

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

JULHO/AGOSTO 2017

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado

Elival da Silva Ramos

Procurador Geral do Estado Adjunto

José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Sílvia Helena Furtado Martins

Subprocurador Geral da Consultoria

Cristina Margarete Wagner Mastrobuono

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Fernando Franco

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Maria Lia Pinto Porto Corona

Corregedor Geral

Sergio Seiji Itikawa

Ouidoria

Lucia de Faria Freitas

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Fernando Franco, Maria Lia Pinto Porto Corona, Sergio Seiji Itikawa, Mariângela Sarrubbo Fragata, Anna Cândida Alves Pinto Serrano, 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

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck,

Joyce Sayuri Saito, Valter Farid Antonio Junior

Escola Superior da PGE

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Coordenador Geral

Fábio André Uema Oliveira

Comissão Editorial

Presidência

Mariângela Sarrubbo Fragata

Secretária Executiva

Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Américo Andrade Pinho, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Rafael Carvalho de Fassio, Sérgio de Castro Abreu

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) 3286-7016/7009. Homepage: www.pge.sp.gov.br E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

Rua da Mooca, 1.921 – Mooca

03103-902 – São Paulo – SP – Brasil

sac 0800 01234 01

www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 300 exemplares

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

<i>Editorial</i>	7
<i>Cursos e Eventos</i>	
Cursos do Centro de Estudos	9
Cursos e eventos em parceria com outras instituições	9
<i>Peças e julgados</i>	
Querella Nullitatis Insanabilis, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, proposta pelo Estado de São Paulo, a fim de se reconhecer a falta ou nulidade de citação nos autos do processo em que figura como ré o Hospital Pérola Byington, órgão despersonalizado. Concedida a antecipação dos efeitos da tutela, com determinação de suspensão do cumprimento da sentença em relação ao Hospital Pérola Byington	11
<i>Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública</i>	
CONVÊNIO. TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA DE RECURSOS. PROGRAMA DE ATIVIDADE DELEGADA. POLICIAL MILITAR. GRATIFICAÇÃO POR DESEMPENHO DE ATIVIDADE DELEGADA. Proposta de utilização da UGF 18001-SSP para tramitação da receita relativa ao repasse de recursos financeiros do Município de São Paulo, decorrente dos Convênios nº GSSP/ATP-77/11 e GSSP/ATP-221/10, celebrados entre o Estado de São Paulo e aquele município, para pagamento da Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada, criada pela Lei nº 14.977/2009, do município de São Paulo e regulamentada pelo Decreto municipal nº 50.994/2009. Aplicação do artigo 116, § 5º, da Lei nº 8.666/1993. Inteligência do artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e artigo 167, inciso X, da Constituição Federal. Inviabilidade	25
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	
PREVIDÊNCIA SOCIAL. REGIME PRÓPRIO. APOSENTADORIA. REGRAS DE TRANSIÇÃO. EXPECTATIVAS DE DIREITO. Inteligência dos artigos 6º e 6º-A da EC nº 41/2003 e artigo 3º da EC nº 47/2005. Normas que limitam o universo de servidores que poderão ser por elas beneficiados àqueles que tenham “ingressado no serviço público” até a data da publicação da EC nº 41/2003 e da EC nº 20/1998, respectivamente. Dúvida quanto ao sentido do termo “serviço público”, contido no caput de tais dispositivos. Exegese sistemática e teleológica das normas, a determinar que apenas o exercício	

ininterrupto de serviço público com vínculo ao RPPS, desde momento anterior às datas indicadas, autoriza o enquadramento do servidor nas aludidas regras transitórias. Ainda que a interrupção do vínculo com o RPPS ocorra sem que o servidor deixe de exercer serviço público, ao suprimir a expectativa de direito quanto à obtenção de aposentadoria nos termos anteriores ao advento da respectiva emenda, obsta o enquadramento do servidor na norma de transição. Precedentes: Pareceres PA nº 44/2012, 52/2013 e 50/2014. 39

Ementário

Consultoria	69
Contencioso Geral	75
Contencioso Tributário-Fiscal	77

Caros leitores,

A situação institucional do país é paradoxal. Uma crise político-econômica, sem precedentes na história brasileira, gera uma escassez de recursos públicos que torna muito difícil a execução das funções estatais, sendo que, uma das origens da crise, a malversação de tais recursos, reclama das instituições uma atuação firme de controle interno e externo.

Diante desse quadro, nunca o princípio constitucional da eficiência teve tamanha relevância, exigindo dos agentes públicos, especialmente dos administradores, uma mudança substancial no paradigma de expansão dos serviços, passando a enxergar a universalização por meio da aplicação de mecanismos eficazes de gestão.

Tais mecanismos que, no seu conjunto, passam a integrar um modelo de gestão da Administração Pública, devem prestigiar a uniformização e instrumentalização de procedimentos, conferindo a indispensável racionalidade que deve permear a atuação estatal. As eventuais peculiaridades devem restringir-se ao mínimo possível, em prestígio a outro princípio constitucional - o da impessoalidade.

O resultado é o fortalecimento das instituições, o aprimoramento da burocracia administrativa e o pleno atendimento das necessidades do cidadão, sempre em compasso com os objetivos de certeza e segurança jurídicas.

As linhas anteriores já deram sinal de que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo é instituição protagonista nessa mudança de paradigma, tanto em razão de sua capilaridade como por força da amplitude de suas atribuições funcionais.

Mais especificamente na área da Consultoria Geral, essa nova metodologia fica evidente, aliando-se os excelentes instrumentos de racionalização do trabalho - oferecidos pelos órgãos de coordenação setorial - a uma atuação cada vez mais voltada ao assessoramento pessoal e direto da Administração Pública, muito mais dinâmico e eficiente, que possibilita a manutenção da qualidade da prestação dos serviços jurídicos, mesmo diante de uma redução conjuntural do quadro.

Em seu turno, o Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo também tem um papel dos mais emblemáticos, seja por força de sua relevante função de aperfeiçoamento profissional, não só dos Procuradores do Estado de São Paulo como também dos demais servidores públicos integrantes da

Administração, seja pela divulgação de material de infinita qualidade produzido por esses profissionais, tanto na seara científica como também na estritamente técnica, fruto do nosso trabalho diário.

Isso tudo sem se olvidar da medida inovadora, discutida no âmbito do Conselho da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e implementada com a competência que é peculiar ao Centro de Estudos, do 1.º Encontro do Fórum de Compartilhamento de Soluções: boas práticas de gestão administrativa, realizado neste mês de setembro. Não há dúvida de que medidas dessa natureza contribuirão muito para a consolidação de um modelo de gestão eficaz, especialmente tendo em vista a participação direta dos colegas.

Nas páginas seguintes desta edição do Boletim, os leitores terão a oportunidade de compulsar três trabalhos jurídicos de inquestionável qualidade.

O primeiro, uma petição inicial advinda da Procuradoria Regional da Grande São Paulo, Seccional de Santo André, veiculando pretensão com o objetivo de desconstituir um vício processual insanável (*querela nullitatis insanabilis*), consubstanciada na inexistência jurídica de citação do ente público, a repercutir sobre todos os atos subsequentes.

O segundo, um parecer exarado no âmbito da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública, trata do cuidado a ser conferido à alocação de recursos financeiros transferidos entre entes federados por meio de convênio, a fim de que não haja violação do dispositivo constitucional que veda transferências voluntárias para pagamento de despesas de pessoal.

O terceiro, por fim, um parecer da lavra da Procuradoria Administrativa, o qual trata da interpretação a ser dada à expressão “serviço público”, constante do caput do artigo 3.º, da Emenda Constitucional n.º 47, de 5 de julho de 2005, para fins de enquadramento dos interessados nas regras de transição ali consignadas.

Enfim, temas de alta relevância institucional, os quais merecem uma leitura cuidadosa além do aplauso pelo ótimo nível técnico dos trabalhos. Aproveitem!

ROGERIO AUGUSTO DA SILVA

Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica
da Secretaria de Desenvolvimento Social
Conselheiro Eleito Representante da Área da Consultoria Geral

Cursos do Centro de Estudos

01.08 a 22.08 – “Módulo I - Informática: Microsoft Excel 2010 (Básico)”.

04.08 a 08.12 – “Arbitragem na Administração Pública”.

09.08 – Aula Aberta da ESPGE: “Lei de Diretrizes Orçamentárias”.

15.08 – “Interpretação da Constituição e a Crise Financeira”.

29.08 – Gestão Administrativa: Licitações e contratos I – questões práticas

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

03.07 a 04.07 – “1ª Encontro Nacional do Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos” – Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

07.07 – “Concessões de Rodovias: Nova Modelagem, Soluções e Financiamento” – Conceito Seminários e Eventos Corporativos.

29.08 – “Arbitragem com a Administração Pública e Arbitragem Societária: Novos Parâmetros e Paradigmas” – Câmara Ítalo-Brasileira de Comércio, Indústria e Agricultura – ITALCAM e Câmara de Mediação e Arbitragem – CAMITAL.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL
DA COMARCA DE SANTO ANDRÉ - SP

DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA

ESTADO DE SÃO PAULO, pessoa jurídica de direito público, pelo Procurador do Estado que o representa *ex lege* (artigo 132 da Constituição Federal e artigo 99, I da Constituição Estadual), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, ajuizar a presente **QUERELA NULLITATIS INSANABILIS** em razão de vícios transrescisórios ocorridos nos autos do processo de nº **0004389-55.1999.8.26.0554**, em trâmite na 5ª Vara Cível de Santo André, promovida por **BRUNA ANTONIA CATARIN DELGADO**, brasileira, casada, do lar, RG nº 15.487.538, CPF 194.454.938-26, residente e domiciliada na Rua Laureano, 288, Bairro Camilópolis, Santo André – SP, pelas razões que seguem.

I – DOS FATOS

1. Conforme se extrai das cópias dos autos de nº 0004389-55.1999.8.26.0554, anexas, em 19.02.1999, BRUNA ANTÔNIA CARATIN DELGADO ajuizou **ação indenizatória** em face de SAÚDE UNICOR ASSISTÊNCIA MÉDICA, HOSPITAL NEOMATER e “HOSPITAL PÉROLA BYINGTON” (DOC.1. – petição inicial de fls. 2/5 dos autos originais).
2. Em 13.04.1999, a despeito da natureza jurídica do “HOSPITAL PÉROLA BYINGTON” de órgão despersonalizado integrante à pessoa jurídica de direito público “ESTADO DE SÃO PAULO” (artigo 14, II do Código Civil de 1916, então vigente), foi enviada citação por correio para o “Hospital Perolabyton”, recebida em 13.04.1999 (DOC.2 – Aviso de Recebimento de “carta citatória” de fls. 28 e 28 – verso dos autos originais).
3. Em 15.05.1999, o médico do HOSPITAL PÉROLA BYINGTON, leigo de conhecimento jurídico, prestou informações, como sói acontecer nos procedimentos de mandado de segurança, únicos com os quais devem lidar os órgãos despersonalizados do Estado, em papel timbrado, com o brasão de armas do Estado de São Paulo e o nome da Secretaria de Estado da Saúde, o que passou despercebido pela parte Autora e pelos demais

sujeitos processuais oficiantes no feito – os quais, se não sabiam da natureza do HOSPITAL PÉROLA BYINGTON ao tempo da petição inicial, a esta altura tomaram (ou, ao menos, tinham o dever de tomar) inequívoco conhecimento desta circunstância (DOC.3 – informações prestadas pelo médico – servidor público às fls. 101 a 103 dos autos originais).

4. Em 04.11.2012, com base nesta citação defeituosa, foi declarada a “revelia” do “HOSPITAL PÉROLA BYINGTON”, na sentença proferida em 04.11.2012 pelo juízo da 5ª Vara Cível de Santo André. E assim tramitou até a declaração do “**trânsito em julgado**” da sentença, **sem o reexame necessário** prévio, certificada em 31.01.2013 (DOC.4 – sentença e certidões de revelia e trânsito em julgado de fls. 98 e fls. 461 a 470 dos autos originais).
5. Em 27.11.2013, por ocasião da “execução” deste “título executivo”, mais uma vez, a despeito de o HOSPITAL PÉROLA BYINGTON se tratar de *órgão despersonalizado* pertencente a pessoa jurídico de *direito público*, foi novamente enviada “**intimação**”, **por correio**, de “**cumprimento de sentença**”, na forma do artigo 475-J do CPC-1973, e não do artigo 730, também do CPC-1973, cabível à hipótese (DOC.5. – carta de intimação e Aviso de Recebimento de fls. 477 e 477 – verso dos autos originais).
6. Em 22.11.2014, por ocasião de cumprimento de mandado de “**penhora e avaliação**” (**dos bens públicos!**) contra o HOSPITAL PÉROLA BYINGTON, a Sra. Oficial de Justiça certificou a natureza jurídica do HOSPITAL PÉROLA BYINGTON (DOC.6. – determinação de penhora e certidão da Oficial de Justiça de fls. 497e 516 dos autos originais).
7. Finalmente, em 28.10.2015, ante a informação certificada pela Sra. Oficial de Justiça e determinação do juízo de intimação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, foi endereçada “intimação” para o endereço da sede da Procuradoria Geral do Estado, mais uma vez realizada **por correio, conquanto expressamente em nome da Fazenda Pública!** (DOC.7. – despachos, mandado e Aviso de Recebimento de fls. 524 a 527 – verso dos autos originais).

II – DO CABIMENTO DA QUERELA NULLITATIS INSANABILIS

8. Os atos processuais acima descritos constituem vícios processuais insanáveis,¹ eis que violam diretamente normas de ordem pública, especialmente

1 “Isto não quer dizer que o ato nulo, embora insanável, não possa ser suprido por outro de igual efeito.

os direitos constitucionais de acesso à ordem jurídica justa, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, XXXV, LIV e LV da Constituição Federal).

9. Especificamente com relação ao defeito da citação, no caso realizada **de forma errada e na pessoa errada**, tem-se um verdadeiro não ato, mero simulacro de citação, e o processo que dele se erigir será também mero simulacro de processo. É vício de tal gravidade que sequer chega a constituir os elementos mínimos do ato que simula. Trata-se, pois, de **vício transrescisório**, cognoscível a qualquer tempo, a ser veiculado pela *querela nullitatis insanabilis*, instrumento pacificamente aceito pela doutrina e jurisprudência pátrias.²

“Ensina Liebman que ‘todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito. A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretende tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratório. Porque não se trata de reformar ou anular uma decisão defeituosa, função esta reservada privativamente a uma instância superior (por meio de recurso ou ação rescisória); e sim de reconhecer simplesmente como de nenhum efeito um ato juridicamente inexistente’.”³

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. (...). “TRÂNSITO EM JULGADO”. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATO JUDICIAL. PRETENSÃO QUERELA NULLITATIS. CABIMENTO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RETORNO DOS AUTOS À CORTE REGIONAL PARA EXAME DO MÉRITO DAS APELAÇÕES. (...) 5.2. A nulidade absoluta insanável - por ausência dos pressupostos de existência - é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (o processo), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC (ação rescisória). A chamada querela nullitatis insanabilis é de competência do juízo monocrático, pois não se pretende a rescisão da coisa julgada, mas apenas o reconhecimento

Assim, a citação nula, ou mesmo inexistente, pode ser suprida pelo comparecimento do réu ao processo. Mas este comparecimento não dá eficácia à citação, mas sim a substitui (...). THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 289.

- 2 A presente peça é ato processual e não obra doutrinária, de sorte que é irrelevante a divergência doutrinária entre os que reputam a citação irregular como inexistente e os que a reputam como nula, pois o efeito prático é o mesmo: irregular a forma da citação, esta e os atos que lhe sucederem não terem efeito contra o réu irregularmente citado.
- 3 THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol.1, 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 723.

de que a relação processual e a sentença jamais existiram. 5.3. **A doutrina e a jurisprudência são unâimes em afirmar que a ausência de citação ou a citação inválida configuram nulidade absoluta insanável por ausência de pressuposto de existência da relação processual, o que possibilita a declaração de sua inexistência por meio da ação *querela nullitatis*.** (STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 1.015.133/MT, Relator para acórdão Ministro Castro Meira, j. 02.03.2010, DJE 23.04.2010)

11. Demonstrado, portanto, o cabimento da presente *actio nullitatis insanabilis*, ação impugnativa autônoma destinada a ver reconhecida a inexistência/invalidade do ato citatório viciado, e, por consequência, a impossibilidade do respectivo processo produzir quaisquer efeitos em prejuízo de quem fora irregularmente citado.⁴

III – DA COMPETÊNCIA DE JUÍZO

12. Não há dúvida quanto à competência da 1ª instância para julgamento da presente ação, pois “a competência para a *querela nullitatis* é do juízo que proferiu a decisão nula, seja o juízo monocrático, seja o tribunal, nos casos em que a decisão foi proferida em processo de sua competência originária”.⁵
13. O fato de que o ato citatório aqui impugnado tenha sido proferido por juízo cível à época em que inexistentes as Varas da Fazenda Pública na Comarca de Santo André, e que atualmente tais varas estejam instituídas, é irrelevante para a determinação da competência do juízo que decidirá a *querela nullitatis insanabilis*.
14. Conquanto o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* seja expressamente excepcionado pelo artigo 87 do CPC-1973 “quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”,⁶ a jurisprudência pátria tem considerado que, ainda assim, a *querela nullitatis insanabilis* deve ser julgada pelo juízo no qual se deu o vício. As-

4 AGRADO (...) PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. NULIDADE RECONHECIDA. VÍCIO TRANSRESCISÓRIO. PREJUÍZO EVIDENTE. (...) 3. O vício de nulidade de citação é o defeito processual de maior gravidade em nosso sistema processual civil, tanto que erigido à categoria de vício transrescisório, podendo ser reconhecido a qualquer tempo, inclusive após o escoamento do prazo para o remédio extremo da ação rescisória, mediante simples alegação da parte interessada. (...) (STJ, AgRg no Resp 1280118/SP, 3ª Turma, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18.06.2015, DJe 05.08.2015)

5 DIDIER JR; CUNHA. *Direito processual civil*, vol. 3, 2013, p. 497.

6 Correspondente ao artigo 43 do CPC-2015.

sim entendeu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ao afirmar a competência do Juízo Estadual no qual ocorreu a suposta citação viciada do INSS para julgar a respectiva *querela nullitatis insanabilis*, independentemente da controvérsia sobre seu conflito de competência com o Juízo Federal:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. *QUERELA NULLITATIS*. COMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE PROFERIU A DECISÃO SUPOSTAMENTE VICIADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Tem competência para processar e julgar a querela nullitatis o juízo que proferiu a decisão supostamente viciada. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara de Acidentes do Trabalho de Santos - SP, o suscitado. (STJ, 3ª Seção, CC 114.593/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22.06.2011, DJE 01.08.2011).

15. Analogamente, tem-se que os precedentes do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que fundamentaram a edição do enunciado de nº 367 de sua Súmula, partiram do raciocínio de que “se a alteração de competência absoluta ocorrer após a sentença, não haverá a redistribuição do processo, com a quebra da perpetuação da competência, exatamente porque já houve julgamento”:⁷

“A norma constitucional tem aplicação imediata. Porém, ‘a alteração superveniente da competência, ainda que ditada por norma constitucional, não afeta a validade da sentença anteriormente proferida. Válida a sentença anterior à eliminação da competência do juiz que a prolatou, subsiste a competência recursal do Tribunal respectivo’ (Conflito de Competência nº 6.967-7-RJ-STF, relator Ministro Sepúlveda Pertence).” (STJ, CC nº 51.712-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 10.08.2005, DJE 14.09.2005).⁸

16. Os precedentes citados são análogos ao presente caso, em que também houve alteração superveniente da competência absoluta *ratione personae*. Onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito (*ubi idem ratio, ibi idem jus*). E se assim é com normas constitucionais, com ainda mais razão há de ser com as normas infraconstitucionais de organização judiciária, pois aquelas hão de conduzir a interpretação destas.
17. Portanto, conclui-se que o juízo competente para julgamento da presente *querela nullitatis insanabilis* é o da 5ª Vara Cível da Comarca de Santo André, no qual ocorreu o vício impugnado.

7 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v.1, 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p.201.

8 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Revista Eletrônica de Súmulas*, verbete 367. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas_2013_33_capSumula367.pdf. Acesso em: 23.12.2015.

IV – DOS VÍCIOS TRANSRESCISÓRIOS

18. Conforme se extrai da exposição dos fatos, no item I, a sentença em questão tem defeitos transrescisórios desde sua origem, e, se ainda não bastasse, a ela foram sucedidos diversos outros vícios, todos insanáveis.
19. O primeiro vício – e por si só suficiente para contaminar todo o processo – é a **citação defeituosa** (inexistente ou absolutamente nula), que, a um só tempo, incidiu em duas irregularidades insanáveis: **citou de forma errada e na pessoa errada**.
20. A **forma da citação foi irregular** – o que igualmente basta para a configuração do vício – na medida em que a citação foi realizada **pelo correio**, o que é expressamente vedado pelo artigo 222 do CPC-1973, cujo artigo 224 determina, também expressamente, que a citação, nesse caso, **deve** ser **pessoal, por oficial de justiça** (redação da Lei nº 8.710 de 24.9.1993, vigente à época do ato citatório):

Art. 222. A citação será feita pelo correio, para qualquer comarca do País, **exceto**:

c) quando for ré pessoa de direito público;

Art. 224. Far-se-á a citação por meio de oficial de justiça nos casos ressalvados no art. 222, ou quando frustrada a citação pelo correio.⁹

“O sistema moderno de citação pelo correio, providência instituída para imprimir maior celeridade ao processo, não é cabível nas hipóteses arroladas no art. 222, do Código de Processo Civil [de 1973], dentre elas, o processo de execução e as ações propostas contra a pessoa de direito público.” (STJ, 6ª Turma, RESP 281.156-SP, Relator Ministro Vicente Leal, j. 1.11.2000, DJ 05.03.2001, p. 253).¹⁰

21. Não se trata de mera formalidade, mas de regra que tem um fundamento prático que visa resguardar outra regra essencial, que é garantir – por meio do Oficial de Justiça, e não do carteiro – que a citação seja feita na única pessoa que pode recebê-la, quem seja, o **Procurador Geral do Estado, que tem competência privativa para receber citações em nome do Estado** (nos termos do CPC-1973 e da Lei Complementar Estadual nº 478 de 18.07.1986, vigente à época do ato citatório, que regulamenta os artigos 132 da Constituição Federal e 99 da Constituição Estadual), o que não foi observado no caso, já que, **no presente caso, a citação não foi recebida pela autoridade competente**:

9 Corresponde ao artigo 247, III do CPC-2015, citado dada a proximidade de sua vigência.

10 Apud THEODORO JR., Humberto. *Código de processo civil anotado*, 17. ed. Rio de Janeiro: 2013, p. 261.

Constituição Federal - Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Constituição Estadual – Art. 99 – São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado:

I – representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais; .

CPC-1973 – Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;¹¹

LC 478/1986 – Art. 6º – Compete ao Procurador Geral, sem prejuízo de outras atribuições previstas em lei ou regulamento: V – receber citações e notificações nas ações propostas contra a Fazenda do Estado;

Parágrafo único – O Procurador Geral do Estado poderá delegar ao Chefe de Gabinete, a Procurador do Estado Assessor ou a Procurador do Estado Assistente, a atribuição prevista no inciso V.¹²

22. E nem se diga que o fato de o Aviso de Recebimento ter sido recepcionado por pessoa que aparentava ser funcionário público significaria declaração “tácita” da Administração em aceitar ser assim citada, pois, na hipótese, não basta ser funcionário público, há de ser o Procurador Geral do Estado:

“Aliás, é clássica a afirmação de CAIO TÁCITO, segundo quem, em direito público, ‘não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito’. A citação recebida por funcionário que não ostente a condição de representante legal da Fazenda Pública é nula, não sendo, em princípio, aplicável a teoria da aparência.”¹³

“PROCESSUAL CIVIL. PROCURADOR DO ESTADO. AUSÊNCIA DE PODER PARA RECEBER CITAÇÃO. INVALIDADE DO ATO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DA CITAÇÃO. (...) não é válida a citação feita na pessoa do Procurador do Estado, se ele não detém poderes especiais para recebê-la, máxime quando esta atribuição está expressa e exclusivamente cometida ao Procurador Geral do Estado pela legislação de regência” (STJ, 1ª Turma, RESP nº 16720/SP, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJE 08.05.1995).

11 Corresponde ao artigo 75 do CPC-2015.

12 Vigoriza o artigo 7º, XI da Lei Complementar 1.270/2015.

13 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 97.

23. O descumprimento da regra precitada constitui, portanto, **defeito inescusável, que jamais se convalida**, sendo imprescindível a repetição do ato, sem o qual nenhum efeito válido se pode extrair contra a Fazenda Pública prejudicada:¹⁴

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JUDICIAL. CITAÇÃO POR EDITAL INEXISTENTE OU INVÁLIDA. VÍCIOS INSANÁVEIS. APRECIÇÃO A QUALQUER TEMPO. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA INAPLICÁVEIS. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DOS MEIOS NECESSÁRIOS À LOCALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. NULIDADE DA CITAÇÃO E ATOS SUBSEQUENTES. 1. **A inexistência ou nulidade da citação correspondem a vícios insanáveis que, no entender da doutrina e da jurisprudência deste Tribunal Superior e do Supremo Tribunal Federal, podem ser apreciados a qualquer tempo, não se submetendo a prazo prescricional ou decadencial.** Precedentes: REsp 1.449.208/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 27/11/2014; AR 569/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/2/2011; REsp 1.015.133/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 23/4/2010; HC 92.569, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe-074 25-04-2008; RE 96.374, Relator: Min. Moreira Alves, Segunda Turma, DJ 11.11.1983. **Desse modo, tanto a citação inexistente quanto a citação inválida (inquinada de nulidade absoluta) autorizam a propositura de ação anulatória com viés de *querella nulitatis*, a qual não se encontra sujeita a prazo de prescrição ou decadência.** 2. (...) 3. **A declaração de nulidade do processo a partir da citação acarreta a nulidade, por derivação, de todos os atos processuais subsequentes.** Precedentes: (REsp 730.129/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 3/11/2010; HC 28.830/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 19/12/2003, p. 527; (REsp 36.380/RJ, Rel. Ministro Hélio Mosimann, Segunda Turma, DJ 15/12/1997, p. 66351). 4. Recurso especial não provido. (STJ, 2ª Turma, Resp 1358931/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.06.2015, DJe 01.07.2015)

¹⁴ Tratar-se-ia de defeito inescusável até mesmo se a citação tivesse sido feita na pessoa de autoridade superior. A legislação é taxativa: “nas ações propostas em face do Estado, não se afigura correto requerer sua citação na pessoa do Governador, como se este fosse o seu representante judicial. A citação do Estado deve operar-se na pessoa do Procurador Geral do Estado” (CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*, 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 25). Assim, com muito mais razão, é igualmente inescusável se feita na pessoa de agente público inferior, como outro Procurador do Estado, quando apenas o Procurador Geral seja competente para tanto. A citação na pessoa deste (ou de a quem este tenha delegado poderes) é insubstituível.

24. No presente caso, o defeito se revela ainda mais inescusável na medida em que houve juntada de “informações” de médico servidor do HOSPITAL PÉROLA BYINGTON (possivelmente porque, sendo leigo, pensou que se tratava de procedimento de mandado de segurança, em que a autoridade impetrada é também notificada *adicionalmente à notificação do órgão de representação da pessoa jurídica de direito público*), **em papel timbrado**, com o brasão de armas do Estado de São Paulo e cabeçalho indicando que se tratava de ato de órgão Secretaria de Estado da Saúde, pelo que não se pode admitir alegação de que os sujeitos processuais do processo em comento não tinham o dever de saber a natureza estatal do referido hospital.
25. Adicionalmente, não bastasse o vício congênito decorrente da citação defeituosa, todos os demais atos processuais destinados ao HOSPITAL PÉROLA BYINGTON (*rectius*, ao Estado de São Paulo) também foram praticados de forma viciada, sempre ignorando a natureza de órgão pertencente a pessoa jurídica de direito público do HOSPITAL PÉROLA BYINGTON.
26. Assim, foi indevidamente declarada a “revelia do HOSPITAL PÉROLA BYINGTON”, já que não existe revelia de quem não foi regularmente citado, nem tampouco há revelia de quem não tem capacidade de estar em juízo.
27. Igualmente, foi indevidamente declarado e certificado o trânsito em julgado da sentença, pois, ainda que por hipótese tivesse sido regularmente citado o ente público – o que não ocorreu –, mesmo assim a sentença **deveria ter sido submetida ao reexame necessário**, aplicável ao caso na medida em que a **condenação em 200 salários mínimos** é superior ao valor de alçada de 60 salários previsto pelo CPC-1973 para dispensa do recurso *ex officio*. Assim, enquanto não submetida ao duplo grau obrigatório, a sentença não transita em julgado e a coisa julgada não se forma, nos termos do artigo 475 do CPC-1973 (redação dada pela Lei 10.352 de 26.12.2001, já vigente à época da sentença, publicada em 14.01.2013):

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor (...).¹⁵

28. À falta do reexame necessário, que é “condição de eficácia da sentença”,¹⁶ sequer se poderia falar em execução ou cumprimento da sentença. De todo modo, acaso tivesse referida sentença se revestido da qualidade de título executivo judicial – o que não ocorreu –, a execução deveria ter sido deflagrada na forma do artigo 730 do CPC-1973¹⁷, com nova citação, e jamais na forma do artigo 475-J do CPC-1973, muito menos por envio de carta postal, como foi feito no processo em questão:

Art. 730. **Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora** para opor embargos em 10 (dez) dias; (...)

29. Finalmente, há de se registrar que, mesmo depois de a Sra. Oficiala de Justiça ter certificado que não pode dar cumprimento ao “mandado de penhora e avaliação” – evidentemente descabido eis que não há se falar em execução por constrição direta de bens da Administração, ante o artigo 100 da Constituição Federal – em razão de o HOSPITAL PÉROLA BYINGTON se tratar de órgão despersonalizado pertencente a pessoa jurídica de direito público, e **mesmo depois de determinada a intimação da Fazenda Pública pela Exma. Sra. Juíza oficiante no processo, mais uma vez o ato foi realizado por correio**, o que não tem o condão de sanar os vícios anteriormente apontados.
30. Enfim, verifica-se que o processo de autos nº 0004389-55.1999.8.26.0554 é, literalmente, do seu começo ao fim, eivado de vícios processuais tais que o tornam absolutamente ineficaz em tudo quanto respeita à Fazenda Pública do Estado de São Paulo, cuja única posição que se pode vislumbrar em relação ao referido processo é a de terceiro, que, nesta qualidade, não há de ser nem beneficiado nem prejudicado pelo que ali decidido, nos exatos termos do artigo 472 do CPC-1973.¹⁸

15 Correspondente ao artigo 496 do CPC-2015.

16 Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, citado, 2011, p. 206.

17 Corresponde aos artigos 534 e 535 do CPC-2015, que preveem intimação pessoal no lugar de nova citação, mas continuam não admitindo o mero envio de carta postal para o ente público.

18 Corresponde ao artigo 506 do CPC-2015.

IV – DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

31. Nos termos do artigo 4º, I do CPC-1973, “o interesse do autor pode limitar-se à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica”,¹⁹ tal como ocorre no presente caso. Isso não significa que não existam importantes efeitos práticos, como, no caso, o de impedir a Fazenda Pública do Estado de São Paulo de constrangimentos manifestamente ilícitos, como bloqueios em contas bancárias.
32. A doutrina ensina que, embora não se possa declarar antecipadamente a solução da incerteza jurídica que se busca dirimir com o provimento declaratório, isso não impede que medidas assecuratórias sejam tomadas pelo juiz para preservar o direito ameaçado enquanto subsistir aquela incerteza. O direito se presta, afinal, a conferir segurança às relações por ele tuteladas.²⁰ E, na prática, de fato, a jurisprudência admite largamente o uso de medidas antecipatórias de tutela em sede de ações declaratórias, como é notório, por exemplo, no caso das ações declaratórias de inexistência de relação tributária.
33. Demonstrada a verossimilhança do direito pelos fundamentos anteriormente expostos, deve-se reconhecer que a presente causa também revela urgência, na medida em que é grave a subsistência de situação em que a Fazenda Pública estadual – que tem sido reiteradamente tratada como pessoa jurídica de direito *privado* (e não de direito *público*, como deveria), no processo prejudicado pela presente *actio nullitatis* – esteja sujeita à execução de bens, ao curso de juros e multas moratórias, e a bloqueios de verbas públicas, à revelia do artigo 100 da Constituição Federal e em prejuízo do já escasso orçamento público, cuja situação financeira é de crise notória e sabida nos dias atuais.
34. Portanto, há *fumus boni iuris* e *periculum in mora* a justificar a concessão de antecipada de medidas que visem a tutelar o direito fazendário no sentido de obstar que quaisquer atos executivos provindos do processo autuado sob nº 0004389-55.1999.8.26.0554, que não poderá produzir nenhum efeito em prejuízo da Fazenda do Estado de São Paulo, por inexistir válida relação jurídica processual entre esta e o autor daquela demanda.

¹⁹ Corresponde ao artigo 20 do CPC-2015.

²⁰ Por todos: THEODORO JR., Humberto. *A tutela antecipatória nas ações declaratórias*. In: Revista de Processo – REPRO, nº 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 24-33; MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva*, Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo17.htm>. Acesso em: 23.12.2015.

V – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o Estado de São Paulo requer:

1) A regular citação da pessoa incluída no polo passivo da presente *querela nullitatis insanabilis*;

2) A **antecipação dos efeitos da tutela**, com a determinação da suspensão de quaisquer atos executivos providos do processo autuado sob nº 0004389-55.1999.8.26.0554 contra a Fazenda Pública Estadual;

3) No mérito, seja reconhecida a falta ou nulidade da citação do Estado de São Paulo para o processo de autos nº 0004571-91.2010.8.26.0348 e, consequentemente, a inexistência de válida relação jurídica processual entre a Autora do referido processo e a Fazenda Pública do Estado;

4) Sejam declarados nulos todos os atos relativos ao Estado de São Paulo, aqueles em nome do “HOSPITAL PÉROLA BYINGTON” inclusive, nos autos 0004389-55.1999.8.26.0554;

5) Sejam as decisões aqui proferidas transladadas aos autos de nº 0004389-55.1999.8.26.0554, os quais, acaso venha a subsistir com o Estado de São Paulo no seu polo passivo, deverão ser redistribuídos a uma das Varas de Fazenda Pública da Comarca de Santo André;

6) Sejam todas as intimações do presente processo publicadas em nome do subscritor, sob pena de nulidade;

Protesta-se pela observância da isenção de custas e despesas processuais e dos prazos especiais da Fazenda Pública, e pelas provas de direito.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 para fins de alçada.

Santo André, 23 de dezembro de 2015.

BRUNO LOPES MEGNA

Procurador do Estado

OAB.SP 313.982

Processo Digital nº: 1001032-54.2016.8.26.0554

Classe – Assunto Procedimento Ordinário – Nulidade

Requerente: Fazenda do Estado de São Paulo

Requerido: Bruna Antonia Catarin Delgado

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Adriana Berton Holmo Figueira**

Vistos.

Fls. 23 e 58. Recebo como emenda. Substitua-se o polo passivo por MARCOS DELGADO, LUCIANE DELGADO e BRUNO MÁRCIO DELGADO.

A Fazenda do Estado propôs ação anulatória aduzindo, em síntese, que em ação movida contra o Hospital Pérola Byington, não houve a citação pessoal do Procurador Geral do Estado e, sim, expedição de carta de citação diretamente encaminhada à pessoa jurídica de direito público que, por sua vez, não detinha poderes para receber o ato citatório.

De outro lado, o processo foi julgado à revelia, sobrevivendo sentença condenatória, pelo que requer a suspensão dos atos executórios daí decorrentes.

Presentes os requisitos legais, mormente ante a verossimilhança das alegações e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, CONCEDO a antecipação dos efeitos da tutela determinando a suspensão do cumprimento da sentença com relação ao Hospital Pérola Byington nos autos do processo 0004389-55.1999.8.26.2554. Translade-se cópia desta decisão para aquele processo.

Expeçam-se as cartas de citação/intimação para os endereços constantes às fls. 61.

Intime-se.

Santo André, 15 de fevereiro de 2016.

Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública

PROCESSO Nº: Prot. CJ – GS nº 4307/2015

INTERESSADO: POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

PARECER Nº: CJ/SSP nº 2658/2015

ASSUNTO: CONVÊNIO. TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA DE RECURSOS. PROGRAMA DE ATIVIDADE DELEGADA. POLICIAL MILITAR. GRATIFICAÇÃO POR DESEMPENHO DE ATIVIDADE DELEGADA. Proposta de utilização da UGF 18001-SSP para tramitação da receita relativa ao repasse de recursos financeiros do Município de São Paulo, decorrente dos Convênios nº GSSP/ATP-77/11 e GSSP/ATP-221/10, celebrados entre o Estado de São Paulo e aquele município, para pagamento da Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada, criada pela Lei nº 14.977/2009, do município de São Paulo e regulamentada pelo Decreto municipal nº 50.994/2009. Aplicação do artigo 116, § 5º, da Lei nº 8.666/1993. Inteligência do artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e artigo 167, inciso X, da Constituição Federal. Inviabilidade.

1. Trata-se de consulta acerca da viabilidade de atendimento da proposta formulada pelo Comando Geral da Polícia Militar para utilização da UGF 18001, Unidade Gestora Financeira da Secretaria da Segurança Pública, para apropriação da receita havida com a transferência dos recursos do Município de São Paulo destinada ao pagamento da Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada pela execução, de forma voluntária, por integrantes da Polícia Militar, de atividade municipal delegada ao Estado de São Paulo em virtude do Convênio nº GS/ATP-77/11 – Fiscalização ao Comércio Ambulante Irregular ou Ilegal e Convênio nº GSSP/ATP-221/10 – Atuação Operacional em Atendimento Pré-Hospitalar no SAMU-192.
2. Esta Consultoria Jurídica manifestou-se a fl. 06, através do Despacho CJ/SSP nº 370/2015, recomendando a complementação da instrução dos autos.
3. Em atenção ao referido despacho foram juntados, dentre outros, os seguintes documentos: cópia do Termo de Convênio GSSP/ATP- 77/11

(fls. 08/21); cópia do Termo de Convênio GSSP/ATP- 221/10 (fls. 22/29); cópia dos termos aditivos ao Convênio GSSP/ATP – 77/11 (fls. 34//104); cópia dos termos aditivos ao Convênio GSSP/ATP-210/10 (fls. 105/130); Ofício nº CIAF-077/620/15 (fls. 131/133); Nota Técnica nº GSPOFP – 007/2015 (fls. 137/138); Ofício nº DFP-185/30/15 (fls. 140/141).

4. Assim instruídos, por determinação da Chefia de Gabinete da Pasta (fl. 139), retornam os autos a esta Consultoria Jurídica para manifestação.

É o relatório. Passo a opinar, com a urgência solicitada.

5. Pretende a origem de utilização da UGF 18001 – SSP para tramitação da receita relativa ao repasse de recursos financeiros do Município de São Paulo, decorrente do Convênio nº GSSP/ATP-77/11 – Fiscalização do Comércio Ambulante Irregular ou Ilegal e do Convênio nº GSSP/ATP-221/10 – Atuação Operacional em Atendimento Pré-hospitalar no SAMU-192, celebrados entre o Estado de São Paulo e aquele município, para pagamento da Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada, criada pela Lei nº 14.977/2009, do município de São Paulo e regulamentada pelo Decreto municipal nº 50.994/2009.
6. Afirma a origem que tal medida *“permitirá ao CIAF dar cumprimento ao disposto no artigo 1º do Decreto Estadual nº 61.061, de 16 de janeiro de 2015, que fixa normas para a execução orçamentária e financeira do exercício de 2015 e dá providências correlatas, que preconiza que a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil do Estado de São Paulo será obrigatoriamente realizada em tempo real no Sistema Integrado de Administração Financeira para Estados e Municípios – SIAFEM/SP, além de proporcionar o aperfeiçoamento da execução financeira e orçamentária e maior transparência e eficiência na gestão dos recursos públicos”*.
7. Instado a manifestar-se, o Grupo Setorial de Planejamento, Orçamento e Finanças Públicas – GSPOFP da Pasta emitiu a Nota Técnica nº 007/2015 (fls. 137/139) trazendo informações sobre Receita e SIAFEM e propondo a análise por este órgão consultivo acerca da viabilidade da pretensão, considerando os seguintes pontos:

“– a UGF-18001 – SSP não dispõe de meios de análise e conferência dos pagamentos que serão realizados por esta, se aceita a possibilidade de reconhecimento de receita pela Unidade, o que pode comprometer a celeridade dos pagamentos;

– o Decreto 60.066/2014 indica em seu artigo 2º, parágrafo 3º, que todos os fundos especiais de despesa deterão a condição de UG orçamentária e financeira, podendo ser este um outro acesso ao recurso em tela, vinculando-o a seu executor enquanto órgão (Fundo Especial da Polícia Militar), mediante alteração do convênio;

– quanto às ações junto ao SIAFEM (viabilidade de condições técnicas), estas devem ser esclarecidas junto à Secretaria de Fazenda sobre a forma do processamento orçamentário, financeiro e movimentação da conta bancária específica e, ainda, sobre a possibilidade de que a UOPM seja uma UGF para fins de celeridade do processo;

– quanto ao pagamento de Gratificação na Natureza de Despesa Diária, que seja analisado pela CJ a vinculação de tal gratificação eventual em folha de pagamento e suas consequências nas contribuições sociais e tributárias desta e demais desdobramentos legais, tais como incorporações e demais benefícios.”

8. Nessa conformidade, necessário analisar a natureza do recurso que se pretende executar por meio do SIAFEM, com utilização da UGF 18001.
9. A Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada foi instituída pela Lei nº 14.977, de 11 de setembro de 2009, do Município de São Paulo, nos seguintes termos:

“Art. 1º Fica criada a Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada, nos termos especificados nesta lei, a ser mensalmente paga aos integrantes da Polícia Militar e da Polícia Civil que exercem atividade municipal delegada ao Estado de São Paulo por força de convênio celebrado com o Município de São Paulo.

§ 1º A gratificação será calculada sobre o valor da Referência DAS-14, constante do Quadro dos Profissionais da Administração organizado pela Lei nº 11.511, de 19 de abril de 1994, e legislação subsequente, nos seguintes percentuais:

(...)

§ 2º O valor da Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada será fixado pelo Executivo, mediante decreto, de acordo com a natureza e a complexidade das atividades objeto de cada convênio, respeitadas as disponibilidades orçamentárias e financeiras verificadas e levadas em consideração por ocasião da assinatura do ajuste ao qual se refira.

(...)

§ 4º Os valores da gratificação serão revistos de acordo com a legislação que disciplina o reajustamento geral da remuneração dos servidores municipais.

(...)

10. Regulamentando a matéria, o Município de São Paulo editou o Decreto nº 50.994/2009 que, no parágrafo único do artigo 8º, dispõe:

“Art. 8º A liberação de recursos para o pagamento da Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada deverá obedecer ao cronograma de desembolso previsto no plano de trabalho, observando-se, ainda, as normas relativas à transferência de recursos mediante convênio estabelecidas pelos Secretários Municipais de Finanças e de Planejamento, Orçamento e Gestão.

§ 1º A Polícia Militar ou a Polícia Civil, conforme o caso, encaminhará, à respectiva Comissão Paritária de Controle, planilhas com o número de horas despendidas por cada servidor estadual no exclusivo exercício da atividade delegada, bem como o montante total de acordo com os valores fixados no convênio.

§ 2º A Comissão Paritária de Controle, após a análise das planilhas referidas no § 1º deste artigo, atestará a execução das atividades delegadas, bem como a regularidade da utilização dos recursos financeiros transferidos pela Municipalidade à conta corrente específica vinculada ao convênio e especialmente aberta para esse fim.

§ 3º Caberá à Polícia Civil ou a Polícia Militar, conforme o caso, efetuar os pagamentos devidos aos respectivos servidores estaduais.”

(redação dada pelo Decreto municipal nº 52.204/2011)

11. Note-se que referida gratificação tem seus valores fixados pelo Chefe do Executivo municipal, e em percentuais do valor da Referência DAS-14 do Quadro dos Profissionais da Administração municipal, que serão revistos de acordo com a legislação que disciplina o reajustamento geral da remuneração dos servidores municipais.
12. Deste modo, resta claro que a Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada, de natureza “*pro labore faciendo*”, é benefício pecuniário municipal e será concedida pelo Município de São Paulo em razão do trabalho prestado, voluntariamente, pelo Policial Militar e pelo Policial Civil do Estado de São Paulo, por força de convênio no qual as competências atribuídas ao Município são delegadas ao Estado.
13. Para viabilizar o pagamento da Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada, os Convênios GSSP/ATP 77/11 e GSSP/ATP 221/10 estabelecem que, após aprovação pela Comissão Paritária de Controle e Fiscalização das planilhas elaboradas pela Polícia Militar, “(...) o montante total estimado de cada período será transferido à PMESP, em conta corrente vinculada ao Convênio e especialmente aberta para esse fim, nos moldes da Legislação Municipal pertinente (Decreto Municipal nº

49.539, de 29 de maio de 2008 e Portaria Intersecretarial nº 6/SF/SEMPA/2008 e suas respectivas alterações) (...)”¹.

14. Ademais, prescrevem que “A liberação dos recursos dar-se-á de forma antecipada, observando-se o disposto no Decreto Municipal nº 49.539, de 29 de maio de 2009, sendo que a verba depositada em conta corrente específica deverá ser direcionada tão somente para o pagamento da Gratificação por Desempenho da Atividade Delegada estabelecida no Convênio, zelando a PMESP pela estrita observância de tal regra.”² (grifei).
15. Mencionado Decreto municipal nº 49.539/2009 “dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos do Município de São Paulo mediante convênios” e estabelece, expressamente, que a movimentação das transferências voluntárias dar-se-á mediante conta bancária específica para cada convênio, estando tais recursos sujeitos à prestação de contas pelo órgão conveniente, *in verbis*:

“Art. 12. A movimentação dos recursos financeiros transferidos e das contrapartidas dos convenientes será realizada observando-se os seguintes preceitos:

I – movimentação mediante conta bancária específica para cada convênio;

II – pagamentos realizados exclusivamente mediante crédito na conta bancária de titularidade dos fornecedores e prestadores de serviços.

(...)”

16. Não bastassem tais disposições, mister recordar que as verbas decorrentes de transferências voluntárias, por força de celebração de convênios, estão a estes vinculados, não podendo ser incorporadas ao patrimônio do Estado, nem tampouco contabilizadas como receita, devendo ser processadas em contas específicas vinculadas à execução do objeto do convênio.

17. É o que dispõe o artigo 116, § 5º, da Lei federal nº 8.666/1993, *in verbis*:

“Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

(...)

1 Convenio GSSP/ATP – 77/11 – Cláusula Terceira, subitem 3.3, (fls. 15/16 dos autos); Convênio GSSP/ATP – 221/10 – Cláusula Terceira, inciso III (fls. 25/26 dos autos).

2 Convenio GSSP/ATP – 77/11 – Cláusula Terceira, subitem 3.4, (f. 16 dos autos);

§ 5º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.”

(grifei)

18. A propósito, trago à colação elucidativo acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“EMENTA: PROCESSO PENAL. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS. FRAUDE À LICITAÇÃO. CONVÊNIO ENTRE MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL E MUNICÍPIO. REPASSE DE VERBA FEDERAL COM DESTINAÇÃO ESPECÍFICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO PENAL.

1. Os denunciados teriam forjado esquema criminoso para desviar em proveito próprio e de terceiros os recursos provenientes do convênio firmado com o Ministério da Previdência e Assistência Social e o Município, mediante fraude à licitação, corrupção e falsificação de documentos.

2. Os repasses oriundos de convênios são voluntários e estão sujeitos à discricionariedade do ente repassador. Há obrigação do ente beneficiado de prestar contas. Ao final da execução convênio, eventual saldo remanescente deve ser restituído. Tais recursos não integram a receita municipal e compete aos Municípios exclusivamente sua gestão na execução dos estritos termos acordados, não sendo contabilizados como patrimônio municipal ou a ele incorporados, devendo permanecer em contas específicas vinculadas à execução do objeto do convênio e separadas das suas próprias. O Município, nesse contexto, atua na qualidade de mero detentor desses valores, sendo que eventuais irregularidades na sua utilização se dão em detrimento do patrimônio federal. Como tais recursos são transferidos para fins específicos (vinculados à execução do objeto do convênio), compete à União a fiscalização e responsabilização dos gestores.

3. No caso em tela, as verbas federais recebidas pelo Município tinham destinação específica, vinculando o ente ao plano de trabalho criado em benefício dos idosos. Está expressamente prevista a fiscalização por parte do órgão federal acerca da aplicação dos recursos e da avaliação da execução do projeto técnico. Também consta no termo de responsabilidade que, caso não comprovada sua aplicação na consecução do objeto pactuado ou na hipótese de utilização dos recursos em finalidade diversa da estabelecida, devem ser devolvidos pelo Município.

4. O próprio Ministério da Previdência e Assistência Social efetuará a fiscalização da execução do convênio, que justifica a competência da Justiça Federal. Súmula nº 208 do STJ. Precedentes do STF e desta Corte.”

(grifei)

(TRF4, EXINCR 0004391-92.2013.404.0000, Quarta Seção, Relatora: Salise Monteiro Sanchotene, D.E. 30/08/2013)

19. Assim, não se afigura viável a pretendida utilização da UGF 18001 – SSP para tramitação da receita relativa ao repasse de recursos financeiros do Município de São Paulo, decorrente do Convênio nº GSSP/ATP-77/11 – Fiscalização do Comércio Ambulante Irregular ou Ilegal e do Convênio nº GSSP/ATP-221/10 – Atuação Operacional em Atendimento Pré-Hospitalar no SAMU-192, celebrados entre o Estado de São Paulo e aquele município, para pagamento da Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada, criada pela Lei municipal nº 14.977/2009 e regulamentada pelo Decreto municipal nº 50.994/2009.
20. Em outras palavras, **cabe exclusivamente ao Município de São Paulo, de forma discricionária, o pagamento da referida vantagem, que tem natureza eventual e cuja percepção é condicionada à prática de atividade municipal delegada**, em conformidade com os Planos de Trabalhos que instruem aqueles Convênios, razão pela qual não pode ser incorporado ao patrimônio do Estado de São Paulo, devendo permanecer em conta bancária específica e vinculada ao respectivo Convênio, sujeita à prestação de contas pelo órgão executor.
21. Assim, tal benefício em hipótese alguma poderá integrar a folha de pagamentos da Polícia Militar do Estado, por não se tratar de verba remuneratória que integra a composição do soldo, mesmo porque qualquer alteração na remuneração dos policiais militares é de competência privativa do Sr. Governador do Estado, consoante disposto na Constituição Estadual, *in verbis*:

“ARTIGO 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração,”

(...)
22. Em reforço a este entendimento está o fato de que o artigo 25, inciso II, da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) veda, expressamente, a transferência voluntária de recursos entre os entes da Federação para pagamento de despesas com pessoal, consoante dispõe o artigo 167, inciso X, da Constituição Federal:

“Art. 167. São vedados:

(...)

X - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)”

23. Ademais, releva notar que a transferência de recursos em razão de convênios celebrados com os municípios, para pagamento de gratificação *pro labore* pelo desempenho de atividade de competência municipal por policiais militares não é nova (exemplo são os convênios que são celebrados com municípios do Estado, que objetivam disciplinar as atividades previstas no Código de Trânsito Brasileiro e que também há a delegação de atribuições municipais ao Estado, com a assunção pela Polícia Militar e previsão de gratificação mensal, a título de *pro labore* aos policiais militares e ancorada em lei municipal) e, salvo melhor juízo, tem obedecido à mesma sistemática dos Convênios ora em análise, sem que houvesse qualquer questionamento por parte dos órgãos de controle interno e externo do Estado.
24. Isso porque os recursos decorrentes das transferências voluntárias, por tratar-se de verba pública, estão sujeitos à fiscalização através de prestação de contas, fato este que confere a essas transações a transparência que a origem pretende alcançar com a alteração proposta, pois a prestação de contas tem por objetivo a demonstração da legalidade dos atos que resultaram na realização das despesas, bem como o atendimento das metas previstas no plano de trabalho.
25. Relativamente à necessidade de fiscalização dos convênios, são os ensinamentos de Gustavo Alexandre Magalhães³:

“A fiscalização dos contratos e convênios administrativos constitui, assim, o dever de acompanhamento da execução dos convênios administrativos, o que pode ser feito diretamente pela Administração ou com o auxílio de terceiros.

(...)

Cumprе destacar que a fiscalização dos convênios pela Administração Pública deve ser realizada tanto nos convênios financeiros quanto nos não financeiros.

3 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 220/221.

Nos convênios não financeiros, embora não haja repasse de recursos públicos em decorrência da celebração do acordo, a fiscalização se justifica em virtude da necessidade de verificação do cumprimento dos cronogramas e compromissos assumidos pelos partícipes. Trata-se, na verdade, do dever de a Administração Pública conferir se foi atingido (ou se pelo menos se diligenciou para tanto) o interesse público que deu ensejo à celebração do convênio.

Já nos convênios financeiros, a fiscalização visa à comprovação da correta aplicação dos recursos repassados pela Administração Pública, analisando-se o cumprimento das metas assumidas pelos partícipes.”

(grifei)

24. Não se pode olvidar que o artigo 37 da Constituição Federal impõe à Administração o fiel atendimento ao princípio da legalidade estrita, o que significa dizer que: ***“o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se desviar ou afastar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (...) Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’.”***⁴
25. Por fim, mister destacar que preocupação externada pelo GSPOFP da Pasta quanto às consequências da vinculação da Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada em folha de pagamento, notadamente quanto à incorporação, não é infundada, consoante se vê da sentença proferida nos autos da Ação Ordinária nº 1025427-43.2014.8.26.0405 e em acórdãos do Tribunal de Justiça proferidos em sede de apelação em ações veiculando pedidos de incorporação por policiais militares do referido benefício (cópias anexas):

“Processo Digital nº: 1025427-43.2014.8.26.0405

Classe – Assunto: Procedimento Ordinário – Gratificação Incorporada/ Quintos e Décimos / VPNI

Requerente: Wanderlei da Costa Oliveira

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. atualizada até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013, por Délcio Balestero ALEIXO e José Emmanuel BURLE FILHO. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 90/91.

Requerida: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

Juiz(a) de Direito: Dr(a). OLAVO SÁ PEREIRA DA SILVA

Vistos. (...) A presente demanda deve ser julgada improcedente. Trata-se de ação na qual o autor pretende a incorporação da gratificação de atividade delegada e consequente recebimento de diferenças salariais. A Lei Municipal nº 14.977/09, regulamentada pelo Decreto nº 50.994/09, acabou por instituir a “gratificação por desempenho de atividade delegada”, instrumento de finalidade de segurança pública, por meio do qual se viabilizou convênio firmado entre o Estado de São Paulo e o Município de São Paulo, no qual se permitiu que policiais militares efetivos atuassem em locais indicados pela Municipalidade. Em que pesem os bem lançados argumentos do Digno Patrono do autor, fato é que a referida lei estabeleceu expressamente que a adesão do servidor interessado seria voluntária, obrigando-o tão somente quanto às regras nela contidas para a organização e cumprimento das funções estabelecidas. Com efeito, o artigo 241 da Constituição Federal autorizou a celebração de convênios entre os entes federativos, de forma a garantir a prestação de serviços públicos: *Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*. Ademais, o aludido convênio já foi objeto de Ação Civil Pública, não se vislumbrando qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade neste acordo entre a Polícia Militar do Estado de São Paulo e a Prefeitura do Município de São Paulo. Finalmente, não é imposta ao servidor a obrigação de vincular-se à adesão. Até porque, tal adesão é delimitada somente até o cumprimento da escala de serviço estabelecida, o que configura a natureza “pro labore faciendo” da gratificação aqui discutida, cujo pagamento exige a efetiva prestação de serviço nas condições estabelecidas em lei, não havendo que se falar em aumento disfarçado ou mesmo em incorporação de décimos conforme pretendeu o autor. Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a ação movida por WANDERLEI DA COSTA OLIVEIRA em face da FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. Em consequência, JULGO EXTINTO o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.”

(grifei)

APELAÇÃO – GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE DELEGADA – INCORPORAÇÃO – Pretensão à incorporação de décimos nos proveitos salariais decorrentes da Gratificação de Atividade Delegada, instituída pela Lei nº 14.977/2009 e Decreto nº 50.994/2009, além de diferenças salariais decorrentes da incorporação de décimos, com reflexos no 13º salário e férias – Sentença de improcedência decretada em primeiro grau – Decisório que

merece subsistir – Gratificação de caráter pro labore faciendo – Participação de forma voluntária, nos termos do artigo 2º da Lei Complementar Estadual nº 1188/12, que alterou a de nº 10291/68 – Policial que não foi investido em novo cargo ou função melhor remunerada, mas apenas escolheu exercer um trabalho extra durante seus horários de folga – Sentença mantida – Recurso não provido.

(TJSP - Relator(a): Rubens Rihl; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 22/07/2015; Data de registro: 23/07/2015)

(grifei)

POLICIAIS MILITARES. Atividade delegada em favor do Município nos seus períodos de folga. Gratificação. Lei Municipal nº 14977/2009 e Decreto Municipal nº 50994/2009. Vantagem a cargo do Município, sem nenhum reflexo sobre as vantagens inerentes ao cargo público estadual, como incorporação, incorporação de décimos segundo o artigo 133 da Constituição do Estado, reflexo sobre férias e 13º salário. Demanda improcedente. Recurso não provido.

(TJSP – Relator(a): Edson Ferreira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/06/2015; Data de registro: 17/06/2015)

(grifei)

Policial militar. Gratificação de atividade delegada. Convênio celebrado entre a polícia militar do Estado de São Paulo e a Prefeitura do Município de São Paulo. Função de caráter voluntário Caráter de “pro labore faciendo”. Impossibilidade de cômputo de décimos. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJSP – Relator(a): Nogueira Diefenthaler; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 29/09/2014; Data de registro: 03/10/2014)

(grifei)

26. Concluindo:

- a) cabe exclusivamente ao Município de São Paulo o pagamento da Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada instituída pela Lei municipal nº 14.977/2009, que tem natureza eventual e cuja percepção é condicionada à prática de atividade municipal delegada, em conformidade com os Planos de Trabalhos que instruem os Convênios GSSP/ATP – 77/11 E GSSP/ATP – 221/10 e deve permanecer nas contas bancárias vinculadas aos Convênios e especialmente abertas para este fim;

- b) a Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada, por tratar-se de benefício municipal, não pode ser incluída na folha de pagamentos da Polícia Militar do Estado de São Paulo;
- c) não é viável a utilização da UGF 18001 – SSP para tramitação da receita relativa ao repasse de recursos financeiros do Município de São Paulo, decorrente do Convênio nº GSSP/ATP-77/11 – Fiscalização do Comércio Ambulante Irregular ou Ilegal e do Convênio nº GSSP/ATP-221/10 – Atuação Operacional em Atendimento Pré-hospitalar no SAMU-192, celebrados entre o Estado de São Paulo e aquele município, para pagamento da Gratificação por Desempenho de Atividade Delegada, criada pela Lei nº 14.977/2009, do município de São Paulo e regulamentada pelo Decreto municipal nº 50.994/2009.

27. Com tais considerações, proponho o retorno dos autos à origem para ciência das orientações traçadas no presente parecer.

É o parecer, que se submete à consideração superior.

CJ/SSP, 20 de agosto de 2015.

MARIA CRISTINA MIKAMI DE OLIVEIRA
Procuradora do Estado

PROCESSO: 4.307/2015

INTERESSADO: POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

De acordo com o Parecer CJ/SSP 2.658/2015.

À Chefia de Gabinete da Pasta, para conhecimento.

Consultoria jurídica, 24 de agosto de 2015.

VALTER FARID ANTONIO JUNIOR

Procurador do Estado Chefe – CJ/SSP

PROCESSO: SPPREV75444/2016

INTERESSADO: CENTRO DE REABILITAÇÃO DE CASA BRANCA

PARECER: PA nº 46/2017

EMENTA: PREVIDÊNCIA SOCIAL. REGIME PRÓPRIO. APOSENTADORIA. REGRAS DE TRANSIÇÃO. EXPECTATIVAS DE DIREITO. Inteligência dos artigos 6º e 6º-A da EC nº 41/2003 e artigo 3º da EC nº 47/2005. Normas que limitam o universo de servidores que poderão ser por elas beneficiados àqueles que tenham “ingressado no serviço público” até a data da publicação da EC nº 41/2003 e da EC nº 20/1998, respectivamente. Dúvida quanto ao sentido do termo “serviço público”, contido no *caput* de tais dispositivos. Exegese sistemática e teleológica das normas, a determinar que apenas o exercício ininterrupto de serviço público com vínculo ao RPPS, desde momento anterior às datas indicadas, autoriza o enquadramento do servidor nas aludidas regras transitórias. Ainda que a interrupção do vínculo com o RPPS ocorra sem que o servidor deixe de exercer serviço público, ao suprimir a expectativa de direito quanto à obtenção de aposentadoria nos termos anteriores ao advento da respectiva emenda, obsta o enquadramento do servidor na norma de transição. Precedentes: Pareceres PA nº 44/2012, 52/2013 e 50/2014.

1. A presente consulta, formulada pela Diretoria de Benefícios de Servidores Públicos (DBS) da São Paulo Previdência (SPPREV), almeja elucidar se um servidor que se manteve ininterruptamente no exercício de serviço público desde os idos de 1976 faz jus à aposentadoria nos termos do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005, malgrado tenha vivenciado rompimento do vínculo com o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) entre 01/02/2008 e 15/04/2010.
2. Extraí-se dos autos que, em 16/06/1976, o Sr. Luiz Francisco de Mello foi admitido nos termos do artigo 1º, I, da Lei nº 500/1974 e, desde então, embora sob liames funcionais diversos, jamais deixou de exercer serviço público (fls. 02/08).

3. Assim, aos 02/02/2016, titularizando cargo efetivo de Oficial Operacional da Secretaria de Estado da Saúde, solicitou a concessão de aposentadoria nos termos do artigo 3º da EC nº 47/2005, norma vocacionada a amparar aqueles que tenham “ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998” (fls. 16).
4. Ao analisar o pleito, contudo, a SPPREV entendeu que a “quebra de vínculo com o RPPS” entre 01/02/2008 e 15/04/2010¹ obstaría o enquadramento do servidor na regra de aposentadoria prevista em tal dispositivo, vocacionada a resguardar expectativas de direito (fls. 17/18).
5. A Coordenadoria de Recursos Humanos da Secretaria da Saúde discordou do posicionamento da Autarquia Previdenciária e sustentou, com base no Parecer PA nº 52/2013, que o servidor faria jus ao benefício previdenciário conforme por ele solicitado, observando (fls. 21/24):

[...] embora tenha efetivamente havido quebra de vínculo com o RPPS, não houve quebra de vínculo com o serviço público, e a condição que o texto do artigo 3º da EC nº 47/2005 estabeleceu é a de que o servidor tivesse ingressado no serviço público até 16/12/1998 e não no regime próprio de previdência.

6. Em seguida, a Unidade Central de Recursos Humanos (UCRH), por meio da Informação UCRH nº 1041/2016, defendeu opinião análoga à esposada pela Secretaria da Saúde, devolvendo os autos à apreciação da SPPREV (fls. 25/27).
7. Diante da controvérsia instaurada, a DBS solicitou manifestação da Consultoria Jurídica sobre o tema (fls. 28/31).
8. Com isso, veio a lume o Parecer CJ/SPPREV nº 133/2017², que corroborou o entendimento externado pela Autarquia Previdenciária no sentido de que a interrupção do vínculo do servidor com o RPPS entre 01/02/2008 e 14/04/2010 impede seu enquadramento na regra posta no artigo 3º da EC nº 47/2005. Isso porque o termo “serviço público”, contido no *caput* de tal dispositivo, deve ser compreendido como “serviço público que implique vínculo ao RPPS”. Ora, “as regras de transição contempladas nas emendas editadas no bojo da Reforma Previdenciária têm o claro escopo de assegurar **expectativas de direito**. É dizer, destinam-se a proteger os

1 Nesse período, o servidor exerceu a função temporária de motorista, nos termos do artigo 1º, I, da Lei nº 500/1974, com filiação ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) (fls. 06, 07 e 14).

2 Parecerista DRA. LUCIANA MONTEIRO CLAUDIANO.

servidores que eram vinculados ao RPPS quando do advento da alteração do sistema e que, por manterem-se a ele vinculados de forma ininterrupta, jamais perderam a expectativa de fazer jus à aposentadoria nos termos do regramento anterior” (fls. 33/44).

9. O opinativo contou com integral aprovação da i. Procuradora do Estado Chefe da CJ/SPPREV que, por vislumbrar divergência entre o Parecer PA nº 52/2013 e o Parecer GPG/CONS nº 39/2014 quanto ao tema, houve por bem encaminhar o expediente à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, com sugestão de remessa à Procuradoria Administrativa (fls. 43/44).
10. Acolhida a proposta, aportaram os autos³ nesta Especializada (fls. 46).

Feito o relato do essencial, passo a opinar.

11. Em síntese, discute-se nos autos qual o significado do termo “serviço público”, utilizado no caput de regra de transição contemplada pela Reforma Previdenciária para delimitar o universo de servidores que poderão alcançar aposentadoria segundo parâmetros semelhantes aos vigentes até o advento de emenda constitucional que impingiu contundente mudança no Regime Próprio de Previdência Social. Eis o teor do artigo 3º da EC nº 47/2005, cuja interpretação é objeto de discórdia:

Artigo 3º – Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha **ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998** poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo. [...]. [g.n.]

³ Anote-se que, com os presentes autos, vieram também os autos GDOC nº 16847-126658/2017, os quais veiculam consulta idêntica acerca da mesma situação concreta.

12. Trata-se de questão jurídica já examinada pela Procuradoria Administrativa que, por meio do **Parecer PA nº 52/2013**⁴, concluiu:

[...] não endossamos a conclusão do órgão preopinante no sentido de que “não poderá ser considerado o tempo em que a interessada exerceu cargo exclusivamente em comissão, para fins de estabelecer a data de ingresso no serviço público”.

14.1 – Tal distinção, a nosso ver, não foi estabelecida pelo constituinte derivado ao empregar, no “caput” do art. 3º da EC no 47/2005, a locução “que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998”.

14.2 – Com efeito, quando pretendeu estabelecer discriminação dessa natureza, fê-lo de forma expressa o constituinte reformador. Assim, por exemplo, o revogado artigo 8º da Emenda Constitucional nº 20/98, conferia o direito à aposentadoria nos termos por ele estipulados “àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data da publicação desta Emenda (...)”.

15 – Pela mesma ordem de razões, não vemos óbice à contagem, como de tempo de efetivo exercício no serviço público, para os fins previstos no inciso II do art. 3º da EC no 47/05, do tempo no qual a servidora – que à época não era titular de cargo efetivo – teve efetivo exercício em cargos em comissão junto à Administração centralizada deste Estado.

13. Ou seja, o opinativo, aprovado por toda a escala hierárquica da Procuradoria Geral do Estado, firmou o entendimento de que o termo “serviço público”, nas duas passagens em que referido pelo artigo 3º da EC nº 47/2005 (*caput* e inciso II), mereceria aceção única e ampla, capaz de albergar qualquer vínculo funcional travado pelo servidor com a Administração direta e suas autarquias.
14. Com o devido respeito, ousou discordar de tal orientação e, pelas razões que passo a externar, proponho seja conferida exegese diversa à norma em apreço.
15. A meu sentir, a interpretação vigente, com o nobre intuito de prestigiar a literalidade do termo “serviço público” e conferir sentido único a tal expressão nos dois trechos em que mencionada pela indigitada regra, acaba por desatender aos fins da norma.

⁴ Parecerista Dra. Patrícia Ester Fryszman.

16. Ora, o termo “serviço público” tem sido empregado pelo Legislador em múltiplos sentidos⁵, de maneira que o recurso ao método gramatical de interpretação pouco auxilia na elucidação do exato sentido em que utilizado. Imperativo, portanto, elevar o olhar e buscar no contexto, com auxílio dos métodos sistemático e teleológico, o significado a ser conferido a tal expressão.
17. Seguindo essa trilha, cumpre observar que o Constituinte Reformador, ao efetuar alterações significativas nos Regimes de Previdência pátrios, tem se valido de regras de transição com o fito de conferir concretude ao **Princípio da Segurança Jurídica**.
18. Com esse intuito, as Emendas Constitucionais nº 20/1998 e 41/2003, responsáveis pelas mais contundentes modificações impostas ao RPPS, contemplaram **normas transitórias destinadas a assegurar os direitos adquiridos**, exercidos ou não, pelos servidores filiados a tal regime. Confira-se:

Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998:

Artigo 3º – É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos **servidores públicos** e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º – O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, “a”, da Constituição Federal.

§ 2º – Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no «caput», em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios ou nas condições da legislação vigente. [...].

5 A expressão admite, ao menos, um sentido subjetivo e outro objetivo: “no primeiro, levam-se em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade. [...] No sentido objetivo, porém, serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 305). Contudo, o Legislador tem se valido do termo para identificar ideias ora mais abrangentes, ora menos abrangentes, dificultando consideravelmente o trabalho do intérprete que se depara com as normas em que utilizado.

Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003:

Artigo 3º – É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos **servidores públicos**, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

§ 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente.

19. É certo que a proteção ao direito adquirido positivada no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, faz parecer supérflua a edição de normas especificamente destinadas a garantir que tais emendas não atinjam os direitos previdenciários adquiridos à luz do regramento anterior. Todavia, sob os fortes influxos da Segurança Jurídica, certamente visando a evitar equívocos e a “tranquilizar a população brasileira”⁶, o Constituinte derivado houve por bem estabelecer normas desse jaez no bojo da Reforma Previdenciária. Nessa toada, as lições do i. Professor DR. ELIVAL DA SILVA RAMOS⁷:

6 Da exposição de motivos que instruiu o projeto que frutificou na EC nº 20/1998, extrai-se: “[...] preliminarmente, cumpre tranquilizar a população brasileira que a reforma respeitará integralmente os direitos adquiridos daqueles que estejam em gozo dos benefícios previdenciários e daqueles que tenham cumprido os requisitos legais para obtê-los. 11. Os atuais aposentados e pensionistas, portanto, não serão afetados pelas alterações propostas. Ao contrário, com a melhoria das condições financeiras do sistema previdenciário, em função do aumento da arrecadação e da adoção de regras mais justas para a concessão de benefícios, deverão obter vantagens adicionais. 12. Do mesmo modo, os trabalhadores que tenham cumprido todos os requisitos legais para a obtenção de sua aposentadoria ou de qualquer outro benefício, terão também os seus direitos respeitados, podendo valer-se da legislação vigente” (Diário do Congresso Nacional, 28/03/1995).

7 *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 259.

[...] é evidente que a Emenda Constitucional nº 20 não poderia, retroativamente, afetar os direitos à aposentadoria que se aperfeiçoaram precedentemente à sua entrada em vigor, tivessem esses direitos sido efetivamente exercidos ou não. De igual modo, não poderia, retrospectivamente, a partir de sua vigência, atingir os proventos de aposentadoria e pensões cujo fato aquisitivo se situasse em tempo pretérito, reconfigurando-os de acordo com novas regras.

Preocupado em evitar que a aplicação do texto constitucional revisto pudesse afastar-se dessas diretrizes, cuidou o Constituinte de revisão de salvaguardar expressamente tais direitos adquiridos, o que, insista-se, não era necessário, embora se tenha afigurado conveniente, no sentido de apaziguar os ânimos dos beneficiários dos regimes de previdência.

20. Mas, sobretudo na seara das relações jurídico-previdenciárias, a mera proteção ao direito adquirido nem sempre é suficiente para fazer valer o Princípio da Segurança Jurídica. Deveras, a alteração brusca das normas que regem relações de longa duração nas quais a aquisição do direito é gradativa pode implicar, e no mais das vezes implica, para aqueles que ainda não completaram o ciclo para incorporação do direito, mas que já percorreram parcela desse caminho, abalo incompatível com os ditames de tal princípio⁸.
21. Por isso afigura-se recomendável que mudanças contundentes em Regimes de Previdência sejam acompanhadas de regras de transição destinadas a abrandar os efeitos das alterações sobre as expectativas daqueles que, embora não tenham incorporado definitivamente dado direito a seu patrimônio, já cumpriram parcela dos requisitos postos para tal incorporação – as denominadas “expectativas de direito”⁹. Sobre esse ponto,

8 Rememore-se que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que inexistia direito adquirido à manutenção de regime jurídico.

9 FRANCISCO AMARAL ensina: “Os direitos subjetivos podem formar-se instantânea ou gradativamente. No caso de formação progressiva, cria-se uma situação preliminar de incerteza, de expectativa, de espera pela aquisição do direito. Este ainda não nasceu. A expectativa é, assim, um direito em formação, ainda dependente de algum elemento. Diz-se de fato quando existe apenas a esperança, a simples possibilidade abstrata de aquisição do direito que, por isso mesmo, não goza de proteção legal. Diz-se de direito quando já se configura em parte o direito, existindo uma situação pendente do requisito legal ou fato específico. A relação jurídica está suspensa, pendente, mas já produz efeitos provisórios, diversos, porém, dos que existiram se o direito já estivesse totalmente constituído. Exemplo de expectativa de fato é a esperança que os filhos têm de suceder a seus pais, quando estes morrerem, pois, enquanto vivos, não têm eles quaisquer poderes ou direitos nesse sentido. Exemplos de expectativa de direito são a do possuidor de uma coisa a fim de obtê-la por usucapião, a dos sócios de uma pessoa jurídica sobre o patrimônio desta, em caso de dissolução, a do adquirente de um direito sob condição suspensiva, etc.” (*Direito Civil – Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 204).

MARCELO LEONARDO TAVARES¹⁰ observa:

Se podemos afirmar que os servidores já ocupantes de cargo efetivo na Administração, mas que não tenham preenchido os requisitos para aposentadoria até a data da publicação da EC nº 41/2003, não têm direito adquirido, não se pode ser insensível ao fato de que o princípio da segurança das relações jurídicas, implícito na Constituição e decorrente do princípio do Estado de Direito, protege-os contra mudanças radicais no regime jurídico institucional até então adotado.

É verdade que os atos normativos, não estando diante de direito adquirido, podem prever mudanças no sistema. Contudo, essas alterações não podem modificar sem qualquer limite de razoabilidade as normas que até então pautaram a conduta mútua do servidor e dos órgãos públicos, gerando expectativas legítimas. Existe um mínimo de segurança a ser mantido nas relações institucionais, sob pena de desrespeito ao próprio sistema de legalidade que serve para orientar as regras de conduta entre administrados e Administração.

22. Nas palavras de LUIS ROBERTO BARROSO, em tais situações seria “possível cogitar [...] de um direito a uma transição razoável”¹¹⁻¹².
23. Ciente disso, **o Constituinte Reformador estabeleceu regras de transição voltadas a assegurar expectativas de direito ostentadas pelos servidores públicos que, tendo preenchido parte dos requisitos estabelecidos para alcançar aposentação nos termos das regras então vigentes, foram surpreendidos pelas modificações implementadas pela Reforma Previdenciária. E optou por fazê-lo valendo-se de disciplina específica que permite que tais servidores atinjam aposenta-**

10 *Direito Previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 388.

11 *Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência (Ascensão e Queda de um Regime de Erros e Privilégios)*. Revista Brasileira de Direito Público RBDP Belo Horizonte, n. 4, ano 2 Janeiro/Março 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12546>>. Acesso em: 13/06/2017.

12 Na mesma linha, GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO consignam que: “a ideia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. Daí razão pela qual se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a não adoção de cláusulas de transição poderá configurar omissão legislativa inconstitucional grave. Assim, ainda que não se possa invocar a ideia de direito adquirido para proteção das chamadas situações estatutárias ou que se não possa reivindicar direito adquirido a um instituto jurídico, não pode o legislador ou o Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer *tabula rasa* das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo” (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 472/473 – g.n.).

doria sob parâmetros semelhantes, embora não idênticos, aos anteriormente vigentes¹³.

24. Assim, a EC nº 20/1998 contou com a seguinte regra de transição:

Artigo 8º – Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha **ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:**

I – tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II – tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

III – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior [...]. (Revogado pela EC nº 41/2003)

25. A valer, ao inovar quanto aos requisitos para a aposentadoria voluntária, condicionando-a ao alcance de idade mínima, o Constituinte Reformador criou regra de transição destinada a amainar os impactos do novo regramento sobre os servidores que, quando da entrada em vigor da EC nº 20/1998, ostentavam legítima expectativa de alcançar a aposentadoria sem que lhes fosse exigido o preenchimento de tal requisito.

26. Acerca dos fins colimados pelo artigo 8º da EC nº 20/1998, vale transcrever as lições de DÂNAE DAL BIANCO:

13 Interessante observar que o amparo às expectativas de direito pode ser implementado de diferentes maneiras, cabendo ao legislador eleger o sistema que julgar mais adequado. J. J. GOMES CANOTILHO leciona que: “Os instrumentos do direito transitório são vários: confirmação do direito em vigor para os casos cujos pressupostos se gerarem e desenvolverem à sombra da lei antiga; entrada gradual em vigor da lei nova; dilatação da *vacatio legis*; disciplina específica para situações, posições ou relações jurídicas imbricadas com as <<leis velhas>> e com as <<leis novas>>” (*Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2008, p. 363).

Até a EC nº 20/1998, os servidores necessitavam apenas cumprir 35 ou 30 anos de serviço para se aposentar. Em 1998 foi introduzida a exigência de idades mínimas: 55 anos para mulheres e 60 para homens. O impacto foi significativo: uma servidora que começou a trabalhar aos 18 anos, poderia, antes da EC n. 20/1998, se aposentar aos 48 anos de idade e um homem, aos 53. A diferença dessas idades para as atualmente exigidas é significativa: 7 anos. Se não houvesse sido criada nenhuma regra de transição, a servidora que tinha 30 anos e 11 meses de serviço em 15.12.1998 e imaginava se aposentar no dia 15 de janeiro do ano seguinte, quando iria completar 48 anos de idade, teria que esperar mais 7 anos para se aposentar! E se ela tivesse começado a trabalhar aos 14 anos, estaria prestes a completar 44 anos de idade e, nas novas regras, teria que esperar mais 11 anos para se aposentar, mais de 1/3 do que já tinha trabalhado até então! Certamente ela não ficaria nem um pouco satisfeita com essa alteração. Por mais que concordemos que aos 48 anos de idade as mulheres estão em seu auge intelectual e profissional e ainda têm muita energia e disponibilidade para continuar a trabalhar por mais algum tempo, bem como que concordemos que ela não tinha direito adquirido a nada, não se deve frustrar as expectativas desta forma. Cada pessoa organiza sua vida, faz seus planos e traça seus objetivos com base nas regras do jogo que estão em vigência, pois não há como saber o que estará valendo no futuro. Se há uma mudança brusca nessas regras, deve-se procurar uma forma de amenizar os impactos que essa mudança causará a curto prazo, para que as pessoas possam se reorganizar e refazer seus planos, adaptando-se gradativamente às novas regras. A solução encontrada, em 1998, foi estabelecer idades mínimas de 48 anos para mulheres e 53 para homens, que significam exatamente os 30 ou 35 anos de serviço para quem começou a trabalhar aos 18 anos de idade, e exigir um tempo de contribuição adicional, que ficou conhecido como 'pedágio' [...].

27. Curial atentar que essa norma de transição não alcançou todo o espectro de servidores públicos que à época do advento da EC nº 20/1998 estavam vinculados ao RPPS e, por isso, ostentavam expectativa de direito de alcançar aposentadoria nos moldes até então vigentes. Ora, como essa emenda circunscreveu a filiação aos Regimes Próprios a servidores titulares de cargos efetivos¹⁴, optou por assegurar expectativas de direito somente aos servidores enquadrados em tal categoria. Aqueles que até tal momento estavam vinculados ao RPPS em razão de exercício de cargo

14 A redação conferida por tal emenda ao *caput* do artigo 40 da Constituição Federal preceituou que o RPPS seria assegurado apenas aos "servidores titulares de cargos efetivos". E, afastando eventuais dúvidas sobre o ponto, o § 13, incluído no artigo 40 da Lei Maior também pela EC nº 20/1998, estabeleceu que "ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social".

comissionado, por exemplo, não foram beneficiados por tal regra, incidente apenas sobre aqueles que tenham “ingressado regularmente em cargo efetivo” na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda”.

28. A EC nº 41/2003 revogou o artigo 8º da EC nº 20/1998 substituindo-o por regra de transição que condiciona a aposentadoria dos servidores que ingressaram em cargo efetivo até a data da publicação da EC nº 20/1998 aos mesmos requisitos previstos na emenda anterior¹⁵:

Artigo 2º – Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, **àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública** direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I – tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II – tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea *a* deste inciso.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do *caput* terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, *a*, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

I – três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* até 31 de dezembro de 2005;

15 Observe-se que o artigo 2º da EC nº 41/2003 não garantiu a esse grupo de servidores que seus proventos fossem calculados segundo a regra da integralidade e reajustados de forma paritária, conforme previsto nas normas vigentes quando da publicação da EC nº 20/1998. Como se verá adiante, a EC nº 47/2005, fruto da aprovação da denominada “PEC paralela”, corrigiu essa “falha” quanto à proteção das expectativas de direito ostentadas por esses servidores.

II – cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* a partir de 1º de janeiro de 2006.

[...] § 6º As aposentadorias concedidas de acordo com este artigo aplica-se o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal.

29. Ademais, ao remodelar a forma de cálculo e reajuste das aposentadorias concedidas pelo RPPS, a EC nº 41/2003 contemplou regra de transição especificamente vocacionada a permitir que aqueles que ingressaram “no serviço público até a data” de sua publicação possam alcançar aposentadoria com proventos calculados e reajustados segundo os critérios da integralidade e paridade, até então vigentes:

Artigo 6º – Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha **ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda** poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I – sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III – vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV – dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

30. A Emenda Constitucional nº 47/2005, fruto da denominada “PEC paralela”, intentou, basicamente, corrigir falhas verificadas nas regras de transição da EC nº 41/2003 quanto à salvaguarda de expectativas de direito¹⁶.

16 Do Parecer nº 1.032/2005, proferido durante a discussão do referido projeto pelo Senador Rodolpho Tourinho, colhe-se: “[...] o que originou a “PEC Paralela” foi exatamente essa questão da paridade, dentro da ideia de garantir uma transição menos gravosa aos servidores que tinham expectativa de se aposentar segundo critérios anteriormente existentes” (Diário do Senado Federal, 30/06/2005).

31. Nesse esforço, o artigo 5º da EC nº 47/2005 revogou o parágrafo único do artigo 6º da EC nº 41/2003, que contemplava os servidores nele enquadrados com mera “paridade mitigada”, enquanto o artigo 2º da nova emenda garantiu-lhes “paridade plena”, nos termos do artigo 7º da emenda anterior¹⁷.
32. Outrossim, para corrigir omissão quanto ao amparo de expectativas de direito dos servidores que ingressaram no serviço público até a publicação da EC nº 20/1998, a EC nº 47/2005 trouxe à tona o artigo 3º, que prevê regra capaz de garantir-lhes cálculo dos proventos pela “integralidade” e reajuste paritário:

Artigo 3º – Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha **ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998** poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional

17 O parágrafo único do artigo 6º garantia aos servidores que ingressaram no serviço público até a publicação da Emenda Constitucional nº 41/2003 a possibilidade de alcançar aposentadoria com proventos “revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei” (“paridade mitigada”). Ou seja, o dispositivo não garantia ao universo de servidores enquadrados no artigo 6º da EC nº 41/2003 que alcançassem aposentadoria com proventos reajustados nos exatos termos previstos até o advento da emenda. A EC nº 47/2005, além de revogar tal dispositivo, estabeleceu, em seu artigo 2º, que se aplica “aos proventos de aposentadorias dos servidores públicos que se aposentarem na forma do caput do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o disposto no art. 7º da mesma Emenda”. Noutros termos: assegurou a tais servidores que seus proventos serão “revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria” [g.n.].

nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

33. Por fim, a Emenda Constitucional nº 70/2012 pretendeu suprir outra lacuna deixada pela EC nº 41/2003, que não contemplou regra transitória destinada a assegurar expectativas de direito dos servidores que, tendo ingressado no RPPS antes das modificações por ela implementadas, foram posteriormente atingidos por invalidez permanente.
34. De fato, a EC nº 41/2003 limitou-se a trazer regras de transição destinadas a assegurar aposentadoria voluntária com cálculo pela última remuneração (integralidade) e reajuste paritário a quem ostentava expectativa de direito quando de seu advento, mas relegou esses mesmos funcionários às regras de cálculo e reajuste previstas no corpo permanente da Constituição, caso atingidos por eventual invalidez. Para suprimir tal omissão, a EC nº 70/2012 incluiu, no bojo da EC nº 41/2003, o artigo 6º-A, *in verbis*:

Artigo 6º-A - O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que **tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional** e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no caput o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores.

35. Com isso, garantiu-se, a quem ingressou no serviço público até a data da publicação da EC nº 41/2003, aposentadoria por invalidez calculada “com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria”, isto é, pela regra da “integralidade”, e reajustada segundo o critério da paridade plena¹⁸.

18 Anote-se que o Parecer PA nº 26/2012, exarado pelo DR. MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEU logo após a edição da EC nº 70/2012, traz importantes considerações sobre o tema.

36. Desse cenário, exsurge inequívoca a finalidade inerente às regras de transição previstas nos artigos 8º da EC nº 20/1998, 2º, 6º e 6º-A da EC nº 41/2003 e 3º da EC nº 47/2005: todas essas normas buscam proteger expectativas de direito de servidores públicos, garantindo-lhes a possibilidade de alcançar aposentadoria sob parâmetros análogos àqueles em que esperavam fazê-lo até o momento em que implementadas as mais significativas modificações no RPPS.
37. Creio que é a partir dessa premissa que devemos fixar o sentido do termo “serviço público”, previsto no *caput* dos artigos 6º e 6º-A da EC nº 41/2003 e 3º da EC nº 47/2005 com o fito de delimitar o universo de servidores enquadráveis em tais regras de transição.
38. Com efeito, se essas normas têm por fim promover a proteção de expectativas de direito de servidores públicos, decerto apenas incidirão sobre aqueles que efetivamente ostentavam tais expectativas quando do advento das emendas. **E o mero exercício de serviço público, sem filiação ao RPPS, jamais autorizou expectativas de direito quanto à aposentadoria em tal regime.** Lembre-se: “para que possa existir uma expectativa de direito, o fato ou ato jurídico ensejador da situação subjetiva deve estar em desenvolvimento, não obstante ainda não se tenha completado”¹⁹.
39. Logo, é certo que o ingresso no “serviço público” que garante enquadramento em regra que prevê “transição razoável” só poderia ser aquele que alberga apenas os servidores públicos que, estando filiados ao RPPS quando do advento da mudança legislativa, já haviam preenchido parte dos requisitos até então exigidos para aquisição do direito à aposentadoria em tal regime.
40. Noutras palavras: **o termo “serviço público”, utilizado no *caput* dos artigos 6º e 6º-A da EC nº 41/2003 e 3º da EC nº 47/2005 merece exegese restritiva, que compreende apenas o “serviço público com vínculo ao RPPS”.**
41. Não se ignora que a expressão “serviço público”, quando empregada pelo Constituinte para referir-se a uma das carências exigidas para a aposentadoria voluntária (artigo 40, § 1º, III, da CF/1988, artigo 6º, III, da EC nº 41/2003 e artigo 3º, II, da EC nº 47/2005), reveste-se de sentido mais amplo, abarcando qualquer vínculo laboral com a Administração Direta

19 RAMOS, ELIVAL DA SILVA. Op. Cit., p. 185.

e suas descentralizações de direito público (ainda que sob contrato de trabalho e vínculo com o RGPS)²⁰.

42. Entretanto, inviável perder de vista que os signos não encerram significado único, nem são hábeis a, por si, dar vida às ideias. Por isso mesmo a tarefa do aplicador do Direito é das mais árduas: para compreender o sentido da norma e bem aplicá-la, jamais deve contentar-se com o que emana da letra da lei, cabendo-lhe buscar no contexto normativo o significado que cada um dos signos empregados deve ali assumir. CARLOS MAXIMILIANO adverte que “a verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte...”²¹.

43. Inspirado pelo contexto normativo, com vistas a conferir efetividade aos fins visados pela norma, o intérprete está certamente autorizado a reconhecer que determinada expressão, já utilizada pelo legislador com dado sentido em certo dispositivo, reveste-se de acepção diversa em outro. Seguindo essa linha de raciocínio, o Min. Eros Grau, no julgamento do RMS nº 24.249²², observou:

Os conceitos jurídicos não são ideias, reflexões sobre a essência das coisas, mas ferramentas que forjamos para descrever a realidade tendo em vista a realização de determinadas finalidades.

Não será jamais demasiado relembrar que a finalidade é o criador de todo o direito e que não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade. Os conceitos jurídicos têm razão de ser na medida em que permitem e viabilizam a aplicação das normas jurídicas. Os definidos no âmbito de um determinado ordenamento instrumentam precisamente a aplicação das normas deste ordenamento.

Por isso não é censurável a adoção, por distintos ordenamentos, sob a mesma designação [...], de conceitos diversos entre si, mesmo porque *nomina non sunt consequentia rerum*, uns e outros não podem ter a sua correção questionada senão no interior da instância de enunciação em que formulados. São corretos, nos seus sentidos referenciais, para os efeitos dos ordenamentos em que definidos.

20 Essa acepção conferida ao termo em tais situações pode ser extraída do artigo 76 da Lei Estadual nº 10.261/1968: “Artigo 76 - O tempo de serviço público, assim considerado o exclusivamente prestado ao Estado e suas Autarquias, será contado singelamente para todos os fins. Parágrafo único – O tempo de serviço público prestado à União, outros Estados e Municípios, e suas autarquias, anteriormente ao ingresso do funcionário no serviço público estadual, será contado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade”.

21 *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 106.

22 STF, Primeira Turma, j. 14/09/2014.

44. Na mesma senda, as preciosas lições extraídas do **Parecer PA nº 44/2012**, de autoria do i. DR. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR:

24. Dirão que o legislador constitucional não poderia ter exprimido – nas disposições concernentes ao estágio probatório e à aposentadoria especial dos professores, ou mesmo à aposentadoria voluntária dos servidores em geral – ideias diferentes pelo uso de uma mesma palavra ou expressão. A objeção, contudo, não se sustenta. Primeiro, visto que, conforme certa vez observou o Ministro SYDNEY SANCHES, “muito embora a teoria do Direito Constitucional aponte para a correção dos termos pousados nas constituições, ante o alto grau de elaboração e análise a que foi submetido o texto, não se haverá olvidar que o nosso processo constituinte foi feito de maneira bastante insatisfatória e atravancada, apesar do longo período elaborativo, legando à Norma Suprema o infeliz apelido de ‘colcha de retalhos’. Deve ser visto com devida cautela o critério interpretativo de conceder muita importância ao uso dos termos, haja vista a frequência com que usou-se um termo por outro na Constituição Federal”.

25. Depois, quando o assunto é interpretação da Constituição, é preciso colocar em perspectiva os métodos tradicionais de hermenêutica jurídica de origem civilista. De certa forma, já antecipava esse movimento, ainda no século XIX, o constitucionalista norte-americano JOSEPH STORY, que, como nos ensina PAULO BONAVIDES, rechaçava interpretações que, até de modo pedante, enxergassem o texto constitucional como palco de “exercícios ou torneios de acuidade filosófica ou perquirição judicial”. Na visão de STORY, o que se deveria alcançar era uma interpretação razoável, pela qual as palavras fossem tomadas nas acepções que melhor se coadunassem com os objetivos evidentes da Constituição, sem rigorismos que desprezassem as motivações do povo e se contrariassem os princípios e valores que este elegeu. Cumpriria, pois, “recusar ou invalidar por molesta toda interpretação literal tendente a apoucar ou frustrar a importância atribuída àqueles fundamentos espirituais da realidade constitucional”. Nenhuma regra uniforme de hermenêutica poderia ser aplicada ao texto constitucional sem que comportasse, bem por isso, modificações em sua aplicação a determinadas cláusulas.

26. Um dos dogmas clássicos de interpretação que STORY criticou foi precisamente aquele segundo o qual as mesmas palavras do texto têm de exprimir idêntica ideia. Na lição do jurista, que encontrou apoio na doutrina do Juiz MARSHALL – pedimos licença para traduzir o excerto –,

“(…) não é de maneira alguma uma regra correta de interpretação compreender a mesma palavra com o mesmo significado, em qualquer lugar que ocorra no mesmo instrumento. Não segue, nem lógica nem gramaticalmente, que porque uma palavra é achada em determinada contextura na constituição, com um sentido definido, o mesmo senti-

do deve ser consequentemente adotado em qualquer outra contextura em que a palavra ocorra. Isso seria supor que os constituintes sopesaram apenas a força de palavras soltas, como filólogos ou críticos, e não de orações e objetos inteiros, como estadistas e pensadores práticos. E ainda assim nada tem sido mais comum que submeter a constituição a essa análise estreita e perniciososa. Homens de mentes engenhosas e sutis, que buscam simetria e harmonia na linguagem, ao encontrarem na constituição uma palavra usada em certo sentido, a qual se encaixa em sua teoria favorita para interpretá-la, fizeram disso um padrão pelo qual medir seu uso em qualquer outra parte do instrumento. Estenderam-no assim, por assim dizer, sobre a cama de Procusto, aparando seu significado, quando parecia amplo demais a seus propósitos, e esticando-o, quando parecia muito curto. Portanto, o distorceram até as formas mais antinaturais, e aleijaram-no, onde haviam procurado apenas lhe ajustar as proporções de acordo com as próprias opiniões. Foi muito bem observado pelo Sr. Juiz Marshall, no caso Nação Cherokee vs. o Estado da Geórgia, que ‘como foi dito, **as mesmas palavras não têm necessariamente o mesmo significado ligado a elas quando encontradas em partes diferentes do mesmo instrumento. Seu significado é controlado pelo contexto. Isto é indubitavelmente verdadeiro. Na linguagem comum, a mesma palavra tem vários sentidos; e o sentido específico, com que é empregada em qualquer sentença, deve ser determinado pelo contexto**’ (...).” [g.n.].

45. Também não se argumente que quando o Constituinte Reformador almejou restringir a incidência das regras transitórias aos servidores filiados ao RPPS o fez mediante referência ao termo “cargo efetivo”, como consta dos artigos 8º da EC nº 20/1998 e 2º da EC nº 41/2003.
46. Ora, a menção aos servidores que haviam ingressado em “cargo efetivo” até o advento das mudanças implementadas pela EC nº 20/1998 decerto foi necessária, em um primeiro momento, para revelar a opção do Constituinte por excluir da proteção das regras transitórias todos os servidores que, a partir daquele marco temporal, por não titularizarem cargo efetivo, não mais integrariam o RPPS.
47. Logicamente, a partir da vigência da EC nº 20/1998, a qual tornou o RPPS exclusivo dos titulares de cargos efetivos, a menção específica aos servidores enquadrados em tal categoria passou a ser despicienda. Se apenas os titulares de cargos efetivos continuavam filiados ao RPPS, por óbvio apenas eles poderiam ser beneficiados por quaisquer regras de transição asseguradas nesse âmbito. Destarte, nas emendas subsequentes, o emprego do termo “serviço público” para definir os servidores alcançados pelas regras de transição, ainda que evidentemente impreciso, pareceu suficiente ao Constituinte Reformador.

48. Importante notar que mesmo o termo “cargo efetivo”, utilizado nos artigos 8º da EC nº 20/1998 e 2º da 41/2003 para definir o espectro de servidores alcançados pelas indigitadas regras transitórias, afigura-se incapaz de estabelecer, com precisão, o universo de servidores alcançados por tais normas. E isso porque mesmo o servidor que tenha ingressado em cargo efetivo antes da vigência da EC nº 20/1998 não poderá ser beneficiado pelas regras de transição quando esse vínculo funcional não ensejar filiação a Regime Próprio de Previdência²³.
49. Repise-se: **apenas o vínculo com o RPPS, a demonstrar que o servidor ostentava legítima expectativa de alcançar aposentação com lastro no regramento anterior, autoriza enquadramento nas regras de transição previstas no bojo da Reforma Previdenciária.**
50. Conquanto haja escassa doutrina acerca do assunto, a exegese ora esposada encontra apoio nos ensinamentos de MARCELO BARROSO LIMA DE BRITO CAMPOS²⁴, para quem “a definição dos destinatários das normas de transição deve partir dos parâmetros do momento em que o servidor público ingressou no RPPS e do momento em que reuniu as condições para a aposentadoria”.
51. Na mesma trilha, MARCELO LEONARDO TAVARES²⁵, ao estudar o tema, sustenta que “a melhor interpretação é a que considera servidor, para efeito da regra de transição, o que tenha ingressado em qualquer cargo efetivo de qualquer ente da Federação até as datas referidas”, revelando que também para ele apenas o vínculo funcional que enseja filiação ao RPPS autoriza o enquadramento de servidores nas normas que intentam garantir “transição razoável”.
52. De igual maneira, não são poucos os doutrinadores que, mesmo sem empreender análise mais detida da matéria, aludem às normas de transição indistintamente, consignando, por exemplo, que todas elas “alcançam os servidores que já haviam ingressado regularmente no serviço público em cargo efetivo ou vitalício antes das reformas constitucionais”²⁶.

23 Lembre-se que nem todos os entes federados instituíram Regime Próprio de Previdência Social. São inúmeros os Municípios brasileiros cujos servidores estatutários são filiados ao RGPS.

24 *Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos*. 4. ed.. Curitiba: Juruá, 2012, p. 265, g.n..

25 Op. Cit., p. 389, g.n..

26 CARVALHO Fº, JOSÉ DOS SANTOS. Op. Cit, p. 664, 665 e 666. Das obras de ODETE MEDAUAR (Direito Administrativo Moderno. 14. ed.. São Paulo: RT, 2010, pp. 304/306) e ALEXANDRE DE MORAES (Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2014, p. 397/399) é possível extrair ilações semelhantes.

53. Este também é o entendimento esposado pelo Ministério da Previdência Social, conforme se depreende da Nota Técnica nº 03/2013/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS:

45. No contexto das aludidas reformas previdenciárias, esta Secretaria considera correta a interpretação que limita o âmbito de aplicação do requisito relacionado à época de ingresso no serviço público tão somente aos servidores estatutários, titulares de cargo efetivo, porquanto os servidores celetistas, ocupantes de emprego público da Administração direta, autárquica ou fundacional do ente político foram excluídos, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, da proteção dos regimes próprios de previdência social, o que também importou a extinção do vínculo acaso existente com este regime previdenciário.

46. Então, é certo que, a partir da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, os empregados públicos da Administração direta, autárquica ou fundacional não têm razão para nutrir qualquer expectativa de aposentação em regime previdenciário próprio, porque aquela reforma determinou a sua vinculação obrigatória ao Regime Geral. Ora, se nela foi decidida a sua exclusão do regime próprio de previdência do servidor, é equívoco sustentar que também lhes assegurou a aplicação de regras de transição pertinentes a este mesmo regime.

47. Portanto, as regras constitucionais de transição, transcritas acima, não se destinam aos servidores que, nos marcos temporais dos dias 16.12.1998 (que é o limite fixado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 41 e art. 3º da Emenda Constitucional nº 47) e 31.12.2003 (termo final para os arts. 6º e 6º-A da Emenda Constitucional nº 41), estavam vinculados à Administração direta, autárquica ou fundacional do ente político por uma relação jurídica contratual (celetista), e não institucional.

48. Quando se trata, porém, do requisito de tempo cumprido no serviço público, não de ingresso, os preceitos dos artigos: 40, § 1º, III, da Constituição Federal; 6º, III, da Emenda Constitucional nº 41/2003; e 3º, II, da Emenda Constitucional nº 47/2005 estão todos eles se referindo tanto aos períodos prestados na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, quanto na Administração indireta, porque nestes casos o que é principal na matéria regulamentada é para quem foi prestada a atividade, de forma que possa restar caracterizado, ou não, tempo de serviço público, mas não importa qual a relação jurídica de trabalho que regeu essa mesma atividade: se celetista ou estatutária.

49. Em suma, as reformas previdenciárias das Emendas Constitucionais nºs 41, 47 e 70 se reportaram à época de ingresso no serviço público, mediante regras de transição, para salvaguardar expectativas de direito

do servidor titular de cargo efetivo, esse que já era, ao tempo destas reformas, destinatário das regras constitucionais permanentes do sistema previdenciário próprio, e que permaneceria, neste regime, sujeito a novos requisitos (mais severos) para a aposentação. Ou seja, a noção de regra de transição não se coaduna com a de exclusão da filiação, *ab initio*, como ocorreu com o empregado público da Administração direta, autárquica e fundacional desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998. Mas, quando se fala em tempo de serviço público nestas Emendas, o seu alcance é maior, porque visa a proteger a atividade prestada sob esta especial qualificação, seja em regime contratual, de emprego público, ou estatutário, de cargo público. [g.n.].

54. Nessa mesma linha, a posição firmada pela jurisprudência do E. Tribunal de Contas da União:

REPRESENTAÇÃO. CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO. ALEGADA CONTROVÉRSIA ENTRE ENTENDIMENTO DESTA CORTE DE CONTAS E ORIENTAÇÃO NORMATIVA DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. AUSÊNCIA DA CONTROVÉRSIA SUSCITADA. QUESTÃO JÁ TRATADA, EM SEDE DE CONSULTA, PELO PLENÁRIO DESTE TRIBUNAL. IMPROCEDÊNCIA.

1. O conceito de ‘serviço público’ trazido pelo art. 40, § 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, pelo inciso III do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, e pelo inciso II do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005, deve ser entendido de forma ampla [...].

2. Diverso é o conceito de ‘serviço público’ contido no caput do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, e no caput do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005, que deve ser tomado de forma restrita, uma vez que as regras contidas nesses artigos, ditas de transição, aplicam-se exclusivamente aos servidores ocupantes de cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, ao tempo da edição dessas emendas.

3. A Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 31 de março de 2009, está em consonância com o entendimento esposado por esta Corte de Contas pelos Acórdãos nº 2636/2008–TCU–Plenário e nº 2229/09–TCU–Plenário. (Acórdão nº 2921/2010–TCU–Plenário, j. 03/11/2010, g.n.).

55. Estabelecido que o ingresso no serviço público sem vínculo ao RPPS até a publicação das emendas que veicularam a Reforma Previdenciária não autoriza o enquadramento do servidor nas regras de transição, resta saber se o servidor que ingressou no serviço público com vínculo ao RPPS até as datas indicadas, mas interrompeu o vínculo com o regime, faz jus a tal enquadramento.

56. Para elucidar tal dúvida faz-se novamente necessário ter em conta que as regras de transição sob estudo têm por finalidade precípua assegurar **expectativas de direito**. E, se é assim, somente hão de alcançar os servidores que eram vinculados ao RPPS quando do advento da alteração do sistema e que, por manterem-se a ele vinculados de forma ininterrupta, jamais perderam a expectativa de fazer jus à aposentadoria nos termos do regramento anterior. Ora, conforme MARCELO BARROSO LIMA DE BRITO CAMPOS²⁷, “**a definição dos destinatários das normas de transição deve partir dos parâmetros do momento em que o servidor público ingressou no RPPS e do momento em que reuniu as condições para a aposentadoria**”.
57. As regras de transição não incidem, destarte, tanto nas hipóteses em que o servidor não ostentava tais expectativas quando do advento das alterações do RPPS, quanto naquelas em que o servidor chegou a ostentá-las mas veio a perdê-las, em dado momento, ao ensejo de rompimento do vínculo com o RPPS.
58. Ao contrário do que sustentou o Parecer PA nº 52/2013, penso que **o fato de o servidor persistir em exercício de serviço público durante o interstício de interrupção do vínculo com o RPPS em nada o auxiliará quanto ao enquadramento nas indigitadas regras**. Atente-se: o termo “serviço público”, previsto no *caput* das regras de transição, compreende apenas o “serviço público com vínculo ao RPPS”.
59. Daí que não vislumbro outra possibilidade senão concluir que **apenas fará jus à aposentadoria nos termos dos artigos 6º e 6º-A da EC nº 41/2003, e 3º da EC nº 47/2005, o servidor que, quando do advento da respectiva reforma, estava vinculado ao RPPS, e que se manteve ininterruptamente em tal categoria**. Isso o que se extrai da Orientação Normativa MPS/SPS nº 02/2009²⁸:

Artigo 70. Na fixação da data de ingresso no serviço público, para fins de verificação do direito de opção pelas regras de que tratam os arts. 68 e 69, quando o servidor tiver ocupado, **sem interrupção, sucessivos cargos** na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, em qualquer dos entes federativos, será considerada a data da investidura mais remota

27 *Op. Cit.*, p. 265, g.n..

28 Embora a Procuradoria Geral do Estado tenha pacificado entendimento no sentido de que as orientações emitidas pelo Ministério da Previdência não vinculam os Regimes Próprios de Previdência dos Estados (**Parecer PA nº 85/2007**, da lavra da i. DRA. ANA MARIA DE TOLEDO RINALDI), não se pode olvidar que tais normativos fornecem importante diretriz hermenêutica.

dentre as ininterruptas. (*Redação dada pela Orientação Normativa SPS no 03, de 04/05/2009*). [g.n.]

60. Interessante notar que, não obstante a vigência do Parecer PA nº 52/2013, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo chegou a flertar com a interpretação ora defendida ao empreender exame do § 16 do artigo 40 da Constituição Federal, que prevê espécie de regra de transição segundo a qual “somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”.
61. A valer, chamada a interpretar o sentido da expressão “serviço público” no bojo de tal norma, a Procuradoria Administrativa, no **Parecer PA nº 69/2013**²⁹, entendeu:

20 – **Mas qual sentido deve ser atribuído à locução ingressado no serviço público?**

A nosso ver, significado bastante semelhante àquele que se atribuiu à mesma locução, quando inserta no artigo 6º da E.C. nº 41/2003 e no artigo 3º da EC nº 47/2005, acima comentados: havendo sucessivas investiduras **sem interrupção**, deverá ser considerada, **para se apurar a data de ingresso no serviço público, a mais remota** delas, **independentemente de se tratar de exercício de cargos no mesmo ente político ou em Unidades federativas distintas**. Isso porque o dispositivo constitucional sob comento não estabelece essa distinção, quer implícita, quer explicitamente.

20.1 – Outrossim, **a garantia conferida pelo § 16 do art. 40 da CF, por consistir em direito à manutenção de regime jurídico, só se aplica aos servidores que, previamente ao ingresso no serviço público paulista, titularizassem cargo efetivo e não estivessem submetidos à limitação prevista no § 14 do art. 40 da CF** [grifos nossos e originais]

62. Em que pese tal opinativo não ter contado com a aprovação das Superiores Instâncias, o **Parecer GPG/CONS nº 39/2014**³⁰, que veiculou a tese vitoriosa acerca da exegese do § 16 do artigo 40 da Lei Maior, também partiu da premissa de que as regras de transição incidem apenas sobre os servidores efetivamente surpreendidos pelas mudanças implementadas no sistema previdenciário, não abarcando aqueles

29 Parecerista DRA. PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN.

30 Parecerista DR. WOLKER VOLANIN BICALHO.

que no momento de tais alterações não se inseriam “dentro do mesmo regime”.

63. A propósito, é tendo em foco a instituição da Previdência Complementar pela Lei Estadual nº 14.253/2011 que podemos vislumbrar a mais absurda decorrência do desprezo por tal premissa. Note-se: se entendermos que a expressão “serviço público” tem sentido único e amplo na órbita das regras transitórias, seremos forçados a admitir que um servidor que iniciou exercício de “serviço público” na qualidade de celetista, antes do advento da EC nº 20/1998, mantendo essa condição até ingressar em cargo efetivo, em momento posterior à instituição da SPPREVCOM, não ficaria sujeito ao Regime de Previdência Complementar, mas às regras de transição cunhadas para assegurar expectativas de servidores vinculados ao RPPS antes de 16/12/1998.
64. Diante de todo o exposto, propugno a superação do entendimento firmado no Parecer PA nº 52/2013 quanto ao ponto ora abordado, fixando-se que **apenas fará jus à aposentadoria nos termos dos artigos 6º e 6º-A da EC nº 41/2003, e 3º da EC nº 47/2005, o servidor que, quando do advento da respectiva reforma, estava vinculado ao RPPS, e que se manteve ininterruptamente em tal categoria**³¹.
65. A prevalecer tal interpretação, quanto ao caso tratado nos autos será mister concluir que o servidor não faz jus à aposentadoria nos termos do artigo 3º da EC nº 47/2005.

31 A fim de escoimar eventuais dúvidas quanto ao tema, observo que ficam preservadas as seguintes orientações traçadas pela Procuradoria Geral do Estado: (i) para o enquadramento em tais regras de transição, não há óbice à alteração de cargo ou mesmo à migração de um RPPS a outro, desde que a mudança ocorra sem solução de continuidade entre os vínculos, isto é, sem quebra da expectativa de direito; (ii) o ingresso no serviço público ou no cargo efetivo para fins de enquadramento em regra transitória corresponde à data do início do exercício no vínculo mais remoto já que, como cediço, a investidura é ato complexo, que se inicia com a posse, e só se efetiva com o exercício (**Parecer PA nº 07/2013**, Parecerista DR. DEMERVAL FERRAZ DE AR-RUDA JUNIOR); (iii) contudo, nas hipóteses de investiduras sucessivas, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo entende que, para se considerar ininterrupto o liame com o RPPS, basta que não haja intervalo entre a cessação de um vínculo e a posse em outro (**Parecer PA nº 52/2013**); (iv) o transcurso de apenas um dia útil entre a data da exoneração e a data da posse no novo cargo não é hábil a descaracterizar a continuidade do vínculo com o RPPS (**Parecer PA nº 52/2013**).

66. Por outra banda, no tocante às eventuais aposentadorias já deferidas com fulcro na tese sustentada pelo **Parecer PA nº 52/2013**, excepcionalmente, afigura-se recomendável, em observância ao Princípio da Segurança jurídica, mantê-las íntegras, conforme preceituado no **Parecer PA nº 50/2012**³².

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 14 de julho de 2017.

JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 249.114

32 Parecerista DR. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR.

PROCESSO: SPPREV 75444/2016 (APENSO: SPPREV 119763/2016)

INTERESSADO: CENTRO DE REABILITAÇÃO DE CASA BRANCA

PARECER: PA Nº 46/2017

A princípio, no meu modo de ver, a questão posta nos autos teria de ser resolvida segundo a máxima de que, onde a lei não distingue, é vedado ao intérprete distinguir: para efeito de aplicação das regras constitucionais de transição examinadas, o ingresso no serviço público não poderia equivaler à formação de vínculo com o Regime Próprio de Previdência Social, pela simples razão de que tal exigência não se extrai diretamente do texto normativo.

Essa também foi a posição defendida pela Procuradoria Administrativa no **Parecer PA nº 52/2013**, da sempre precisa lavra da Procuradora do Estado PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN.

Entretanto, o opinativo em apreço oferece argumentos seriíssimos em favor da exegese estrita dos artigos 6º e 6º-A da Emenda Constitucional nº 41/2003 e 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005. Com fineza de raciocínio, a parecerista demonstra que o apego a elementos meramente gramaticais, na hipótese versada, conduziria a resultados apartados da finalidade evidente das sucessivas regras de temperamento introduzidas ao longo das reformas previdenciárias.

Já era preocupação declarada do constituinte reformador de 1998 “reconhecer as expectativas de direito dos atuais segurados da Previdência Social segundo regras baseadas no critério de proporcionalidade, considerando-se a parcela do período aquisitivo já cumprida”, como se colhe da Exposição de Motivos da Emenda Constitucional nº 20¹.

O recurso aos trabalhos legislativos, acima feito de forma muito singela, apenas reforça que nunca foi o propósito dos preceitos transitórios que lançaram mão das expressões “ingressado regularmente em cargo efetivo” ou “ingressado no serviço público” estender o regime neles previsto àqueles que não ocupavam posição jurídica que lhes legitimasse expectativas de aposentar-se segundo regras mais favoráveis que as introduzidas pelas disposições reformadoras.

Parece amoldar-se ao caso, com surpreendente perfeição, a advertência do saudoso e sempre citado CARLOS MAXIMILIANO:

1 Texto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Senado/EC20_sen_18071996_ini.pdf>. Acesso em: 14.07.2017.

Por mais opulenta que seja a língua e mais hábil quem a maneja, não é possível cristalizar numa fórmula perfeita tudo o que se deva enquadrar em determinada norma jurídica: ora o verdadeiro significado é mais estrito do que se deveria concluir do exame conclusivo das palavras ou frases interpretáveis; ora sucede o inverso, vai mais longe do que parece indicar o invólucro visível da regra em apreço. A relação lógica entre a expressão e o pensamento faz discernir se a lei contém algo de mais ou de menos do que a letra parece exprimir; as circunstâncias extrínsecas revelam uma ideia fundamental mais ampla ou mais estreita e põem em realce o dever de estender ou restringir o alcance do preceito. Mais do que regras fixas influem no modo de aplicar uma norma, se ampla, se estritamente, o fim colimado, os valores jurídico-sociais que lhe presidiram à elaboração e lhe condicionam a aplicabilidade.²

A propósito do brocardo latino *“ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”*, o mesmo autor ponderou:

O seu objetivo é excluir a interpretação estrita; porém, esta será cabível e concludente quando houver motivo sério para reduzir o alcance dos termos empregados, quando a razão fundamental da norma se não estender a um caso especial; enfim, quando, implicitamente ou em outras disposições sobre o mesmo assunto, insertas na mesma lei ou em lei diversa, prescrevem limites, ou exceções, ao preceito amplo.³

Se bem que a interpretação ora proposta não esteja imune a críticas razoáveis, sobretudo as de ordem filológica⁴, convenci-me de que ela deságua na aplicação objetivamente mais aceitável dos preceitos examinados, além de refletir, como demonstrado no parecer, o entendimento do Ministério da Previdência Social e do Tribunal de Contas da União a respeito da matéria.

2 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 162.

3 Ob. cit., p. 201.

4 Refiro-me especialmente à discrepância entre os sentidos atribuídos à expressão “serviço público” no *caput* dos artigos 6º da EC nº 41/2003 e 3º da EC nº 47/2005 (“ingressado no serviço público”) e em seus respectivos incisos III e II (“efetivo exercício no serviço público”). Enquanto a primeira referência, segundo a interpretação preconizada, compreende apenas o serviço público com vínculo ao Regime Geral de Previdência Social, a segunda referência dispensa esse específico vínculo previdenciário. Todavia, pode-se objetar que a exegese restritiva, neste caso, não resulta propriamente da atribuição de determinados sentidos a palavras ou expressões do texto, mas da compreensão dos preceitos em seu todo, de modo justamente a superar certas constrições próprias do método gramatical.

Logo, proponho a aprovação do **Parecer PA nº 46/2017**, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Em consequência, ficará parcialmente revista, com a observação do item nº 66 da peça em apreço, a orientação decorrente da aprovação do **Parecer PA nº 52/2013**.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

P.A., em 17 de julho de 2017.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

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

PROCESSO: SPPREV 75444/2016

INTERESSADO: CENTRO DE REABILITAÇÃO DE CASA BRANCA

ASSUNTO: Solicitação ao Centro de Orientações e Normas (CON) de análise do artigo de aposentadoria em que o servidor Luiz Francisco de Mello RG 7.191.323-3 foi enquadrado.

PARECER: PA nº 46/2017

Estou de acordo com o entendimento exposto no bem elaborado **Parecer PA nº 46/2017**, que contou com a aprovação da Chefia da Procuradoria Administrativa.

Ao Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

SubG-Consultoria, 28 de julho de 2017.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Subprocuradora Geral do Estado
Consultoria Geral

PROCESSO: SPPREV 75444/2016

INTERESSADO: CENTRO DE REABILITAÇÃO DE CASA BRANCA

ASSUNTO: Solicitação ao Centro de Orientações e Normas (CON) de análise do artigo de aposentadoria em que o servidor Luiz Francisco de Mello RG 7.191.323-3 foi enquadrado.

1. Aprovo o **Parecer PA nº 46/2017**, por seus próprios e jurídicos fundamentos, ficando, desse modo, parcialmente revisto o Parecer PA nº 52/3013.

2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 14 de agosto de 2017.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

Consultoria

54) PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. CÁLCULO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA REGIDO PELOS ARTIGOS 3º E 6º DA EC Nº 41/2003 E 3º DA EC Nº 47/2005. LIMITE MÁXIMO. Dúvida quanto à compatibilidade dos artigos 48-A da Lei Complementar Estadual nº 1.080/2008 e 31 da Lei Complementar Estadual nº 1.193/2013, que fixam parâmetros específicos para a definição dos proventos de aposentadorias a que fazem *jus* servidores do Quadro da Secretaria da Saúde e Médicos, com o artigo 40, § 2º, da Constituição Federal, que estabelece o limite máximo para o cálculo dos proventos de aposentadoria. A “remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria”, no âmbito das aposentadorias calculadas pela regra da “integralidade”, corresponde ao montante que, de acordo com o legislador de cada ente federado, é hábil a garantir a manutenção do padrão remuneratório proporcionado ao servidor na época do aposentamento. Constitucionalidade das normas que estabelecem, para carreiras em que podem ocorrer relevantes flutuações remunera-

tórias em decorrência de alterações de jornada de trabalho, fórmulas de cálculos específicas, baseadas na proporcionalidade em relação às jornadas/remunerações percebidas pelo servidor ao longo de determinado intervalo de tempo, para a definição dos proventos. Precedentes: Pareceres PA nº 192/2007, 22/2012, 80/2014, 128/2014, 12/2016 e 47/2016. (Parecer PA nº 19/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 23/05/2017)

55) PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. Exame da juridicidade das Portarias nº 17 e 19/2003, do Diretor-Presidente da SP-PREVCOM, à luz do artigo 40, §§ 14 e 15 da Constituição Federal e da Lei nº 14.653/2011. AGENTES FISCAIS DE RENDAS. PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS – PR. A participação nos resultados integra a base de cálculo da contribuição devida à SP-PREVCOM na medida em que, por força dos artigos 37 e 38 da LCE nº 1.059/2008, constitui parcela remuneratória incorporável aos proventos. Contrapartida do patrocinador que não alcançará eventual valor que exceder o limite previsto no artigo 37, XI, da Constituição Federal. Imperiosa retificação da Portaria do Diretor-Presidente da SP-PREVCOM

nº 17/2013, quanto ao ponto. EMPREGADOS PÚBLICOS ESTADUAIS. Cálculo do valor das contribuições previdenciárias eventualmente devidas à SP-PREVCOM há de levar em conta a remuneração decorrente de cada vínculo empregatício. Inteligência do artigo 29, § 1º, da Lei Estadual nº 14.653/2011. Vedação posta no artigo 6º, § 3º, da Lei Complementar com contrapartida do patrocinador em hipótese não contemplada na lei. Constatada a higidez da Portaria do Diretor-Presidente da SP-PREVCOM nº 19/2013. Precedentes: Pareceres PA nº 30/2012, 07/2013, 31/2013, 61/2013, 67/2013 e 75/2016. (Parecer PA nº 32/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 05 de julho de 2017)

556) CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 15.831, DE 15 DE JUNHO DE 2015, QUE AUTORIZOU O PODER EXECUTIVO A DISCIPLINAR, NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO, A IDADE MÉDIA DA FROTA DE VEÍCULOS UTILIZADA NO TRANSPORTE URBANO. Projeto de lei de iniciativa parlamentar, vetado pelo Governador do Estado. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição do veto total oposto pelo Governador. Violação do artigo 2º c/c artigo 84, incisos II a IV, da Constituição Federal. Viabi-

lidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Precedentes: Pareceres PA nº 37/2004, 111/2006, este na forma da manifestação da Chefia desta Especializada, e 63/2015. (Parecer PA nº 62/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 10/07/2017)

57) PREVIDÊNCIA SOCIAL. Homologação da Certidão de Tempo de Contribuição (CTC). Artigo 201, § 9º, da Constituição Federal. Lei Federal nº 8.213/1991, regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.048/1999. Contagem recíproca e compensação financeira. Mecanismos que estão inteiramente alicerçados nas certidões de tempo emitidas pelos regimes de origem. Lei Federal nº 9.796/1999, regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.112/1999. Há dever legal de compensação das CTC's homologadas pelo órgão gestor do regime próprio. Precedente: PA 103/2011. Só se admite a contagem recíproca para fins de concessão de aposentadoria e pensão dela decorrente, inexistindo previsão legal para a emissão de CTC para a concessão de pensão por morte. Artigo 456 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015, e artigo 4º da Portaria MPS nº 154, de 15 de maio de 2008. A certidão requerida para fins de pensão por morte deverá ser expedida no modelo praticado pela Administração, sem homologação do órgão

gestor do regime próprio, em atendimento ao direito consagrado no art. 5º, XXXIV, “b”, da Constituição Federal. Precedente: PA 124/2011. (Parecer PA nº 36/2017 – O Procurador Geral do Estado, em 10/07/2017, deixou de aprovar o Parecer PA nº 36/2017, nos termos do Despacho da Chefia da Procuradoria Administrativa)

58) PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. CONSELHO. Inteligência do artigo 15, XVIII, da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado – Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015. Proposta. Ato de agente público praticado no exercício de certas competências não decisórias. Requerimento de entidade de classe que não se confunde com proposta na acepção técnico-jurídica do termo. Exercício do direito de petição assegurado pelo artigo 5º, XXXIV, “a”, da Constituição da República. Competência do Presidente do Conselho para despachar e decidir a respeito de quaisquer papéis. Distribuição para oportuna deliberação apenas “conforme o caso”. Artigo 5º, VI e VII, do Regimento Interno do Conselho. Ausência de requisito procedimental para deliberação. Legalidade da decisão de arquivamento do requerimento. (Parecer PA nº 41/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 14/07/2017)

59) SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSÃO. RODOVIAS ESTADUAIS. Conservação de rodovias estaduais. Lei municipal que dispõe sobre a cobrança de despesas médicas e hospitalares das concessionárias de estradas e rodovias em razão de atendimento a pessoas para estabelecimentos de saúde do município de São Bernardo do Campo. Inconstitucionalidade. Titularidade do Estado do serviço público relativo à operação, conservação e ampliação de rodovias que integram o domínio público estadual. Arts. 21, XII, alínea “e” c/c art.25, *caput* e §1º, CF, art. 30, I CF, art. 175 CF, arts. 1º e 144 da CE. Incompetência do Município e impossibilidade de interferência em relação jurídico-contratual estabelecida entre o Estado e a Concessionária. Precedente: Parecer PA nº 38/2011. Competência da União para editar as normas gerais relacionadas à proteção e à defesa da saúde. Art. 24, XII e §§ 1º a 4º, CF. Incompatibilidade da lei municipal com as normas federais que regem o sistema de saúde. (Parecer PA nº 31/2017 - Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 14 de julho de 2017)

60) FINANÇAS PÚBLICAS. DESPESA PÚBLICA. REGIME DE ADIANTAMENTO. LIMITE. A disciplina relacionada ao regime de adiantamento é matéria inserida no âmbito do direito financeiro, cujas

normas são editadas pela União, Estados e Municípios, no exercício de competência legislativa concorrente (art. 24, I CF). As normas estaduais autorizam que o valor total de despesas efetuadas por meio do Cartão de Pagamento de Despesas, as quais se sujeitam ao regime de adiantamento, observem o limite de dispensa de licitação previsto no inciso II, do artigo 24 da Lei n. 8.666/93, correspondente a R\$ 8.000,00 (oito mil reais). **CONTRATO ADMINISTRATIVO.** Competência privativa da União para editar normas gerais sobre licitação e contratação (art. 22, XXVII CF). Normas Gerais e a Lei nº 8.666/93. Precedentes: Parecer PA-3 nº 328/93 (consideradas as observações do Grupo do Trabalho e manifestação das instâncias superiores da PGE); Pareceres PA-3 nºs 113/94 e 179/98; e PA nº 182/2010. Nulidade de contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, limitadas a R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), feitas em regime de adiantamento (art. 60, parágrafo único da Lei n. 8.666/93). Norma relativa a contratos administrativos, que se aplica ao Estado de São Paulo. Os gastos relativos a compras e serviços, efetivados a partir dos recursos financeiros de adiantamento, não poderão, individualmente, superar o limite de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais); tendo em vista a restrição veiculada pelo parágrafo único do ar-

tigo 60 da Lei n. 8.666/93. (Parecer PA nº 49/2016 – Com fundamento no despacho da Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral, o Procurador Geral do Estado Adjunto, em 21/07/2017, deixou de aprovar o Parecer PA nº 49/2016, mantendo-se a aplicação do artigo 11 do Decreto estadual nº 53.980/2009)

61) SERVIDOR TRABALHISTA. Sociedade de Economia Mista. Movimentação interna de empregados. Possibilidade de designação de empregado do quadro permanente para emprego em comissão na mesma empresa, mediante a suspensão do contrato de trabalho relativo ao vínculo permanente. Precedentes envolvendo a suspensão do contrato de trabalho a servidores celetistas afastados de seus postos: PA-3 nº 139/1996, PA-3 nº 19/1999, PA-3 nº 239/1999, PA nº 7/2006, PA nº 232/2007. Viabilidade de se instituir, por meio de norma interna, a gratificação de função ou a conversão de emprego em comissão em função de confiança quando ocupada por empregado do quadro permanente, desde que autorizada pela Comissão de Política Salarial. (Parecer PA nº 45/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da PGE em 21/07/2017)

62) SERVIDOR PÚBLICO. DIREITOS E VANTAGENS. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. SERVIDOR

ESTADUAL REQUISITADO PELA JUSTIÇA ELEITORAL. O artigo 9º da Lei Federal nº 6.999/1982, segundo o qual “o servidor requisitado para o serviço eleitoral conservará os direitos e vantagens inerentes ao exercício de seu cargo ou emprego”, deve ser interpretado à luz do princípio federativo, reconhecendo-se a prevalência da legislação estadual relativa ao regime jurídico dos servidores públicos paulistas. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 364/1987, nº 469/1988, nº 342/1992, nº 191/1993, nº 371/1994, nº 49/1999 e nº 218/1999; PA nº 459/2004; PA nº 27/2015 e nº 48/2016. A Lei Estadual nº 7.524/1991, que instituiu o auxílio-alimentação como benefício devido em função dos dias efetivamente trabalhados, obsta sua incidência sobre os servidores afastados para prestar serviços obrigatórios por lei (artigo 4º, III) e para prestar serviços junto a órgãos ou entidades da União (artigo 4º, IV). Precedentes: Pareceres PA-3 nº 218/1999 e PA nº 48/2016. (Parecer PA nº 35/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 29/07/2017)

63) PREVIDÊNCIA SOCIAL. REGIME PRÓPRIO. APOSENTADORIA. REGRAS DE TRANSIÇÃO. EXPECTATIVAS DE DIREITO. Inteligência dos artigos 6º e 6º-A da EC nº 41/2003 e artigo 3º da EC nº 47/2005. Normas que limitam o uni-

verso de servidores que poderão ser por elas beneficiados àqueles que tenham “ingressado no serviço público” até a data da publicação da EC nº 41/2003 e da EC nº 20/1998, respectivamente. Dúvida quanto ao sentido do termo “serviço público”, contido no caput de tais dispositivos. Exegese sistemática e teleológica das normas, a determinar que apenas o exercício ininterrupto de serviço público com vínculo ao RPPS, desde momento anterior às datas indicadas, autoriza o enquadramento do servidor nas aludidas regras transitórias. Ainda que a interrupção do vínculo com o RPPS ocorra sem que o servidor deixe de exercer serviço público, ao suprimir a expectativa de direito quanto à obtenção de aposentadoria nos termos anteriores ao advento da respectiva emenda, obsta o enquadramento do servidor na norma de transição. Precedentes: Pareceres PA nº 44/2012, 52/2013 e 50/2014. (Parecer PA nº 46/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 14/08/2017)

64) SERVIDOR PÚBLICO. AFASTAMENTO. Agente de Segurança Penitenciária e Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária. Art. 14 da Lei Complementar Estadual nº 959, de 13 de setembro de 2004, e art. 16 da Lei Complementar Estadual nº 898, de 13 de julho de 2001. Tratam os dispositivos de afastamento do servidor para exercer as funções

de seu cargo, hipótese diversa do afastamento do servidor para exercício de funções alheias ao cargo em que investido. Precedente: PA nº 258/2004. Afastamentos fundados nos artigos 65 e 66 do Estatuto paulista têm caráter discricionário, cabendo à autoridade competente

autorizá-los desde que haja interesse da Administração. Art. 2º do Decreto Estadual nº 7.332, de 22 de dezembro de 1975. Precedente: PA-3 nº 233/1999. (Parecer PA nº 48/2017 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral em 29/08/2017)

Contencioso Geral

65) AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Servidor público estadual. Professor de Educação Básica II. Pretensão tencionando tutela para fins de ser afastado ato administrativo que cessou a designação da agravante do Programa de Escola Integral, com consequente redução em seus vencimentos. Ausência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco de resultado útil do processo. Aplicação do artigo 300, do NCPC. Nos termos do art. 300 (Lei nº 13.105/15), a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Necessidade de dilação probatória. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido. (Agravado de Instrumento nº 2092693-76.2017.8.26.0000 – São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Vera Angrisani – 31/07/2017 – 29.597 – Unânime)

66) RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA.

1. Legitimidade de parte. Preliminar. Legitimidade. O Estado é responsável pela adoção de todas as medidas e ações voltadas à saúde da população, nos termos do art. 196 da Constituição Federal. 2. Ausência de comprovação da eficácia da substância e de prescrição médica. Medida liminar concedida pelo STF na ADI nº 5501 para suspender a eficácia da Lei

nº 13.269/2016. Substância que não passou pelo crivo científico necessário. Utilização que pode comprometer a saúde e segurança à vida, ocasionando perigo inverso. Aplicação dos arts. 5º, caput, 6º e 196 da CF. 3. Muito embora, por diversas decisões anteriormente proferidas, ressalve-se a necessidade da relevância do direito à vida, necessário observar a pertinência dos julgados superiores. Reforma da r. sentença. Recursos providos. (Apelação nº 1011759-70.2015.8.26.0566 – São Carlos – 5ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Nogueira Fiefenthaler – 25/07/2017 – 32.244 – Unânime)

67) MANDADO DE SEGURANÇA.

Medicamento. Fibromialgia. Condroflex e Zolpidem. Fornecimento. Relatório médico. Ausência. Fornecimento. Liminar. Impossibilidade. Relatório sem afirmação da indispensabilidade do medicamento, ou não firmado por médico vinculado ao SUS, não é prova bastante do direito ao fornecimento gratuito. Incabível liminar em mandado de segurança, sem a presença dos dois requisitos essenciais do inciso III do art. 7º da Lei 12.016/09. (Apelação nº 2103044-11.2017.8.26.0000 – Jundiaí – 10ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Teresa Ramos Marques – 27/07/2017 – 18.467 – Unânime)

68) MANDADO DE SEGURANÇA.

Servidor público estadual. Oficial operacional. Impetração com fundamento no receio de indeferimento de pedido administrativo de aposentadoria especial. Não cabimento. Necessidade de demonstração de requisitos indi-

viduais para se afirmar a ocorrência de violação a direito líquido e certo. Reexame necessário provido, recurso voluntário prejudicado. (Apelação nº 0023708-66.2013.8.26.0053 – São Paulo – 11ª Câmara Extraordinária de Direito Público – Relator(a): Luís Francisco Aguilar Cortez – 14/08/2017 – 21.095 – Unânime)

69) SERVIDORA ESTADUAL ADMITIDA PELA CLT. Pretensão de ver reconhecido o direito à licença-prêmio e sua conversão em pecúnia. Inadmissibilidade. Regime jurídico da CLT que não contempla o benefício da licença-prêmio. Inexistência de lei que estenda o benefício aos servidores regidos pela CLT. Ação ora julgada improcedente. Recursos, oficial e voluntário, providos. (Apelação nº 3021366-33.2013.8.26.0602 – Sorocaba – 4ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Luis Fernando Camargo De Barros Vidal – 14/08/2017 – 9.709 – Unânime)

70) SERVIDOR ESTADUAL. Vençimentos. Revisão anual geral. EC nº 19/98. CF, art. 37, X. Inadmissibilidade. Pretendida indexação que não tem amparo na Constituição. Revisão que só pode ser feita por lei específica de iniciativa do Governador, não podendo ser determinada pelo Poder Judiciário que não legisla nem é o titular da 'iniciativa privativa' mencionada no inciso (União X 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, RCL nº 9.863,10-2-2010, Relator Min. Joaquim Barbosa). Impossibili-

dade de concessão da revisão a título de 'indenização'. Improcedência. Recurso do autor desprovido. (Apelação nº 1002724-08.2016.8.26.0322 – Lins – 10ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Torres de Carvalho – 21/08/2017 – 20.522 – Unânime)

71) PUNIÇÃO DISCIPLINAR. Efeitos. Sanção de disponibilidade substituída por remoção compulsória. Diferença no valor dos subsídios. Remuneração correspondente ao afastamento. Recurso não provido. (Apelação nº 10338117-59.2015.8.26.0053 – São Paulo – 11ª Câmara Extraordinária de Direito Público – Relator(a): Luís Francisco Aguilar Cortez – 21/08/2017 – 21.384 – Unânime)

72) MANDADO DE SEGURANÇA. Agente Fiscal de Rendas aposentado. Pretendida percepção integral da indenização relativa aos dias de licença-prêmio não usufruídos em atividade sem a incidência do teto remuneratório. Inadmissibilidade. Incidência de teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal e art. 115, inciso XII, da Constituição do Estado de São Paulo. Base de cálculo que atende ao disposto no artigo 43, § 2ª, da Lei Complementar nº 1.059/08. Entendimento da Corte Suprema. Precedentes desta Corte. Sentença de denegação mantida. Recurso não provido. (Apelação nº 1025599-03.2016.8.26.0053 – São Paulo – 9ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Rebouças de Carvalho – 21/08/2017 – 23.558 – Unânime)

Contencioso Tributário-Fiscal

73) ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TAXA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST). TAXA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). EXCLUSÃO – 1. Legitimidade ativa. Tem legitimidade para pleitear a cessação dos pagamentos e a repetição do indébito o contribuinte de energia elétrica que suporta o prejuízo decorrente de eventual pagamento indevido. Entendimento consolidado na apreciação do REsp nº 1.299.303/SC, 8-8-2012, STJ, 1ª Seção, Rel. Cesar Asfor Rocha, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos então prevista no art. 543-C do CPC/73. Preliminar rejeitada. – 2. TUST. TUSD. ICMS. Base de cálculo. Não há tributação em cada fase do fornecimento de *energia elétrica* exatamente por conta de suas características próprias; não há ‘deslocamento’ se a ‘mercadoria’ está, ao mesmo tempo, disponível em todos os pontos do sistema *elétrico*, ainda que sob formas distintas. Não há ‘deslocamento’, mas operação complexa com custos agregados ao longo da sua formação; operação que é una do ponto de vista do consumidor final e da legislação. Preço de todas as etapas da operação complexa que compõe o seu custo final e integra a base de cálculo do ICMS, nos termos da legislação. Operação mercantil que é tributada somente no momento do consumo da

energia e sua base de cálculo é o custo total da operação. Precedente recente do STJ que acolheu esse entendimento (Randon S/A Implementos e Participações vs Estado do Rio Grande do Sul, REsp 1.163.020/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, 21-3-2017). – Procedência. Recurso oficial e da Fazenda providos. (Apelação nº 1004750-48.2017.8.26.0223 – Guarujá – 10ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Torres de Carvalho – 21/08/2017 – 20.519 – Unânime)

74) INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – FASE DE ADMISSIBILIDADE. Inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre fatura de energia elétrica. Presentes os requisitos para admissão do incidente – Repetição de processos envolvendo a mesma controvérsia de direito – Risco evidenciado de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Ausente afetação de recurso para definição de tese sobre a questão nos Tribunais Superiores – Recurso especial representativo da controvérsia em tramitação no C. Superior Tribunal de Justiça, sendo incerta a afetação da matéria no âmbito daquela Corte – Requisito negativo estabelecido no § 4º do artigo 976 do Código de Processo Civil de 2015, não configurado. Incidente admitido, com determinação de suspensão dos processos, individuais ou coletivos, que tramitam em todo o Estado de São Paulo, nos

termos do artigo 982, I, do Código de Processo Civil. (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000 – São Paulo – Turma Especial – Seção de Direito Público – Relator(a): Luciana Almeida Prado Bresciani – 04/08/2017 – 20.274 – Unânime)

75) ITCMD. TRANSFERÊNCIA PATRIMONIAL DECORRENTE DE RENÚNCIA À MEAÇÃO. Transmissão a título gratuito sujeita à incidência do imposto. Decadência. Inocorrência. Ausência de decurso de prazo superior a cinco anos desde a ocorrência do fato gerador. Descumprimento das regras do dever de comunicação. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido. (Apelação nº 1023964-20.2015.8.26.0506 – Ribeirão Preto – 4ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Luís Fernando Camargo de Barros Vidal – 14/08/2017 – 9.844 – Unânime)

76) AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão à exclusão da multa de ITCMD em face da mora de 60 dias para a abertura do inventário, por ser ilegal e inconstitucional – Decisão que indeferiu a liminar – Insurgência – Descabimento – Ato administrativo em questão que goza da presunção de legitimidade e veracidade, que só poderá ser ilidido mediante o depósito do valor integral do débito resultante da multa, conforme disposto no art. 151, II, do CTN. Elementos carreados na inicial que não tornam provável a narrativa lançada pelos impetrantes. Inviabilidade da imediata concessão da liminar. Agravo de Instrumento não provido. (Agravo de Instrumento nº 2068982-42.2017.8.26.0000 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Relator(a): Camargo Pereira – 22/08/2017 – 15.965 – Unânime)

editoração e impressão

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

