José do Rio Preto, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 985, parágrafo 1º, e 988, inciso IV, do Código de Processo Civil, apresentar **RECLAMAÇÃO** contra o acórdão proferido no processo 1007158-18.2016.8.26.0297, pela 2ª **TURMA CÍVEL E CRIMINAL DO COLÉGIO RECURSAL DE JALES**, com endereço na Rua 15, 2.210, Centro, CEP 15.700-038, no Município de Jales, de relatoria do excelentíssimo Juiz de Direito **RAFAEL SALOMÃO OLIVEIRA**, que possui como interessado o autor da ação de origem **VALDIR APARECIDO DOS SANTOS**, brasileiro, divorciado, Policial Militar, portador da Cédula de Identidade 20.269.873 (SSP-SP) e do Cadastro de Pessoa Física 098.329.578-69, com endereço na Rua 5, 2.027, Centro, CEP 15.700-010, no Município de Jales, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

## **1. DOS FATOS**

Trata-se de ação na qual o autor requereu a condenação da Fazenda Pública a incorporar, após a edição da Lei Complementar Estadual 1.197/2013, 100% do adicional de local de exercício no salário-base, sustentando que houve ilegalidade da Fazenda Pública ao incorporar o adicional de local de exercício nos vencimentos do servidor público, na proporção de 50% no salário-base e 50% na gratificação pelo regime especial do trabalho policial (**documento 1**).

A Fazenda Pública recebeu a citação (**documento 2**), instruída com a senha do processo eletrônico (**documento 3**), e ofertou contestação, defendendo a tese



de que a incorporação do adicional de local de exercício nos vencimentos do servidor público, na proporção de 50% no salário-base e 50% na gratificação pelo regime especial do trabalho policial, estava de acordo com a determinação da Lei Complementar Estadual 1.197/2013, pleiteando, desse modo, a improcedência do pedido formulado na ação (**documento 4**).

Em primeira instância, foi proferida sentença julgando procedente o pedido formulado na ação, para condenar a Fazenda Pública a incorporar, após a edição da Lei Complementar Estadual 1.197/2013, 100% do adicional de local de exercício no salário-base (**documento 5**).

Em face da sentença, a Fazenda Pública interpôs recurso inominado, requerendo a reforma da decisão para que fosse reconhecida a legalidade da incorporação do adicional de local de exercício nos vencimentos do servidor público, na proporção de 50% no salário-base e 50% na gratificação pelo regime especial do trabalho policial (**documento 6**).

No entanto, a 2ª Turma Cível e Criminal do Colégio Recursal de Jales negou provimento ao recurso inominado, julgando procedente o pedido formulado na ação para condenar a Fazenda Pública a incorporar, após a edição da Lei Complementar Estadual 1.197/2013, 100% do adicional de local de exercício no salário-base do servidor público (**documento 7**).

Destarte, a Fazenda Pública apresentou pedido de uniformização de interpretação de lei à Turma de Uniformização dos Juizados Especiais do Estado de São Paulo, requerendo a reforma do acórdão proferido pela 2ª Turma Cível e Criminal do Colégio Recursal de Jales (**documento 8**).

Por sua vez, a Turma de Uniformização dos Juizados Especiais do Estado de São Paulo, por ter fixado a tese jurídica, no julgamento do pedido de uniformização de interpretação de lei 0000050-90.2015.8.26.9058, de que após a edição da Lei Complementar Estadual 1.197/2013, o adicional de local de exercício incorpora os vencimentos do servidor público, na proporção de 50% no salário-base e 50% na gratificação pelo regime especial do trabalho policial, ao receber o pedido de uniformização de interpretação de lei interposto pela Fazenda Pública, determinou o retorno dos autos à 2ª Turma Cível e Criminal do Colégio Recursal de Jales, para a realização do juízo de retratação (**documento 9**).

Porém, a 2ª Turma Cível e Criminal do Colégio Recursal de Jales proferiu acórdão negando a retratação e mantendo a condenação da Fazenda Pública a incorporar, após a edição da Lei Complementar Estadual 1.197/2013, 100% do adicional de local de exercício no salário-base do servidor público (**documento 10**), cujo acórdão foi disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico em 16.10.2017 (**documento 11**).

Ocorre que o acórdão reclamado deve ser cassado. É o que se passa a demonstrar.

## 2. DO DIREITO

O acórdão reclamado condenou a Fazenda Pública a incorporar, após a edição da Lei Complementar Estadual 1.197/2013, 100% do adicional de local de exercício no salário-base do servidor público, sustentando a ilegalidade da Fazenda Pública ao incorporar o adicional de local de exercício nos vencimentos do servidor público, na proporção de 50% no salário-base e 50% na gratificação pelo regime especial do trabalho policial.

Contudo, o acórdão reclamado afrontou a tese jurídica da Turma Especial de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas 2151535-83.2016.8.26.0000, cujo acórdão transitou em julgado em 01.09.2017, segundo a qual após a edição da Lei Complementar Estadual 1.197/2013, o adicional de local de exercício incorpora os vencimentos do servidor público, respeitada a proporção de 50% no salário-base e 50% na gratificação pelo regime especial do trabalho policial (**documento 12**):

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR - ALE - Pretensão de incorporação de 100% sobre o salário-base - LC nº 1.197/2013. Tese firmada - Gratificação que se incorpora aos vencimentos, cujo conceito abrange o próprio salário-base e as demais vantagens pessoais percebidas - **50% do valor do Adicional Local de Exercício incorporado ao salário base, e os outros 50% absorvidos pelo Regime Especial de Trabalho Policial**. Aplicação ao caso concreto: Sentença de improcedência mantida - Recurso desprovido. (TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: 2151535-83.2016.8.26.0000; Relator (a): Moreira de Carvalho; Órgão Julgador: Turma Especial - Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30.06.2017; Data de Registro: 04.07.2017) (g.n.)

Nos termos do artigo 985, incisos I e II, e parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, a tese jurídica firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, **inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais** do respectivo Estado ou região e aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, sendo que a não observância da tese caberá reclamação.

Nessa toada, o artigo 988, inciso IV, do Código de Processo Civil estabelece o cabimento de reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas.

Desse modo, o acórdão reclamado, ao condenar a Fazenda Pública a incorporar, após a edição da Lei Complementar Estadual 1.197/2013, 100% do adicional de local de exercício no salário-base do servidor público, violou a tese jurídica da Turma Especial de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de

São Paulo, firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas 2151535-83.2016.8.26.0000, segundo a qual após a edição da Lei Complementar Estadual 1.197/2013, o adicional de local de exercício incorpora os vencimentos do servidor público, respeitada a proporção de 50% no salário-base e 50% na gratificação pelo regime especial do trabalho policial, o que impõe a cassação do acórdão reclamado, para que seja aplicada a tese jurídica da Turma Especial de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pacificada no incidente de resolução de demandas repetitivas 2151535-83.2016.8.26.0000.

### 3. DO PEDIDO

Diante do exposto, a Fazenda Pública requer o conhecimento da reclamação, a fim de que:

- sejam requisitadas informações à 2ª Turma Cível e Criminal do Colégio Recursal de Jales, na pessoa do excelentíssimo Juiz de Direito;

Relator do acórdão reclamado Rafael Salomão Oliveira, para que sejam prestadas no prazo de 10 dias (artigo 989, inciso I, do Código de Processo Civil);

- seja suspenso o processo de origem, evitando-se que seja causado dano irreparável à Fazenda Pública (artigo 989, inciso II, do Código de Processo Civil);

- seja citado o beneficiário do acórdão reclamado para, querendo, apresentar contestação à reclamação, no prazo de 15 dias (artigo 989, inciso III, do Código de Processo Civil);

- seja intimado o Ministério Público (artigo 991 do Código de Processo Civil);

- seja julgada procedente a reclamação, cassando-se o acórdão reclamado e determinando-se a observância da tese jurídica da Turma Especial de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas 2151535-83.2016.8.26.0000, segundo a qual após a edição da Lei Complementar Estadual 1.197/2013, o adicional de local de exercício incorpora os vencimentos do servidor público, respeitada a proporção de 50% no salário-base e 50% na gratificação pelo regime especial do trabalho policial, com a consequente improcedência do pedido formulado na ação de origem (artigos 992 e 993 do Código de Processo Civil);

- provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos.

Dá-se à causa o valor de R\$ 937,00.

Termos em que pede deferimento.

São José do Rio Preto, 17 de outubro de 2017.

**Marcelo Bianchi**

Procurador do Estado OAB/SP Nº 274.673

**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO****DESPACHO****Reclamação Processo nº 2202043-96.2017.8.26.0000****Relator(a): CARLOS EDUARDO PACHI****Órgão Julgador: TURMA ESPECIAL - PUBLICO**

Vistos, etc.

Trata-se de Reclamação apresentada pelo ESTADO DE SÃO PAULO contra V. Acórdão de fls. 82/84, proferido pela 2ª TURMA CÍVEL E CRIMINAL DO COLÉGIO RECURSAL DE JALES, que negou provimento ao seu recurso inominado, sendo confirmado pelo V. Acórdão, em juízo de retratação, de fls. 97/99, julgado em 06.10.2017.

Sustenta que a 2ª Turma Cível e Criminal do Colégio Recursal de Jales afrontou tese jurídica da Turma Especial de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2151535-83.2016.8.26.0000, julgada em 30.06.2017 e transitada aos 01.09.2017, no tocante à incorporação do adicional de local de exercício na proporção de 50% no salário-base e 50% na gratificação pelo regime especial do trabalho policial. Aduz que a tese jurídica firmada no IRDR deve ser aplicada aos processos que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (fls. 01/09).

Há pedido de suspensão do processo de origem.

Da leitura do artigo 989, inciso II, do CPC, cumulado com o artigo 198, do Regimento Interno desta Corte, verifica-se que é facultado ao Relator suspender o ato impugnado.

E no caso dos autos se evidencia a possibilidade de dano irreparável à Fazenda Pública, tendo em vista o trânsito em julgado do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2151535-83.2016.8.26.0000 e o disposto no artigo 985, do Código de Processo Civil.

Defiro, assim, o pedido de suspensão do processo de origem.

Requisitem-se informações da Reclamada, nos termos do artigo 989, inciso I, do CPC.

Cite-se o beneficiário da decisão impugnada para apresentação de contestação no prazo de 15 (quinze) dias (art. 989, III, CPC).

Após, à PGJ e tornem conclusos.

Int.

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

**Carlos Eduardo Pachi Relator**

Relator

**EXCELENTÍSSIMO JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA JUDICIAL DA COMARCA DE JALES-SP****PROCESSO N. 1002888-48.2016.8.26.0297****REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO****REQUERIDO: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

O **ESTADO DE SÃO PAULO**, através de seu representante legal, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, oferecer **CONTESTAÇÃO**, de acordo com os fundamentos expostos a seguir:

**1. INTRODUÇÃO**

Trata-se de ação na qual o Ministério Público do Estado de São Paulo requer a condenação do Estado de São Paulo à contratação de policiais civis aos municípios pertencentes à Comarca de Jales-SP.

Entretanto, a pretensão ministerial não merece guarida, conforme se passa a demonstrar.

**2. DO MÉRITO**

Inicialmente, cumpre esclarecer que a Resolução da Secretaria de Estado da Segurança Pública n. 105/2013 foi integralmente revogada pela Resolução da Secretaria de Estado da Segurança Pública n. 50/2016.

Portanto, a resolução invocada pelo autor não traduz parâmetro para delimitar o número de servidores públicos, já que, além de desatualizada, não produz efeitos jurídicos.

Conclui-se, assim, que a demanda se funda em norma legal inócua e que não existe mais no ordenamento jurídico, o que implica, necessariamente, o descompasso do fundamento contido na pretensão do autor com o ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, a pretensão do autor significa inadmissível interferência na seara privativa do Poder Executivo, com violação ao princípio da separação dos Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição da República, disto decorrendo risco de grave lesão à ordem pública.

Nas palavras do Secretário de Estado da Segurança Pública, a pretensão do autor tende a um verdadeiro esvaziamento das atividades administrativas pró-

prias daquela pasta, mercê da impossibilidade desta vir a gerir, técnica e convenientemente, os seus quadros de recursos humanos, com potencial para acarretar, ainda, grave lesão à economia e segurança públicas:

Em suma, Senhor Procurador Geral, assegura-se que a decisão liminar do juízo importa, primeiro, em gravíssima lesão à ordem econômica do Estado de São Paulo, assim pela impossibilidade manifesta do implemento da condição exigida no tempo determinado, com conseqüente incidência da multa estipulada, bem como, por outro lado, no prejuízo econômico a ser suportado pela Administração com o eventual remanejamento interno de funcionários para satisfazer a determinação; em segundo lugar, gravíssima lesão à ordem pública, pela implantação da cizânia nos desígnios da Administração da pasta da Segurança Pública, com subversão da sua ordem interna e desprezo ao seu planejamento estratégico e logístico, promovido ao longo de gestão que tem se mostrado de resultados alvissareiros na redução dos índices de criminalidade; em terceiro lugar, pelo risco de disseminação dessa iniciativa por outras localidades, tendo como pano de fundo a falsa e simplista concepção de que a insegurança é inerente à defasagem nos cargos policiais, algo que ocasionaria verdadeiro esvaziamento das atividades desta pasta da Segurança Pública, mercê da sua impossibilidade de gerir técnica e convenientemente os seus próprios quadros.

Na Suspensão de Liminar n. 118.231.0/0-00, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deferiu pedido de suspensão de liminar ao reconhecer a existência de grave lesão em situação muito similar à relatada no presente feito, com base nos seguintes fundamentos:

E, com efeito, a deliberação combatida, malgrado bem intencionada, afeta muito de perto a ordem administrativa na exata medida em que impõe alocação de policiais, sem a exata dimensão do eventual comprometimento, acaso maior, do mesmo serviço essencial em outras localidades.

Ou se se cogitar de novos profissionais, da mesma forma é preciso concurso, que se realiza no limite das restrições com despesas de pessoal, nesse ponto em risco, também, a economia pública.

Igualmente, no Pedido de Suspensão de Liminar n. 0078849-06.2011.8.26.0000, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também reconheceu os requisitos legais aptos a ensejar a suspensão de liminar que determinava, na comarca de Serra Negra-SP, o aumento de efetivo de policiais. Segue o excerto da decisão:

A determinação contida na r. decisão, para alocação de servidores, sob pena de multa diária, obrigará o remanejamento de funcionários ou a aprovação em concurso público, consistindo em grave ameaça de lesão, à

ordem administrativa, por interferir diretamente no planejamento estratégico e logístico da Secretaria de Segurança Pública; à segurança, uma vez que outra localidade poderá ficar desguarnecida e de dano à ordem econômica, pela imposição de multa, diante da impossibilidade da contratação regular de servidores, mediante concurso, e de treinamento específico, no prazo fixado. É assente perante o Supremo Tribunal Federal que as restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes (ADI 4102 REF-MC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2010, DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010). Justifica-se, assim, a necessidade da intervenção desta Presidência, de forma a suspender a decisão.

De fato, é inquestionável que cabe, exclusivamente, ao Estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Estado da Segurança Pública, a fixação da complexa política de segurança pública, com planejamento estratégico traçado ao longo do período de gestão. Esta atividade, como não poderia deixar de ser, traz insita a distribuição e alocação dos recursos humanos nesta área.

Ao estabelecer a referida política de segurança pública abrangente para todo o Estado de São Paulo, e ao distribuir os recursos humanos entre as diversas localidades (quer no tocante ao policiamento ostensivo e repressivo desempenhado pela Polícia Militar, quer quanto à Polícia Judiciária, de incumbência dos órgãos da Polícia Civil), são levados em conta critérios técnicos, tais como a distribuição demográfica e os índices de criminalidade.

Com relação à Comarca de Jales-SP, cumpre destacar que inexistiu omissão estatal e não foi detectada situação de anormalidade, nada amparando medida tão extremada como pretende o autor.

A Administração Pública estadual tem procurado preencher os quadros de servidores públicos, e essa preocupação não é diferente no âmbito da Polícia Civil e Polícia Militar.

Contudo, não há policiais prontos no mercado de trabalho para serem contratados.

Tais profissionais, como cediço, exigem seleção rigorosa e formação específica, algo que o autor parece ter preferido se apartar, já que requer o aumento do contingente de policiais, sob pena de elevada multa diária, em curto espaço de tempo, fato que, por si só, é inexecutável do ponto de vista material e apto a gerar grave lesão à economia pública.

O acolhimento da pretensão do autor resultaria na imposição ao administrador público de, abruptamente, remanejar policiais que atuam em outras localidades



(quicá com maiores índices de criminalidade), as quais, correriam, então, risco de ficarem desguarnecidas, com inevitável desorganização administrativa e grave comprometimento dos serviços de segurança pública prestados em prol dos cidadãos.

A criação de cargos públicos depende de lei, de orçamento que os preveja, de submissão aos ditames da lei de responsabilidade fiscal, de provimento mediante concurso público e, no caso das carreiras policiais, também de curso especializado para a devida formação.

Entre a publicação de editais de concurso público, convocação, realização de provas de seleção, publicação de lista de aprovados, nomeação e cursos específicos de treinamento, numa e noutra das instituições policiais, demanda-se, em geral, o interregno médio de um a dois anos.

Como em qualquer concurso público, há de se ter presente que nem sempre é possível o preenchimento do número de vagas abertas, tendo em vista o percentual variável de aproveitamento dos candidatos. Esta é uma realidade que não é exclusiva dos concursos das carreiras policiais, sendo de todos sabido que há concursos no âmbito da União, Estados e Municípios, bem como do próprio Poder Judiciário e Ministério Público, nos quais não há aprovados em número suficiente para o preenchimento de todas as vagas.

O Estado, muito longe da propalada omissão invocada na petição inicial, e dentro dos limites impostos pela lei orçamentária, tem feito permanentes esforços para aprimorar a prestação dos serviços de segurança pública e ampliar os quadros policiais.

O combate à criminalidade é uma prioridade permanente do Estado e assim deve ser sempre considerado, mas não constitui fator que possa ser tratado isoladamente neste ou naquele município.

A interferência que o autor quer estabelecer em prol da Comarca de Jales-SP, em detrimento dos mais de 640 municípios do Estado de São Paulo, pode estabelecer um inadmissível precedente na medida em que pretende substituir os critérios do Poder Executivo numa função que é privativa deste.

À propósito do tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por intermédio da 5ª Câmara de Direito Público, em julgamento ocorrido em agosto de 2015, na Apelação n. 0001444-24.2013.8.26.0322, relatado pelo Desembargador Marcelo Berthe, bem demonstra o equívoco deste tipo de ingerência, ao confirmar sentença de improcedência de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, pleiteando o aumento do efetivo policial na Comarca de Lins-SP:

Não cabe ao Poder Judiciário impor ao Poder Executivo a prática de políticas públicas, sob pena de intromissão indevida na discricionariedade

administrativa, no princípio da legalidade e na independência dos entes federativos.

A recomposição dos quadros policiais civis e o preenchimento de cargos específicos, pretendidos com a presente ação, são da competência do Poder Executivo, que deverá estabelecer as diretrizes de oportunidade e conveniência, com prévia dotação orçamentária.

Especificamente sobre a questão da segurança pública e a determinação de medidas judiciais para realizar atos de administração, também o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná deixou assentado em ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE DIFUSO. SEGURANÇA PÚBLICA. DEVER DO ESTADO. CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA DE MUNICÍPIO SEDE DE COMARCA OCUPADO POR PESSOA LEIGA. COMPROMETIMENTO ÀS FUNÇÕES DA POLÍCIA JUDICIÁRIA. INADMISSIBILIDADE. CARÊNCIA DO EFETIVO DO DESTACAMENTO POLICIAL MILITAR. MILICIANO DESTACADO PARA SERVIR DE GUARDA BANCÁRIO. NECESSIDADE DE REINTEGRAÇÃO ÀS FUNÇÕES POLICIAIS MILITARES. PRETENSÃO DO AUTOR DA AÇÃO EM AUMENTAR OS EFETIVOS DO DESTACAMENTO E ASSEGURAR FORNECIMENTO DE ARMAS, MUNIÇÕES E DE RÁDIOCOMUNICAÇÃO. INTERVENÇÃO, PORÉM, NAS ATRIBUIÇÕES DISCRICIONÁRIAS DO PODER EXECUTIVO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO E SENTENÇA REFORMADA EM PARTE, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. I - Para exercer o poder de polícia, deve o funcionário estar investido de autoridade, do poder de mando, que implica o exercício de coerção sobre pessoas e coisas, razão pela qual o cargo de delegado de polícia, sobretudo em sede de comarca, deve ser provido por bacharel em direito, integrante da carreira mediante nomeação, após aprovação em concurso público. II - Não cabe à polícia militar destacar milicianos para prestar serviços de guarda bancário, “maxime” em face da insuficiência de elementos no destacamento local, o que já compromete o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. III - O Estado do Paraná está com falta de pessoal em todas as áreas, inclusive segurança pública, por falta de reposição, em face de haver extrapolado o limite de gastos com o funcionalismo público. Os quadros da polícia militar não foram ampliados, desde a Lei Estadual n. 7.047/78 e o seu regulamento Dec. nº 6.466/79. Além disto, apesar das inúmeras vagas, não há concursos públicos desde 1997. Cabe ao Estado assim o dever de administrar a escassez de recursos humanos. O deslocamento de soldados, para suprir a insuficiência de destacamentos, viria desfalcar outras unidades. IV - Na tutela dos interesses difusos, forma de participação comunitária na gestão da coisa pública, embora a intervenção jurisdicional seja fundamental, não pode provocar uma hipertrofia do Poder Judiciário, causando perturbação na harmonia e independência entre os três poderes. Deve ser feita com cautela, para não invadir a seara de outros

poderes, como a relacionada com prioridades na organização policial-militar. (TJPR, APELAÇÃO CÍVEL, ACÓRDÃO 16937, RELATOR: JUIZ MUNIR KARAM, COMARCA: ICARAIMA, VARA ÚNICA, ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, PUBLICAÇÃO: 07.02.2000)

E ainda vale citar decisão que concedeu efeito suspensivo ao agravo de instrumento fazendário, interposto contra decisão concessiva de tutela provisória, relativa à Comarca de Jacareí-SP (Agravo de Instrumento n. 2070728-76.2016.8.26.0000, julgado em 12.04.2016):

(...) é de se obterem que a imediata determinação de reserva de candidatos recém-aprovados em concurso público para a localidade, com a vedação de designação de policiais para reforço da segurança em cidades do litoral norte (Operação Verão), poderia desequilibrar a gestão de recursos humanos da Polícia, alterando o efetivo policial em todo o Vale do Paraíba, prejudicando o policiamento ostensivo e as ações táticas em todo o Estado de São Paulo.

Cumprе destacar o notório potencial efeito multiplicador da pretensão do autor de aumentar o efetivo de policiais em determinada localidade, haja vista que este precedente poderá servir como precursor de idênticas iniciativas em outras localidades, o que colocará, por terra, todo o planejamento do ente estatal, gerando (sem receio de exagero) risco de instalar-se completa desorganização na área da segurança pública.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Civil Pública. Inconformismo da Fazenda Pública, ora agravante, com o deferimento do pedido liminar pelo MM. Juiz “a quo” para o realocamento de Policiais Civis, às Delegacias do Município de Leme, distribuídos nos termos da Resolução SSP 105/2013. Possibilidade. Ato típico do Poder Executivo, caracterizado pela discricionariedade. Ingerência do Poder Judiciário que contraria o princípio da independência e harmonia entre os Poderes. Decisão Reformada. Recurso Provido. (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2108714-64.2016.8.26.0000, Relator(a): Maurício Fiorito, Comarca: Leme, Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 23.08.2016, Data de registro: 23.08.2016)

Outrossim, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao suspender, em sede de agravo de instrumento, a tutela provisória deferida por este Juízo, expôs que a pretensão do autor, qual seja, a recomposição do efetivo policial nos municípios da Comarca de Jales-SP, envolve competência privativa do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir nesta seara, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes (artigo 2º da Constituição da República).

Por tudo exposto, no mérito, a Fazenda Pública requer a improcedência do pedido.

### 3. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Não cabe ao Ministério Público o recebimento de honorários advocatícios sucumbenciais quando for vencedor em ação por ele proposta.

É o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. AUTOR E VENCEDOR. 1.

Na ação civil pública movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85. 2. Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet. 3. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. Precedentes. 4. Embargos de divergência providos. (STJ, EREsp 895.530/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26.08.2009, DJe 18.12.2009)

### 4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Fazenda Pública requer:

- no mérito, a improcedência do pedido;
- subsidiariamente, o acatamento da tese exposta na contestação relativa aos honorários advocatícios sucumbenciais;
- provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos.

São José do Rio Preto, 30 de setembro de 2016.

**Marcelo Bianchi**

Procurador do Estado OAB/SP nº 274.673

**Registro: 2018.0000467638**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002888-48.2016.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO EST. DE SP, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), J. M. RIBEIRO DE PAULA E EDSON FERREIRA.

São Paulo, 20 de junho de 2018

**Oswaldo de Oliveira**

Relator

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 26900

COMARCA: JALES

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1002888-48.2016.8.26.0297

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

APELADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### APELAÇÃO CÍVEL

1. Ação civil pública – Obrigação de fazer consubstanciada na imposição ao Estado de São Paulo de realocar policiais civis para os Municípios da Comarca de Jales, no número mínimo recomendado na Resolução SSP-105, de 12/07/13 – Descabimento – Ato típico do Poder Executivo caracterizado pela discricionariedade – Poder Judiciário que não pode impor à administração pública a prática de políticas públicas, pena de violação ao princípio constituição da separação e tripartição dos poderes – Inexistência de omissão administrativa e/ou violação evidente e arbitrária de incumbência constitucional – Contratação de novos servidores que é confirmada no sítio eletrônico da Polícia Civil do Estado de São Paulo – Abertura de concursos públicos para o provimento de centenas de cargos vagos (300 vagas de Agente de Telecomunicações Policial – 3ª Classe; 400 vagas de Agente Policial – 3ª Classe; 250 vagas de Delegado de Polícia – 3ª Classe; 800 vagas de Escrivão de Polícia – 3ª Classe; 600 vagas de Investigador de Polícia – 3ª Classe; 140 vagas de Médico Legista, entre outros cargos) – Poder Judiciário que tem por papel tão somente o controle do ato administrativo, sob o aspecto da legalidade, competência, moralidade e observância aos princípios da eficiência e razoabilidade, respeitando-se os limites da discricionariedade da administração pública – Precedentes jurisprudenciais Improcedência da ação - Manutenção da sentença.

### 2. Recurso não provido

Trata-se de **apelação cível** interposta contra a sentença de fls. 363/370 cujo relatório se adota, que  *julgou improcedentes os pedidos*.

O *Ministério Público apelou* (fls. 378/399), alegando, em síntese, que em matéria de defesa de direitos fundamentais, quando se objetiva regularizar serviço público coletivo essencial, inexistente espaço para a alegação de que a imposição judicial de obrigação de fazer viola a independência dos poderes. No Estado Democrático de Direito, eventuais excessos ou omissões dos Poderes Executivo e Legislativo podem e devem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário. Tratando-se de política pública referente à prestação de serviço de relevância pública, há de se

limitar a discricionariedade estatal, uma vez que a conveniência e a oportunidade não convivem com a desproporcionalidade. Os pedidos não representam ofensa ao mérito do ato administrativo. A instituição da Polícia Civil em Jales encontra-se abandonada e funcionalmente desprovida de recursos humanos necessários à prestação adequada e eficiente de serviços à comunidade local, inviabilizando o exercício de sua atividade-fim: a investigação de infrações penais e de atos infracionais. O Estado do São Paulo encontra-se omissa em cumprir com a sua obrigação constitucional de garantir segurança pública. Em razão da escassez de recursos humanos, a qualidade das investigações impede a aplicação de sanções e, em alguns casos, até mesmo a oitiva das testemunhas e/ou vítimas. A inércia do Estado tem implicado até mesmo em problemático acompanhamento de medidas cautelares (artigo 319 do Código de Processo Penal) e execução de penas impostas a condenados.

Houve resposta (fls. 402/405).

Cota do *parquet* a fls. 465/470.

### **É o relatório.**

O recurso não comporta provimento.

A sentença deve ser mantida, respeitada a argumentação do ilustre representante do Ministério Público, a qual, porém, não é suficiente e apta para o acolhimento de sua pretensão inicial, consoante as razões já expendidas à época do julgamento unânime por esta **C. Câmara do AI 2179759-31.2016.8.26.0000**, em 03/05/17 (fls. 443/449), interposto em face da decisão interlocutória que deferiu a tutela de urgência para determinar que a Fazenda Estadual apresentasse, no prazo de sessenta (60) dias, cronograma de providências necessárias para garantir à Polícia Civil dos Municípios da Comarca de Jales o número mínimo de Delegados de Polícia, Investigadores e demais servidores recomendados na Resolução SSP-105, de 12/07/13, pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) - (fls. 175).

É inconcusso que cabe ao Poder Judiciário agir com cautela ao ditar obrigações relativas ao planejamento do emprego de recursos materiais e humanos do Estado, tendo em vista que a criação de cargos públicos depende de lei, de previsão orçamentária e submissão aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal. Também não se olvide que a atividade policial requer, além de provimento de cargos mediante concurso público, curso especializado para a devida formação.

Já decidiu o E. STF – é bem verdade – no julgamento de **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**, sob a lavra do *eminente* **Ministro Celso de Mello**, que: “(...) A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido de maior gravidade

político-jurídica, eis que, mediante inércia, o poder público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (...) Em princípio, o Poder Judiciário não deve interferir em esfera reservada a outro poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais” (ADPF 45-MC/DF, j. 29/04/04).

Em outra ocasião, assentou o *E. Pretório Excelso* que: “(...) O acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, em situações excepcionais, determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. Precedentes. O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido” (AI 739151 AgR – Relatora: Ministra ROSA WEBER – Primeira Turma – recurso julgado em 27/05/2014).

Não se olvida, em acréscimo, que: “(...) O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço (...) É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes (...)” (RE 559646 AgR, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE – Segunda Turma – recurso julgado em 07/06/2011).

No mesmo sentido: “(...) Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro (...)” (RE 820910 AgR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, j. 26/08/2014).



Este *C. Tribunal de Justiça*, em precedente parelho, também decidiu nessa linha, ressaltando-se que: “(...) **Direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal (...)**” (AC 0005576-41.2009.8.26.0201 – Comarca de Garça – 13ª Câmara de Direito Público – Relator: Djalma Lofrano Filho – caso julgado em 05/08/15).

Porém, de outro lado, o mesmo *C. STF* já afirmou que: “(...) **As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, incluída a definição de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os poderes (...)**” (ADI 4102, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. 30/10/2014).

*In casu*, todavia, não se identifica omissão administrativa e/ou violação evidente e arbitrária de incumbência constitucional. Conforme bem observou a MM. Juíza *a quo* na sentença (vide fls. 369):

*“Por fim, faço constar os dados publicados no Estado de São Paulo e veiculados na intranet do E. TJSP, especificamente nas notícias do ‘Clipping’, referentes à posse de servidores públicos para a Polícia Civil. Assim, de acordo com o próprio governo estadual, em maio deste ano foram empossados 922 novos agentes para a Polícia Civil (74 delegados, 321 investigadores, 527 escrivães e 118 peritos e médicos legistas para a Polícia Técnico-Científica)”.*

*“Ainda segundo a notícia, referidos cargos só foram ocupados após quatro meses de treinamento, o que evidencia a importância e necessidade de seleção rigorosa e formação específica para o preenchimento destas vagas”.*

A contratação de novos servidores, aliás, é confirmada no sítio eletrônico da Polícia Civil do Estado de São Paulo ([www.policiacivil.sp.gov.br](http://www.policiacivil.sp.gov.br)), que divulgou a abertura de concursos públicos para o provimento de centenas de cargos (300 vagas de Agente de Telecomunicações Policial – 3ª Classe; 400 vagas de Agente Policial – 3ª Classe; 250 vagas de Delegado de Polícia – 3ª Classe; 800 vagas de Escrivão de Polícia – 3ª Classe; 600 vagas de Investigador de Polícia – 3ª Classe; 140 vagas de Médico Legista, dentre outros).

Efetivamente, a interferência do Poder Judiciário só é cabível em situação excepcionalíssima, inexistente na hipótese dos autos, a despeito da tese de defesa do Ministério Público, cujo tema envolve interesse relevante consubstanciado na tutela da segurança pública.

A propósito, novamente é oportuna a lembrança das palavras do eminente *Desembargador Evaristo dos Santos*, da *E. 6ª Câmara de Direito Público*, ao julgar caso parelho: “(...) **Não se pactua com a desídia administrativa em pres-**

tar serviços essenciais à população, máxime se notoriamente necessitados, mas não pode o Judiciário compelir entidade pública a tal providência, por se tratar de ato típico do Poder Executivo, caracterizado pela discricionariedade. Cabe a ele '(...) o direito e o dever de fixar as prioridades de sua administração, dentro da previsão orçamentária (...)' (AI 994.03.040957-3 - v.u. - j. de 03.11.03 - Rel. Des. Oliveira Santos). Alterar-se-ia, simplesmente, o titular da discricionariedade, assumindo o Ministério Público, com o aval do Judiciário, a posição de quem define quais as prioridades da administração pública, o não admissível (...)" (AI 0395266- 92.2010.8.26.0000 - j. 08/11/10).

Portanto, não cabe ao Poder Judiciário impor a prática de políticas públicas ao Poder Executivo, que detém a competência para estabelecer diretrizes, conforme oportunidade e conveniência, no que tange a contratação de pessoal para o preenchimento de cargos e funções específicas e de reestruturação da polícia local. Ao Poder Judiciário, de sua parte, cabe tão somente controlar o ato administrativo, sob o aspecto da legalidade, competência, moralidade e observância aos princípios da eficiência e razoabilidade, respeitando-se os limites da discricionariedade da administração pública.

Nesse particular, seguem alguns precedentes deste **E. Tribunal de Justiça**, compartilhando do entendimento acima esposado:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação Civil Pública - Inconformismo da Fazenda Pública, ora agravante, com o deferimento do pedido liminar pelo MM. Juiz 'a quo' para o realocamento de Policiais Civis, às Delegacias do Município de Leme, distribuídos nos termos da Resolução SSP 105/2013 - Possibilidade - Ato típico do Poder Executivo, caracterizado pela discricionariedade - Ingerência do Poder Judiciário que contraria o princípio da independência e harmonia entre os Poderes - Decisão Reformada - Recurso Provido.*

**(AI 2108714-64.2016.8.26.0000 Comarca de Leme - Relator: Maurício Fiorito - 3ª Câmara de Direito Público - julgado em 23/08/16);**

*RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECOMPOSIÇÃO DO QUADRO DE POLICIAIS CIVIS NO ÂMBITO DA COMARCA DE LINS, A FIM DE QUE SEJA IMPLEMENTADO PLENO ATENDIMENTO NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA. 1. Afastada a impossibilidade jurídica do pedido porque este não se limita à pretensão de hipótese inexistente na ordem jurídica, mas perfeitamente possível e válida. 2. Teoria da Causa Madura. Inteligência do disposto no § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil. 3. Poder Judiciário que não pode impor ao Poder Executivo a prática de políticas públicas, mas tão somente controlar o ato sob o aspecto da legalidade, salvo em hipótese excepcionalíssima, o que não ocorre. Observância dos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal e das diretrizes de conveniência e oportunidade na contratação de servidores públicos. Precedentes. Sentença reformada para*

*afastar a impossibilidade jurídica do pedido e julgar a ação improcedente. Recurso desprovido.*

**(AC 0001444-24.2013.8.26.0322 - Relator: Marcelo Berthe - 5ª Câmara de Direito Público - j. 10/08/15);**

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Interesse de agir do Ministério Público para propor ação que se destina à defesa de direitos individuais indisponíveis, qual seja, dentre outros, o direito à segurança pública - Artigos 127 e 129, incisos II e III, da CF - Pretensão de que a Ré se abstenha de fechar ou interromper o funcionamento de qualquer Distrito Policial ou Unidade Policial subordinada à Delegacia Seccional de Polícia de Americana, sob qualquer pretexto, e a condenação em obrigação de fazer consistente no provimento dos cargos públicos que faltam para completar o quadro de efetivo das Delegacias de Polícia no âmbito da Delegacia Seccional de Polícia de Americana, segundo critérios estabelecidos na Resolução SSP 73/24.07.1991 (já revogada) - Inadmissibilidade - Não cabe ao Poder Judiciário impor ao Executivo a prática de políticas públicas - Observância aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal e aos aspectos da conveniência e oportunidade, que devem ser considerados na prática dos atos administrativos - Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido.*

**(AC 0010769-64.2010.8.26.0019 Relator: Carlos Eduardo Pachi - 6ª Câmara de Direito Público Comarca de Americana - j. 21/11/11).**

Enfim, preservado o entendimento em sentido contrário, não se avista incorreção da sentença, a qual fica mantida nesta sede revisora.

É o que se decide.

Posto isso, **nega-se provimento ao recurso.**

**Oswaldo de Oliveira**

Relator

**PROCESSO:** PROTOCOLADO - 029/2017

**INTERESSADO:** MITSUI&CO

**PARECER:** CJ/STM nº 64/2017

**EMENTA:** CONTRATO. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. Consulta formulada pela empresa “Mitsui & Co. Ltda.”, acionista indireta da Concessionária Move São Paulo, responsável pela construção e futura operação da Linha 6 – Laranja – do Metrô/SP, solicitando posicionamento do Poder Concedente a respeito de temas que julga relevantes para viabilizar o eventual ingresso de novo acionista na Concessionária. Fatos de conhecimento público, revelados em acordos de colaboração premiada de acionistas e executivos da Odebrecht S.A. Menção a pagamento de vantagens indevidas a ex-funcionário do Metrô/SP. Considerações. Reconhecimento de que o acordo de leniência e os correlatos acordos de colaboração foram entabulados em negociação una e indivisível, com benefícios de âmbito criminal às pessoas físicas, negociados nos acordos de colaboração premiada, e contrapartidas, nos âmbitos civil, administrativo e econômico, às pessoas jurídicas, negociadas no acordo de leniência. Competência de mais de um órgão administrativo, entre os diversos entes federativos, para celebrar acordos de leniência. Necessidade de identificação dos efeitos, sobre outros entes federativos ou terceiros colegitimados, de acordo de leniência celebrado sem a participação destes. Persistência da competência de todos os colegitimados para celebrarem acordos de leniência próprios, ainda que com as mesmas empresas e/ou relativos aos mesmos fatos, caso possuam qualquer espécie de discordância com relação ao procedimento adotado pelo Ministério Público Federal, às contrapartidas negociadas, à profundidade dos relatos obtidos, ou qualquer outra razão que torne útil ou conveniente a celebração de acordo distinto. Ausência de vinculação de terceiros aos termos e contrapartidas entabuladas em acordo de leniência do qual não participaram. Impossibilidade de utilização de provas ou depoimentos obtidos em acordo de leniência ou em acordos de colaboração celebrados por outrem sem respeitar as contrapartidas.

tidas negociadas, que viabilizaram a obtenção destas informações. Viabilização dos institutos que depende da boa-fé de todo o aparato estatal, construindo a relação de confiança necessária para estimular futuras colaborações, com os evidentes benefícios sociais e de persecução criminal. Primados de boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima. Consequências dos fatos relacionados ao Contrato de PPP da Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP. Compromisso assumido pelo Ministério Público Federal, no acordo de leniência celebrado com a Odebrecht S.A., de não buscar a anulação de qualquer contrato celebrado pela Colaboradora ou seu grupo econômico, não o fazendo por si e diligenciando para que outros não o façam. Impossibilidade de, com fundamento nos fatos revelados no acordo de leniência ou em fatos apurados tendo como origem estas revelações, ainda que em investigações próprias, o Estado de São Paulo pleitear judicialmente ou determinar administrativamente a anulação do contrato administrativo, a rescisão ou a caducidade contratual, e aplicar sanções administrativas decorrentes desta anulação, salvo se fundados em fatos distintos ou elementos de prova independentes das revelações obtidas nestes acordos. Possibilidade de cobrança de indenização integral dos danos causados ao Estado de São Paulo, observando-se o disposto no artigo 16, §3º, da Lei Federal nº 12.846/2013, e respeitando-se o benefício de ordem assumido pelo Ministério Público Federal. Necessidade de apuração de infrações de natureza disciplinar que possam ser aferidas a partir de fatos de conhecimento público. Possibilidade de aditamento contratual para esclarecer critérios de contabilização de indenizações para a hipótese de eventual anulação contratual, desde que atendido o interesse público e respeitadas as condições originais do contrato.

1. Vêm os autos a esta Consultoria Jurídica, conforme encaminhamento da Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões (fls. 08/11), para que se manifeste quanto ao teor do pedido protocolado pela empresa “*Mitsui & Co. Ltda.*”, às fls. 03/05, acionista indireta da Concessionária Move São Paulo, responsável pela construção e futura operação da Linha 6 – Laranja – do Metrô/SP, solicitando posicionamento do Poder Concedente a respeito de temas que julga relevantes para viabilizar o eventual ingresso de novo acionista na Concessionária.

2. No pedido de fls. 03/05, a empresa relata que, “*em virtude da situação financeira de alguns dos demais sócios da MOVE-SP (...) é possível que a estrutura acionária da MOVE-SP seja alterada, com a transferência de participação acionária para um terceiro, com o objetivo precípuo de viabilizar a manutenção do referido Contrato de Concessão*”.

3. Sob este cenário, a empresa “Mitsui & Co. Ltda.” solicita que o Poder Concedente confirme que:

- a) *não irá requerer em nenhum momento, por meio de seus órgãos representativos, a anulação do Contrato de Concessão em virtude da alegação de eventuais infrações que possam ter ocorrido durante o procedimento de licitação;*
- b) *quaisquer multas que a STM, através de seus órgãos representativos, possa impor em virtude de infrações eventualmente ocorridas durante o procedimento de licitação serão direcionadas exclusivamente à parte que teria cometido tal irregularidade e não à MOVE-SP, cuja responsabilidade é limitada aos atos praticados já na vigência da concessão, nem tampouco ao novo acionista atestando que este não é sucessor das obrigações penais e civis do acionista cuja participação foi alienada;*
- c) *não irá requerer à MOVE-SP, nem ao novo acionista, indenização em virtude de eventuais infrações ocorridas antes da assinatura do Contrato de Concessão;*
- d) *caso outros entes competentes requeiram a anulação do Contrato de Concessão, que a STM envidará os seus melhores esforços para proteger o Contrato de Concessão e manter sua vigência, com a finalidade de atender o interesse público, considerando o tempo e o custo a serem incorridos no caso de anulação do Contrato de Concessão e realização de nova licitação;*
- e) *caso seja anulada a concessão, a MOVE-SP, na qualidade de concessionária, será indenizada por todos os investimentos que já tiverem sido realizados e não amortizados, sendo certo que a fórmula para indenização poderá ser objeto de aditivo ao Contrato de Concessão, o qual seria minutado e assinado para aprimoramento da redação das cláusulas do Contrato de Concessão relacionadas ao tema, com intuito de maior esclarecimento para as partes.*

4. A Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões, em face deste pedido, elaborou o Despacho CMCP nº 120/2017 (fls. 8/11), relatando que, em seu entendimento, a preocupação manifestada pela empresa no Ofício inaugural destes autos mostrava-se *“oportuna, diante dos recentes fatos envolvendo a empresa holding de uma das acionistas diretas da SPE: o acordo de leniência celebrado pela Odebrecht S.A e os acordos de colaboração premiada de seus executivos”*, considerando que, em 31 de maio de 2017, teria tomado conhecimento formal do acordo de leniência celebrado em 1 de dezembro de 2016 pela empresa Odebrecht S.A e o Ministério Público Federal, conforme documento juntado aos autos às fls. 12/49.

5. Muito embora os anexos do acordo de leniência ainda permaneçam sob sigilo, cujo conteúdo retrata as condutas confessadas pela empresa leniente, informa a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões que, *“recentemente, o Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, determinou o levantamento do sigilo dos acordos de colaboração premiada firmados por diversos executivos do Grupo Odebrecht, em acolhimento ao pedido do Procurador Geral da Republica”*.

6. Levados ao conhecimento público alguns dos depoimentos apresentados por colaboradores vinculados ao grupo econômico da Odebrecht S.A., teria a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões tomado conhecimento dos seguintes fatos:

*No depoimento do Sr. Celso da Fonseca Rodrigues (Petição 6637), colhido na sede da Procuradoria da República no Município de Campo Grande MS, em 15 de dezembro de 2016, o ex-executivo afirmou que atuou em estudos para a construção da Linha 6 – Laranja e que negociou pagamento de vantagens indevidas a ex-funcionário do Metrô, um dia antes de o consórcio assinar o contrato com o Governo do Estado de São Paulo.*

*No depoimento do Sr. Arnaldo Cumplido (Petição 6639), colhido na sede da Procuradoria da República no Município de Campinas/SP, em 14 de dezembro de 2016, o depoente afirmou que entre janeiro de 2014 e dezembro de 2016 foi Diretor de Contrato do Consórcio Expresso Linha 6 (consórcio subcontratado pela Concessionária Move SP para implantação das obras civis do empreendimento) e que entre abril e setembro de 2014 teria solicitado sete programações de pagamento de caixa 2 ao Departamento de Operações Estruturadas da Odebrecht, a pedido de seu superior hierárquico Luiz Antônio Bueno, à época Superintendente da Odebrecht Engenharia e Construção, e cujo Acordo de Colaboração permanece sob sigredo de justiça. O depoente afirma que não havia relação entre esses pagamentos e o contrato de gestão das obras que mantinha junto à Concessionária Move SP, esclarecendo que as transferências não tinham contrapartida, ou seja, nenhuma relação com a obra do Metrô.*

7. Sustenta, por fim, que *“tanto o acordo de leniência celebrado pela empresa Holding, quanto os acordos de colaboração premiada celebrados por seus executivos, fazem parte de uma negociação única, junto ao Ministério Público Federal, Poder Judiciário e outras autoridades, de forma que apesar de os anexos do Acordo de Leniência permanecerem sob sigilo, é possível inferir quais foram os atos de corrupção praticados pela empresa e seus funcionários, com relação a Linha 06, justamente porque foi quebrado o sigilo das delações premiadas pelo STF.*

8. Apresentadas todas estas considerações, a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões juntou aos autos Ofício encaminhado pela “*Construtora Norberto Odebrecht*”, às fls. 12/14, no qual esta relata a celebração e subsequente homologação de acordo de leniência com o Ministério Público Federal, informando o compromisso de *“cooperar permanentemente com o MPF e outras autoridades e a pagar valor substancial destinado ao ressarcimento dos danos materiais e imateriais causados pelos fatos objeto do acordo aos entes públicos (...)”*. Destaca, ainda, o compromisso com observância a regras de *compliance*, ética, integridade e transparência, sob a avaliação de dois monitores independentes que se reportam diretamente ao Ministério Público Federal e ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América.

9. Sob este contexto, a empresa informa ter sido emitida pelo Ministério Público Federal declaração, destinada especificamente ao Estado de São Paulo (fls. 18), relatando os termos do acordo cuja cópia é trazida aos autos às fls. 24/49) e sustentando ser *“de interesse público a preservação da própria existência da Odebrecht e das empresas do seu grupo econômico e a continuidade de suas atividades (...), o que envolve, também, a continuidade de suas relações com terceiros, incluindo entes públicos (...).”*

10. Assevera, outrossim, que, como contrapartida assumida no Acordo de Leniência, o Ministério Público Federal comprometeu-se a *“não pleitear a nulidade de contratos celebrados com a administração pública para que possam ser mantidos os atos, contratos ou negócios jurídicos que tenham sido celebrados com a empresa, inclusive para viabilizar a sobrevivência da empresa e o pagamento dos valores devidos em decorrência do acordo”*, apontando ser, em seu entendimento, *“de interesse público que todas as autoridades competentes, em nível federal, estadual e municipal, atuem de maneira coerente e leal para fins de conferir segurança jurídica ao Acordo de Leniência e efetividade ao combate à corrupção no Brasil”*.

11. Sob todo este contexto, e com fundamento nos argumentos apresentados, a empresa solicita da Secretaria dos Transportes Metropolitanos que *“considerem as informações acima, e especialmente o conteúdo da certidão do MPF que segue anexa, para que sejam mantidos os contratos já firmados e extintas eventuais restrições cadastrais ou limitações de acesso da empresa a licitações (...), assegurando-se a normalidade na relação comercial entre a Odebrecht e este ente federativo”*.

12. Foi, portanto, sob estas condições que os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica, para análise e manifestação.

É o relatório. Opino.

13. Conforme relatado, os autos foram inaugurados com solicitação, formulada pela empresa *“Mitsui & Co. Ltda.”*, uma das acionistas da Concessionária Move São Paulo S.A., parceira privada no contrato de concessão patrocinada que tem por objeto a construção e a futura operação da Linha 06 – Laranja, do Metrô/SP.

14. Indaga-se, no contexto de negociação entabulada para a aquisição, por terceiro estranho ao quadro acionário da sociedade de propósito específico, de participação acionária da concessionária, qual seria a posição do poder concedente com relação às consequências sobre o contrato de concessão, sobre a concessionária e sobre seus acionistas, da eventual identificação de condutas ilícitas que possam ter ocorrido ao longo do procedimento de licitação.

15. Conforme destaca a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões, as indagações formuladas pela empresa *“Mitsui & Co. Ltda.”* são, em realidade, decorrentes da notícia de que, em acordo de leniência celebrado entre



o grupo Odebrecht e o Ministério Público Federal, bem como em colaborações premiadas de acionistas e executivos daquele grupo empresarial, teria sido relatada a prática de atos ilícitos por empresa integrante do grupo Odebrecht, enquanto membro integrante do consórcio vencedor da licitação, ao final do processo licitatório que culminou com a celebração do Contrato de PPP da Linha 06 do Metrô/SP.

16. Dadas as notícias de que, ao menos do que já é de conhecimento público, os ilícitos praticados envolveriam o pagamento de vantagem indevida a ex-funcionário da Companhia do Metropolitano de São Paulo, vantagem esta exigida da empresa integrante do consórcio vencedor da licitação na véspera da assinatura do contrato de concessão, afigura-se, de fato, razoável que o poder concedente posicione-se a respeito dos potenciais impactos que tais revelações possam ter sobre a validade do contrato de concessão, sobre a concessionária e sobre seus acionistas, atuais e futuros.

17. Sob este cenário, a empresa “Mitsui & Co. Ltda.” solicita que o poder concedente confirme que:

- a) *não irá requerer em nenhum momento, por meio de seus órgãos representativos, a anulação do Contrato de Concessão em virtude da alegação de eventuais infrações que possam ter ocorrido durante o procedimento de licitação;*
- b) *quaisquer multas que a STM, através de seus órgãos representativos, possa impor em virtude de infrações eventualmente ocorridas durante o procedimento de licitação serão direcionadas exclusivamente à parte que teria cometido tal irregularidade e não à MOVE-SP, cuja responsabilidade é limitada aos atos praticados já na vigência da concessão, nem tampouco ao novo acionistas, atestando que este não é sucessor das obrigações penais e civis do acionista cuja participação foi alienada;*
- c) *não irá requerer à MOVE-SP, nem ao novo acionista, indenização em virtude de eventuais infrações ocorridas antes da assinatura do Contrato de Concessão;*
- d) *caso outros entes competentes requeiram a anulação do Contrato de Concessão, que a STM envidará os seus melhores esforços para proteger o Contrato de Concessão e manter sua vigência, com a finalidade de atender o interesse público, considerando o tempo e o custo a serem incorridos no caso de anulação do Contrato de Concessão e realização de nova licitação;*
- e) *caso seja anulada a concessão, a MOVE-SP, na qualidade de concessionária, será indenizada por todos os investimentos que já tiverem sido realizados e não amortizados, sendo certo que a fórmula para indenização poderá ser objeto de aditivo ao Contrato de Concessão, o qual seria minutado e assinado para aprimoramento da redação das cláusulas do Contrato de Concessão relacionadas ao tema, com intuito de maior esclarecimento para as partes.*

18. Todavia, antes de abordar tais questões, especificamente, entendo necessário tecer algumas considerações sobre a forma pela qual as suspeitas da prática de atos ilícitos relacionados à contratação da parceria público-privada da Linha

06 do Metrô de São Paulo chegaram ao conhecimento do Poder Concedente, e das consequências jurídicas desta peculiaridade.

### I – Acordo de leniência x Acordo de colaboração

19. Como é de conhecimento público e conforme se observa do documento juntado aos autos (fls. 24/49), a empresa Odebrecht S.A. celebrou com o Ministério Público Federal amplo acordo de leniência, conforme previsto, entre diversos outros diplomas legais mencionados na Cláusula 1<sup>a</sup> do acordo, nos artigos 16 a 21 da Lei Federal nº 12.846/2013, acordo de leniência este que veio acompanhado, em um mesmo processo negocial, de cerca de 80 (oitenta) acordos de colaboração premiada, regidos pelos artigos 4<sup>o</sup> a 8<sup>o</sup> da Lei Federal nº 12.850/2013, celebrados por acionistas, executivos, administradores, empregados ou prepostos de empresas integrantes da holding *Odebrecht S.A.*

20. Muito embora, conforme se verá adiante, os anexos do acordo de leniência – cujo teor traz os relatos e documentos comprobatórios das irregularidades notificadas no acordo – permaneçam em sigilo, em atenção aos procedimentos de divulgação e adesão previstos no próprio instrumento de acordo, o Supremo Tribunal Federal determinou, em abril deste ano de 2017, a divulgação ao público do teor dos depoimentos prestados nos acordos de colaboração premiada, afastando-se o sigilo destes relatos, ressaltando-se apenas aqueles cujo sigilo fosse necessário para assegurar a efetividade das investigações que sucederam à abertura dos inquéritos criminais, por força daquela mesma decisão judicial.

21. Cabe ressaltar, neste momento, que os acordos de colaboração premiada, regidos pela Lei Federal nº 12.850/2013, são destinados às pessoas físicas que tenham participado da prática de delitos penais e venham a colaborar efetiva e voluntariamente com as investigações, viabilizando que estas alcancem um ou mais dos resultados previstos no artigo 4<sup>o</sup> da Lei Federal nº 12.850/2013<sup>1</sup>, do que resultaria, ao colaborador, em contrapartida, a concessão do perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade, ou sua substituição por pena restritiva de direitos, sendo tais benefícios ponderados a partir da “*personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração*” (artigo 4<sup>o</sup>, §1<sup>o</sup>, da Lei Federal nº 12.850/2013).

---

1 *I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.*

22. Já os acordos de leniência, regidos pela Lei Federal nº 12.846/2013, são voltados às pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos no artigo 5º da Lei Federal nº 12.846/2013, tidos como lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, desde que tais pessoas jurídicas “*colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração*” (artigo 16 da Lei Federal nº 12.846/2013), gerando como contrapartida à pessoa jurídica a isenção “*das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável*” (artigo 16, §2º, da Lei Federal nº 12.846/2013), muito embora preserve-se a obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado (artigo 16, §3º, da Lei Federal nº 12.846/2013).

23. Os acordos de colaboração premiada, portanto, distinguem-se fundamentalmente dos acordos de leniência por serem, aqueles, destinados às pessoas físicas envolvidas com a prática de crimes e terem como contrapartida exclusivamente benefícios na esfera criminal, enquanto estes últimos são voltados às pessoas jurídicas em cuja atividade haja ocorrido a prática de atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, tendo como contrapartida benefícios de natureza econômica ou administrativa, essencialmente redução de multas administrativas e viabilização de incentivos ou subsídios de entidades ou instituições financeiras públicas.

24. Pois bem. Muito embora sejam o acordo de leniência e o acordo de colaboração premiada, de fato, institutos distintos, cada qual com seu destinatário e suas contrapartidas próprias, parece-me inquestionável que ambos os institutos devem ser vistos como partes de uma mesma estratégia legal de criação de mecanismos de combate aos crimes de maior complexidade, especialmente em casos de crimes praticados contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro, e, em linhas gerais, aos demais delitos comumente associados à alcunha de “*crimes de colarinho branco*”, conforme conceituação trazida pelo criminalista Edwin Hardin Sutherland<sup>2</sup>.

25. De fato, muito embora seja bastante crível a hipótese de celebração de acordos de colaboração premiada por pessoas físicas envolvidas na prática de crimes sem qualquer participação de pessoas jurídicas nesta mesma empreitada criminal, o inverso não é verdadeiro: a própria natureza abstrata das pessoas jurídicas, dirigidas que são por pessoas físicas que as administram, inviabiliza que

---

2 in *White Collar Crime*, New York: Dryden Press, 1949, *apud* Leandro Ayres França, *A criminalidade de colarinho-branco: a proposição teórica de Edwin Hardin Sutherland*, Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 53-74, jan./jun. 2014.

um crime seja praticado por uma pessoa jurídica sem que ao menos uma pessoa física esteja nele envolvida.

26. Neste sentido, ainda que se possa cogitar de acordos de colaboração premiada sendo celebrados sem um correspondente acordo de leniência, o mesmo não pode ser dito de acordos de leniência, cuja celebração, ao menos em termos práticos, acaba por pressupor a correlata celebração de acordo(s) de colaboração, considerando-se que a legislação brasileira não atribui qualquer contrapartida direta dos acordos de leniência às pessoas físicas que relatam as ilicitudes praticadas no exercício da atividade empresarial, especialmente ao se considerar que todas as condutas arroladas no artigo 5º da Lei Federal nº 12.846/2013 são, para além de violações à própria Lei Federal nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, igualmente qualificadas como ilícitos penais, quando avaliadas sob a ótica da pessoa física autora da conduta.

27. Esta circunstância não passou despercebida pela doutrina<sup>3</sup>:

*É evidente que, por trás de cada escândalo de corrupção envolvendo empresas, há executivos, administradores e funcionários responsáveis pela decisão de corromper um funcionário público em troca de benefícios escusos. Ocorre que a premissa básica para uma empresa conseguir os benefícios da leniência é a de que ela entregue à administração as provas da existência da prática infrativa, assim como indique os demais envolvidos, ou seja, o nome das pessoas físicas envolvidas será compartilhado com as autoridades. O ato de corromper um funcionário público é crime já há muito previsto pelo Código Penal brasileiro e, havendo indícios ou provas de seu cometimento, é dever do Ministério Público ajuizar ação penal requerendo a condenação das pessoas físicas, cuja pena pode chegar à reclusão por até 12 anos. Nessa situação, qual o incentivo que os executivos das empresas terão em requerer os benefícios da leniência por atos violadores da Lei Anticorrupção, com benefícios exclusivos à empresa para a qual eles trabalham, sabedores de que na sequência, com as provas fornecidas, eles próprios serão processados criminalmente? A Lei Anticorrupção brasileira acaba de começar a produzir efeitos, mas ao que parece o acordo de leniência nela previsto é natimorto.*

28. No mesmo sentido, Patrícia Toledo de Campos defende que “a Lei nº 12.846/2013 pecou em não contemplar possíveis efeitos penais do pacto, podendo o Ministério Público se utilizar das leniências para alcançar decretos condenatórios contra pessoas físicas e eventuais reparações de danos no âmbito civil”<sup>4</sup>.

3 RIZZO NETO, Eloy. *Acordo de leniência da Lei Anticorrupção apresenta falhas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-14/eloy-rizzo-neto-acordo-leniencia-lei-anticorruptcao-apresenta-falhas#author>>.

4 *Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção*, Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, 2015, pg. 181.

29. Dissinto, todavia, da conclusão de que deste equívoco decorreria a inutilidade do instituto da leniência.

30. Não entendo que o acordo de leniência previsto na Lei Federal nº 12.846/2013 seja natimorto, muito embora o incontestado equívoco incorrido pela legislação ao deixar de reconhecer contrapartidas na esfera penal aos dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração que assinassem o acordo de leniência em conjunto com a pessoa jurídica<sup>5</sup>.

31. Ao revés, a aplicabilidade e a utilidade do mecanismo do acordo de leniência previsto na Lei Federal nº 12.846/2013 decorrem do reconhecimento de que este é estreitamente conexo e correlato ao acordo de colaboração previsto na Lei Federal nº 12.850/2013, sendo ambos destinados a uma mesma finalidade – viabilizar o conhecimento e a persecução de crimes cuja complexidade demanda mecanismos menos ortodoxos de investigação e perquirição criminal.

32. A própria origem do instituto permite alcançar esta conclusão. Conforme relata Victor Alexandre El Khoury M. Pereira<sup>6</sup>, “o acordo de leniência é instituto de origem estadunidense, introduzido pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça daquele país em 1978, com a edição do Corporate Leniency Program (Programa de Leniência Corporativa), reformulado em 1993, por meio do Amnesty Program (Programa de Anistia)”.

33. O Programa de Leniência Corporativa (*Corporate Leniency Program*), segundo descreve o próprio Departamento de Justiça Norte-americano (*Department of Justice*), é, em tradução livre, “o mais importante mecanismo investigativo para detecção de atividades anticoncorrenciais. Empresas e indivíduos que reportam suas atividades anticoncorrenciais e cooperam com as investigações do cartel reportado podem evitar condenações criminais, multas e decretação de prisões, caso atendam aos requisitos do programa”<sup>7</sup>.

34. No direito norte-americano, portanto, o acordo de leniência é voltado tanto para empresas quanto para indivíduos, viabilizando, a depender da efetividade das colaborações, a isenção de condenações criminais e multas, além do afastamento do encarceramento.

5 De forma análoga ao previsto para os acordos de leniência relacionados a práticas anticoncorrenciais, conforme previsto no artigo 86, 86º, da Lei Federal nº 12.529/2011.

6 “Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), R. bras. de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016.

7 No original: “The Antitrust Division’s Leniency Program is its most important investigative tool for detecting cartel activity. Corporations and individuals who report their cartel activity and cooperate in the Division’s investigation of the cartel reported can avoid criminal conviction, fines, and prison sentences if they meet the requirements of the program”.

35. Aliás, até mesmo a natureza jurídica do acordo de leniência, tal qual reconhecida pela doutrina, é perfeitamente aplicável para conceituar os acordos de colaboração, evidenciando que ambos são, em realidade, institutos finalisticamente idênticos, distinguindo-se apenas em relação aos seus beneficiários e às contrapartidas previstas em lei<sup>8</sup>:

*A despeito da ausência de posicionamento claro da doutrina acerca da natureza jurídica do acordo de leniência, pode-se dizer que este é um instrumento de prova, ou seja, de instrução processual penal-administrativa. Nesse sentido, o pacto firmado entre Estado e pessoa jurídica destina-se à reunião de provas convincentes e suficientes para a autoridade processante dar início ao indiciamento de um ou mais agentes públicos e, eventualmente, outras pessoas jurídicas em concurso corruptivo, buscando assim a verdade processual. (...) a natureza jurídica do acordo de leniência, além de probatória, é dotada de um viés contratual, pois compromete os assinantes a cumprirem o que fora avençado com boa-fé. Ou seja, o Estado assegura a atenuação das sanções administrativas e a pessoa jurídica o relato fidedigno dos esquemas de corrupção.*

36. *Mutatis mutandis*, reconhece-se a mesma natureza jurídica aos acordos de colaboração, tanto o aspecto de sua função como instrumento de prova para a instrução processual penal-administrativa, como o viés contratual, estabelecendo um compromisso de cumprimento do que fora avençado com boa-fé.

37. Em outras palavras, ao Estado, tanto nos acordos de leniência como nos acordos de colaboração, compete, de boa-fé, assegurar o cumprimento das contrapartidas negociadas e que viabilizaram a oferta das informações relativas à prática de crimes, atenuando as sanções administrativas, econômicas e penais correspondentes e previstas nos acordos, enquanto aos lenientes e colaboradores compete relatar fidedignamente os atos ilícitos praticados, cooperando com as autoridades ao longo de todo o processo de investigação.

38. Com isto, permito-me alcançar uma primeira conclusão, essencial para o desenlace do raciocínio apresentado mais adiante, ao longo deste parecer: **o acordo de leniência juntado a estes autos (fls. 24/49), celebrado pela holding Odebrecht S.A. e extensivo a todas as empresas integrantes de seu grupo econômico, conforme previsto em sua Cláusula 4<sup>a</sup>, deve ser visto e interpretado conjuntamente com os acordos de colaboração premiada celebrados por seus acionistas, administradores, executivos, empregados, prepostos, e qualquer outro que o tenha feito ao longo de um mesmo processo negocial, já que todos estes acordos representam, em realidade, a configuração formal e documental, em múltiplos documentos, de uma negociação una e indivisível,**

8 PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M., *op. cit.*, pg. 89.

por meio da qual foram apresentados atos ilícitos praticados no exercício das atividades empresariais das empresas integrantes do grupo econômico da colaboradora Odebrecht S.A., e negociadas as contrapartidas aceitas pelo Ministério Público Federal, beneficiando as empresas integrantes do grupo econômico da colaboradora Odebrecht S.A., no âmbito civil, administrativo e econômico, conforme previsto no acordo de leniência regido pela Lei Federal nº 12.846/2013, e seus acionistas, administradores, executivos, empregados e prepostos, especialmente no âmbito criminal, conforme previsto nos acordos de colaboração premiada regidos pela Lei Federal nº 12.850/2013.

39. A conclusão exposta acima é relevante em razão da circunstância de que a Move São Paulo S.A., que figura como concessionária no contrato de concessão patrocinada da Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP, é integrante do grupo econômico da Odebrecht S.A., assim como o era a empresa Odebrecht Transport S.A., uma das empresas integrantes do consórcio vencedor da licitação, no âmbito da qual, supostamente, teria sido exigido o pagamento de vantagem indevida por ex-funcionário da Companhia do Metropolitano de São Paulo.

40. Tanto a empresa Odebrecht Transport S.A., quanto a empresa Move São Paulo S.A., portanto, enquanto integrantes do grupo econômico da Odebrecht S.A., são alcançadas, ao menos em tese<sup>9</sup>, pelo acordo de leniência celebrado por esta última com o Ministério Público Federal, por previsão do próprio acordo de leniência (entre outras, na Cláusula 8ª, §2º), e em atenção à previsão contida no artigo 16, §5º, da Lei Federal nº 12.586/2013, segundo o qual “os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas”.

41. Todavia, ainda que se parta da premissa de que tanto a empresa Odebrecht Transport S.A., quanto a empresa Move São Paulo S.A., são alcançadas pelo acordo de leniência, deve-se reconhecer que, conforme relatado pela Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões, não foi a partir do acordo de leniência que se tomou conhecimento de depoimentos que relatam a prática de atos ilícitos previamente à assinatura do contrato de parceria público-privada da

---

9 Em tese, já que, muito embora mencionado na Cláusula 4ª do acordo de leniência que este tem por objeto “as condutas ilícitas de prepostos, empregados, administradores, dirigentes e terceiros contratados, inclusive fornecedores de bens e prestadores de serviços, desligados ou não, e acionistas de qualquer das empresas do grupo econômico integrado pela Colaboradora”, e, em sua Cláusula 5ª, §1ª, que o acordo de leniência envolve a “proteção da Colaboradora e das empresas de seu grupo econômico”, não foi trazido aos autos, por estar ainda envolto em sigilo, o Apêndice 1 ao Acordo de Leniência, no qual arroladas “todas as empresas do grupo econômico Odebrecht, incluindo as sociedades que, direta ou indiretamente, sejam por ela controladas ou estejam sob controle comum”, conforme previsto na Cláusula 3ª, parágrafo único.

Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP, bem como ao longo de sua execução. Todos os relatos apresentados no acordo de leniência, bem como o seu conjunto probatório, constam dos Anexos a este acordo, ainda em sigilo.

42. Em realidade, foi nas colaborações premiadas de acionistas e executivos das empresas integrantes do grupo econômico Odebrecht, cujos depoimentos não mais se encontram, em boa parte, sob sigilo, a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal, que teria sido relatada a prática de atos ilícitos praticados ao final do processo licitatório que culminou com a celebração do Contrato de PPP da Linha 06 do Metrô/SP.

43. Temos, assim, de um lado, fatos ilícitos, de conhecimento público, narrados no âmbito de colaborações premiadas que têm como contrapartida benefícios a pessoas físicas, essencialmente de natureza criminal, e, de outro lado, um acordo de leniência celebrado pela *holding* Odebrecht S.A., com previsão de contrapartidas a pessoas jurídicas no âmbito administrativo, civil e econômico, mas cujo teor permanece em sigilo.

44. Fossem, portanto, tais acordos considerados isoladamente, a consulta formulada nestes autos seria de singela solução: inexistindo qualquer contrapartida nos acordos de colaboração premiada que assegurasse aos colaboradores benefícios em âmbito administrativo, a origem dos relatos acerca das irregularidades praticadas seria absolutamente indiferente para avaliar a conduta a ser praticada pelo Estado a partir destas informações.

45. Reconhecendo-se, todavia, como julgo adequado, todos estes acordos, de leniência e colaboração, como partes de um todo indissociável, e vislumbrando-se no acordo de leniência, como se verá adiante, contrapartidas negociadas pelo Ministério Público Federal de nítida repercussão administrativa, há de se passar a uma segunda indagação: **não sendo o Estado de São Paulo parte celebrante do acordo de leniência, quais os efeitos gerados por este acordo sobre o agir administrativo, sobre o poder-dever estatal de, ciente da prática de atos ilícitos, adotar as medidas de âmbito administrativo para sanar estas irregularidades, anular os atos viciados, e determinar as punições administrativas pertinentes?**

## II – Competência para celebração de acordo de leniência

46. Muito se discute, em âmbito doutrinário, a respeito da competência para celebração de acordo de leniência, considerando-se que o artigo 16, *caput*, da Lei Federal nº 12.846/2013, confere à “*autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública*” a competência legal para celebrar acordo de leniência, além de estabelecer, para o âmbito do Poder Executivo Federal, que a competência para



celebração dos acordos de leniência recairia sobre a Controladoria Geral da União (CGU), conforme previsto no artigo 16, §10, da mesma lei.

47. No âmbito do Estado de São Paulo, o Decreto Estadual nº 60.106/2014 estabeleceu, em seu artigo 4º, que, para os acordos de leniência que envolvam a Administração direta, a competência para a celebração seria do presidente da Corregedoria Geral da Administração, e, no âmbito da Administração indireta e fundacional, do dirigente superior de cada entidade.

48. Para além destes legitimados, previstos expressamente na Lei Federal nº 12.846/2013 e no Decreto Estadual nº 60.106/2014, a doutrina defende ainda a legitimidade dos diversos Ministérios Públicos, federal e estaduais, para celebrar acordos de leniência, quer por vislumbrá-los como “*autoridade máxima*” de um órgão público, no caso o próprio Ministério Público, quer por divisar a competência como uma decorrência direta do disposto no artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal, bem como da *teoria dos poderes implícitos*, reconhecendo-se a competência para a celebração de acordos de leniência como corolária dos poderes investigativos e persecutórios do Ministério Público<sup>10</sup>.

49. De todo modo, não é de relevância para o presente parecer ingressar no debate doutrinário acerca da competência para a celebração de acordos de leniência, cumprindo-me apenas reconhecer que, muito embora haja amplo consenso doutrinário a respeito de a quem competiria tal atribuição, a legislação posta atribui esta competência, de forma concorrente, a mais de um órgão, e, essencialmente, entre os mais diversos entes da federação e seus co-legitimados, do que decorre a indagação lógica: **quais os efeitos de um acordo de leniência celebrado por quem detém poder para tanto, sobre o terceiro, igualmente colegitimado para sua celebração?**

50. Em outras palavras, em face da situação concreta posta nestes autos: celebrado o acordo de leniência pelo Ministério Público Federal com a *holding* Odebrecht S.A., e os diversos acordos de colaboração com as pessoas físicas envolvidas na prática de irregularidades no exercício de tais atividades empresariais, e reconhecendo-se, como me parece evidente, a competência do Ministério Público Federal para a celebração destes acordos, quais os efeitos gerados por estes acordos sobre o Estado de São Paulo, em especial sobre os colegitimados em âmbito estadual para celebrar acordos da mesma natureza?

---

10 Neste sentido, a título de exemplo, a posição defendida por Leandro Bastos Nunes, Procurador da República, em artigo de sua autoria, “*A competência do Ministério Público para firmar acordo de leniência*”, disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18570&revista\\_caderno=4](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18570&revista_caderno=4).

### III – Efeitos de acordo de leniência sobre terceiro colegitimado para sua celebração

51. O acordo de leniência juntado a estes autos, celebrado entre o Ministério Público Federal e a *holding* Odebrecht S.A., tem como finalidade, segundo consta de sua Cláusula 2<sup>a</sup>, atender ao interesse público em face da necessidade de “(i) *conferir efetividade à persecução cível de outras pessoas físicas e jurídicas suspeitas e ampliar e aprofundar, em todo o País, as investigações em torno de atos de improbidade administrativa, particularmente aqueles relacionados a fatos que configurem também crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, crimes de lavagem de dinheiro e crimes contra a ordem econômica e tributária, entre outros, especialmente no que diz respeito à repercussão desses ilícitos nas esferas cível, administrativa, regulatória e disciplinar; (ii) preservar a própria existência da empresa e a continuidade de suas atividades, o que, apesar dos ilícitos confessados, encontra justificativa em obter os valores necessários à reparação dos ilícitos perpetrados; (...)*”.

52. Reconheceu-se, portanto, quando da celebração do acordo de leniência, que os fatos relatados pela empresa ao Ministério Público Federal seriam suficientemente valorosos, viabilizando, nos termos dos incisos I e II do artigo 16 da Lei Federal nº 12.846/2013, “*a identificação dos demais envolvidos na infração*” e “*a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração*”.

53. Celebrado o acordo de leniência, a colaboradora comprometeu-se a observar todas as condutas descritas na Cláusula 6<sup>a</sup> do documento, do que se destacam as condutas voltadas à cooperação com a investigação e ao esclarecimento dos atos ilícitos por ela praticados ou dos quais tenha conhecimento, “*identificando, em particular, os participantes das infrações e ilícitos de que a Colaboradora, ou empresas de seu grupo econômico, tenha participado ou tenha conhecimento*” (inciso I, alínea “a”), à apresentação de documentação comprobatória dos fatos alegados (inciso I, alíneas “b”, “c”, “d” e “e”, e inciso III), à cessação de qualquer conduta criminosa correlata ou similar às relatadas (inciso IV), e às alterações na política de governança corporativa necessárias para minorar os riscos de prática de novos atos ilícitos (incisos VIII, IX e X).

54. Comprometeu-se, ainda, ao pagamento, em favor do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, da Procuradoria-Geral da Suíça e das vítimas brasileiras de seus atos, para fins de “*ressarcimento dos danos materiais e imateriais causados pelos fatos e condutas ilícitas objeto deste Acordo aos entes públicos, órgãos públicos, empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista*”<sup>11</sup> do valor total de R\$ 3.828.000.000,00 (três bilhões, oitocentos e vinte e oito milhões de reais), observando-se, quanto a este valor, o disposto no artigo 16,

11 Observando-se, para a distribuição do valor entre estes beneficiários, relatório de imputação de crédito apresentado pelo Ministério Público Federal, conforme dispõe a Cláusula 7<sup>a</sup>, §8<sup>o</sup>, do acordo de leniência.

83º, da Lei Federal nº 12.846/2013, ou seja, a persistência da obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado por seus atos.

55. Em contrapartida à observância, pela colaboradora, das condutas previstas na Cláusula 6ª, bem como ao pagamento do valor previsto na Cláusula 7ª, para além de benefícios eventualmente estabelecidos nos acordos de colaboração celebrados com as pessoas físicas, em especial no âmbito criminal, o Ministério Público Federal comprometeu-se à observância das condutas previstas na Cláusula 8ª do acordo de leniência, do que destaco:

- a) *“realizar gestões perante outras autoridades ou entidades públicas com as quais a Colaboradora venha a entabular tratativas para a celebração de acordos tendo como objeto os mesmos fatos revelados no âmbito deste Acordo, tais como (...) autoridades dos Estados e Municípios competentes para a instauração dos processos de responsabilização nos termos da Lei 12.846/13, (...) para a realização de acordos semelhantes com esses órgãos, (...) inclusive com o objetivo de evitar o ressarcimento em duplicidade no tocante ao valor pago por meio deste Acordo”* (inciso I, alínea “a”);
- b) *“emitir certidão atestando, perante órgãos ou autoridades mencionadas na alínea anterior ou autoridades estrangeiras, a extensão da cooperação da Colaboradora, incluindo o grau de relevância dos fatos revelados, a utilidade para a identificação dos demais envolvidos em atos ilícitos e para a obtenção célere de informações, documentos e elementos comprobatórios, bem como outros elementos que forem pertinentes para a celebração de acordos no âmbito desses órgãos ou entidades com vistas à concessão do benefício correspondente”* (inciso I, alínea “b”);
- c) *“não propor qualquer ação de natureza criminal pelos fatos e/ou condutas revelados em decorrência deste Acordo de Leniência contra os Aderentes por suas condutas reveladas em decorrência deste Acordo de Leniência, ou constantes dos anexos (...)”* (inciso I, alínea “c”);
- d) *“não propor qualquer ação de natureza cível ou sancionatória, inclusive ações de improbidade administrativa, pelos fatos ou condutas revelados em decorrência deste Acordo de Leniência, contra a Colaboradora, empresas de seu grupo econômico, Aderentes, enquanto cumpridas integralmente as cláusulas estabelecidas neste Acordo (...)”* (inciso I, alínea “d”);
- e) *“empreender gestões junto aos órgãos públicos, empresas públicas e sociedades de economia mista para que retirem quaisquer eventuais restrições cadastrais à Colaboradora, que sejam relacionadas aos fatos objeto deste Acordo”* (inciso I, alínea “e”);
- f) *“prestar declarações a terceiros, conforme solicitado pela Colaboradora, atestando o conteúdo e/ou cumprimento dos compromissos assumidos por ela e pelas empresas de seu grupo econômico, quando necessárias para permitir a celebração ou manutenção de contratos com tais terceiros, sejam privados, inclusive instituições financeiras e seguradoras, ou adquirentes de ativos da Colaboradora, e órgãos e entidades públicas (...)”* (inciso I, alínea “g”);

56. Tais condutas são, ainda, complementadas pelos compromissos assumidos pelo Ministério Público Federal nas Cláusulas 18 e 22, que dizem respeito, respectivamente, aos contratos celebrados com o poder público, e à alienação de ativos, ambos assuntos relevantes para os fins deste parecer.

57. Com relação ao primeiro ponto, o Ministério Público Federal comprometeu-se:

- a) “a não pleitear, com fundamento nos fatos revelados neste Acordo de Leniência, a declaração de nulidade de quaisquer contratos celebrados, vigentes e/ou já encerrados, que tenham como partes, de um lado, qualquer entidade da administração pública direta e/ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive entidades financeiras e/ou seguradoras controladas pelo Estado, e, de outro lado, a Colaboradora ou empresas de seu grupo econômico” (alínea “a”);
- b) “a levar este Acordo ao conhecimento de órgãos e entidades da administração pública direta e/ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, (...) para que seja considerada a manutenção dos atos, contratos ou negócios jurídicos que tenham celebrado com a Colaboradora ou empresas de seu grupo econômico, com o objetivo de manutenção da capacidade de pagamento dos valores previstos neste Acordo (...)” (alínea “b”);
- c) “a prestar declarações a terceiros, quando solicitado pela Colaboradora, atestando o conteúdo e/ou cumprimento dos compromissos assumidos pela Colaboradora e Aderentes, quando necessárias para permitir a celebração de contratos com a administração ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...)” (alínea “c”)

58. Por fim, com relação à alienação de ativos da Colaboradora ou de empresas integrantes de seu grupo econômico, o Ministério Público Federal comprometeu-se a prestar, “mediante solicitação da Colaboradora, declarações a terceiros formalizando o seu compromisso de não propor medidas indenizatórias ou sancionatórias contra os adquirentes dos ativos, pelos fatos ilícitos de qualquer natureza porventura constantes dos anexos” (Cláusula 22).

59. Veja-se que, **de todos os benefícios negociados e aceitos pelo Ministério Público Federal como contrapartida para a revelação dos atos ilícitos praticados e para a cooperação no processo investigatório, bem como em contrapartida ao pagamento do expressivo valor previsto na Cláusula 7ª do Acordo, parcela bastante significativa relaciona-se a um compromisso do Ministério Público Federal de não buscar a anulação de qualquer contrato celebrado pela Colaboradora ou seu grupo econômico, não o fazendo por si e diligenciando para que outros não o façam** (Cláusula 8ª, alíneas “e” e “g”, Cláusula 18, alíneas “a”, “b” e “c”, e Cláusula 22), **compromisso este que, evidentemente, foi tido por necessário, ao longo do processo negocial, para viabilizar a celebração do acordo de leniência e/ou assegurar a sua eficácia.**

60. Não foi por outra razão que o Ministério Público Federal emitiu, em 19 de maio de 2017, a declaração juntada aos autos (fls. 18), dirigida diretamente ao Governo do Estado de São Paulo e à sua administração direta e indireta, informando o estágio de tramitação do acordo de leniência celebrado com aquele órgão, a situação de adimplemento da colaboradora, a relevância das informações trazidas para o aprofundamento das investigações, e a posição do Ministério Público Federal quanto à oportunidade de “*preservação da própria existência da Odebrecht e das empresas do seu grupo econômico e a continuidade de suas atividades, o que contribuirá, inclusive, para que a Odebrecht possa desenvolver suas atividades regularmente e remediar, sanar e ressarcir os ilícitos desvelados nos termos estabelecidos no acordo em relação à atuação do Ministério Público Federal, o que envolve, também, a continuidade de suas relações com terceiros, incluindo entes públicos, instituições financeiras, seguradoras, clientes, fornecedores, entre outros agentes econômicos*”, dando concretude, com esta declaração, a algumas das contrapartidas negociadas no acordo de leniência.

61. Apresentadas as contrapartidas negociadas pelo Ministério Público Federal, resta apenas definir se terceiros, igualmente colegitimados para celebrar acordos de leniência, têm o dever jurídico de respeitar as contrapartidas negociadas e concedidas em acordo de leniência do qual não fizeram parte.

62. Penso que a resposta a esta questão é afirmativa, com os contornos apresentados abaixo.

63. Não se ignora que, ao reconhecer competência concorrente para mais de um órgão ou autoridade para a celebração de um acordo de leniência, a legislação vigente, quer em âmbito federal, quer na esfera do Estado de São Paulo, reconheceu, ainda que implicitamente, a possibilidade de vir a ser celebrado mais de um acordo relativo aos mesmos fatos, cada qual com suas contrapartidas ou específicas condições, a depender do processo negocial e dos fatos relatados.

64. Entendo, portanto, que, ainda que já tenha sido celebrado um acordo de leniência com a *holding* Odebrecht S.A., alcançando todo o seu grupo econômico, pelo Ministério Público Federal, esta celebração não afasta a competência de todos os demais co-legitimados para, querendo, buscarem acordos próprios com as empresas lenientes, caso possuam qualquer espécie de discordância com relação ao procedimento adotado pelo Ministério Público Federal, às contrapartidas negociadas, à profundidade dos relatos obtidos, ou qualquer outra razão que torne útil ou conveniente a celebração de acordo distinto.

65. Me parece igualmente evidente que, não tendo qualquer outro órgão, dentre os colegitimados, que não o Ministério Público Federal, feito parte da negociação que resultou no acordo de leniência trazido a estes autos, bem como em sua subsequente celebração, não há qualquer razão jurídica para que se tenha

estes colegitimados como vinculados aos termos deste acordo, ou mesmo às contrapartidas acordadas.

66. Todavia, entendendo que, desta conclusão, não resulta a prerrogativa de quaisquer destes órgãos colegitimados para, valendo-se de depoimentos ou provas obtidas como resultado neste acordo de leniência ou de acordos de colaboração a ele correlatos, faça uso destas informações para fins próprios, desrespeitando os próprios termos dos acordos dos quais resultaram estas informações.

67. Em outras palavras: **ainda que se possa reconhecer a competência concorrente e independente de mais de um órgão ou autoridade para a celebração de acordos de leniência, e o fato de que o acordo celebrado por um dos colegitimados não se torna juridicamente vinculante aos demais colegitimados, isto não significa que estes últimos possam aproveitar provas obtidas em acordo de leniência celebrado por outrem sem comprometer-se com as contrapartidas negociadas, que viabilizaram a própria obtenção destas informações.**

68. Não se pode ignorar, neste aspecto, a lógica de benefícios e contrapartidas inerente ao instituto do acordo de leniência e aos acordos de colaboração premiada, sendo imperioso o reconhecimento de que a atuação colaborativa do leniente é condicionada à preservação da relação de confiança, com todo o aparato estatal, de que este último cumprirá a sua parte em relação ao acordado, valendo-se das informações obtidas ciente dos custos incorridos no processo negocial, dentre os quais os benefícios administrativos, civis, criminais e econômicos concedidos ao colaborador ou ao leniente, a despeito da gravidade das condutas praticadas e confessadas.

69. Retomo, mais uma vez, o excerto doutrinário já exposto neste Parecer, reconhecendo nos acordos de leniência, além de uma natureza jurídica probatória, *“um viés contratual, pois compromete os assinantes a cumprirem o que fora avençado com boa-fé. Ou seja, o Estado assegura a atenuação das sanções administrativas e a pessoa jurídica o relato fidedigno dos esquemas de corrupção”*.

70. O compromisso do Estado com a boa-fé é essencial para a viabilização dos institutos, não apenas nas colaborações já celebradas, mas, inclusive, para construir a relação de confiança necessária para estimular futuras colaborações, com os evidentes benefícios sociais e de persecução criminal.

71. Neste sentido, manifestando-se na mídia a respeito da recente colaboração premiada celebrada por controladores da *holding* J&F, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso manifestou o entendimento de que *“uma vez homologada, a delação deve prevalecer sem nenhum tipo de modificação futura (...)*

*a delação só faz sentido se o colaborador tiver a segurança de que o acordo feito será respeitado. Se ela puder ser revista, em breve o instituto deixará de existir*<sup>12</sup>.

72. Reafirmo, portanto, o entendimento de que, ainda que se defenda a competência de órgãos ou autoridades do Estado de São Paulo para celebrar acordos de leniência, tal qual disposto no Decreto Estadual nº 60.106/2014, isso não significa que, deixando de celebrar acordo próprio, possa o Estado de São Paulo, ou qualquer outro ente federativo, em especial por seus órgãos responsáveis por competências investigatórias ou persecutórias, a exemplo de Ministérios Públicos, Corregedorias ou Tribunais de Contas, se valer de acordos celebrados por terceiros para fazer uso das informações obtidas sem respeitar, integralmente, as contrapartidas negociadas que viabilizaram o próprio acordo e a obtenção das informações.

73. Me parece que tal conduta violaria o dever essencial do Estado de pautar sua atuação em primados de boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima.

74. É, justamente, esta a lógica que perpassa todo o acordo de leniência juntado aos autos, cuja Cláusula 4ª, §§ 2ª e 3ª, disciplina o procedimento de adesão de outros Ministérios Públicos ao acordo de leniência, determinando que, *“em caso de negativa de adesão a este Acordo de Leniência, (...) por qualquer motivo, os anexos e provas decorrentes deste Acordo de Leniência, que digam respeito aos fatos submetidos a tais promotores ou procuradores e cuja adesão foi negada serão devolvidas pelo Ministério Público Federal à empresa, mediante recibo, e não poderão ser utilizadas pelo membro do Ministério Público não aderente para quaisquer fins”*.

75. Aceita a adesão por outro Ministério Público ao acordo de leniência, este se compromete à observância das contrapartidas previstas na Cláusula 9ª do Acordo, essencialmente idênticas às assumidas pelo próprio Ministério Público Federal, celebrante do acordo.

76. **Em conclusão, entendo que não há qualquer razão jurídica para que se determine a vinculação de terceiros a acordo de leniência do qual não fizeram parte, em especial os órgãos e autoridades colegitimados para a celebração de acordos de leniência próprios, mas o aproveitamento de qualquer prova ou relato obtido a partir de um acordo de leniência, ou de acordos de colaboração a ele correlatos, depende da integral observância dos benefícios e contrapartidas negociados no acordo que viabilizou a obtenção destas informações.**

12 <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1888068-acordo-de-delacao-nao-pode-ser-desfeito-afirma-barroso.shtml>

#### IV – Consequências dos fatos relatados sobre o Contrato de PPP da Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP

77. Feitas todas estas considerações, resta avaliar, concretamente, quais os impactos que as revelações contidas no acordo de leniência de que trata os presentes autos e nos acordos de colaboração a ele correlatos, caso venham a ser comprovadas e corroboradas por elementos concretos de prova, podem causar ao Contrato de Parceria Público-Privada da Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP.

78. Tais consequências podem ser agrupadas em 03 (três) itens distintos: (i) impactos sobre a validade do contrato administrativo; (ii) indenizações em razão dos danos causados; e (iii) incidência de multas e outras sanções administrativas.

79. O primeiro item é, a partir de todas as considerações já apresentadas neste parecer, o de mais simples solução: tendo sido concedido à empresa leniente, como contrapartida às revelações feitas no acordo de leniência, o compromisso de que o Ministério Público Federal não pleitearia, “*com fundamento nos fatos revelados neste Acordo de Leniência, a declaração de nulidade de quaisquer contratos celebrados, vigentes e/ou já encerrados, que tenham como partes, de um lado, qualquer entidade da Administração Pública direta e/ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive entidades financeiras e/ou seguradoras controladas pelo Estado, e, de outro lado, a Colaboradora ou empresas de seu grupo econômico*”, **entendo que o Estado de São Paulo, com fundamento nos fatos revelados no acordo de leniência ou em fatos apurados tendo como origem estas revelações, ainda que em investigações próprias, não poderá, igualmente, pleitear judicialmente ou determinar administrativamente a anulação do contrato administrativo, ou, de qualquer modo, a rescisão ou a caducidade contratual.**

80. **Vale apresentar, todavia, a ressalva de que não se afasta a possibilidade de anulação ou caducidade contratual por fatos outros, que não os apresentados e confessados no acordo de leniência ou em acordos de colaboração a ele correlatos, ou mesmo em razão dos mesmos fatos, desde que as informações e provas das condutas impróprias tenham sido obtidas de forma absolutamente independente dos relatos ou provas obtidas nestes acordos, e não tenham sido, de qualquer forma, contaminadas por estes**<sup>13</sup>.

13 Vale, quanto a este ponto, trazer ao Direito Administrativo as mesmas restrições e considerações aplicáveis, no âmbito do Direito Penal, ao aproveitamento de provas oriundas de provas ilícitas, no que se convencionou denominar “*teoria dos frutos da árvore envenenada*”, reconhecendo-se como igualmente inadmissíveis em processo as provas que, ainda que lícitas em si, tenham decorrido de processos investigatórios que tiveram como origem provas contaminadas por ilicitude ou ilegitimidade em sua obtenção.



81. Tal resposta, ao meu ver, responde à indagação formulada pela Mitsui, em sua alínea “a”, sendo evidente que, se o Estado de São Paulo assumir o compromisso de não pleitear a anulação ou a caducidade do contrato com fundamento nos fatos conhecidos a partir destes acordos, por entender que esta é a medida que melhor atende ao interesse público e que tal compromisso decorre juridicamente do aproveitamento das provas e relatos apresentados nestes acordos, conforme já exaustivamente exposto, o Estado de São Paulo atuará no mesmo sentido, em defesa da validade do contrato, caso tal anulação venha a ser pleiteada por terceiros.

82. Quanto às indenizações, em si, entendo que, conforme previsto no artigo 16, §3º, da Lei Federal nº 12.846/2013, “*o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado*”, do que decorre a conclusão de que o Estado de São Paulo, comprovando-se os ilícitos, deverá apurar o montante do dano causado ao erário, cobrando o ressarcimento dos responsáveis pela prática do ato ilícito, ou de seus beneficiários, em solidariedade.

83. Evidenciado o dano causado por tais irregularidades, o Estado de São Paulo poderá, conforme previsto na Cláusula 7ª, §8º, do acordo de leniência, apresentar a memória de cálculo do dano ao Ministério Público Federal, responsável pelo relatório de imputação do qual decorrerá a distribuição do valor pago no acordo de leniência às vítimas dos atos ilícitos praticados, assumindo, nesta hipótese, o compromisso de conceder à Colaboradora o “*benefício de ordem em face de outras pessoas jurídicas que sejam solidários do mesmo débito, excluídas aquelas em estado falimentar*”, conforme previsto na Cláusula 8ª, §5º, do acordo de leniência.

84. Tal **indenização, respondendo à indagação formulada no ofício inaugural destes autos, poderá ser cobrada, em solidariedade, igualmente da Concessionária, ainda que o ato lesivo tenha sido praticado ao longo da licitação, caso se entenda que a Concessionária foi, de qualquer modo, beneficiária do dano causado ao erário, sem prejuízo do eventual direito da Concessionária, nos termos da legislação civil, de se ver ressarcida dos valores pagos ao Poder Concedente, no exercício de direito de regresso.**

85. Tais considerações, ao meu ver, respondem à indagação formulada pela Mitsui, na alínea “c” do Ofício inaugural destes autos.

86. Por fim, quanto à incidência de multas e outras sanções administrativas, entendo que, da mesma forma que o Estado de São Paulo não poderá pleitear a anulação do contrato em razão dos fatos relatados, conforme já exposto, e observados os limites e considerações apresentados acima, não é razoável que venham a ser aplicadas multas ou sanções administrativas (entre as previstas no artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93) à Concessionária, alcançada que é pelo acordo de leniência.

87. Não obstante, e atendendo, aliás, à própria finalidade do acordo de leniência, de, dentre outros aspectos, viabilizar a *“identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber”*, é indispensável que se tomem as medidas necessárias à severa responsabilização dos demais envolvidos nos atos ilícitos praticados, em especial os demais membros do consórcio vencedor da licitação, caso se comprove, ao final do processo averiguatório, a efetiva ocorrência de atos ilícitos ou delituosos ao longo do processo licitatório.

88. Tais medidas de responsabilização envolvem, dentre outras, no âmbito administrativo, a eventual aplicação das sanções previstas no artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93.

89. Desnecessário apontar, no mais, a necessidade de imediata instauração de procedimento voltado à apuração de quaisquer infrações de natureza disciplinar que tenham sido praticadas por funcionários ou ex-funcionários públicos, o que igualmente não é afastado pelos acordos de leniência ou de colaboração, ressalvados eventuais acordos de colaboração celebrados por tais agentes públicos, a respeito dos quais deverão ser respeitadas as contrapartidas negociadas, nos mesmos moldes já expostos.

90. Todas estas considerações, quanto aos limites para aplicação de sanções administrativas à concessionária, restringem-se, evidentemente, às sanções decorrentes de fatos alcançados pelos acordos de leniência ou de colaboração premiada, não afastando a possibilidade jurídica de aplicação de sanções por outros fatos, que não tenham sido objeto de delação, ou cujas informações venham a ser obtidas pelo poder concedente a partir de procedimento investigativo independente.

91. Por derradeiro, a Mitsui solicita confirmação do poder concedente de que, *“caso seja anulada a concessão, a MOVE-SP, na qualidade de concessionária, será indenizada por todos os investimentos que já tiverem sido realizados e não amortizados, sendo certo que a fórmula para indenização poderá ser objeto de aditivo ao contrato de concessão, o qual seria minutado e assinado para aprimoramento da redação das cláusulas do Contrato de concessão relacionadas ao tema, com intuito de maior esclarecimento para as partes”*.

92. Inexiste previsão legal específica, quer na Lei Federal nº 11.079/2004, quer na Lei Federal nº 8.987/1995, a respeito dos critérios a serem observados para o pagamento de indenização à concessionária na hipótese de anulação de um contrato de concessão patrocinada, observando-se que os critérios previstos nos artigos 36 a 38 da Lei Federal nº 8.987/1995 são aplicáveis apenas a outras hipóteses de extinção do vínculo contratual, a exemplo do advento do seu termo ou da decretação da caducidade da concessão.

93. Inexiste, da mesma forma, definição de tais critérios na Lei Estadual nº 11.688/2004 ou na Lei Estadual nº 7.835/1992, sendo os critérios de indenização previstos nos artigos 19 a 26 deste último diploma legal igualmente relativos a hipóteses distintas de extinção do liame contratual.

94. No Contrato de PPP da Linha 06 – Laranja – do Metrô/SP, convencionou-se, na Cláusula 47.2, que “*a concessionária será indenizada com o ressarcimento dos investimentos realizados e não amortizados, desde que não tenha concorrido para o vício que motivou a anulação, sendo vedado o pagamento de lucros cessantes*”.

95. A disciplina contratual é, de fato, bastante concisa ao delimitar os critérios de pagamento de eventual indenização na hipótese de anulação, definindo apenas que, nas hipóteses em que a indenização é cabível, a concessionária seria ressarcida por investimentos já realizados que ainda não tenham sido amortizados, vedando-se o pagamento de lucros cessantes.

96. Nas mais recentes licitações levadas a efeito pelo Estado de São Paulo para a concessão de serviços públicos, a exemplo de editais publicados pela Artesp e, na própria Secretaria dos Transportes Metropolitanos, do edital de concessão das Linhas 5 e 17 do Metrô/SP, foram previstas em contrato, para conferir maior segurança e previsibilidade a ambas as partes, os critérios contábeis que serão utilizados para apuração da parcela dos ativos ainda não amortizados e dos encargos e ônus que a concessionária deverá suportar.

97. Entendo que a indagação formulada pela Mitsui nestes autos, questionando quanto à viabilidade de celebração de aditivo contratual para “*aprimoramento da redação das cláusulas do contrato de concessão relacionadas ao tema, com intuito de maior esclarecimento para as partes*”, deve, necessariamente, ser respondida afirmativamente, estando o poder concedente sempre disponível para avaliar propostas de aprimoramento das cláusulas contratuais, reconhecendo-se a viabilidade jurídica de celebração de aditivos contratuais, desde que, evidentemente, tais alterações atendam ao interesse público e não desnaturem as condições originalmente entabuladas para a contratação, o que, de todo modo, poderá ser melhor avaliado a partir de uma proposta concreta de aditamento contratual, em autos próprios.

98. Com estas considerações, e reconhecendo-se a ampla repercussão do assunto aqui tratado para o Estado de São Paulo, inclusive para os fins de estabelecer a posição deste ente federativo em face de quaisquer outros acordos de leniência ou colaboração premiada que venham a ser celebrados por terceiros colegitimados, encaminhem-se os autos à Subprocuradoria Geral do Estado da Consultoria Geral, para apreciação.

É o parecer.

São Paulo, 07/06/2017.

**Thiago Mesquita Nunes**

Procurador do Estado Chefe

**PROCESSO:** PROTOCOLADO - 029/2017

**INTERESSADO:** MITSUI&CO

**ASSUNTO:** CONTRATO DE CONCESSÃO Nº 015/2013, CELEBRADO EM 18.12.2013 ENTRE O ESTADO DE SÃO PAULO, POR MEIO DA STM, E A CONCESSIONÁRIA MOVE SÃO PAULO S.A. DA QUAL A MITSUI & CO. LTDA. (MITSUI) É UMA DAS ACIONISTAS.

**PARECER:** CJ/STM nº 64/2017

Sr. Procurador Geral,

1. Trata-se de consulta apresentada pela Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões - CMCP, acerca da possibilidade de ser emitida manifestação, pela Secretaria de Transportes Metropolitanos, em relação a 5 (cinco) questionamentos formulados pela empresa Mitsui&CO, sobre a postura que será adotada pela Administração estadual em relação ao contrato de concessão patrocinada celebrado com a Move SP, que cuida do projeto “Linha 06” de Metrô.

2. A Mitsui pretende agregar novo parceiro à concessão, e, em face do Acordo de Leniência celebrado pela empresa Odebrecht S.A. e o Ministério Público Federal, no qual, segundo informado pelos advogados dessa empresa, é feita referência à empresa Move SP, busca obter maior segurança em relação aos possíveis reflexos no âmbito do contrato de concessão. Assim, é solicitado que o Estado confirme:

- (i) que não irá requerer a anulação do Contrato de Concessão em virtude de eventuais infrações que possam ter ocorrido durante o procedimento licitatório;
- (ii) que quaisquer multas que eventualmente possam impor em virtude de infrações ocorridas durante o procedimento licitatório serão direcionadas à Move SP, atestando que o novo acionista não é sucessor das obrigações penais e civis do acionista cuja participação foi alienada;
- (iii) que não requererá, tanto da Move SP quanto do novo acionista, indenização em virtude de eventuais infrações ocorridas antes da assinatura do Contrato de Concessão;
- (iv) que envidará seus melhores esforços para proteger o Contrato de Concessão e manter sua vigência;
- (v) que, caso seja anulada a Concessão, a Concessionária será indenizada por todos os investimentos realizados e não amortizados, podendo a fórmula para indenização ser objeto de aditivo contratual para melhor elucidação.

3. Estamos parcialmente de acordo com as conclusões alcançadas pelo Dr. Thiago Nunes Mesquita, no bem elaborado Parecer CJ/STM nº 64/2017, **deixando de acolher a fundamentação apresentada, especialmente no tocante à impossibilidade de utilização de prova produzida no âmbito do Acordo de Leniência celebrado entre a empresa Odebrecht S.A. e o Ministério Público Federal (“Acordo”), sem que o Estado tenha previamente aderido ao referido acordo** (itens 66 a 76, 79, 80 final, 86, 90 e outros que partem dessa mesma premissa).

4. Assim o fazemos, por entender prematura qualquer afirmação nesse sentido, e por entender que o deslinde da questão concreta posta em análise prescinde de conclusão institucional da Procuradoria Geral do Estado sobre a matéria<sup>14</sup>.

5. Ademais, temos que, no presente caso, **não se trata de utilizar ou emprestar prova produzida no âmbito do Acordo de Leniência**, e sim, identificar quais as melhores informações disponíveis ao Estado de São Paulo no presente momento e quais os seus reflexos em relação ao contrato de concessão celebrado com a Move SP.

6. Quanto às provas e informações que devem nortear qualquer ação do Estado de São Paulo com vistas a eventual anulação do contrato da Linha 06, em razão de atos praticados previamente à sua assinatura e que já estejam sendo objeto de investigação no âmbito da operação “Lava Jato”, nos parece que duas são as formas de obtenção: por compartilhamento daquelas produzidas pelo Ministério Público Federal, e por procedimento investigativo próprio<sup>15</sup>.

7. Cabe esclarecer, inicialmente, que o Acordo de Leniência somente prevê a adesão aos seus termos pelos Ministérios Públicos, conforme cláusulas 3ª, 4ª, §§ 2ª e 3ª, 5ª, § 2º, 6ª, II, 8ª, II, entre outras. Em relação aos Estados e entes da Administração Pública direta e indireta, somente há a previsão de que o Ministério Público Federal realizará *gestões* junto aos mesmos *para a realização de acordos semelhantes*, tendo como objeto os mesmos fatos revelados no âmbito do Acordo de Leniência. Veja-se o teor da alínea “a”, do item I da Cláusula 8ª:

Cláusula 8ª. Considerando a gravidade e a repercussão social dos fatos apurados, e a eficácia da colaboração acordada:

I – O Ministério Público Federal, nas atribuições da Força-Tarefa Lava Jato, compromete-se:

14 A questão do aproveitamento de provas não é disciplinada em lei e certamente será objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais em futuro próximo, sendo que urgência imprimida na análise ora solicitada não permite o necessário aprofundamento para firmar entendimento institucional da PGE/SP.

15 Sem prejuízo de, no futuro, haver compartilhamento de informações com outros entes, como com o Ministério Público Estadual.

a) a realizar gestões perante outras autoridades ou entidades públicas com as quais a COLABORADORA venha a entabular tratativas para a celebração de acordos tendo como objeto os mesmos fatos revelados no âmbito deste Acordo, tais como o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MFTC, antiga Controladoria Geral da União – CGU), autoridades dos Estados e Municípios competentes para instauração dos processos de responsabilização nos termos da Lei 12.846/13, Tribunal de Contas da União, dos Estados e Municípios, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Advocacia Geral da União – AGU e as advocacias públicas dos Estados e Municípios, e empresas públicas e sociedades de economia mista, no que couber, para a realização de acordos semelhantes com esses órgãos, inclusive com a consideração da data da assinatura desse Acordo de Leniência para efeitos de termos de “marker” perante aqueles órgãos, se as empresas do grupo econômico da COLABORADORA ainda não o tiverem obtido, inclusive com o objetivo de evitar o ressarcimento em duplicidade no tocante ao valor pago por meio deste Acordo;

8. Nesse passo, e até o presente momento, desconhecemos a realização de acordo entre o Estado e o Ministério Público Federal e/ou a empresa Odebrecht (“Colaboradora”), nos termos previstos na cláusula acima transcrita, por meio do qual tenha sido franqueado acesso às provas já produzidas que motivaram a celebração do Acordo de Leniência, e compartilhadas informações que até o momento se mantêm sigilosas.

9. Outra possibilidade de obtenção de informações seria o Estado dar início a procedimento administrativo próprio voltado a apurar eventuais ilicitudes praticadas na estruturação do(s) projeto(s) que contou(aram) com a participação da Odebrecht S.A. na condição de licitante, com vistas a apurar eventuais prejuízos causados e/ou infrações de natureza disciplinar praticados por (ex)servidores e/ou funcionários da Administração direta e indireta. Na mesma linha do item 89 do parecer ora analisado, recomenda-se enfaticamente tal providência.

10. A partir dessas duas possíveis ações (acordo ou investigação própria), poderá o Estado de São Paulo estar munido das informações necessárias para tomar providências com relação aos contratos envolvendo a Odebrecht e também em relação a eventuais servidores e agentes públicos envolvidos.

11. Até que uma das situações se concretize, cabe verificar as informações conhecidas no momento, que envolvam a Linha 06 dentro do contexto da operação Lava Jato, a fim de nortear a manifestação solicitada pela Mitsui.

12. Nesse passo, registro que tivemos acesso ao Acordo de Leniência e também a vídeos contendo os depoimentos de delação de 2 (dois) executivos do grupo econômico em pauta, nos quais é citado o pagamento de verbas indevidas a

ex-funcionário do Metrô, no âmbito do projeto da Linha 06, que atuou na equipe responsável pela sua estruturação.

13. Quanto ao Acordo de Leniência, cumpre observar que, não obstante envolva todas as empresas do grupo econômico, exceto a Braskem S.A. (cláusula 3<sup>a</sup>), não há a identificação completa das condutas ilícitas praticadas e quais as empresas que, de alguma forma, foram envolvidas ou beneficiadas, bem como eventuais servidores envolvidos e prejuízos causados à Administração. Tal discriminação consta de anexos que ainda se encontram cobertos por sigilo.

14. Ou seja, não se pode extrair do Acordo de Leniência nenhuma prova concreta que diga respeito à conduta ilícita praticada no âmbito do projeto da Linha 06 (que é o de interesse na presente análise), da qual se imponha ao Estado uma obrigação imediata de promover a anulação do contrato correspondente.

15. Em relação aos depoimentos da delação, porém, há expressa referência a pagamentos indevidos considerando o projeto em andamento previamente à assinatura do contrato da parceria público-privada.

16. O conteúdo desses dois vídeos, no entanto, embora traga indícios de ilicitude praticada por agente privado com a participação de agente público, não possui conteúdo probatório suficiente para que, nesse momento, conclua a Administração pela necessidade de abertura de procedimento administrativo tendo por objeto a anulação do referido contrato.

17. Não é demais registrar que a anulação de contrato em andamento, via de regra, impõe prejuízos aos cofres públicos – observando que, no âmbito do contrato da Linha 06, já houve o dispêndio de vultosas quantias pagas nos processos judiciais de desapropriação e a título de “aportes de recursos”<sup>16</sup> previstos contratualmente –, pois além da necessidade de serem recompostos os recursos já pagos à contratada, arcará a Administração com custos de reestruturação do projeto e de atos preparatórios para nova licitação, de maneira que a manutenção do contrato deve ser buscada, no limite da lei e do interesse público, adotando-se as medidas cíveis, penais e administrativas contra as pessoas físicas e jurídicas que concorreram para atos que eventualmente tenham maculado o procedimento licitatório.

18 Nessa linha, registre-se que a recomendação do Ministério Público Federal, detentor das provas produzidas até o momento envolvendo atos ilícitos contra a Administração Pública, é a de manter os contratos do grupo econômico

---

16 Nos termos do artigo 6º § 2º da Lei 11.079/2004.

da Odebrecht em andamento, consoante compromisso assumido na Cláusula 18, item “a” do Acordo:

*“a não pleitear, com fundamento nos fatos revelados neste Acordo de Leniência, a declaração de nulidade de quaisquer contratos celebrados, vigentes e/ou já encerrados, que tenham como partes, de um lado, qualquer entidade da Administração Pública direta e/ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive entidades financeiras e/ou seguradoras controladas pelo Estado, e, de outro lado, a Colaboradora ou empresas de seu grupo econômico”;*

19. Diante do exposto, passamos a prestar as informações solicitadas pela Mitsui:

*(i) que não irá requerer a anulação do Contrato de Concessão em virtude de eventuais infrações que possam ter ocorrido durante o procedimento licitatório;*  
Sugestão de resposta: Diante dos fatos apresentados e conhecidos até o momento, não há motivos para instauração de procedimento objetivando a anulação do contrato de concessão patrocinada da Linha 06 com a Move SP;

*(ii) que quaisquer multas que eventualmente possam impor em virtude de infrações ocorridas durante o procedimento licitatório serão direcionadas à Move SP, atestando que o novo acionista não é sucessor das obrigações penais e civis do acionista cuja participação foi alienada;*

Sugestão de resposta: A Move SP e o novo acionista respondem nos limites previstos no contrato de concessão patrocinada da Linha 06, exceto nas situações de desconsideração de personalidade jurídica ou de solidariedade previstas em lei.

*(iii) que não requererá, tanto da Move SP quanto do novo acionista, indenização em virtude de eventuais infrações ocorridas antes da assinatura do Contrato;*

Sugestão de resposta: A Move SP e o novo acionista respondem nos limites previstos no contrato de concessão patrocinada da Linha 06, exceto nas situações de desconsideração de personalidade jurídica ou de solidariedade previstas em lei.

*(iv) que envidará seus melhores esforços para proteger o Contrato e manter sua vigência;*

Sugestão de resposta: Diante dos fatos apresentados e conhecidos até o momento, o Estado envidará seus melhores esforços para manutenção da vigência do contrato de concessão patrocinada da Linha 06;

*(v) que, caso seja anulada a Concessão, a Concessionária será indenizada por todos os investimentos realizados e não amortizados, podendo a fórmula para indenização ser objeto de aditivo contratual para melhor elucidação.*



Sugestão de resposta: é possível que o Poder Concedente avalie propostas de aprimoramento das cláusulas contratuais<sup>17</sup> (utilizando, inclusive, parâmetro que vem sendo utilizado nos últimos contratos celebrados pela Administração), reconhecendo-se a viabilidade jurídica de celebração de aditivos contratuais, desde que tais alterações atendam ao interesse público e não desnaturem as condições originalmente entabuladas para a contratação, o que, de todo modo, poderá ser melhor avaliado a partir de uma proposta concreta de aditamento contratual, em autos próprios.

Com essas considerações, submetemos à sua consideração com proposta de aprovação parcial do Parecer CJ/STM nº 64/2017.

SubG-Consultoria, 7 de Junho de 2017.

**Cristina M. Wagner Mastrobuono**

Subprocuradora Geral do Estado

Consultoria Geral

**Carlos Eduardo Teixeira Braga**

Subprocurador Geral do Estado Adjunto

Consultoria Geral

---

<sup>17</sup> Como mencionado no item 96 do Parecer CJ/STM nº 64/2017: “Nas mais recentes licitações levadas a efeito pelo Estado de São Paulo para a concessão de serviços públicos, a exemplo de editais publicados pela Artesp e, na própria Secretaria dos Transportes Metropolitanos, do edital de Concessão das Linhas 5 e 17 do Metrô/SP, foram previstas em contrato, para conferir maior segurança e previsibilidade a ambas as partes, os critérios contábeis que serão utilizados para apuração da parcela dos ativos ainda não amortizados e dos encargos e ônus que a Concessionária deverá suportar”.

**PROCESSO:** PROTOCOLADO - 029/2017

**INTERESSADO:** MITSUI&CO

**ASSUNTO:** CONTRATO DE CONCESSÃO Nº 015/2013, CELEBRADO EM 18.12.2013 ENTRE O ESTADO DE SÃO PAULO, POR MEIO DA STM, E A CONCESSIONÁRIA MOVE SÃO PAULO S.A. DA QUAL A MITSUI & CO. LTDA. (MITSUI) É UMA DAS ACIONISTAS.

1. Aprovo parcialmente o **Parecer CJ/STM nº 64/2017**, nos termos da manifestação da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

2. Restituam-se os autos para prosseguimento.

GPG, em 07 de junho de 2017.

**Elival da Silva Ramos**

Procurador Geral do Estado



## Parecer da Procuradoria Administrativa

**PROCESSO:** SGP 119738/2016 (GDOC 16847-1185968/2016)

**INTERESSADO:** DEPARTAMENTO DE PERÍCIAS MÉDICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - DPME

**PARECER:** PA nº 4/2018

**EMENTA:** INDENIZAÇÃO. Lei Estadual nº 14.984, de 12 de abril de 2013. Dúvidas suscitadas pelo órgão médico relativas aos critérios a serem adotados para enquadramento da invalidez permanente. A invalidez permanente parcial será aferida levando em consideração a perda, redução ou impotência funcional definitiva, total ou parcial, de membro ou órgão em virtude de lesão física, segundo os parâmetros da “Tabela para Cálculo da indenização em caso de invalidez permanente” estabelecido pela SUSEP, independentemente da capacidade laborativa do servidor. Artigo 11 da Circular SUSEP nº 302/2005 c.c. artigo 5º, II, do Decreto Estadual nº 59.532, de 13 de setembro de 2013. Pronunciamento do órgão médico oficial. Atribuição que não foi conferida exclusivamente ao Departamento de Perícias Médicas do Estado pela Lei Estadual nº 14.984/2013.

1. O protocolado partiu de consulta formulada pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado ao órgão jurídico que serve a pasta concernente à interpretação de dispositivos da Lei Estadual nº 14.984, de 12 de abril de 2013, e do Decreto Estadual nº 59.532, de 13 de setembro de 2013, em particular no que se refere aos critérios a serem adotados pelo órgão médico para enquadramento da invalidez permanente para fins de pagamento da indenização instituída pelo diploma em evidência (fls. 2/13).

2. Informa o interessado que emitiu o Comunicado DPME 28, publicado no DOE de 20/05/2014, o qual estabeleceu que as apurações “somente deverão ser encaminhadas para manifestação pelo DPME” se do laudo de aposentadoria por invalidez expedido pelo órgão médico “constar expressamente que a doença está incluída entre as classificadas no artigo 186 da Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990<sup>1</sup>” e a conclusão da apuração preliminar depender de pronunciamento do

---

1 O ato regulamentar refere-se ao parágrafo primeiro do art. 186 da Lei Federal nº 8.112/1990, segundo o qual:

interessado para apurar o nexo de causalidade. Afirma, contudo, que as diversas unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária estariam instando o órgão médico em expedientes nos quais os servidores não se encontrariam em processo de aposentadoria por invalidez, em desacordo ao comunicado expedido.

3. Ademais, aponta o órgão médico conflito técnico do ponto de vista médico pericial. Em que pesem os termos da norma regulamentar, a qual requer, “*no caso de invalidez permanente parcial, o grau de comprometimento da capacidade laborativa do militar ou servidor*” (art. 3º, III), assevera que a capacidade laborativa do segurado não é critério levado em consideração nas avaliações periciais dos seguros de vida em grupo contratados pela Administração, os quais têm por referência a “perda, redução ou a impotência funcional definitiva, total ou parcial, de um membro ou órgão em virtude de lesão física”, na forma da Tabela para Cálculo da Indenização da Invalidez Permanente aprovada pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP.

4. A Unidade Central de Recursos Humanos, por sua vez, e à vista da possibilidade facultada pelo legislador em “*contratar seguro de vida em grupo*”<sup>2</sup> para o pagamento da indenização, discorreu a respeito das principais coberturas de invalidez permanente à luz da Circular SUSEP nº 302, de 19 de setembro de 2005<sup>3</sup>, destacando, em especial, a distinção dos critérios para a caracterização da invalidez no âmbito da administração pública e nas seguradoras privadas. Salienta, assim, que “a aposentadoria por invalidez concedida por instituições oficiais de Previdência Social, assim como por órgãos do poder público e por outras instituições público-privadas, não caracteriza, por si só, para as seguradoras, quadro clínico incapacitante que comprove a invalidez funcional permanente e total por doença”.

5. O órgão central chamou a atenção, ainda, para o fato de as principais seguradoras não divulgarem a cobertura de invalidez por doença em seus planos, “e se o fazem divulgam apenas a invalidez funcional como opção ao consumidor”, finalizando que a “invalidez laborativa, de maior custo para as companhias, normalmente não é apresentada aos usuários”, sem descurar que a seguradora confiará à sua junta médica a palavra final quanto à avaliação da incapacidade do segurado.

6. Indagou, por fim, se o Departamento de Perícias Médicas do Estado poderia “celebrar termo de cooperação com as secretarias para que esses laudos, que

---

“*Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada*”.

2 Art. 1º, II, Lei Estadual nº 14.984/2013.

3 Que “Dispõe sobre as regras complementares de funcionamento e os critérios para operação das coberturas de risco oferecidas em plano de seguro de pessoas, e dá outras providências” (cópia às fls. 43/68 dos autos).

não se enquadrem nas hipóteses previstas no Comunicado DPME nº 28, possam ser realizados por Órgãos Médicos Oficiais destas Secretarias, ou mediante a contratação de terceiros”.

7. O criterioso **Parecer CJ/SPG nº 747/2016**<sup>4</sup> concluiu, à luz do diploma de regência da matéria, que o órgão médico poderá ser instado a se pronunciar, quando couber, em qualquer situação prevista no ordenamento, cabendo-lhe manifestar-se ora sobre “*a natureza do evento lesivo*” ora no tocante ao nexo causal a uma das hipóteses que ensejam o pagamento da indenização (art. 2º, § 1º, da Lei 14.984/2013). Asseverou, ainda, que a função regulamentar não pode extrapolar os parâmetros fixados pelo legislador, de modo que opinou ser desnecessária a avaliação do “*grau de comprometimento da capacidade laborativa do militar ou servidor*”, requisito trazido no art. 3º, III, do Decreto nº 59.532/2013. Assim, para o pagamento da indenização em caso de invalidez permanente parcial, deve o órgão médico avaliar somente “a seqüela do traumatismo relativa à perda, redução ou à impotência funcional definitiva, total ou parcial, de um membro ou órgão em virtude de lesão física, conforme previsto na tabela exarada pela SUSEP”. Por fim, assinalou ser o DPME o único órgão médico oficial do Estado de São Paulo, razão pela qual “somente com a alteração da Lei estadual nº 14.984/2013 é que a atribuição exclusiva do DPME, nesses casos, poderá ser alterada” (fls. 79/89).

8. O órgão jurídico entendeu por bem elevar toda a matéria discutida à consideração da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral que, por sua vez, determinou a oitiva desta Procuradoria Administrativa (fls. 92).

9. Para emissão de manifestação conclusiva, esta especializada considerou indispensável conhecer os termos de eventual contrato de seguro celebrado pela administração na forma autorizada pela Lei Estadual nº 14.984/2013, bem como as apurações preliminares em curso na pasta nas quais os órgãos jurídicos tenham concluído pela concessão do pagamento integral da indenização permanente total ou parcial (Parecer **PA nº 40/2017**, fls. 94/105).

10. Em resposta às diligências encarecidas, a Secretaria da Administração Penitenciária esclareceu que firmou contratos de seguros de vida e de acidentes pessoais a seus servidores até 31/12/2013, optando, a partir de então, pelo pagamento da indenização na forma do inciso I do artigo 1º da Lei nº 14.984/2013. Anexou, em cópias, dois expedientes instaurados com vistas a apurar o cabimento da indenização instituída pela referida lei, ainda inconclusivos no tocante ao enquadramento final da invalidez permanente (fls. 107/115).

**Feito o relato do essencial, opinamos.**

<sup>4</sup> De autoria da Procuradora do Estado CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES.

11. Como anteriormente registrado, questão de absoluta pertinência foi suscitada pelo órgão médico na questão relativa ao pagamento de indenização por morte ou invalidez permanente, total ou parcial, aos militares do Estado e aos servidores sujeitos ao Regime Especial de Trabalho Policial ou que exerçam atividades de risco em unidades da Secretaria da Administração Penitenciária, nas situações elencadas no art. 2º da Lei Estadual nº 14.984, de 12 de abril de 2013<sup>5</sup>.

12. A dúvida se instaura para os casos em que discutida a invalidez permanente.

13. Na hipótese de **invalidez permanente parcial**, diz o inciso II do artigo 5º do Decreto Estadual nº 59.532, de 13 de setembro de 2013, que o valor corresponderá à fração da totalidade da indenização<sup>6</sup>, “conforme o grau de comprometimento da capacidade laborativa”, cujo cálculo terá como base a “Tabela para Cálculo da indenização em caso de invalidez permanente, estabelecido pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP”.

14. Ora, como frisou o órgão médico, o principal critério da avaliação pericial utilizada pelo DPME é a capacidade laborativa do servidor, parâmetro este que não encontra guarida nas regras que regem as coberturas de risco oferecidas pelas seguradoras privadas para a caracterização da invalidez permanente que, nas hipóteses de invalidez por acidente, leva em consideração tão somente “a perda, redução ou impotência funcional definitiva, total ou parcial, de membro ou órgão por lesão física, causada por acidente pessoal coberto”<sup>7</sup>.

15. Nessa linha, a “Tabela para Cálculo da Indenização em Caso de Invalidez Permanente”, aprovada pela Circular SUSEP nº 29/1991<sup>8</sup> e transcrita às fls. 8/11. A perda total do uso de um dos pés, por exemplo, dá ensejo a 50% sobre a importância segurada (fls. 10), pouco importando a capacidade laborativa residual do servidor após a confirmação da invalidez.

16. A solução nos é fornecida pelo diploma legal. Prevê o art. 2º, III, da Lei Estadual nº 14.984/2013 que a indenização pode decorrer “em razão da função

5 Verbis: “**Artigo 2º** - As medidas de que trata o artigo 1º desta lei se restringirão à morte ou à invalidez que ocorrerem: **I** - em serviço; **II** - no deslocamento do militar ou do servidor até o seu local de trabalho; **III** - em razão da função pública, ainda que o evento causador da morte ou invalidez se dê após a passagem do militar ou do servidor à inatividade”.

6 No valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), cuja totalidade se destina às hipóteses de morte ou invalidez permanente total (art. 5º, I, Decreto Estadual nº 59.532/2013).

7 Cuida-se da definição da invalidez permanente **por acidente** trazida no artigo 11 da Circular SUSEP nº 302, de 19/9/2005 (fls. 45). Já a invalidez **laborativa** permanente total **por doença** é “aquela para a qual não se pode esperar recuperação ou reabilitação, com os recursos terapêuticos disponíveis no momento de sua constatação, para a atividade laborativa principal do segurado” (art. 15 da Circular SUSEP nº 302, de 19/9/2005, fls. 46).

8 Revogada pela Circular SUSEP nº 302/2005, muito embora mantida a vigência da referida tabela (art. 110).

pública, *ainda que o evento causador da morte ou invalidez se dê após a passagem do militar ou do servidor à inatividade*” (destacamos). Como consignado pela parecerista preopinante:

Ora, se existe a possibilidade de pagamento de indenização por evento causador de invalidez (permanente, total ou parcial) mesmo que este tenha ocorrido após a passagem do militar ou servidor para a **inatividade**, não há como (nem por que) medir, para os casos de invalidez permanente parcial, o “*grau de comprometimento da capacidade laborativa*”.

(Parecer CJ/SPG nº 747/2016, item 11.4)

17. Logo, parece-nos que o decreto regulamentar mais se refere à capacidade **funcional**, a ser aferida nos termos da tabela da SUSEP (artigo 5º, inciso II), do que propriamente à capacidade **laborativa** do servidor.

18. O parágrafo único do artigo 3º do Decreto Estadual nº 59.532/2013 parece reforçar tal ordem de ideias. Segundo esse dispositivo, a conclusão dos trabalhos da comissão apuradora<sup>9</sup> “**dispensa o pronunciamento de órgão médico oficial**, salvo se a conclusão depender de conhecimento especial de técnico, nos termos do inciso I do parágrafo único do artigo 420 do Código de Processo Civil<sup>10</sup>”. Ora, fosse necessário aferir-se o grau de comprometimento da capacidade **laborativa** do servidor, a comissão apuradora nunca poderia prescindir da opinião do órgão médico oficial, visto que invariavelmente seriam necessários conhecimentos especiais, inclusive acerca do trabalho desempenhado pelo servidor.

19. Logo, pensamos que a aparente contradição interna existente na norma regulamentar poderia ser solucionada tomando-se por “*capacidade laborativa*” aquela segundo os parâmetros estabelecidos pela SUSEP, isto é, a **invalidez permanente** assim compreendida “*a perda, redução ou impotência funcional definitiva, total ou parcial, de membro ou órgão por lesão física*” (art. 11 da Circular SUSEP nº 302/2005 c.c. art. 5º, II, do Decreto Estadual nº 59.532/2013).

20. Também compartilhamos a conclusão da Consultoria Jurídica de origem relativamente à inteligência a ser conferida ao parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 14.984/2013, *verbis*:

9 A instauração de apuração preliminar, de natureza meramente investigativa, terá por finalidade estabelecer: “I - se o evento lesivo relaciona-se a uma das hipóteses previstas nos incisos I a III do artigo 2º da Lei nº 14.984, de 12 de abril de 2013; II - se concorreu para o resultado conduta ilícita do militar ou servidor; III - no caso de invalidez permanente parcial, o grau de comprometimento da capacidade laborativa do militar ou servidor” (art. 3º do Decreto nº 59.532/2013).

10 Correspondente ao artigo 464, § 1º, I, do Novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015).



**Artigo 2º** - As medidas de que trata o artigo 1º desta lei se restringirão à morte ou à invalidez que ocorrerem:

**I** - em serviço;

**II** - no deslocamento do militar ou do servidor até o seu local de trabalho;

**III** - em razão da função pública, ainda que o evento causador da morte ou invalidez se dê após a passagem do militar ou do servidor à inatividade.

§ 1º - A natureza do evento lesivo e sua relação com uma das hipóteses indicadas no “caput” deste artigo, bem como o valor da indenização, serão estabelecidos em procedimento administrativo específico, de natureza simplesmente investigativa, colhendo-se, quando couber, o pronunciamento de órgão médico oficial.

(g.n.)

21. Assim, na linha do órgão jurídico, entendemos que o pronunciamento do órgão médico oficial será necessário quando o estabelecimento das condições que autorizam a indenização (especialmente a natureza do evento e sua relação com uma das hipóteses do *caput* do art. 2º da Lei 14.984/2013) depender de **conhecimentos específicos da área médica**. Nesta hipótese, o órgão médico oficial fornecerá, por meio de parecer, **subsídios** ao procedimento administrativo de natureza investigativa a que se refere o § 1º do art. 2º da Lei 14.984/2013.

22. Consignamos, contudo, nossa divergência no tocante ao entendimento de que seria o Departamento de Perícias Médicas do Estado (DPME) o único órgão médico oficial do Estado de São Paulo<sup>11-12</sup>, de modo que somente com a alteração da Lei Estadual nº 14.984/2013 é que poderia ser arredada a atribuição exclusiva do DPME para manifestar-se nesses casos (fls. 88).

23. De PLÁCIDO E SILVA registra que o termo oficial é “alusivo a tudo que vem de ofício ou promana da autoridade, do governo, ou do poder público”, sendo, pois, “indicativo da qualidade ou condição de pertencer ao poder público ou se derivar do poder público”<sup>13</sup>.

11 A propósito, o inciso VI do artigo 47 do Estatuto paulista elenca como requisito para a posse em cargo público o gozo de boa saúde, “*comprovada em inspeção realizada por órgão médico oficial do Estado*”. Fosse o DPME o único órgão médico oficial, não poderiam outras unidades oficiais realizarem tais inspeções, como autoriza o artigo 8º do Decreto nº 29.180/1988 (“*As perícias médicas para fins de posse e exercício em cargo ou função do serviço público civil do Estado serão realizados pelo D.P.M.E. e pelas unidades indicadas nos termos do artigo 7.º deste decreto*”).

12 Colhe-se da ementa do Parecer **PA nº 147/2008** (Parecerista Dr. MAURO DE MEDEIROS KELLER) que “O ato de concessão do benefício previsto no artigo 50 e parágrafos da Lei Complementar Estadual 207/79 produz efeitos retroativamente até a data da invalidez ou morte, e, como esse favor legal não pode, nos casos de incapacitação para o trabalho, ser usufruído por quem não esteja aposentado, a sua outorga não pode prescindir da oitiva do órgão competente para, nos termos do Decreto 29.180/88, comprovar a invalidez permanente do policial civil para fins de aposentadoria, ainda que lhe preexistia laudo de outro órgão oficial, a exemplo do Instituto Médico Legal” (grifamos).

13 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 11ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989, 4ª vol., p. 278.

24. Nessa esteira, compreende-se por órgão médico oficial, cada qual no âmbito de suas atribuições legais ou regulamentares, todos os órgãos médicos pertencentes à **rede oficial**<sup>14</sup>, como são exemplos o Centro Médico (CMed), órgão vinculado à Diretoria de Saúde da Polícia Militar (art. 4º, V, “a”, Decreto Estadual nº 62.103, de 13 de julho de 2016), ou o Instituto Médico Legal, órgão da Superintendência da Polícia Técnico-Científica, da Secretaria da Segurança Pública (Decreto Estadual nº 48.009, de 11 de agosto de 2003).

25. As atribuições às quais o DPME, por sua vez, está jungido estão fixadas em normas regulamentares, a exemplo do artigo 5º do Decreto Estadual nº 29.180, de 11 de novembro de 1988; artigo 2º do Decreto Estadual nº 30.559, de 3 de outubro de 1989; e o artigo 1º do Decreto Estadual nº 51.782, de 27 de abril de 2007, este último alterado pelo Decreto Estadual nº 62.030, de 17 de junho de 2016.

26. Logo, não havendo na Lei Estadual nº 14.984/2013 atribuição afeta exclusivamente ao DPME, a comissão apuradora poderá colher o pronunciamento de qualquer órgão médico oficial autorizado para esclarecer a natureza do evento e o nexo de causalidade com uma das hipóteses de indenização autorizadas pela lei, quando a conclusão dos trabalhos depender de conhecimento especial de técnico.

27. Das considerações expostas, concluímos que:

- (i) A invalidez permanente parcial será aferida levando em consideração a perda, redução ou impotência funcional definitiva, total ou parcial, de membro ou órgão em virtude de lesão física, segundo os parâmetros da “Tabela para Cálculo da indenização em caso de invalidez permanente” estabelecido pela SUSEP, independentemente da capacidade laborativa do servidor (art. 11 da Circular SUSEP nº 302/2005 c.c. art. 5º, II, do Decreto Estadual nº 59.532/2013);
- (ii) Não havendo na Lei Estadual nº 14.984/2013 atribuição afeta exclusivamente ao DPME, a comissão apuradora poderá colher o pronunciamento de qualquer órgão médico oficial para esclarecer a natureza do evento e o nexo de causalidade com uma das hipóteses de indenização autorizadas pela lei, quando a conclusão dos trabalhos depender de conhecimento especial de técnico (art. 3º, par. único, do Decreto Estadual nº 59.532/2013 c.c. art. 2º, § 1º, da Lei Estadual nº 14.984/2013).

---

14 Oportuno anotar que o artigo 17 do Decreto nº 29.180/1988 faz alusão ao termo “rede oficial” (“Artigo 17 - As perícias médicas destinadas a comprovar a invalidez total e permanente do funcionário ou servidor para qualquer cargo ou função pública serão realizadas no DPME ou nas unidades indicadas nos termos do artigo 7º e do § 3º do artigo 9º deste decreto, por Junta Médica constituída de, no mínimo, 3 (três) médicos da rede oficial”).

À elevada consideração superior.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

**Suzana Soo Sun Lee**

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 227.865

**PROCESSO:** SGP 119738/2016 (GDOC 16847-1185968/2016)

**INTERESSADO:** DEPARTAMENTO DE PERÍCIAS MÉDICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - DPME

**PARECER:** PA nº 4/2018

Por opção política do legislador estadual, a Lei nº 14.984/2013 não condicionou a indenização por invalidez permanente por ela autorizada às hipóteses de perturbação da capacidade *laborativa*. Como corretamente observado pelo Parecer PA nº 4/2018, a expressão “invalidez permanente, total ou parcial” empregada pelo artigo 1º do diploma legal admite, mais amplamente, a perda, a redução e a impotência *funcionais*, i.e. aqueles desarranjos definitivos concernentes a funções executadas por membros ou órgãos do corpo humano, tenham ou não reflexo sobre a aptidão do militar ou servidor público para o trabalho.

Também por esse motivo, respeitadas opiniões divergentes, é um equívoco relacionar o “pronunciamento do órgão médico” facultado pela mencionada lei à fala exclusiva do Departamento de Perícias Médicas do Estado. A competência que a este é atribuída com preeminência pelo Decreto nº 29.180/1988 é a de realizar perícias médicas destinadas a comprovar a invalidez total e permanente *para o exercício do cargo*, com vistas à concessão de *aposentadoria por invalidez* (arts. 5º, II e 17), não a de produzir toda e qualquer perícia médica que recaia sobre a higidez de agentes públicos.

De toda sorte, a discussão travada nos autos expõe a perplexidade da Administração diante da ausência de indicação clara, na legislação estadual, de quais órgãos médicos, dentre os oficiais, devem ser instados em cada caso na hipótese da parte final do §1º do art. 2º da Lei nº 14.984/2013. A persistir o problema, sem que haja entendimento entre as Secretarias de Estado e as repartições médicas que são apenas difusamente competentes, é **altamente recomendável** que a atividade administrativa seja organizada por decreto, quanto ao específico ponto. O mesmo ato normativo infralegal poderá operar a supressão da palavra “laborativa” do Decreto nº 59.532/2013 (arts. 3º, III, e 5º II), que, como visto, foi impropriamente empregada.

Por fim, mostra-se nulo e deve ser declarado inválido o Comunicado DPME nº 28, de 16/5/2014, transcrito a fls. 3 dos autos, por ter objetivado restringir a competência que foi indistinta e amplamente atribuída aos órgãos médicos oficiais pelo Decreto nº 59.232/2013.

Com estas observações, aprovo o **Parecer PA nº 4/2018**. Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

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

**Demerval Ferraz de Arruda Junior**

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

**PROCESSO:** SGP 119738/2016

**INTERESSADO:** DEPARTAMENTO DE PERÍCIAS MÉDICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - DPME

**ASSUNTO:** REF. A QUESTÕES RELACIONADAS À INSPEÇÃO MÉDICA EM RAZÃO DA EDIÇÃO DO DECRETO Nº 59.532/2013, QUE TRATA DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR MORTE E INVALIDEZ AOS SERVIDORES ESTADUAIS VINCULADOS ÀS SECRETARIAS DA SEGURANÇA PÚBLICA-SSP, DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA-SAP, E DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA-SJDC.

**PARECER:** PA nº 4/2018

1. Estou de acordo com o Parecer PA nº 4/2018, com os acréscimos da Chefia da Procuradoria Administrativa.
2. Ao Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

SubG-Consultoria, 23 de abril de 2018.

**Cristina M. Wagner Mastrobuono**

Subprocuradora Geral do Estado

Consultoria Geral

**PROCESSO:** SGP 119738/2016

**INTERESSADO:** DEPARTAMENTO DE PERÍCIAS MÉDICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - DPME

**ASSUNTO:** REF A QUESTÕES RELACIONADAS À INSPEÇÃO MÉDICA EM RAZÃO DA EDIÇÃO DO DECRETO Nº 59.532/2013, QUE TRATA DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR MORTE E INVALIDEZ AOS SERVIDORES ESTADUAIS VINCULADOS ÀS SECRETARIAS DA SEGURANÇA PÚBLICA-SSP, DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA-SAP, E DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA-SJDC.

1. Aprovo o **Parecer PA nº 4/2018**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.
2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 30 de abril de 2018.

**Juan Francisco Carpenter**  
Procurador Geral do Estado

## Consultoria

### 28) IAMSPE - INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PRESTAÇÃO DE ATENDIMENTO MÉDICO DOMICILIAR OU HOME CARE.

Decisões judiciais que atribuem à autarquia a obrigação de fornecer serviço de atendimento domiciliar à saúde (“home care”) a seus contribuintes e beneficiários. Inexistência de fundamento legal para impor à Secretaria da Saúde a transferência do ônus pelo cumprimento das condenações impostas ao IAMSPE. (Parecer PA 08/2018 – Aprovado peça Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 23 de abril de 2018)

### 29) CONSTITUCIONALIDADE. PRODUÇÃO E CONSUMO. PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE.

Lei nº 16.386/2016, do Município de São Paulo, que dispõe sobre a comercialização de carne pré-moída, autorizando o estabelecimento do comércio varejista de carnes a moer a carne e expor o produto à venda e a adquirir e expor à venda diretamente para o consumidor final a carne moída embalada em estabelecimentos industriais – Decreto Municipal nº 57.005/2016. Competência concorrente para legislar sobre produção, consumo, proteção e defesa da saúde (artigo 24, V e

XII, da CF/1988). Normas gerais estabelecidas na Instrução Normativa nº 83/2003, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, com fulcro na Lei Federal nº 1.283/1950 e no Decreto Federal nº 9.013/2017. Matéria regulada pelo Decreto-lei Estadual nº 211/1970 e pelo Decreto Estadual nº 12.342/1978. Inviável a prevalência da norma municipal em sentido contrário. Ofensa ao artigo 24, V e XII, da Constituição Federal, e ao artigo 144, da Constituição Estadual. Minuta de petição inicial de Ação Direta de Inconstitucionalidade a ser proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em face do artigo 1º, § 2º, da Lei nº 16.386/2016, do Município de São Paulo, com pedido de declaração parcial de inconstitucionalidade “sem redução de texto”. Precedente: Parecer PA nº 23/2017. ((Parecer PA 15/2018 – Aprovado peça Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 29/05/2018)

### 30) CONTAGEM DE TEMPO. SERVIDOR PÚBLICO.

Servidor afastado em virtude de requisição da Justiça Eleitoral. Exegese do artigo 9º da Lei Federal nº 6.999, de 7 de junho de 1982 à luz do princípio federativo. Somente o intervalo compreendido entre o início do trimestre anterior às eleições e a diplomação dos eleitos poderá ser considerado “serviço obri-



gatório por lei” (art. 78, V, do Estatuto paulista), de modo que apenas tal período, considerado de efetivo exercício, não ensejará interrupção da contagem do tempo de serviço para fins de concessão de licença-prêmio (art. 210, I, do Estatuto paulista). Precedentes: PA 125/2005, PA nº 459/2004, PA nº 27/2015, PA nº 48/2016 e PA nº 35/2017 ((Parecer PA 18/2018 – Aprovado peça Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 23 de abril de 2018)

**31) PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO A CARTÓRIO NÃO OFICIALIZADO, ANTES DO ADVENTO DA EC Nº 20/1998, COMO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA FINS DE APOSENTADORIA NO REGI-**

**ME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.** Possibilidade, nos termos do artigo 4º da EC nº 20/1998. Tempo qualificado como tempo de serviço para efeito de aposentadoria, pela legislação vigente à época do ingresso do servidor em cargo efetivo – artigo 135 da Constituição Estadual. Comprovação do tempo de serviço mediante certidão expedida pela Corregedoria Geral de Justiça, apenas. Desnecessária manifestação do IPESP acerca do recolhimento de contribuições à Carteira de Previdência das Serventias, no período. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 147/1997, 307/2001, 308/2001; Pareceres PA nº 78/2003, 136/2005, 173/2005, 173/2009, 58/2003 e 66/2003.( (Parecer PA 08/2018 – Aprovado peça Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 8 de maio de 2018)

## PRINCIPAIS JULGADOS DO STF

Elaborados com base nos informativos divulgados pelo Supremo Tribunal Federal

### PLENÁRIO<sup>1</sup>

#### DIREITO ADMINISTRATIVO – SERVIDORES PÚBLICOS

*ADI MC: Funpresp e data limite para adesão ao regime de previdência complementar*

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, indeferiu pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade que pretendia suspender a eficácia dos artigos 3º, § 7º, da Lei 12.618/2012 e 92 da Lei 13.328/2016, com vistas a afastar qualquer restrição temporal à opção pelo regime de previdência complementar.

A teor do disposto no § 16 do art. 40 da Constituição Federal (CF), o servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar somente será a ele vinculado por meio de prévia e expressa opção.

Com a instituição do regime de previdência da União, o legislador assinou o prazo de 24 meses a partir do início da sua vigência para que o servidor exerça o direito de escolha (Lei 12.618/2012, art. 3º, § 7º). Em 2016, o prazo foi postergado, sendo o término em 29.7.2018 (Lei 13.328/2016, art. 92).

O Colegiado observou que o Poder Executivo justificou a reabertura do período para a opção pelo novo regime, com adesão à Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp), diante do contexto trazido pela Medida Provisória 664, de 30.12.2014, convertida na Lei 13.135/2015. A legislação promoveu importantes mudanças tanto no Regime Geral de Previdência Social quanto no Plano de Seguridade Social dos Servidores Públicos Federais, com alterações na Lei 8.112/1990.

---

1 Brasília, 18 a 22 de junho de 2018 Nº 908  
Data de divulgação: 5 de julho de 2018

O deferimento da liminar representaria indevida manipulação de opção político-normativa do Parlamento. Ao Supremo Tribunal Federal (STF), à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, cabe exercer o papel de legislador negativo. É sua a relevante função de extirpar do ordenamento jurídico normas incompatíveis com a Lei Maior, devendo, exatamente por esse motivo, atuar com parcimônia.

Não há, sob o ângulo material ou formal, nenhum traço de incompatibilidade direta com a Constituição Federal. Quanto ao prazo, o conteúdo dos dispositivos revela legítima atuação parlamentar por meio da fixação de razoáveis balizas temporais ao exercício da opção franqueada aos servidores públicos.

Também foi rejeitada a argumentação de que se mantém o quadro de insegurança jurídica derivado da imposição de escolha, em caráter irrevogável e irreatável, pelo ingresso em regime de previdência que poderá vir a ser invalidado pelo STF. Acolher essa alegação subverteria o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos normativos.

Além da ausência de plausibilidade jurídica da pretensão, não se vislumbrou prejuízo decorrente do retardamento da decisão para os servidores que, tempestivamente, fizeram opção pelo ingresso em regime de previdência complementar, caso o Tribunal, no julgamento do mérito da ação direta, declare a inconstitucionalidade dos preceitos nela impugnados.

Na hipótese de vir a ser assentada a inconstitucionalidade da instituição de entidade fechada de previdência complementar de natureza pública, o cenário anterior deverá ser restaurado, com a devida reparação dos danos causados aos servidores públicos atingidos pelas normas eventualmente glosadas pelo STF.

Vencidos os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, que deferiram a cautelar. Consideraram presente o “*fumus boni iuris*”, porque o art. 93, VI<sup>(1)</sup>, da CF remete a disciplina da previdência dos magistrados à lei complementar de iniciativa do STF. O ministro Ricardo Lewandowski entendeu demonstrado, também, o “*periculum in mora*”, em razão da proximidade do prazo de opção.

<sup>(1)</sup> CF: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40; (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 1998)”

ADI 4885 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 27.6.2018. (ADI-4885)

## PLENÁRIO<sup>2</sup>

### DIREITO CONSTITUCIONAL – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

#### *ADI e providências diante de greve de servidores públicos*

O Plenário, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra o Decreto 4.264/1995, da Bahia, que dispõe sobre as providências a serem adotadas em caso de paralisação de servidores públicos estaduais a título de greve.

A norma impugnada determina aos secretários e dirigentes da Administração Pública direta: i) a convocação dos grevistas a reassumirem seus cargos; ii) a instauração de processo administrativo disciplinar; iii) o desconto em folha de pagamento dos dias de greve; e iv) a contratação temporária de servidores. Prevê, ainda, a exoneração dos ocupantes de cargo de provimento temporário e de função gratificada que participarem da greve.

Alegava-se ofensa aos artigos 9º <sup>(1)</sup>; 22, I <sup>(2)</sup> e 37, VII <sup>(3)</sup>, da Constituição Federal (CF).

O Tribunal considerou tratar-se de decreto de caráter autônomo, que disciplina, nos termos da competência reservada ao chefe do Poder Executivo pelo art. 84, IV <sup>(4)</sup>, da CF, as consequências — estritamente administrativas — do ato de greve dos servidores públicos e as providências a serem adotadas pelos agentes públicos no sentido de dar continuidade aos serviços públicos.

Observou que o decreto não cuida especificamente do direito de greve do servidor público, não regulamenta seu exercício e, ainda que o fizesse, essa matéria não está incluída entre aquelas tidas como de Direito do Trabalho, pois o vínculo do servidor com a administração pública não é de natureza trabalhista, mas estatutária.

A norma impugnada apenas prevê a instauração de processo administrativo para se apurar a participação do servidor na greve e as condições em que ela se deu, bem como o não pagamento dos dias de paralisação, o que está em consonância com a orientação fixada pela Corte no julgamento do MI 708. Nele, o Plenário determinou, até a edição da legislação específica a que se refere o art. 37, VII, da CF, a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às

<sup>2</sup> Brasília, 11 a 15 de junho de 2018 Nº 906  
Data de divulgação: 19 de junho de 2018

ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

No que se refere à possibilidade de contratação temporária excepcional [CF, art. 37, IX <sup>(5)</sup>] prevista no decreto, concluiu que o poder público baiano tem o dever constitucional de prestar serviços essenciais que não podem ser interrompidos, e que a contratação, no caso, foi limitada ao período de duração da greve e apenas para garantir a continuidade dos serviços. Ademais, a jurisprudência do STF reconhece a inconstitucionalidade da contratação temporária excepcional para admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes (ADI 2.987 e ADI 3.430).

Vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que julgaram procedente o pedido formulado.

Para o ministro Fachin, o decreto estadual é incoerente com a ordem constitucional, quer do ponto de vista formal, quer do material.

Isso porque o art. 37, VII, da CF requer lei específica. Mais do que estabelecer restrições ao exercício do direito de greve, a norma impugnada acaba por vedar a própria existência do direito de greve. Além disso, infringe o texto constitucional por estabelecer uma nova hipótese de contratação de trabalhador temporário pela administração.

Vencido, em parte, o ministro Roberto Barroso, que julgou parcialmente procedente o pedido para declarar inconstitucionais o inciso II do art. 1º e o art. 2º do decreto estadual, porque partem do pressuposto de que a greve é ilegítima, o que não corresponde ao atual entendimento da Corte.

<sup>(1)</sup> CF: “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.”

<sup>(2)</sup> CF: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

<sup>(3)</sup> CF: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;”

<sup>(4)</sup> CF: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”

<sup>(5)</sup> CF: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

ADI 1306/BA, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13.6.2017. (ADI-1306)

ADI 1335/BA, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13.6.2017. (ADI-1335)

## PLENÁRIO<sup>3</sup>

### DIREITO CONSTITUCIONAL – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

#### *ADI: ITCMD e Procuradoria Geral do Estado*

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é meio processual inadequado para o controle de decreto regulamentar de lei estadual.

As disposições legais sobre a forma de cobrança do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD) pela Procuradoria Geral do Estado e de sua intervenção em processos de inventário, arrolamento e outros de interesse da Fazenda Pública são regras de procedimento que não violam o Código de Processo Civil (CPC).

Com base nesses entendimentos, o Plenário, em conclusão de julgamento, não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade proposta em face da alínea “b”<sup>(1)</sup> do inciso I do art. 23 do Decreto 46.655/2002 do Estado de São Paulo. Além disso, por maioria, julgou improcedente pedido formulado contra os §§ 1º e 3º<sup>(2)</sup> do art. 10 e o art. 28<sup>(3)</sup> da Lei 10.705/2000 do Estado de São Paulo.

Prevaleceu o voto do ministro Alexandre de Moraes (relator).

De início, firmou a prejudicialidade da apontada ausência de procuração com poderes específicos para ajuizamento de ADI contra os referidos dispositivos. A exigência constitui vício sanável e houve a regularização da representação

<sup>3</sup> Brasília, 4 a 8 de junho de 2018 Nº 905  
Data de divulgação: 13 de junho de 2018

processual. Ademais, os legitimados listados na Constituição Federal detêm capacidade postulatória.

Consignou a inadequação da ação direta para apreciar dispositivo de decreto regulamentar. O Decreto 46.655/2002 interpreta a lei, não é autônomo.

Quanto aos preceitos da Lei 10.705/2000, considerou as normas eminentemente procedimentais, autorizadas pelo art. 24 da CF, que prevê a competência concorrente da União e dos Estados. A possibilidade de a Procuradoria Geral do Estado intervir e ser ouvida nos inventários, arrolamentos e outros feitos em nada atrapalha o processo.

Pela legislação federal, a Fazenda Pública não fica adstrita ao valor declarado no processo dos bens do espólio. Será sempre notificada e irá instaurar procedimento administrativo para verificar se aqueles valores estão corretos ou não.

A lei estadual dispõe que será instaurado o respectivo procedimento administrativo — como estabelece o CPC — se a Fazenda não concordar com o montante declarado ou atribuído a bem ou direito do espólio. Ponderou que, concordando com o valor, encerra-se “ab initio” qualquer procedimento administrativo.

Reputou constitucionais os §§ 1º e 3º do art. 10 por não afrontarem divisão de competência e terem finalidade de facilitação para o contribuinte, com vistas à celeridade da prestação jurisdicional. Acrescentou estarem inseridos também na competência concorrente em matéria tributária.

Por fim, salientou ser o art. 28 norma de organização administrativa. A esse respeito, rememorou precedente desta Corte segundo o qual os Estados possuem competência legislativa para organização administrativa, a fim de estabelecer aqueles que podem atuar dentro dos seus órgãos (ADI 1916/MS).

Vencidos os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que julgaram parcialmente procedente o pleito para assentar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados. Entenderam que o Estado inovou em matéria processual.

<sup>(1)</sup> Decreto 46.655/2002 do Estado de São Paulo: “Art. 23. Se o Fisco não concordar com os valores declarados, no mesmo prazo do artigo anterior, serão adotados os seguintes procedimentos: I - na hipótese de arrolamento: (...) b) o Procurador do Estado, mediante petição, discordará expressamente da expedição de alvará, formal de partilha ou carta de adjudicação, enquanto o débito não for liquidado;”

<sup>(2)</sup> Lei 10.705/2000 do Estado de São Paulo: “Art. 10. O valor do bem ou direito na transmissão “causa mortis” e o atribuído na avaliação judicial e homologado pelo Juiz. § 1º - Se não couber ou for prescindível a avaliação, o valor será o declarado pelo inventariante,

desde que haja expressa anuência da Fazenda, observadas as disposições do artigo 9º, ou o proposto por esta e aceito pelos herdeiros, seguido, em ambos os casos, da homologação judicial. (...) § 3º - As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial das quais resultem atos tributáveis.”

<sup>(3)</sup> Lei 10.705/2000 do Estado de São Paulo: “Art. 28. Compete à Procuradoria Geral do Estado intervir e ser ouvida nos inventários, arrolamentos e outros feitos processados neste Estado, no interesse da arrecadação do imposto de que trata esta lei.”

ADI 4409/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 6.6.2018. (ADI-4409)

## DIREITO TRIBUTÁRIO - TAXAS

### *Taxa de Fiscalização de Estabelecimentos e base de cálculo*

O Plenário iniciou julgamento de embargos de divergência em que se discute a legitimidade da base de cálculo da Taxa de Fiscalização de Estabelecimentos (TFE) instituída pela Lei 13.477/2002 do Município de São Paulo.

O ministro Dias Toffoli (relator) deu provimento aos embargos de divergência para cassar o acórdão embargado e prover o recurso extraordinário interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), a fim de restabelecer a sentença.

O relator afirmou que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem reiteradamente decidido que o princípio da capacidade contributiva se aplica às taxas, e que seu valor, por força da aplicação do princípio da justiça comutativa, deve guardar razoável proporção com os custos da atuação estatal subjacente. Assim, os princípios da capacidade contributiva e da justiça comutativa devem ser ponderados na fixação do valor das exações dessa espécie.

A TFE tem por fato gerador o desenvolvimento, no âmbito do poder de polícia, de atividades de controle, vigilância ou fiscalização do cumprimento da legislação municipal disciplinadora do uso e da ocupação do solo urbano, da higiene, da saúde, da segurança, dos transportes, da ordem ou da tranquilidade públicos relativamente aos estabelecimentos situados na municipalidade, bem como de atividades permanentes de vigilância sanitária. O exercício do poder de polícia subjacente à taxa tem forte relação com a área do estabelecimento fiscalizado.



Todavia, a Lei 13.477/2002 determinou que todo estabelecimento em que se exerça a atividade de correio está sujeito a um único valor a título de taxa de fiscalização, localização e funcionamento, a ser cobrado anualmente.

O diploma municipal não fez nenhuma distinção quanto ao tamanho dos estabelecimentos da ECT. Por essa razão, o relator asseverou que houve desvinculação do princípio da justiça comutativa.

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

ARE 906203 AgR-EDv/SP, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 6.6.2018. (ARE-906203)

## PLENÁRIO<sup>4</sup>

### DIREITO CONSTITUCIONAL - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

#### *Idade mínima para ingresso na educação infantil e no ensino fundamental*

O Plenário iniciou julgamento conjunto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e de Ação Declaratória de constitucionalidade (ADC) em que se discute a idade mínima para ingresso na educação infantil e no ensino fundamental.

Na ADC, na qual já proferidos os votos do ministro Edson Fachin (relator) e do ministro Alexandre de Moraes (Informativo 879), pretende-se o reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 24, II, 31 e 32, “caput”<sup>1</sup>, da Lei 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (LDB).

Na ADPF, questionam-se os artigos 2º, 3º e 4º da Resolução 6/2010 e dos artigos 2º e 3º da Resolução 1/2010, ambas da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE), que definem, respectivamente, as diretrizes operacionais para a matrícula no ensino fundamental e na educação infantil, e as diretrizes operacionais para a implantação do ensino fundamental de nove anos.

O ministro Roberto Barroso proferiu voto-vista na ADC, no sentido de julgar procedente o pedido, para declarar a constitucionalidade dos dispositivos

---

<sup>4</sup> Brasília, 21 a 25 de maio de 2018 Nº 903  
Data de divulgação: 30 de maio de 2018

analisados. Acompanhou o voto do ministro Fachin no tocante à declaração de constitucionalidade da LDB. Por outro lado, não o acompanhou na parte em que declarou a inconstitucionalidade da resolução do CNE. Para ele, é constitucional a exigência de seis anos de idade para o ingresso no ensino fundamental, cabendo ao Ministério da Educação a definição do momento em que o aluno deverá preencher o critério etário.

O ministro Barroso se referiu ao critério da capacidade institucional e observou que a resolução do CNE é respaldada por parecer do Conselho Federal de Psicologia. Entendeu que, em questões técnico especializadas, se a decisão do órgão competente for razoável e devidamente justificada, o Poder Judiciário deve ter, em relação a ela, uma atitude de deferência e de autocontenção. Ou seja, como regra geral, o Judiciário deve respeitar as escolhas políticas tomadas pelo Legislativo e as decisões técnicas tomadas pelos órgãos especializados competentes, não cabendo a elas se sobrepôr, salvo no caso de usurpação de competência, inobservância de devido processo legal ou manifesta falta de razoabilidade da decisão.

Considerou o impacto de eventual decisão do Tribunal sobre a base nacional comum curricular, a qual, aprovada com muita dificuldade e depois de longuíssima discussão, é apontada, pela maioria dos educadores, como um avanço expressivo em matéria de educação. Se a maioria das crianças passar a ingressar no ensino fundamental não mais com seis, mas com cinco anos de idade, será preciso mudar a base nacional comum curricular, haja vista a capacidade emocional, de aprendizado e de se submeter a uma avaliação.

Além disso, com a alteração na idade de ingresso, é provável, ainda, que a maior parte dos alunos do primeiro ano do ensino fundamental tenha cinco anos de idade. Em sede de jurisdição constitucional abstrata, não é possível avaliar se essa mudança pode ser realizada sem que se comprometa a estrutura de ensino.

O ministro afirmou, também, que a data de corte fixada pelo Ministério da Educação é a que atende ao melhor interesse da criança, princípio consagrado no art. 227 da Constituição Federal, na medida em que preserva a infância e o regular desenvolvimento da criança que ainda não completou seis anos de idade. A escolha pelo dia 31 de março, mês em que normalmente se iniciam as aulas no ensino fundamental, tem por objetivo evitar que crianças com cinco anos de idade ingressem no ensino fundamental ainda sem a maturidade e o desenvolvimento suficientes para serem, inclusive, avaliadas.

Apresentou, por fim, um argumento de ordem semântica a corroborar essa interpretação. Para o ministro, ao se determinar a idade de seis anos para o ingresso no ensino fundamental, na linguagem comum, coloquial, se está a referir a uma idade já completada.

Relativamente à ADPF, o ministro Luiz Fux (relator) leu o relatório. Em seguida, após as sustentações orais, o julgamento foi suspenso.

- <sup>(1)</sup> Lei 9.394/1996: “Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns (...) II - a classificação em qualquer série ou etapa, exceto a primeira do ensino fundamental, pode ser feita: a) por promoção, para alunos que cursaram, com aproveitamento, a série ou fase anterior, na própria escola; b) por transferência, para candidatos procedentes de outras escolas; c) independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino”. (...) Art. 31. A educação infantil será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: I - avaliação mediante acompanhamento e registro do desenvolvimento das crianças, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental; II - carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuída por um mínimo de 200 (duzentos) dias de trabalho educacional; III - atendimento à criança de, no mínimo, 4 (quatro) horas diárias para o turno parcial e de 7 (sete) horas para a jornada integral; IV - controle de frequência pela instituição de educação pré-escolar, exigida a frequência mínima de 60% (sessenta por cento) do total de horas; V - expedição de documentação que permita atestar os processos de desenvolvimento e aprendizagem da criança. Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (...) .”
- <sup>(2)</sup> Resolução 6/2010: “Art. 2º Para o ingresso na Pré-Escola, a criança deverá ter idade de 4 (quatro) anos completos até o dia 31 de março do ano que ocorrer a matrícula. Art. 3º Para o ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental, a criança deverá ter idade de 6 (seis) anos completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula. Art. 4º As crianças que completarem 6 (seis) anos de idade após a data definida no artigo 3º deverão ser matriculadas na Pré-Escola.”
- <sup>(3)</sup> Resolução 1/2010: “Art. 2º Para o ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental, a criança deverá ter 6 (seis) anos de idade completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula. Art. 3º As crianças que completarem 6 (seis) anos de idade após a data definida no artigo 2º deverão ser matriculadas na Pré-Escola.”

ADPF 292/DF, rel. Min. Luiz Fux e ADC 17/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 25.5.2018. (ADPF-292) (ADC-17)

## PRIMEIRA TURMA<sup>5</sup>

### PROCESSO CIVIL – RECLAMAÇÃO

#### *Cabimento de reclamação e precedente de repercussão geral*

A Primeira Turma iniciou julgamento de agravo regimental em reclamação na qual se discute o cabimento desse instrumento processual no caso de aplicação errônea de precedente do Supremo Tribunal Federal (STF) firmado na sistemática da repercussão geral.

Ao julgar improcedente o agravo interno, o ministro Marco Aurélio (relator) manteve decisão monocrática que admitiu reclamação interposta de decisão que aplicou indevidamente, nos autos de recurso extraordinário, precedente do STF fixado em repercussão geral. Para o ministro, a reclamação será cabível quando esgotada a jurisdição na origem, considerado o julgamento de agravo local.

Após o voto da ministra Rosa Weber acompanhando o relator, o ministro Luiz Fux pediu vista dos autos.

Rcl 26874 AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29.5.2018. (Rcl-26874)

## SEGUNDA TURMA

### DIREITO TRIBUTÁRIO – PRESCRIÇÃO

#### *Prazo prescricional e tributo declarado inconstitucional - 2*

A Segunda Turma, por maioria, conheceu de agravo para dar provimento a recurso extraordinário em que se discute o termo inicial do prazo prescricional para postular restituição de valores pagos a título de cota de contribuição do café, tributo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) <sup>(1)</sup> sem modulação de efeitos <sup>(2)</sup> (Informativo 899).

---

5 Brasília, 28 de maio a 1º de junho de 2018 Nº 904  
Data de divulgação: 07 de junho de 2018

Quando do ajuizamento da ação, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendia que o prazo prescricional tinha início a partir da data da declaração de inconstitucionalidade da exação pelo STF no controle concentrado, ou de resolução do Senado Federal (SF), no controle difuso.

Essa foi a orientação utilizada pelo tribunal de origem para superar a arguição de prescrição e declarar a incompatibilidade da cota de contribuição do café, determinando a restituição dos valores indevidamente recolhidos.

Em momento posterior, o STJ promoveu revisão abrupta de sua jurisprudência para considerar que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o transcurso do prazo prescricional ocorre a partir do recolhimento indevido, independentemente do STF ou do SF (REsp 435.835/SC).

Esse novel entendimento foi aplicado pelo Tribunal Superior no julgamento do recurso especial para reformar o aresto de segundo grau e julgar prescrito o direito à devolução. O recurso extraordinário foi interposto contra esse acórdão.

Para o colegiado, no entanto, a aplicação imediata de novo entendimento do STJ aos processos em curso representa retroação da regra de contagem do prazo prescricional às pretensões já ajuizadas, em afronta ao princípio da segurança jurídica e aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, sobre os quais se assenta o próprio Estado Democrático de Direito.

A modificação na jurisprudência em matéria de prescrição não pode retroagir para considerar prescrita pretensão que não o era à época do ajuizamento da ação, em respeito ao posicionamento anteriormente consolidado.

Toda inflexão jurisprudencial que importe restrição a direitos dos cidadãos deve observar certa regra de transição para produção de seus efeitos, levando em consideração os comportamentos então tidos como legítimos, porquanto praticados em conformidade com a orientação prevalecente, em homenagem aos valores e princípios constitucionais. Com base nesse entendimento, restabeleceu o acórdão de segundo grau que, diante da ausência de prescrição, reconheceu o direito à restituição.

Vencidos os ministros Gilmar Mendes (relator) e Edson Fachin, que negaram provimento ao recurso, ao argumento de que a questão relativa à prescrição repetitória de tributos declarados inconstitucionais possui viés nitidamente infraconstitucional. A alegada ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa ou indireta, pois o STJ analisou e interpretou apenas a legislação federal [CTN, art. 168 <sup>(3)</sup>]. Não cabe à Suprema Corte fiscalizar a jurisprudência do STJ em matéria infraconstitucional para apreciar a tese de que a alteração jurisprudencial teria trazido efeitos concretos prejudiciais ao contribuinte.

<sup>(1)</sup> RE 408.830/ES, DJ de 4.6.2004.

<sup>(2)</sup> RE 546.649/PR, DJe de 12.3.2015.

<sup>(3)</sup> Código Tributário Nacional: “Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”

ARE 951533/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o ac. acórdão o Min. Dias Toffoli, julgamento em 12.6.2018. (ARE-951533).

Sessões	Ordinárias	Extraordinárias	Julgamentos		Julgamentos por meio eletrônico*
			Em curso	Finalizados	
Pleno	13.6.2018	14.6.2018	2	24	88
1ª Turma	12.6.2018	—	1	38	125
2ª Turma	12.6.2018	—	4	6	109

\* Emenda Regimental 51/2016-STF. Sessão virtual de 8 a 14 de junho de 2018.

## PRINCIPAIS JULGADOS DO STJ<sup>6</sup>

Elaborado com base no informativo divulgado pelo Superior Tribunal de Justiça

### CORTE ESPECIAL

**PROCESSO** EREsp 1.134.446-MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, por unanimidade, julgado em 21/03/2018, DJe 04/04/2018

**RAMO DO DIREITO** DIREITO CIVIL, DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**TEMA** Demanda possessória entre particulares. Oposição pelo ente público. Defesa incidental do domínio e da posse de bem público. Possibilidade.

### DESTAQUE

Em ação possessória entre particulares é cabível o oferecimento de oposição pelo ente público, alegando-se incidentalmente o domínio de bem imóvel como meio de demonstração da posse.

### INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Inicialmente cumpre salientar que o acórdão embargado entendeu que “em Ação Possessória não se admite oposição, mesmo que se trate de bem público, porque naquela discute-se a posse do imóvel e nesta, o domínio”. Já o acórdão paradigma “entendeu ser possível a oposição por entre público quando pende demanda possessória entre particulares, na medida em que o fundamento da oposição é a posse do Estado sobre o imóvel, sendo a discussão sobre o domínio apenas incidental quando se trata de bem público”. Sobre o tema, a interpretação literal do art. 923 do CPC/1973 (atual art. 557 do CPC/2015) no sentido de que, pendente ação possessória, é vedada discussão fundada no domínio parece, ao menos em certa medida, conflitar com a garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição da República). Efetivamente, não se poderia conceber que o Poder Público, sendo titular do direito de exercício da posse sobre bem público, possa ser impedido de postular em juízo a observância do direito, simplesmente pelo fato de que particulares se anteciparam a - entre eles - discutirem a posse. Com o fim de se encontrar para os dispositivos legais supra-mencionado uma interpretação que não conflite com garantias constitucionais, é

---

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

preciso compreender de forma restrita, não ampliativa a proibição do art. 923 do CPC/1973 de se “propor ação de reconhecimento do domínio”. Não há proibição em tal preceito normativo de se alegar incidentalmente o domínio em demanda possessória. É certo que a oposição tem natureza jurídica de ação, de modo que se poderia argumentar que o ajuizamento de oposição em demanda possessória consistiria precisamente na proibição formulada no art. 923 do CPC/1973. Contudo, não se pode admitir que a literalidade do referido preceito legal possa inviabilizar a prestação de tutela jurisdicional para a defesa da posse de bens públicos pelo titular do direito material disputado. O fato de a parte não ser titular do domínio não importa necessariamente a sucumbência na demanda possessória (como decorria da literalidade do revogado art. 505 do CC/1916). Nos termos do atual art. 1.210, parágrafo 2º, do CC/2002, a alegação de domínio, embora não garanta por si só a obtenção de tutela possessória, pode ser formulada incidentalmente com essa finalidade.

**PROCESSO** REsp 687.113-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, por unanimidade, julgado em 05/04/2018, DJe 18/04/2018

**RAMO DO DIREITO** DIREITO TRIBUTÁRIO

**TEMA** ICMS. Substituição tributária progressiva ou para frente. Cláusula de restituição do excesso. Base de cálculo presumida. Base de cálculo real. Restituição da diferença. Juízo de retratação.

## **DESTAQUE**

Em adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

## **INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR**

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em juízo de retratação (art. 1.040, II, do CPC/2015), reformou decisão antes proferida, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.849-MS, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 31/03/2017, fixou a tese de que “é devida a restituição da



diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

### SÚMULA N. 611

Desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é permitida a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, em face do poder-dever de autotutela imposto à administração. **Primeira Seção, aprovada em 09/05/2018, DJe 14/05/2018.**

### RECURSOS REPETITIVOS

**PROCESSO** REsp 1.682.836-SP, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 25/04/2018, DJe 30/04/2018 (Tema 766)

**RAMO DO DIREITO** DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**TEMA** Direito à saúde. Demandas com beneficiários individualizados. Entes federativos no polo passivo. Legitimidade do Ministério Público. Direito individual indisponível. Art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Aplicabilidade. Tema 766.

### DESTAQUE

O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

### INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Anote-se, inicialmente que a fronteira para se discernir a legitimidade do órgão ministerial diz respeito à disponibilidade, ou não, dos direitos individuais debatidos. É que, tratando-se de direitos individuais disponíveis e não havendo uma lei específica autorizando, de forma excepcional, a atuação do Ministério Público (como no caso da Lei n. 8.560/1992), não se pode falar em legitimidade de sua atuação. Todavia, se se tratar de direitos indisponíveis, a legitimidade ministerial já decorreria da redação do próprio art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei

Orgânica Nacional do Ministério Público). Portanto, a discussão a ser travada neste feito direciona-se para a definição de indisponibilidade, ou não, do direito à saúde. Com efeito, a disciplina desse direito encontra na jurisprudência pátria a correspondência com o próprio direito à vida, de forma que a característica da indisponibilidade do direito já decorreria dessa premissa. O entendimento firmado acima, no que concerne à delimitação do direito à saúde como direito individual indisponível, com base na interpretação do conjunto de regras legais acerca da matéria, se encontra albergado no âmbito de decisões do Supremo Tribunal Federal (RE 407.902-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 28/8/2009). Assim, inexistente violação dos dispositivos dos arts. 1º, V, e 21 da Lei n. 7.347/1985, bem como do art. 6º do CPC/1973, uma vez que a atuação do Ministério Público, em demandas de saúde, tem assento na indisponibilidade do direito individual.

## PRIMEIRA SEÇÃO

<b>PROCESSO</b>	PUIL 413-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, por unanimidade, julgado em 11/04/2018, DJe 18/04/2018
<b>RAMO DO DIREITO</b>	DIREITO ADMINISTRATIVO
<b>TEMA</b>	Adicional de Insalubridade. Reconhecimento pela Administração. Retroação dos efeitos do laudo pericial. Impossibilidade.

## DESTAQUE

O termo inicial do adicional de insalubridade a que faz jus o servidor público é a data do laudo pericial.

## INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A questão controvertida trata sobre a possibilidade ou não de estender o pagamento do adicional de insalubridade ao servidor em período anterior à formalização do laudo pericial. Nos termos do art. 14, § 4º, da Lei n. 10.259/2001, o Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (PUIL) é cabível quando a orientação acolhida pela Turma Nacional de Uniformização - TNU, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, como na hipótese. O artigo 6º do Decreto n. 97.458/1989, que regulamenta a concessão dos adicionais de insalubridade, estabelece textualmente que “[a] execução do pa-

gamento somente será processada à vista de portaria de localização ou de exercício do servidor e de portaria de concessão do adicional, bem assim de laudo pericial, cabendo à autoridade pagadora conferir a exatidão desses documentos antes de autorizar o pagamento.” O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que “o pagamento de insalubridade está condicionado ao laudo que prova efetivamente as condições insalubres a que estão submetidos os Servidores. Assim, não cabe seu pagamento pelo período que antecedeu a perícia e a formalização do laudo comprobatório, devendo ser afastada a possibilidade de presumir insalubridade em épocas passadas, emprestando-se efeitos retroativos a laudo pericial atual” (REsp 1.400.637-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/11/2015).

## **INFORMATIVO N. 0625 PUBLICAÇÃO: 1º DE JUNHO DE 2018.**

### **RECURSOS REPETITIVOS**

**PROCESSO** REsp 1.614.874-SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 11/04/2018, DJe 15/05/2018 (Tema 731)

**RAMO DO DIREITO** DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITO DO TRABALHO

**TEMA** Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. Correção Monetária. Taxa Referencial (TR). Substituição do índice. Impossibilidade. Natureza não contratual. Regramento próprio. Tema 731.

### **DESTAQUE**

A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice.

### **INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR**

Discute-se a possibilidade, ou não, de a Taxa Referencial TR ser substituída como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS por outro que melhor reponha as perdas decorrentes da inflação. Inicialmente, observe-se que diferentemente das cadernetas de poupança, regidas por contrato, o FGTS não tem natureza contratual, na medida em que decorre de lei todo o seu disciplinamento, ostentan-

do natureza estatutária. Portanto, é vedado ao Poder Judiciário substituir índice de correção monetária estabelecido em lei. Ainda devem ser realçadas questões de política econômica que pairam sobre a destinação do FGTS que, além de servir de indenização aos trabalhadores, possui a finalidade de fomentar políticas públicas. Portanto, pode ser definido como um fundo de natureza financeira e que ostenta característica de multiplicidade. Esse caráter institucional do FGTS não gera o direito, aos fundistas, de eleger o índice de correção monetária que entendem ser mais vantajoso. Por fim, tendo o legislador estipulado a TR como o índice legal de remuneração das contas vinculadas ao FGTS, não pode tal índice ser substituído por outro simplesmente sob a alegação da existência de outros índices que melhor repõem as perdas decorrentes do processo inflacionário, porque tal providência está claramente inserida no âmbito de atuação do Poder Legislativo, e a atuação do Poder Judiciário só estaria legitimada se houvesse vácuo legislativo ou inércia, sob pena de vulnerar o princípio da separação dos poderes.

## **INFORMATIVO N. 0626 PUBLICAÇÃO: 15 DE JUNHO DE 2018.**

### **SEGUNDA SEÇÃO**

**PROCESSO** EREsp 1.290.283-GO, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, por maioria, julgado em 11/04/2018, DJe 22/05/2018

**RAMO DO DIREITO** DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**TEMA** Embargos infringentes (CPC/1973). Divergência qualificada manifestada apenas no acórdão dos embargos de declaração. Cabimento.

### **DESTAQUE**

São cabíveis embargos infringentes quando a divergência qualificada se manifesta nos embargos de declaração opostos ao acórdão unânime da apelação que reformou a sentença.

### **INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR**

Inicialmente cumpre salientar que o acórdão embargado, proferido pela Quarta Turma, considerou inadmissível a oposição de embargos infringentes quando a sen-

tença é reformada por maioria, mas os embargos de declaração são rejeitados por maioria, enquanto o acórdão paradigma, proferido pela Terceira Turma, admitiu a apresentação dos infringentes na hipótese em que a divergência surge no julgamento dos aclaratórios. A questão era deveras controvertida, porém não se repetirá nos atos processuais realizados na vigência do Novo Código de Processo Civil, haja vista a ausência de previsão legal dos embargos infringentes. Sobre o tema, a doutrina entende que “como o aresto proferido no recurso de declaração integra o acórdão embargado, é possível concluir pela existência de julgamento indireto da apelação e da ação rescisória”. Desse modo, o voto vencido proferido no julgamento dos embargos de declaração integram o acórdão da apelação, e, estando preenchidos os demais pressupostos recursais, deve-se reconhecer a possibilidade de oposição dos embargos infringentes. Ademais, a jurisprudência consolidada desta Corte Superior consagra não ser necessária a completa identidade entre sentença e voto vencido, sendo suficiente que a voz vencida confirme o resultado do aresto singular, mediante os mesmos ou diversos fundamentos. Dessa forma, esse recurso tinha por escopo o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, viabilizando à parte, inconformada com o pronunciamento judicial desfavorável não dotado de uniformidade, a busca da solução da divergência instaurada no âmbito do próprio Tribunal.

**PROCESSO** RMS 53.989-SE, Rel. Min. Gurgel de Faria, por unanimidade, julgado em 17/04/2018, DJe 23/05/2018

**RAMO DO DIREITO** DIREITO TRIBUTÁRIO

**TEMA** Contribuinte inadimplente. Enquadramento na condição de “inapto”. Sanção política. Impossibilidade.

## **DESTAQUE**

O Estado não pode adotar sanções políticas para constranger o contribuinte ao pagamento de tributos em atraso.

## **INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR**

Inicialmente, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 565.048-RS, DJe 09/10/2014, submetido ao rito da repercussão geral, firmou o entendimento de que o Estado não pode adotar sanções políticas, que se caracterizam pela utilização de meios de coerção indireta que impeçam ou dificultem o exercício da atividade econômica para constranger o contribuinte ao pagamento de tributos em atraso, estando o ente público vinculado ao procedimento de execução

fiscal para a cobrança de seus créditos, no qual é assegurado ao devedor o devido processo legal. No caso analisado, contribuinte impetrou mandado de segurança com o objetivo de cancelar inscrição de seu nome comercial em cadastro de inadimplentes perante a Fazenda Estadual, que o enquadrara na situação de “contribuinte inapto”. Com base na legislação estadual de regência, essa classificação não representa mero “diferencial terminológico” a orientar o trabalho da fiscalização, uma vez que, notadamente no tocante às operações interestaduais, cujo o recolhimento do ICMS se realiza por meio de denominada “antecipação tributária”, traz consigo regra própria de responsabilização tributária para o transportador, procedimento diferenciado para recolhimento do imposto e até mesmo majoração direta da carga tributária, com o estabelecimento de maior percentual de margem de valor agregado em comparação com o contribuinte apto. Ponderados esses elementos, fica evidenciado que a inscrição de empresa no rol de contribuintes considerados inaptos pelo Fisco Estadual configura um meio de coerção indireta para cobrança dos débitos inscritos na dívida ativa, pois implica tratamento tributário diferenciado que dificulta o exercício da atividade econômica, inclusive com o indevido aumento da carga tributária, sendo, assim, clara a sanção política, não admitida pela Constituição Federal, conforme o decidido pela Suprema Corte, nos autos do citado RE 565.048/RS.

## INFORMATIVO N. 0627 PUBLICAÇÃO: 29 DE JUNHO DE 2018.

**PROCESSO** REsp 1.653.413-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, por unanimidade, julgado em 05/06/2018, DJe 08/06/2018

**RAMO DO DIREITO** DIREITO CIVIL

**TEMA** Ação indenizatória. Danos morais decorrentes de colisão de veículos. Acidente sem vítima. Dano moral *in re ipsa*. Afastamento.

### DESTAQUE

Os danos decorrentes de acidentes de veículos automotores sem vítimas não caracterizam dano moral *in re ipsa*.

### INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A jurisprudência do STJ, em casos específicos, concluiu pela possibilidade de compensação de danos morais independentemente da demonstração de dor,

traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Todavia, a caracterização do dano moral *in re ipsa* não pode ser elástica a ponto de afastar a necessidade de sua efetiva demonstração em qualquer situação. Isso porque ao assim proceder se estaria a percorrer o caminho diametralmente oposto ao sentido da despatrimonialização do direito civil, transformando em caráter meramente patrimonial os danos extrapatrimoniais e fomentando a já bastante conhecida “indústria do dano moral”. Nesse sentido é importante assinalar que, em casos de acidente automobilístico sem vítima, não há *a priori* a configuração de dano moral. Ao contrário, em casos tais, o comum é que os danos não extrapolem a esfera patrimonial e ensejem indenização por danos materiais, eventualmente, sob as modalidades de lucros cessantes e ressarcimento de despesas correlacionadas. De outro prisma, certamente haverá casos em que as circunstâncias que o envolvem apontem para um dano que extrapole os limites do mero aborrecimento e que, portanto, deverão ser compensados por meio de indenização que logre realizar o princípio do ressarcimento integral da vítima. Nota-se, portanto, que o dano moral decorrente de acidente de trânsito não corresponde ao dano *in re ipsa* por vezes reconhecido nesta Corte Superior.

**PROCESSO** REsp 1.447.247-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 19/04/2018, DJe 04/06/2018

**RAMO DO DIREITO** DIREITO CIVIL

**TEMA** Cláusula penal. Controle judicial. Norma de ordem pública. Redução de ofício. Possibilidade.

## **DESTAQUE**

Constatado o caráter manifestamente excessivo da cláusula penal contratada, o magistrado deverá, independentemente de requerimento do devedor, proceder à sua redução.

## **INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR**

A cláusula penal, em que pese ser elemento oriundo de convenção entre os contratantes, sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio deles, porquanto o atual Código Civil introduziu normas de ordem pública, imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma

das partes. A redução da cláusula penal pelo magistrado deixou de traduzir uma faculdade restrita às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação e passou a consubstanciar um poder/dever de coibir os excessos e os abusos que venham a colocar o devedor em situação de inferioridade desarrazoada. Nesse sentido, é o teor do Enunciado 356 da IV Jornada de Direito Civil, o qual dispõe que “nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício”. Do mesmo modo, o Enunciado 355 da referida Jornada consigna que as partes não podem renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer uma das hipóteses previstas no artigo 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública.

**PROCESSO** RHC 94.288-RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018

**RAMO DO DIREITO** DIREITO PENAL

**TEMA** Crime tributário. Constituição definitiva do crédito. Justa causa presente. Súmula Vinculante 24. Juntada do procedimento tributário. Desnecessidade. Eventuais irregularidades. Discussão na sede própria.

## DESTAQUE

Para o início da ação penal, basta a prova da constituição definitiva do crédito tributário (Súmula Vinculante 24), sendo desnecessária a juntada integral do procedimento administrativo fiscal correspondente.

## INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Cumprir informar, de início, que a materialidade dos crimes listados no art. 1º, inciso I a IV, da Lei n. 8.137/1990 apenas se verifica com a constituição definitiva do crédito tributário, situação que ocorre por meio do procedimento tributário devidamente instaurado. Assim, o Direito Penal apenas passa a ter lugar após verificada a adequada tipicidade da conduta imputada. Nesse contexto, não se revela indispensável a juntada dos documentos tributários, mas apenas a comprovação da constituição definitiva do crédito tributário. Eventual desconstituição do que foi averiguado tributariamente não pode ser feito no juízo criminal, cabendo ao recorrente se valer dos meios próprios para tanto. Em suma: a) para o início da ação penal, basta a prova da constituição definitiva do crédito tributário



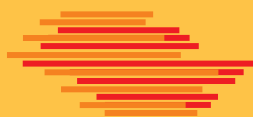
(Súmula Vinculante 24), não sendo necessária a juntada integral do Procedimento Administrativo Fiscal – PAF correspondente; b) a validade do crédito fiscal deve ser examinada no juízo cível, não cabendo à esfera penal nenhuma tentativa de sua desconstituição; c) caso a defesa entenda que a documentação apresentada pelo parquet é insuficiente e queira esmiuçar a dívida, pode apresentar cópia do referido PAF ou dizer de eventuais obstáculos administrativos; e d) se houver qualquer obstáculo administrativo para o acesso ao procedimento administrativo fiscal respectivo, a parte pode sugerir ao Juiz sua atuação até mesmo de ofício, desde que aponte algum prejuízo à defesa, que possa interferir na formação do livre convencimento do julgador.



editoração, impressão e acabamento

**imprensaoficial**

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE  
PROCURADORIA GERAL  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

