

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA E.
____.ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SÃO PAULO – CAPITAL

AÇÃO ORDINÁRIA

Objeto: Concessão do Benefício de Licença-Prêmio

SIEMESP = SINDICATO DOS EXECUTORES DE METODOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Pessoa Jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ sob n.º 54.462.933/0001, com sede na cidade de São Paulo – Capital, sito Praça Coronel Fernando Preste, n.º 30, CEP: 7.810.426, neste ato representado por seu Presidente o Sr. Luiz Henrique de Almeida Silva, brasileiro, portador da cédula de identidade n.º 7.810.426, por seu advogado (procuração inclusa) vem, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 5.º, incisos XXI e XXXV, da Constituição Federal de 1988; e artigos 282 e seguintes, do Código de Processo Civil, propor a presente

AÇÃO ORDINÁRIA,

em face da **INSTITUTO DE PESOS E MEDIDAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – IPEM-SP**, Entidade de Direito Público, criada pela Decreto Estadual nº 47.927 de 24/04/1967 e Lei nº 9.286, de 22/12/1995, vinculada a Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Governo do Estado de São Paulo no CNPJ(MF) sob n.º 61.924.981/0001-58, com sede na cidade de São Paulo – Capital, sito à Rua Santa Cruz, n.º 1922, CEP 04122-002, sendo que o faz pelos motivos de fato e de direito que passa a expor e ao final requerer:

I – PRELIMINARMENTE.

1)- Da Competência da Justiça Comum Estadual para Apreciar e Julgar a Presente Ação.

A matéria discutida na presente ação está restrita a questão de **natureza administrativa/constitucional** e a competência, portanto, é deste MM. Juízo da Fazenda Pública.

Assim, mesmo que o vínculo jurídico dos Associados da Entidade Autora sejam celetista, por si só, isso não atrai a competência para a Justiça Laboral, eis que a questão versando sobre licença-prêmio possui caráter administrativo/constitucional.

Além disso, cumpre ressaltar que o artigo 114, § 1º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004, está com sua eficácia suspensa de acordo com a liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 3395-6) movida pela AJUFE. Colaciona-se a referida decisão:

“DESPACHO:

A ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL - AJUFE - propõe a presente ação contra o inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC nº 45/2004.

Sustenta que no processo legislativo, quando da promulgação da emenda constitucional, houve supressão de parte do texto aprovado pelo Senado.

1. CÂMARA DOS DEPUTADOS.

Informa que a Câmara dos Deputados, na PEC nº 96/92, ao apreciar o art. 115, "aprovou em dois turnos, uma redação que ganhou um inciso I..." (fls. 4 e 86).

Teve tal dispositivo a seguinte redação:

"Art. 115. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios."

2. SENADO FEDERAL.

A PEC, no Senado Federal, tomou número 29/200.

Naquela Casa, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania manifestou-se pela divisão da "... proposta originária entre (a) texto destinado à promulgação e (b) texto destinado ao retorno para a Câmara dos Deputados" (Parecer 451/04, fls. 4, 177 e 243).

O SF aprovou tal inciso com acréscimo.

O novo texto ficou assim redigido:

"Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, EXCETO OS SERVIDORES OCUPANTES DE CARGOS CRIADOS POR LEI, DE PROVIMENTO ..EFETIVO OU EM COMISSÃO, INCLUÍDAS AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS DOS REFERIDOS ENTES DA FEDERAÇÃO". (fls 4 e 280).

Informa, ainda, que, na redação final do texto para promulgação, nos termos do parecer nº 1.747 (fl. 495), a parte final acima destacada foi suprimida.

Por isso, remanesceu, na promulgação, a redação oriunda da CÂMARA DOS DEPUTADOS, sem o acréscimo.

No texto que voltou à CÂMARA DE DEPUTADOS (PEC. 358/2005), o SF fez constar a redação por ele aprovada, com o referido acréscimo (Parecer 1748/04, fls. 502).

Diz, mais, que a redação da EC nº 45/2004, nesse inciso, trouxe dificuldades de interpretação ante a indefinição do que seja "relação de trabalho".

Alega que há divergência de entendimento entre os juízes trabalhistas e os federais.

"... ausente a precisão ou certeza, sobre a quem coube a competência para processar as ações decorrentes das relações de trabalho que envolvam a União, quando versem sobre servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas." (fl. 7).

Em face da alegada violação ao processo legislativo constitucional, requer liminar para sustar os efeitos do inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/2004, com eficácia 'ex tunc', ou que se proceda a essa sustação, com interpretação conforme. (fl. 48).

3. DECISÃO.

A CF, em sua redação dispunha:

"Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas."

O SUPREMO, quando dessa redação, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da L. 8.112/90, pois entendeu que a expressão "relação de trabalho" não

autorizava a inclusão, na competência da Justiça trabalhista, dos litígios relativos aos servidores públicos.

Para estes o regime é o "estatutário e não o contratual trabalhista" (CELSO DE MELLO, ADI 492).

Naquela ADI, disse mais CARLOS VELLOSO (Relator):

".....

Não com referência aos servidores de vínculo estatutário regular ou administrativo especial, porque o art. 114, ora comentado, apenas diz respeito aos dissídios pertinentes a trabalhadores, isto é, ao pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, hipótese que, certamente, não é a presente. (...)"

O STF, quando após o acréscimo referido acima e não objeto de inclusão no texto promulgado, meramente explicitou, na linha do decidido na ADI 492, o que já se continha na expressão "relação de trabalho", constante da parte inicial do texto promulgado.

A REQUERENTE, porque o texto promulgado não contém o acréscimo do SF, sustenta a inconstitucionalidade formal.

Entendo não ser o caso.

A não inclusão do enunciado acrescido pelo SF em nada altera a proposição jurídica contida na regra.

Mesmo que se entendesse a ocorrência de inconstitucionalidade formal, remanesceria vigente a redação do caput do art. 114, na parte que atribui à Justiça trabalhista a competência para as "relações de trabalho" não incluídas as relações de direito administrativo.

Sem entrar na questão da duplicidade de entendimentos levantada, insisto no fato de que o acréscimo não implica alteração de sentido da regra.

A este respeito o SUPREMO tem precedente.

Destaco do voto por mim proferido no julgamento da ADC 4, da qual fui relator:

"O retorno do projeto emendado à Casa iniciadora não decorre do fato de ter sido simplesmente emendado.

Só retornará se, e somente se, a emenda tenha produzido modificação de sentido na proposição jurídica.

Ou seja, se a emenda produzir proposição jurídica diversa da proposição emendada. Tal ocorrerá quando a modificação produzir alterações em qualquer dos âmbitos de aplicação do texto emendado: material, pessoal, temporal ou espacial.

Não basta a simples modificação do enunciado pela qual se expressa a proposição jurídica.

O comando jurídico - a proposição - tem que ter sofrido alteração. (...)"

Não há que se entender que justiça trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos.

Essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela Lei 8.112/90 e pelo direito administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT.

Leio GILMAR MENDES, há

"Oportunidade para interpretação conforme à Constituição ... sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. ... Um importante argumento que confere validade à interpretação conforme à Constituição é o princípio da unidade da ordem jurídica ..." (Jurisdição Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1998, págs. 222/223).

É o caso.

A alegação é fortemente plausível.

Há risco.

Poderá, como afirma a inicial, estabelecerem-se conflitos entre a Justiça Federal e a Justiça Trabalhista, quanto à competência desta ou daquela.

Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito 'ex tunc'.

Dou interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/2004.

Suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a

"... apreciação... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo"[1].

Publique-se.

Brasília, 27 de janeiro de 2005.

Ministro NELSON JOBIM

Presidente

VOTO DE CELSO MELLO, ADI 492, fls. 157."(g.n.)

Recentemente, o STF, em razão da liminar antes citada, acolheu a Reclamação nº 4585, ajuizada pelo município de Reriutaba (CE), suspendendo decisão do TRT da 7ª Região, que tinha concedido reintegração de funcionários públicos celetistas para os cargos de bombeiro hidráulico e recepcionista.

Segundo o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, relator da reclamação a decisão da Justiça do Trabalho afronta a decisão liminar proferida pelo STF na ADIN 3395, que afastou a competência da Justiça do Trabalho para solucionar qualquer conflito que envolva o Poder Público e seus servidores.

Ainda, o STF tem recebido diversas reclamações como, por exemplo, RCL nº 3952, RCL nº 3951 e RCL 4757, dentre outras, questionando descumprimento da liminar proferida na referida ADIN, com funcionários públicos celetistas questionando seus direitos na Justiça Trabalhista.

Nesse contexto, é da competência desse Juízo da Fazenda Pública Estadual apreciar e julgar o presente processo, pois a questão debatida é puramente de **natureza administrativa/constitucional, e não celetista.**

II – ASPECTOS PREAMBULARES.

1)- Da Entidade Autora.

A Entidade Autora é entidade sindical, sem fins lucrativos, constituída em 09/02/1990, por servidores da IPEM - INSTITUTO DE PESOS E MEDIDAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, tendo legitimidade, portanto, para representar e defender os interesses de seus associados conforme previsto em seu Estatuto Social (doc. anexo).

De acordo com o artigo 6.º, do Código de Processo Civil: **Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.** (grifa-se)

Portanto, como regra geral tem-se que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, exceto quando autorizado por lei, como no caso previsto nos artigos 5.º, inciso XXI e 8.º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; (Grifa-se)

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; (Grifa-se)

Por sua vez, o Estatuto da Entidade Sindical Autora é claro ao prever como finalidades em seu art.2º, alíneas “a” e “c”;

“Art. 2º O SIEMESP tem como finalidade:

a) representar e defender os direitos e interesses profissionais, coletivos e individuais dos seus associados, em juízo ou fora dele;

(...)

c) dar assistência aos seus associados e à Categoria Profissional nas questões que envolvam seus interesses econômicos, sociais e jurídicos, quando vinculados ao exercício profissional; (...)”

Dessa forma, ante a autorização legal e convencional, a entidade Autora atua como substituta processual dos Servidores do IPEM SP.

Nesta condição conforme determinado no artigo 2.º, do Estatuto Social, tem como uma de suas finalidades a promoção da defesa dos filiados, e dos interesses difusos e coletivos destes e da sociedade, em todos os níveis coletiva e individualmente.

Partindo da distinção consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81 — ou seja, a distinção entre interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos¹ —, e considerando-se que, neste caso concreto, é possível determinar quem são os servidores lesados, sendo divisíveis os prejuízos, impõe-se à conclusão de que a Entidade Autora está atuando, neste caso, **na defesa de interesses individuais homogêneos** dos integrantes da categoria.

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso XXI, que **“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”**.

¹ Reza o referido diploma legal: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

No caso específico desta **Ação Civil Coletiva de natureza cautelar e repressiva**, esta legitimidade ativa encontra fundamento no **artigo 5º da Lei n.º 7.347**, de 24 de julho de 1985, lei que criou a Ação Civil Pública. Reza este dispositivo legal (grifos nossos):

Art. 5º. A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas pôr autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou pôr associação que:

I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Como se vê, basta que a entidade associativa inclua entre suas finalidades institucionais a defesa de qualquer dos temas elencados no inciso II da norma acima transcrita para que a sua legitimidade para propor a Ação Civil Pública esteja caracterizada.

De outra parte, é inquestionável que a Ação Civil Coletiva constitui meio processual idôneo para veicular postulação de remoção de ilícito e reparação de danos causados a **qualquer interesse individual homogêneo**.

Este de acordo com melhor doutrina nada mais são do que espécies do gênero **interesses metaindividuais**, como vem sendo reconhecido pela doutrina² e jurisprudência³ pátrias.

² Neste sentido, é exemplar a lição de Hugo Nigro Mazzilli (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 4): “Entre o interesse público e o interesse privado, há interesses metaindividuais ou coletivos, referentes a um grupo de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual mas não chegam a constituir interesse público.

Levando em conta sua origem, o CDC distingue os interesses: a) se o que une interessados determináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os consumidores que adquirem produtos fabricados em série com defeito), temos interesses individuais homogêneos; b) se o que os une é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica (como os consorciados que sofrem o mesmo aumento ilegal das prestações), estamos diante de interesses coletivos em sentido estrito; c) se o que une interessados indeterminados é a mesma situação de fato (p. ex., as pessoas que assistem pela televisão à mesma propaganda enganosa), temos interesses difusos.

Há interesses que envolvem uma categoria determinável de pessoas (como os individuais homogêneos e coletivos); outros, são compartilhados por grupo indeterminado de indivíduos ou de difícil determinação (como os difusos).”

³ Exemplo deste entendimento é o acórdão proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 163.231, do qual foi relator o Min. Maurício Corrêa. Na Ementa daquela

Em segundo lugar, porque a expressão “interesses individuais homogêneos” só veio a ser consagrada em nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 8.078/90, em seu artigo 81, razão pela qual não se poderia exigir que lei anterior a tivesse previsto.

Por fim, porque a própria Lei n.º 8.078/90, que introduziu em nosso ordenamento a referida expressão, cuidou de, ao acrescentar um dispositivo à Lei n.º 7.347/85 (o artigo 21), deixar expresso que se aplicariam, a partir de então, “à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e **individuais**, no que for cabível, **os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor**”.

Duas conseqüências importantes decorrem da inclusão desta disposição na Lei n.º 7.347/85. A primeira delas é de que passam a ser aplicáveis à Lei da Ação Civil Pública, no que não houver incompatibilidade, as disposições contidas no Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. E este Título III é justamente aquele que cuida “*Da Defesa do Consumidor em Juízo*”, versando, entre outros temas, sobre as **ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos** (Capítulo II, artigos 91 a 100). Desta forma, é inafastável a aplicabilidade à Ação Civil Coletiva das normas que, na Lei 8.078/90, regulam a utilização de ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos.

A segunda conseqüência é a presença, no próprio texto da Lei n.º 7.347/85, de uma menção expressa a **interesses individuais**. A partir do momento em que entrou em vigor a alteração introduzida no artigo 21 da Lei n.º 7.347/85 pela Lei n.º 8.078/90, aquele primeiro diploma legal passou a se referir não apenas a interesses difusos e coletivos, mas também a **interesses individuais**. Desde então, tornou-se insustentável qualquer tentativa de restringir o campo de atuação da Ação Civil Pública e Coletiva aos chamados interesses difusos, aos interesses coletivos e interesses individuais homogêneos.

Por todo o exposto, não há mais dúvida quanto à viabilidade da utilização da Ação Civil Coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos. Neste sentido, aliás, têm se manifestado os nossos Tribunais, inclusive os Superiores.

No sentido de que os chamados **interesses individuais homogêneos** nada mais são do que espécies do gênero **interesses metaindividuais** já se manifestou claramente o **Supremo Tribunal Federal**. Bastante ilustrativa, a este respeito, é a decisão proferida pôr aquela E. Corte

decisão afirma o STF que: “As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.”

ao julgar o RE n.º 163.231, em 26.02.97. Do voto do Ministro Relator, Ministro Maurício Corrêa, extraímos a seguinte passagem:

“11. Como se sabe o termo difuso, já do domínio público nos dias de hoje, não foi criado modernamente, visto que tem a sua origem na doutrina romanística. Vittorio Scialoja já se referia ao conceito de difuso, no século passado, ao mencionar que "direitos difusos, que não se concentram no povo considerado como entidade, mas que tem pôr próprio titular realmente cada um dos participantes da comunidade" (Procedura Civile Romana, Anonima Romana Editoriale, Roma 1932, parágrafo 69, pág. 345). Àquela ocasião, todavia, não se havia estabelecido a diferença entre direitos difusos e coletivos, não obstante alguns desses direitos sendo coletivos fossem rotulados implicitamente como difusos. Pôr isso mesmo Massimo Villone já houvesse concebido que interesse difuso é "uma personagem absolutamente misteriosa". (La Colocazione Istituzionale dell'interesse difuso in La Tutela Degli Interessi Difusi nel Diritto Comparato, Giufré, Milão, 1976, pág.73).

12. Hoje as fronteiras dos dois interesses estão definitivamente delimitadas, sendo difuso o interesse que abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, enquanto interesses coletivos seriam aqueles pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica. Portanto, a indeterminidade seria a característica fundamental dos interesses difusos, e a determinidade aqueles interesses que envolvem os coletivos.

13. Teori Albino Zavaski classifica esses direitos, sob o aspecto subjetivo, os difusos como transindividuais, como aqueles que não têm titular individual, sendo que a ligação entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância de fato; e os coletivos, também transindividuais, com determinação relativa de seus titulares, ou seja, que não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos nasce de uma relação jurídica-base. Definido o conceito dessa forma, seriam difusos, pôr exemplo, as vítimas do uso de um determinado remédio, que vendido a uma clientela indeterminada, fosse nocivo à saúde; e coletivos aqueles que, constituídos em grupos ou categorias, fossem objeto de certo ato que violasse direitos desses grupos ou categorias, razão pela qual Péricles Frade conceituou-os como aqueles que "têm como característica principal a ligação com o fenômeno associativo, dirigindo-se aos fins

institucionais dos grupos". (Conceito de Interesses Difusos, RT, 2ª ed., pág. 39).

14. Nessa mesma esteira posiciona-se Édis Milaré:

"Embora a distinção entre interesses difusos e interesses coletivos seja muito sutil - pôr se referirem a situações em diversos aspectos análogos - tem-se que o principal divisor de águas está na titularidade, certo que os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os últimos se relacionam a uma parcela também indeterminada mas determinável de pessoas. Funda-se, também, no vínculo associativo entre os diversos titulares, que é típico dos interesses coletivos ausente nos interesses difusos". (A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional, Saraiva, 1990, págs. 27/28).

15. Da mesma forma, apenas com fundamentação distinta, é a opinião de Alcides A. Munhoz da Cunha (A Evolução das Ações Coletivas no Brasil, Revista de Processo n.º 77, págs. 224/235); Kazuo Watanabe (Demandas Coletivas e os Problemas Emergentes da Práxis Forense, Forense, págs. 185/196) e tantos outros.

16. No entanto, ao editar-se o Código de Defesa do Consumidor, pelo seu artigo 81, inciso III, uma outra subespécie de direitos coletivos fora instituída, dessa feita, com a denominação dos chamados interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum.

17. Pôr tal disposição vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um nomen iuris atípico da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um tertium genus, mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos.

18. Pôr isso mesmo Kazuo Watanabe (ob.cit, pág.196), que integrou a comissão que aprestou os estudos preliminares da então proposta do Código do Consumidor, haver afirmado que, no ponto, são "interesses ou direitos individuais homogêneos, os de origem comum, permitindo a tutela deles a título coletivo. Origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal", endossando igual escólio Hugo Nigri Mazzilli (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Saraiva, pág. 10, 7ª edição, 1995), para quem "os interesses individuais homogêneos, em sentido lato, na verdade não deixam de ser também interesses coletivos".

19. Quer se afirme na espécie interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu,

ambos estão nitidamente cingidos a uma mesma relação jurídica-base e nascidos de uma mesma origem comum, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque incluem grupos, que conquanto atinjam as pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais, no sentido do alcance da ação civil pública, posto que sua concepção finalística destina-se à proteção do grupo. Não está, como visto, defendendo o Ministério Público subjetivamente o indivíduo como tal, mas sim a pessoa enquanto integrante desse grupo. Vejo, dessa forma, que me permita o acórdão impugnado, gritante equívoco ao recusar a legitimidade do postulante, porque estaria a defender interesses fora da ação definidora de sua competência. No caso agiu o Parquet em defesa do grupo, tal como definido no Código Nacional do Consumidor (artigo 81, incisos II e III) e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), cujo artigo 25, inciso IV, letra a, o autoriza como titular da ação, dentre muitos, para a proteção de outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.”

Compreensão muito semelhante a respeito do tema foi expressa recentemente pelo Min. Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento do **RE n.º 213.631** (julgado em 09.12.99; acórdão publicado no DJ em 07.04.00). Embora naquele caso se discutisse a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública versando sobre tributos, parte da fundamentação utilizada pelo Min. Pertence se mostra bastante esclarecedora para o tema que estamos examinando, como se vê na passagem que segue:

“Com o Ministro Maurício Corrêa, estou em que, na inteligência do art. 129, III, interesses individuais homogêneos podem inserir-se no âmbito de compreensão dos interesses coletivos, a cuja defesa ali se qualificou o Ministério Público.

É preciso recordar que, no acelerado processo de construção teórica e legislativa dos institutos da tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, a categoria dos individuais homogêneos só ganhou identidade própria entre nós com a sua definição no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, que é de 1990.

Se já se sujeita a críticas a interpretação da Constituição conforme a lei ordinária precedente, menos ainda se sustenta a que parta de uma distinção conceitual advinda de lei superveniente à Constituição, como a que o Código veio a estabelecer entre interesses coletivos stricto sensu e interesses individuais homogêneos (art. 81, II e III).

Pôr isso, “o fato de o art. 129, III, CF não se referir a ‘interesses individuais homogêneos’ — acentua com razão Rodolfo Mancuso (Sobre a Legitimação do MP em matéria de interesses individuais homogêneos, em Milaré (coord.), Ação Civil Pública, ed. RT, 1995, p. 438, 444) — não autoriza, a nosso ver, a ilação de que tal tipo de interesse metaindividual estaria excluído da esfera de atuação do MP. Em primeiro lugar, tal nomenclatura é espécie do gênero “interesses metaindividuais”, cabendo lembrar que o dispositivo em questão tem um endereçamento visivelmente voltado para a acepção mais genérica, e não para a conotação restritiva: fala em “patrimônio público e social” e em outros “interesses difusos e coletivos”; (...); em terceiro lugar, não se pode dizer, a rigor, que a CF foi omissa quanto aos interesses “individuais homogêneos”, porque a Carta Magna é de 1988 e essa expressão aparece no CDC (art. 81), texto em vigor a partir de 1990.”

O mesmo entendimento vem sendo expresso pôr outros tribunais pátrios, como evidenciam os seguintes julgados:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CABIMENTO. SINDICATO. REPRESENTAÇÃO.

I - Se os membros do sindicato, em assembléia geral extraordinária, autorizam o Sindicato a propor ação visando a correção dos saldos das contas do FGTS, está o mesmo agindo pôr representação, o que é possível.

II - Na hipótese de interesses difusos ou coletivos, o objeto pretendido é indivisível, a fruição do bem pôr um membro da coletividade pressupõe a fruição pôr todos do grupo. Nos interesses difusos, há um vínculo jurídico envolvendo todos os membros entre si ou com a parte contrária, havendo uma indeterminação dos seus titulares; nos coletivos, não há esta indeterminação.

III - Tratando-se de interesses individuais homogêneos, o objeto pretendido é divisível, podendo cada membro ajuizar sua própria ação. Há uma reunião de interesses, que pode ser decidido de uma forma coletiva. Na execução será determinada e individualizada a pretensão de cada um.

IV - Em face da Lei 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que acrescentou à Lei n.º 7.347, de 1985, o art. 21, determinando, no que for cabível, a aplicação, na ação civil pública, dos dispositivos referentes à defesa do consumidor em juízo, admissível a ação civil pública para a defesa dos interesses individuais homogêneos.”

(TRF 1ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível n.º 01.00.063921-2, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. em 10.02.98, publicado no DJ em 27.03.98.)

"ADMINISTRATIVO. EXPURGOS DO FGTS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SINDICATO. LEGITIMIDADE. LITISPENDÊNCIA.

1. Remansosa a jurisprudência desta Corte quanto à ilegitimidade passiva da União para figurar no pólo passivo de lides que versam sobre diferenças de depósitos do FGTS.

2. O art. 8º, inc. III, da C.F. 88, combinado com o art. 3º da Lei n.º 8.078/90, autoriza o sindicato a atuar, como substituto processual, para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais de seus associados (STF, RE 202.063-0, DJU 10.10.97).

3. Cabe Ação Civil Pública para a defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, a teor do art. 117 da Lei n.º 8.078 (CDC), que acrescentou à Lei n.º 7.347/85 o art. 21, possibilitando, no que for cabível, a aplicação à Ação Civil Pública das disposições aplicáveis à defesa dos direitos do consumidor em juízo.

4. Em curso duas Ações Cíveis Públicas voltadas para a obtenção do mesmo objeto — correção plena dos saldos do FGTS — impõe-se o reconhecimento da litispendência." (TRF 4ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível n.º 0452871, Relator Juiz Paulo Afonso Brum Vaz, julgado em 05.11.98, publicado no DJ em 10.02.99.)

"CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SINDICATO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

Tratando a questão referente aos expurgos inflacionários em FGTS de interesse individual homogêneo, pode o Sindicato, nos termos do inciso III, do art. 8º da C.F., defender os direitos dos sindicalizados.

Apelação provida."

(TRF 1ª Região, 4ª Turma, Apelação Cível n.º 01.00.00795-1, Rel. Juiz Hilton Queiroz, julgado em 27.05.98, publicado no DJ em 03.08.98.)

Ainda no mesmo sentido, vale mencionar manifestação do Juiz Wilson Darós, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator do Agravo de Instrumento n.º 2000.04.01.016065-6, que no despacho em que concedeu efeito suspensivo ao recurso interposto pela entidade sindical autora da Ação Civil Pública assim se pronunciou:

“Com relação à legitimidade do sindicato à propositura de ação civil pública, tenho que o suporte legal está expresso nos arts. 5º e 21 da Lei n.º 7.347/85, combinados com os arts. 81, II, e 82, IV, da Lei n.º 8.-078/90, uma vez que atua na defesa dos chamados direitos coletivos strictu sensu, ou seja, há uma reunião de interesses individuais homogêneos, que podem ser examinados de uma forma coletiva.”

Por fim, é preciso registrar que todos os dispositivos legais que conferem às entidades sindicais para atuar em juízo em defesa dos direitos e interesses da categoria devem ser interpretados à luz da norma contida no artigo 5.º, inciso XXI e 8º, inciso III, da Constituição Federal, integrando esta norma o título da Constituição dedicado aos **direitos fundamentais**, não se pode negar que o intérprete tem, sempre, o dever de optar pela interpretação da norma infraconstitucional mais adequada à concretização desta norma de direito fundamental.⁴

2 – Da Fundação Ré.

O **IPEM Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo - Ipem-SP** é uma Fundação de Direito Público, foi criado em 24 de abril de 1967, por meio do Decreto Estadual 47.927 e posteriormente em 1995, segundo preconiza o artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988, por meio da Lei 9.286 de 22/12/95, foi transformado em Autarquia Estadual vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Governo do Estado de São Paulo, dentre os quais destacamos os seguintes dispositivos que dão conta de sua autonomia e forma de gestão:

Lei Estadual 9.286 de 22 de dezembro de 1995

Artigo 1º - O Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo - IPEM-SP, órgão criado pelo Decreto nº 47.927, de 24 de abril de 1967, passa a ter personalidade jurídica de direito público, como entidade autárquica dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, com sede e foro na capital do Estado, privilégios e isenções da Fazenda Estadual. Parágrafo único - A Autarquia vincular-se-á à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

⁴ *A este respeito, é lapidar a manifestação de Gomes Canotilho e Vital Moreira (Fundamentos da Constituição, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 143), em tópico intitulado “Direitos Fundamentais e interpretação das leis”: “Uma das regras essenciais da interpretação das normas infraconstitucionais é a interpretação conforme à Constituição. No campo dos direitos fundamentais tal regra quer dizer interpretação mais favorável aos direitos fundamentais. Significa isto que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, lhe dê maior proteção, amplie mais o seu âmbito, o satisfaça em maior grau.”*

Artigo 2º - A Autarquia terá a atribuição de exercer as atividades relacionadas com a metrologia, bem como com a normalização, a qualidade e a certificação de produtos e serviços, respeitados a legislação federal e os termos da delegação que lhe for conferida.

Parágrafo único - Poderá ainda a Autarquia

1 - manter cursos de preparação, treinamento e reciclagem para formação e aperfeiçoamento técnico do seu quadro de pessoal;

2 - realizar, diretamente ou através de terceiros, seminários, congressos, treinamentos e cursos, na área de sua atuação;

3 - fiscalizar produtos e serviços, na área de sua atuação, tendo em vista a constatação de defeitos e irregularidades que prejudiquem o consumidor, nos termos da Lei Federal nº 8.078 de 11 de setembro de 1990; e

4 - fixar e cobrar o preço dos serviços prestados.

Artigo 3º - Cabe ao IPEM-SP apurar as faltas cometidas no campo de sua atuação, lavrar os respectivos autos de infração e de aplicação de penalidades, decidindo os procedimentos administrativos correspondentes.

§ 1º - Das decisões proferidas pelo IPEM-SP caberá recurso ao Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania.

§ 2º - Tratando-se de atividade delegada, as competências previstas neste artigo caberão às autoridades indicadas no instrumento de delegação.

Artigo 4º - Constituirão recursos do IPEM-SP:

I - as dotações orçamentárias e os créditos adicionais originários do Tesouro do Estado;

II - a receita decorrente da prestação de serviços;

III - as transferências feitas pela União, nos termos da delegação;

IV - os recursos oriundos de ajustes celebrados com instituições governamentais ou empresas privadas;

V - as subvenções, as doações e os legados;

VI - o resultado da cobrança de juros e de atualização monetária, bem como das aplicações financeiras;

VII - o produto da venda de publicações técnicas; e

VIII - outras receitas e eventuais.

Artigo 5º - O patrimônio do IPEM-SP será constituído:

I - pelo acervo dos bens móveis e imóveis estaduais que estiverem sob administração do órgão Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo - IPEM-SP, na data da publicação desta lei;

II - pelos bens e direitos que lhes sejam doados ou cedidos por entidades públicas ou privadas;

III - pelos bens e direitos que vier a adquirir, a qualquer título.

Artigo 6º - O IPEM-SP terá a seguinte estrutura básica:

I - Superintendência;

II - Conselho Consultivo; e

III - órgãos técnicos e administrativos.

Artigo 7º - A Autarquia será dirigida por um Superintendente, nomeado, em comissão, pelo Governador do Estado.

Artigo 8º - O Conselho Consultivo será composto por 6 (seis) membros, na seguinte conformidade:

I - um representante da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, indicado pelo titular da Pasta;

II - um representante da Secretaria da Fazenda, indicado pelo Titular da Pasta;

III - um representante de entidade civil de defesa do consumidor;
IV - um representante do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, indicado por essa entidade, mediante convite;

V - um representante dos servidores da Autarquia, eleito nos termos do inciso V do artigo 19 do Decreto-lei Complementar nº 7, de 6 de novembro de 1969, com a redação dada pela Lei Complementar nº 417, de 22 de outubro de 1985; e VI - um representante da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON.

Parágrafo único - Os membros do Conselho Consultivo deverão possuir conhecimentos técnicos na área de atuação da Autarquia.

Artigo 9º - Os membros do Conselho Consultivo serão designados pelo Governador do Estado e terão mandato 4 (quatro) anos.

Artigo 10º - A estrutura básica do IPEM-SP será estabelecida no Regulamento da Autarquia, a ser expedido por decreto do Poder Executivo.

Artigo 11 - O pessoal do Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo - IPEM-SP, será admitido mediante concurso público, na forma da legislação em vigor, salvo quando se tratar de cargo ou função de provimento em comissão.

Parágrafo único - Os cargos de direção, de técnicos e de fiscalização somente poderão ser exercidos por agentes que tenham escolaridade, nível e formação compatíveis, conforme definido em regulamentos.

Artigo 12 - O Poder Executivo submeterá à Assembléia Legislativa a criação do Quadro de Pessoal da Autarquia, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da publicação desta lei.

Artigo 13 - Ficam transferidos para a Autarquia os servidores que se encontrem prestando serviços ao órgão Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo - IPEM-SP, mantidos todos os direitos e obrigações decorrentes do contrato de trabalho.

Artigo 14 - Para atender à despesa de que trata o inciso I do artigo 4º desta lei, fica o Poder Executivo autorizado a abrir, na Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, crédito especial até o limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser coberto com recursos de que trata o artigo 43, §1º, da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Artigo 15 - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Disposições transitórias

Artigo 1º - Para atender ao disposto nesta lei, fica o Poder Executivo autorizado a promover a transferência ou o remanejamento de recursos orçamentários da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania consignados ao órgão Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo - IPEM-SP

Artigo 2º - Enquanto não for estabelecido, para o pessoal do Estado, o regime jurídico único, os servidores da Autarquia serão regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Palácio dos Bandeirantes, 22 de dezembro de 1995.

O IPEM está vinculado à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, órgão da Administração Pública Direta Estadual, e emprega os associados da Entidade Autora, com quem mantém contratos de trabalho, sob o regime celetista.

Segundo, o artigo 5.º, inciso IV, do Decreto-lei n.º 200, define a Fundação Pública como sendo “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

De acordo com a melhor interpretação doutrinária do dispositivo legal acima referido, citamos as lições da Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, segunda a qual “em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – pública ou privada – tem que ser extraída da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos. Ainda que a legislação federal considere a fundação como pessoa jurídica de direito privado, nada impede que a lei instituidora adote o regime jurídico-publicístico, derogando, no caso concreto, as normas gerais estabelecidas pelo Decreto-lei n.º 200/67, com as alterações introduzidas pelo Lei n.º 7.569/87, da mesma forma como tem sido feito em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, instituídas, estas últimas especialmente, sob formas inéditas, não previstas em qualquer lei anterior que discipline as sociedades comerciais”.⁵

No entendimento do Insigne Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, o mesmo faz uma interpretação análoga a da Professora MARIA SYLVIA. Segundo o Professor CELSO ANTÔNIO “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são de Direito Privado. Na verdade, são Pessoas Jurídicas de Direito Público, consoante, aliás, universal entendimento, que só no Brasil foi contendido. Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribui a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada”.⁶

Podemos extrair dos ensinamentos dos Ilustres Professores, que independentemente do artigo 5.º, inciso IV, do Decreto-lei n.º 200, definir a Fundação Pública como sendo uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, na verdade o que lhe confere a natureza jurídica de direito público ou privado, na verdade, é o regime jurídico a que está submetida, se o mesmo é público ou privado, o que pode ser examinado na sua lei instituidora e/ou dos respectivos estatutos.

Logo, se Lei instituidora da Fundação, e seus atos constitutivos lhe atribua a titularidade de poderes públicos, e suas relações estejam regidas

⁵ in *Direito Administrativo*, 19.ª Ed., 2006, São Paulo, Editora Atlas, pág. 428.

⁶ in *Curso de Direito Administrativo*, 13.ª Ed., 2001, São Paulo, Malheiros Editores, pág. 144.

segundo as normas de Direito Público, fatalmente esta Fundação será uma pessoa jurídica de Direito Público, mesmo que sua qualificação seja outra.

O E. Supremo Tribunal Federal já proferiu V. Acórdão, em sede de julgamento de Recurso Extraordinário (RE 101.126-1 – Ementário n.º 1368-2 – Publicado no DJ em 01-03/85), concluindo que “(...) *as fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime de administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais são fundações de direito público. (...) Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2.º do artigo 99 da Constituição Federal*”, conforme cópia inclusa.

Portanto, se for observado o entendimento do Pretório Excelso, conclui-se que devem ser aplicadas às Fundações Públicas todas as normas, direitos e restrições inerentes às autarquias.

O Ilustre Professor HELY LOPES MEIRELLES, cita alguns caracteres das Fundações Públicas, quais sejam: A)- a instituição da mesma depende de “(...) *autorização de lei específica (CF, art. 37, XIX) da entidade-matriz, cabendo ao Executivo providenciar os demais atos à sua formação, visto que só terão existência legal após sua inscrição no Registro competente*; B)- (...) os contratos celebrados pelas fundações públicas, *de Direito Público ou de Direito Privado, devem ser precedidos de licitação, nos termos do art. 37, XIX, da CF de 1988*; C)- (...) *O orçamento é formalmente idêntico aos das entidades estatais (Lei 4.320/64), devendo-se atender ao disposto no art. 165, § 5.º, da CF*; D)- os dirigentes das fundações, *de Direito Público e de Direito Privado, são investidos nos respectivos cargos ou empregos públicos na forma que a lei ou estatuto estabelecer e seu pessoal fica sujeito ao regime estatutário ou celetista, bem como os planos de carreira instituídos pela entidade-matriz (CF, art. 39)*; e E)- *as proibições de acumulação remunerada de cargo, emprego ou função atingem os servidores da fundação, quer públicas que privadas, nos expressos termos dos incs. XVI e XVII do art. 37 da CF. Também para os fins criminais, mandado de segurança e ação popular, são eles considerados, “autoridades”, no que concerne ao desempenho das funções delegadas (Lei 1.533/51, art. 1.º, § 1.º, e Lei 4.717/65, art. 1.º)*.⁷

Pois bem, segundo interpretações doutrinárias dos Mestres MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO e HELY LOPES MEIRELLES, bem como, também, a interpretação jurisprudencial do E. Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar que a Reclamada é uma Entidade Fundacional de Direito Público ou Pessoa Jurídica de Direito Público.

Segundo o artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988, as Fundações Públicas são criadas por intermédio de lei específica, *in verbis*:

⁷ *in Direito Administrativo Brasileiro, 32.ª Edição, 2006, São Paulo, Malheiros Editores, págs.356/357.*

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (grifos nossos)

Com efeito, reza o artigo 41, do Código Civil de 2002, consideram-se pessoas jurídicas de direito público interno, todas entidades de caráter público criadas por lei, *in verbis*:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. (grifos nossos)

Pois bem, a Fundação Ré foi instituída pelo Poder Executivo do Estado de São Paulo, através da Lei Estadual n.º 9.286 de 22.12.1995, regulamentada pelo Decreto n.º 41.881/97. De acordo com o artigo 1.º, da Lei Estadual n.º 9.286/95, já citado, a Fundação Ré possui personalidade jurídica de Direito Público, vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, senão vejamos:

O patrimônio da Fundação Ré foi constituído, inicialmente, por dotação orçamentária inicial, conferida pela Lei n.º 9.286/95, de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), provenientes do Tesouro do Estado (art. 14.º, da Lei n.º 9.286/95).

Os servidores da Fundação Ré serão admitidos sob o regime da legislação trabalhista, enquanto não for instituído o regime único previsto no Artigo 124, da Constituição do Estado de São Paulo (art. 2º das disposições transitórias, da Lei n.º 9.286/95), após aprovação em concurso público, na forma da legislação em vigor, salvo quando se tratar de cargo ou função de provimento em comissão (art. 11, par. único, da Lei n.º 9.286/95).

EXCELÊNCIA! Não restam dúvidas de que a Reclamada é uma Fundação Pública, dotada de personalidade jurídica de Direito Público,

vinculada às normas e restrições inerentes aos órgãos da Administração Pública Indireta, sendo de rigor afastar qualquer tese em contrário, sob pena de violar preceitos constitucionais relevantes de proteção do interesse público.

Dessa forma, partindo desse princípio, qual seja, que a Reclamada é uma Fundação Pública, submetida aos Princípios da Administração Pública, a Entidade Autora passa a deduzir a pretensão propriamente dita.

III – OBJETO DA AÇÃO.

A presente Ação Ordinária tem por objeto a obtenção de provimento judicial para declarar que os Associados da Entidade Autora, contratados pela Fundação Ré, no regime celetista, têm direito ao benefício da licença-prêmio, bem como, também, para condenar a Fundação Ré na obrigação de fazer, qual seja: para que a mesma proceda ao apostilamento, nas Fichas Funcionais dos Associados da Entidade Autora, da aquisição do benefício de gozo da licença-prêmio, dos períodos aquisitivos vencidos e vincendos, estes a medida em que os substituídos preencherem os requisitos para a obtenção do direito e, ainda, condenar a Fundação Ré a pagar para os Associados da entidade Autora, a título de indenização, cada período de 90 (noventa) dias de licenças-prêmio, referentes aos períodos aquisitivos vencidos e não gozados, durante todo o contrato de trabalho dos Associados da entidade Autora que vir a ser rescindido por algum motivo ou que se aposentarem, antes ou depois do apostilamento ou reconhecimento do direito em Juízo, tudo acrescido de juros moratórios nos termos do artigo 406 do novo Código Civil e correção monetária pelo índice que melhor represente a inflação, desde a lesão.

IV – DOS FATOS.

Os associados da Entidade Autora são servidores públicos estaduais, contratados pela Fundação Ré, sob o regime celetista, após prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, conforme preconiza o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, e artigo 11, *caput* e parágrafo único, da Lei Estadual n.º 9.286, de 22.12.1995.

No entanto, apesar da Fundação Ré ter sido instituída há mais de 13 (treze) anos, através da Lei Estadual supramencionada, contando com um quadro funcional de servidores públicos celetistas com período de serviço igual ou superior a 13 (treze) anos, no entanto, estes servidores não estão sem gozar o período de licença-prêmio, conforme garantido pelo artigo 209, da Lei Estadual n.º 10.261/68.

Por essa razão, a Entidade Autora acompanhou o processo administrativo nº16107 que teve início em 12 de agosto de 2002, com um requerimento do Sr. SÉRGIO AMARO, servidor celetista, à então

Superintendência da Fundação Ré questionando, sobre o direito dos funcionários do IPEM SP ao benefício de Licença-prêmio.

A Fundação Ré, por sua vez, ao apreciar o requerimento do associado a Entidade Autora, submeteu-o à análise da Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, a qual emitiu D. Parecer desfavorável aos servidores da Fundação IPEM SP, sob o seguinte argumento:

“(...) O pedido formulado pelo servidor, prescindindo de juridicidade (sic), visto tratar-se de direito de servidor Estatutário, consoante os termos dos artigos 209/216 da Lei nº 10.261/68 – ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

A legislação básica que cuida do assunto licença prêmio é a lei nº 10.261/68, a Lei complementar nº 857/99 e o Comunicado UCRH nº 01/00 publicado em D.O.E. em 14/04/00 este último trata da licença prêmio para servidores celetista e diz que o mesmo não faz jus ao benefício.

*A lei complementar 857/99 que dispõe sobre o gozo da Licença Prêmio diz em seu artigo 4º, inciso I, **que fazem jus a licença prêmio os servidores públicos da administração direta, indireta, autarquias e fundações e os militares submetidos ao regime “estatutário”.***

Os servidores sob o regime CLT não fazem jus ao benefício.

No caso em tela não há que se falar no princípio da isonomia, porque tal regra prevê tratamento igual entre aqueles que se encontram em igualdade, e desigual para os que se encontram sob o crivo da desigualdade.

Assim, considerando que o Requirante, é servidor público sob égide do regime jurídico diverso daquele previsto na Lei nº 10.261/68, a saber regime celetista, não faz jus ao benefício outorgado por aquela norma jurídica,

Pelo exposto, opino pelo indeferimento do pleito formulado pelo servidor SERGIO AMARO.”

Por fim, o Superintendente da Fundação Ré acatou o parecer, indeferindo o pedido do gozo da Licença Prêmio nos termos do despacho denegatório do Exmo. Secretário da Justiça e Defesa da Cidadania, Resolução de 20/07/2000 publicado no D.O.E. 21/07/2000.

Comunicando a impossibilidade da concessão do benefício de Licença-Prêmio aos funcionários do IPEM, diante do entendimento da D. Procuradoria Jurídica, conforme acima citado.

Inconformado com a primeira decisão o servidor associado a Entidade Autora, propôs novo requerimento em 23/03/2007, iniciando novo processo administrativo de nº 5011 de 23 de março de 2007, que foi anexado

ao processo administrativo anterior de nº16.107/2002 por tratar-se do mesmo objeto, assim a Fundação Ré manteve a decisão pelo indeferimento.

Dessa forma, não resta outra saída para a Entidade Autora, senão provocar a jurisdição da Justiça Comum Estadual, com o fito de obter deste N. Juízo provimento judicial acolhendo a pretensão deduzida.

V – DOS FUNDAMENTOS.

1 – Da Licença-Prêmio.

O artigo 209 da Lei 10.261/68 tem a seguinte redação: ***O funcionário terá direito, como prêmio de assiduidade, à licença de 90 (noventa) dias em cada período de 5 (cinco) anos de exercício ininterrupto em que não sofrido qualquer penalidade administrativa***”.

A licença-prêmio prevista pelos artigos 209 e seguintes, da Lei nº 10.261/68, é uma gratificação “ex facto temporis”, pois consiste na concessão de um prêmio de assiduidade correspondente a 90 dias a cada período de 5 (cinco) anos de efetivo exercício ininterrupto.

Deverá ser computado para fins de licença-prêmio, podendo ser requerido a qualquer tempo, nos termos do artigo 76, “caput”, da Lei nº 10.261/68: ***“O tempo de serviço público, assim considerado o exclusivamente prestado ao Estado e suas Autarquias, será contado singelamente para todos os fins.”***

Quanto à extensão da expressão “**servidor público**” empregada pelo legislador constituinte estadual, não paira qualquer dúvida. Neste sentido a doutrina é unânime em concordar que essa expressão em nosso ordenamento jurídico refere-se tanto ao funcionário público propriamente dito, concursado e efetivado, como ao ocupante de função-atividade nomeado ou admitido, estável ou não.

Por todo o explanado não pairam dúvidas de que a negativa da Fundação Ré em conceder os benefícios ora pleiteado pela Entidade Autora acarreta evidente ofensa ao Ordenamento Maior, quanto ao que preceitua em todo sua Seção II – Dos Servidores Públicos (art. 39 e 40), vez que esta seção não diferencia os servidores públicos como o quer fazer a Administração Pública no caso da Entidade Autora.

Ainda, a doutrina, e a jurisprudência, têm se mostrado unânime em concordar que o termo ‘servidor público’ é tanto o funcionário público propriamente dito, concursado e efetivado, como o ocupante de função, nomeado ou admitido, estável ou não.

Nesse sentido, cita-se o entendimento doutrinário:

“Os servidores públicos constituem subespécie dos agentes públicos administrativos, categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviços à administração e a ela vinculados por relações profissionais, em razão de investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária.

A Constituição de 1988, corrigindo a anterior, abriu a seção II, do seu Capítulo VII, com a epígrafe dos Servidores Públicos Civis, no que andou bem, porque seus dispositivos englobam todos os que prestam serviços à Administração em geral.⁸

O eminente Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

*“Ao lado dos agentes políticos, o segundo grande grupo de agentes estatais é o dos servidores públicos. **Compreendem-se debaixo desta denominação todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência.** É, pois, na condição de profissionais que comparecem para se relacionarem com o Poder Público. O que os caracteriza é a conjunção dos seguintes traços: a) profissionalidade; b) relação de dependência, típica dos que prestam serviços sem caráter de eventualidade. São, portanto, servidores públicos todos os que prestam serviços, nas condições assinaladas, às entidades estatais, sejam elas de administração direta ou indireta.*

Dentre os servidores públicos distinguem-se espécies, a saber: a) servidores públicos civis (só existem na administração direta, nas autarquias e fundações públicas). Entre eles se compreendem atualmente os:

a1) funcionários públicos, isto é, titulares de cargo, sob regime estatutário;

a2) servidores de autarquias, também titulares de cargo e sob regime estatutário, similar ao do funcionário;

a3) empregados, ou seja, contratados pela legislação trabalhista (pela administração direta, autarquias e fundações públicas);

b) contratados, a teor do art. 37, IX, da Constituição, para atender necessidades temporárias e de excepcional interesse público e por tempo determinado;

c) servidores de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais não caracterizáveis como fundações públicas, todos sob regime trabalhista.⁹

⁸ Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, Editora Revista dos Tribunais, pág. 355.

⁹ Regime Constitucional dos Servidores da Administração direta e indireta, Celso Antonio Bandeira de Mello, Editora Revista dos Tribunais, pág. 12/13.

Para Maria Silvia Zanella Di Pietro:

"A Constituição de 1988 emprega a expressão "**servidores públicos civis**" para designar as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública **Direta, Autarquias e Fundações Públicas**.

São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às Entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Compreendem:

1. Os **funcionários públicos** propriamente ditos, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;
2. Os **empregados públicos**, contratados sob o regime de legislação trabalhista e ocupantes de emprego público;
3. Os **servidores temporários** contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (Art. 37 IX da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público".¹⁰(g.n.).

O entendimento de Ivan Barbosa Rogilin é no sentido de que:

"...Servidor público é o cidadão vinculado à Administração Pública por um regime jurídico...".¹¹ (g.n).

Cumprе lembrar, ainda que a Lei Complementar nº 180/78 em seu artigo 205, considera servidores **todos os agentes públicos** não titulares de cargo, quais sejam: os admitidos com a Lei 500/74, os extranumerários, os interinos e os celetistas.

Os servidores contratados pelo regime da CLT integram o funcionalismo público, desempenham funções e tarefas administrativas típicas e mantém o mesmo vínculo jurídico com a Administração Pública. Não se pode, assim, deixar de aplicar o benefício aos contratados em regime da CLT.

Os Associados da Entidade Autora, ainda que subordinados ao regime celetista, ostentam a condição de servidor público estadual. Na exata compreensão das várias regras analisadas, pela apelada, o que não pode ferir os princípios consagrados no artigo 37, da Constituição Federal:

"Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

¹⁰ Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo. São Paulo. Brasil. Editora Atlas S/A. 2ª edição 1991. Pg. 304/306) (sem destaques no original)

¹¹ Rigolin, Ivan Barbosa. O Servidor Público na Constituição de 1988. São Paulo. Brasil. Editora Saraiva. 1ª edição 1989. pág 82

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

O que se depreende é que a insistência da Administração Pública em fazer distinção entre servidores estatutários e contratados sob outro regime jurídico, diverso da Lei nº 10.261/68, está totalmente em contrariedade às disposições da Carta Paulista, bem como da Constituição Federal, conforme visto acima, ferindo aos princípios ali instituídos:

Não diferente é a Constituição Estadual no art. 111:

“Art.111 - *A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.”*

Inequívoco que a Fundação Ré, ao não reconhecer a vantagem da licença-prêmio para os Associados da Entidade Autora, está a violar diversos dispositivos constitucionais e legais e, por efeito, os princípios da legalidade e moralidade.

Deste modo, o procedimento da Fundação Ré contraria o princípio da igualdade consignado no artigo 5º da Constituição Federal, princípio da isonomia disposto no art. 39, § 1º da CF (durante sua vigência), art. 124, § 1º da Constituição Estadual e art. 205 da Lei Complementar 180/74, assim como princípios da legalidade e moralidade, discriminando espécies semelhantes de servidores públicos e causando prejuízo aos Associados da Entidade Autora.

E ainda, existe Súmula da Procuradoria Geral de Justiça, no mesmo sentido:

Súmula n. 21

“LICENÇA-PRÊMIO — Contagem de Tempo de Serviço Público. Possibilidade. Os servidores que ingressaram ou vierem a ingressar no serviço público estadual sob o regime estatutário terão contado, para fins de licença-prêmio, o tempo de serviço público prestado ao Estado ou suas autarquias, ainda que sob regime diverso e que não contemplasse essa vantagem, tenha ou não havido interrupção de exercício para ingressar no regime estatutário, condicionada esta contagem ao preenchimento dos requisitos exigidos pelos artigos 209 e 210 da Lei n. 10.261, de 28.10.68 e excluídos os períodos anteriores a 5.10.88 se tiver havido a percepção de gratificação de Natal ou períodos anteriores a 5.10.88 se tiver havido a percepção de gratificação de Natal ou 13º salário. Poderá ser contado, nas mesmas condições, o tempo de serviço prestado até 20.12.84 à União, outros Estados, Distrito

Federal, Municípios e respectivas autarquias, desde que esse período não tenha propiciado a fruição dessa mesma vantagem junto àqueles entes públicos.”

Com efeito, onde não há distinção especificada na Carta Magna não há possibilidade de fazê-lo a ré. E a Constituição Federal não o faz com relação aos servidores públicos, seja por qual regime venha a ser admitido perante a Administração Pública, direta ou indireta, suas autarquias e fundações.

2 – Da Legalidade da Concessão do Benefício da Licença-Prêmio aos Servidores Públicos Celetistas.

Excelência! O artigo 209 da Lei 10.261/68 garante que **O funcionário terá direito, como prêmio de assiduidade, à licença de 90 (noventa) dias em cada período de 5 (cinco) anos de exercício ininterrupto em que não sofrido qualquer penalidade administrativa**”. Nota-se que o dispositivo fala em funcionário ou servidor público, assim entendidos aqueles que **“(…) constituem subespécies dos agentes públicos administrativos, categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviços à Administração e a ela vinculados por relações profissionais, em razão da investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária”** (in *Direito Administrativo Brasileiro*, HELY LOPES MEIRELLES, 32.^a Ed., 2006, São Paulo, Malheiros Editores, pág. 411).

Ensina, a Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que **“São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Compreendem: 1. os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos; 2. os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhistas e ocupantes de emprego público; 3. os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público”** (in *Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Atlas, 2006, 19.^a Ed., págs. 501/502).

Segundo o Mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **“Servidor Público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho**

de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência” (in *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 2001, 13.^a Ed., págs. 230/231).

Logo, dos ensinamentos doutrinários acima citados, pode-se extrair a conclusão de que o servidor público é gênero, do qual do qual o empregado celetista contratado pela administração direta, autarquias e fundações públicas é espécie.

ASSIM, CONCLUI-SE QUE OS FUNCIONÁRIOS DA FUNDAÇÃO RÉ SÃO EMPREGADOS PÚBLICOS, ESPÉCIE DO GÊNERO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL, CONTRATADOS SOB O REGIME DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA.

Excelência! Fazendo uma interpretação gramatical do artigo 209, da Lei n.º 10.261/68, nota-se que o legislador utilizou a expressão “**funcionário**” sinônimo de “**servidor público**”, dirigindo sua aplicação para todas as espécies de servidores públicos.

“ONDE O LEGISLADOR NÃO FAZ DISTINÇÃO, NÃO CABE AO INTÉRPRETE FAZÊ-LA”.

Do contrário, caso seja feita distinção entre os servidores públicos estaduais, para efeitos de aplicação do disposto no artigo 209, da Lei 10.261/68, estar-se-á ferindo o Princípio da Igualdade, consagrado no Preâmbulo e nos Artigos 3.º, inciso IV e 5.º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(...)

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifos nossos)

Não bastasse, o artigo 124, *caput* e § 1.º, da Constituição Estadual, também consagra o Princípio da Igualdade, mais especificamente aos servidores públicos estaduais, senão vejamos:

ARTIGO 124 - Os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público terão regime jurídico único e planos de carreira.

§ 1º - A lei assegurará aos servidores da administração direta isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder, ou entre servidores dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

Auspicioso destacar que o § 1º, do artigo 39, da Carta Magna, em sua redação original, também assegurou o direito a isonomia. Contudo, apesar de não constar expressamente no texto atual, o Princípio da Igualdade encontra-se implícito no referido dispositivo, pois, do contrário, estaríamos diante de uma norma inconstitucional.

A Lei Complementar n.º 180, de 12.05.1978 preconiza, no seu Artigo 205 que: **“Para os fins desta lei complementar, passam a ser considerados servidores: I - os admitidos em caráter temporário nos termos do artigo 1º da Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974; II - os atuais extranumerários; III - os atuais funcionários interinos; IV - os servidores admitidos nos termos da legislação trabalhista”**.

Portanto, os dispositivos legais acima citados igualam todos os servidores públicos, mesmo que não titulares de cargo efetivo, quais sejam, os

admitidos sob a Lei nº 500/74, os extranumerários, os interinos e os celetistas. O IPEM SP, entretanto, ao interpretar a expressão 'servidor público' o faz de forma restrita, ao contrário do legislador constituinte e estadual.

Nesse sentido, cita-se o entendimento doutrinário: **Os servidores públicos constituem subespécie dos agentes públicos administrativos, categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviços à administração e a ela vinculados por relações profissionais, em razão de investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária. A Constituição de 1988, corrigindo a anterior, abriu a seção II, do seu Capítulo VII, com a epígrafe dos Servidores Públicos Civis, no que andou bem, porque seus dispositivos englobam todos os que prestam serviços à Administração em geral.**

O eminente Celso Antônio Bandeira de Mello ensina: **Ao lado dos agentes políticos, o segundo grande grupo de agentes estatais é o dos servidores públicos. Compreendem-se debaixo desta denominação todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência. É, pois, na condição de profissionais que comparecem para se relacionarem com o Poder Público. O que os caracteriza é a conjunção dos seguintes traços: a) profissionalidade; b) relação de dependência, típica dos que prestam serviços sem caráter de eventualidade. São, portanto, servidores públicos todos os que prestam serviços, nas condições assinaladas, às entidades estatais, sejam elas de administração direta ou indireta. Dentre os servidores públicos distinguem-se espécies, a saber : a) servidores públicos civis (só existem na administração direta, nas autarquias e fundações públicas). Entre eles se compreendem atualmente os: a1) funcionários públicos, isto é, titulares de cargo, sob regime estatutário; a2) servidores de autarquias, também titulares de cargo e sob regime estatutário, similar ao do funcionário; a3) empregados, ou seja, contratados pela legislação trabalhista (pela administração direta, autarquias e fundações públicas); b) contratados, a teor do art. 37, IX, da Constituição, para atender necessidades temporárias e de excepcional interesse público e por tempo determinado; c) servidores de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais não caracterizáveis como fundações públicas, todos sob regime trabalhista.**

Portanto, não assiste razão à Fundação Ré para a negativa da concessão do benefício da licença-prêmio, eis que os servidores contratados pelo regime da CLT integram o funcionalismo público, desempenham funções e tarefas administrativas típicas e mantêm o mesmo vínculo jurídico com a Administração Pública Indireta.

Cite-se, em arremate, o Art. 37 da CF- **“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de**

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

Não diferente é a Constituição Estadual no art. 111: **“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público”**.

Inequívoco que a Fundação Ré está violando diversos dispositivos constitucionais e legais e, por efeito, os princípios da legalidade e moralidade e contrariando os artigos 130 da Lei nº 10.261/68, 129 da Constituição Estadual, 20 e 23 do ADCT, princípio da igualdade consignado no artigo 5º da Constituição Federal, princípio da isonomia disposto no art. 39, § 1º da CF (durante sua vigência), art. 124, § 1º da Constituição Estadual, art. 205 da Lei Complementar 180/74, assim como princípios da legalidade e moralidade, discriminando espécies semelhantes de servidores públicos e causando prejuízo aos servidores e submetendo-se assim aos ditames legais, abaixo citados:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade causarem a terceiros assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (art. 37, § 6.º, da CF/88)

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (art. 186, do CC/02)

“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.” (art. 844, do CC/02)

Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (art. 927, do CC/02)

Assim, em respeito aos artigos 5.º, *caput* e 37, *caput*, da CF/88, deverá ser concedido o benefício da licença-prêmio aos Associados da Entidade Autoria, sob pena dos mesmos estarem sendo tratados de forma desigual perante outros servidores efetivos.

3- Da Jurisprudência Específica.

O Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo já reconheceu o direito à licença-prêmio a servidores contratados por outros regimes que não o estatutário, e são inúmeras decisões no mesmo sentido colacionadas abaixo, a primeira de caso idêntico ao que temos em tela;

EMENTA:

I – Licença-prêmio. Servidor público autárquico contratado pela CLT. Ação Declaratória com pedido de indenização do benefício.

II – A expressão “servidor público”, na Constituição de 1988, é abrangente de todos os que, sob o caráter estritamente profissional à Administração Direta, Indireta ou Fundacional em quaisquer dos poderes ou órbitas governamentais. Os agentes contratados pelo regime jurídico da CLT foram equiparados aos funcionários titulares de cargos pela Lei nº180/78. Benefício Reconhecido.

III – Pedido de indenização da licença prêmio em pecúnia. Inadmissibilidade . Não há previsão legal que autorize um funcionário em plena atividade a converter em dinheiro sua licença-prêmio. Só com a aposentadoria é que surge para o servidor o direito de reivindicar a conversão da licença prêmio em pecúnia. Direito de gozo.

IV – Sentença de improcedência. Recurso Parcialmente provido

(...)

O Texto Maior quando quis discreto o servidor público, nomeou o termo “servidor público civil” para indicar aqueles que prestem serviços à Administração Direta, Autárquica e Fundacional direcionadas ao regime jurídico único descrito no artigo 39 do Estatuto Fundamental.

Por tal razão, a classificação de “servidor público” imposta pela novel Carta, impõe tipificar, de um lado os servidores públicos civis, que compreendem os funcionários públicos, os servidores autárquicos e os empregados contratados pela legislação trabalhista. Do mesmo modo a expressão servidor público em sentido amplo, ainda engloba os contratados, a teor do artigo 37, inciso IX da Constituição Federal e os servidores de empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades governamentais.

No caso em apreço, o servidor público admitido pela Consolidação das Leis do Trabalho, objetiva o

recebimento do benefício da licença-prêmio com fundamento no artigo 129 da Constituição Estadual.

Como a Carta Constitucional usou a expressão ampla servidores, ao interprete não cabe distinguir entre eles. Logo, em consequência do regime jurídico da CLT, tais agentes foram praticamente equiparados aos funcionários titulares de caros, (Lei nº180/78), com direitos subjetivos isonômicos, exceção feita a licença para tratamento de assuntos particulares.

(...)

Recentes julgados desta Colenda Corte têm entendido que a indenização só é cabível nos casos em que o servidor não tenha gozado do benefício da licença prêmio durante o seu tempo de serviço – quando em atividade, visto que a Administração não tem o condão de impedir o gozo da licença até a aposentadoria do servidor, sob pena de violar o direito subjetivo do servidor ao lazer (garantido por lei).

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça discorre sobre o assunto, asserindo que:”Administrativo Servidor Estadual – Licença Prêmio não gozada – Conversão em pecúnia – Prescrição – Termo inicial artigo. 1º Decreto nº20.910/32. 1. Só com a aposentadoria é que surge para o servidor o direito de reivindicar a conversão da licença-prêmio em pecúnia, devendo ser fixado a partir dessa data, o termo inicial para o exercício do direito de ação... 2. Recurso não conhecido.” (Superior Tribunal de Justiça – Relator MINISTRO ANSELMO SANTIAGO – Resp nº67088/SP – Julgado em 19/05/1998) (grifamos).”¹²(grifos nossos)

Corroborando esse entendimento, a Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, deu provimento ao recurso, Apelação Civil nº. 210.489-1/0, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ANTONIO FACHINI E OUTROS e sendo apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Relator Marcos Andrade).

Cita-se:

“Descabe a distinção, para que concedida a licença prêmio, entre funcionário efetivos e servidores contratados pela lei 500/74. Caracterizando-se a licença, em tela, como um prêmio pela assiduidade ao serviço inviável qualquer diferença. Ambas as espécies de servidores (aqui considerada a palavra em acepção lata) prestam serviços e se preencherem os requisitos da lei, devem receber a vantagem. Veja-se que

¹² TJ-SP – Acórdão 776078 – Apelação Cível nº220.510.5/0-00, Sétima Câmara de Direito Público, Relator Guerrieri Rezende, Julg. 06/12/2004.

os extranumerários, temporários como os admitidos nos termos do art. 1º. da Lei 500. de 13 de novembro de 1974 (art. 205 da Lei complementar 180/78), já têm esse direito reconhecido (leis 8.309/64 e 10.261/68, art. 324). Em suma não prospera o argumento administrativo de que a licença não abrange os autores.” (destaques oportunos).

Cita-se outra decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA de São Paulo que se aplica a esta situação:

ACÓRDÃO 771

"Visto, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL Nº 157.843.1/4, da comarca de SÃO PAULO, que é recorrente JUÍZO DE OFÍCIO, apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e apelados ALCIDES ARTERO e outros.

ACÓRDÃO, em Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Relatório

Foi acolhida ação condenatória de servidores contra o Estado de São Paulo: pagamento de licença-prêmio (lei 500/74).

Além do recurso oficial, apela o réu: não têm os autores o direito que se irrogam - falta lei que lhes assegure.

O VOTO

Conhece-se da apelação (o réu está isento de preparo).

*Os antigos extranumerários exercem funções-atividade. **Como os autores, admitidos, pela sistemática da lei 500/74. As tarefas não se distinguem substancialmente, num e noutra caso. Têm, portanto, de receber igual tratamento perante a lei.***

*Acresce a regra jurídica do art. 205 da L.C. 180/78: extra numerários são equiparados aos admitidos segundo a lei 500/74, juntamente com os interinos e os **"celetistas"**. **Todos são, por essa regra jurídica, servidores. Logo, além da equiparação de fato (mesmo trabalho), a lei mesma os igualou na situação jurídica de "servidor"**.*

É o suficiente para receberem os mesmos benefícios pecuniários, uma vez composto idêntico suporte fático. Presidiu o Julgamento, com voto, o Desembargador CEZAR PELUSO e dele participou o Desembargador ARAUJO CINTRA (revisor)". (grifos nossos).¹³

Veja-se igual interpretação dada pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível nº 157.843-1/1 e Apelação Cível nº 233.317.1/5, da Comarca de São Paulo. Da mesma destaca-se:

*"SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - Ação visando o recebimento de licença-prêmio, desde o ingresso no serviço público, com julgamento de improcedência - **benefício que é reconhecido aos servidores públicos** a partir da Constituição Paulista de 1.989 (....)¹⁴ (g.n.).*

O Egrégio Tribunal de Justiça julgou em outros casos decidindo no mesmo sentido:

*"SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - **Admissão pela Lei nº 500/74 - Licença Prêmio pleiteada - Admissibilidade - Inteligência dos artigos 124 da Constituição do Estado e 39 da Constituição da República - Segurança concedida** - Recurso não provido. A expressão servidor público na Constituição é designativo genérico abrangente de todos os que, sob o regime de cargo ou emprego, estão vinculados por relação de caráter profissional à Administração direta, indireta ou funcional em quaisquer dos Poderes, ou órbitas do Governo."¹⁵(g.n).*

*"SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - **Funcionário admitido sob o regime da LC nº 500/74 - Licença Prêmio - Admissibilidade** - Recurso provido. O art. 129 da Carta Bandeirante, bem como os demais que tratam dos servidores, não fazem qualquer distinção entre funcionários públicos, ocupantes de cargos, e servidores, que exercem função atividade."¹⁶ (g.n).*

"MANDADO DE SEGURANÇA - Servidores públicos estaduais, regidos pela Lei 500/74, pretendem reconhecimento do direito à licença prêmio, que foi indeferido - Artigo 209 da Lei 10.261/68 que é extensivo aos contratados - Recurso não provido¹⁷. (g.n.).

"SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - Lei nº 500/74 - Licença prêmio - Admissibilidade face ao tratamento isonômico

¹⁴ Apelação Cível nº 157.843-1/1 e Apelação Cível nº 233.317.1/5

¹⁵ Ap. Cível nº 231.687-1 - Bauru - 4ª Câmara Civil - Toledo Silva - 29.07.95 - V.U.

¹⁶ Apelação Cível nº 236.333-1 - São Paulo - 7ª Câmara Civil - Relator: Benini Cabral - 08.11.95 - V.U.

¹⁷ Apelação Cível nº 231.822-1 - Bauru - 2ª Câmara Civil - Relator: Laerte Carramenha - 12.09.95 - V.U.

*constitucional - Artigo 39, § 1º - Recursos não providos.*¹⁸
(g.n.)

Não resta qualquer dúvida para a extensão da expressão “servidor público” empregada pela Constituição Estadual.

Assim, o benefício da licença prêmio é igualmente devido aos Associados da Entidade Autora, em razão da identidade de fato das suas atribuições e da precariedade que é comum a ambas espécies de servidores públicos.

4)- Do Direito a Indenização e do Enriquecimento Ilícito da Fundação Ré.

Pois bem, reconhecido o direito dos Associados da entidade Autora ao gozo do benefício da licença-prêmio, importante observar que muitos deles não usufruirão da licença, posto que antes do apostilamento ou do próprio reconhecimento do direito – o que poderá levar em média 04 (quatro) anos, tempo que leva para uma ação ser julgada definitivamente pelo Poder Judiciário –, os referidos Associados poderão se desligar da Fundação Ré por algum motivo (aposentadoria, rescisão do contrato de trabalho etc).

Sendo assim, os Associados da entidade Autora que eventualmente se desligarem da Fundação Ré, sem que tenham gozado o benefício da licença-prêmio, farão *jus* ao recebimento dos referidos períodos de gozo, na forma indenizada (em pecúnia), conforme preconiza o artigo 6.º e parágrafo 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como as normas contidas nos artigos 10, 448 e 449, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 adotou expressamente o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, advinda do funcionamento do serviço público, nos seguintes termos:

“Art. 37. (...)”.

§ 6º *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”*

Observa-se, assim, como teoria do risco administrativo aquela que considera o dano sofrido pelo ente em **conseqüência do funcionamento, puro e simples, do serviço público**. Não se cogita se era bom, se era mau. O que importa é a **relação de causalidade entre o dano sofrido pelo servidor**

¹⁸ Apelação Cível nº 243.623-1 - Bauru - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Afonso Faro - 15.04.96 - V.U.)”

e o ato do preposto ou agente estatal.”¹⁹.

A doutrina e a jurisprudência pátria já estão pacíficas, *in verbis*:

*“A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injustos causado à vítima para Administração. **Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado.** Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço, na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço.*

Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.

***Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público.** Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive, o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946.”²⁰*

Também, o artigo 43 do Código Civil preconiza:

“Art.43 – *As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”*

E ainda dispõe o artigo 186 do Código Civil:

“Art.186 – *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano ao*

¹⁹ Instituições e Direito Civil, I/394, nº 116. TJMG, 4ª. C., Rel. Vaz de Mello, 28.12.89, RT 656/159.

²⁰ Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20ª edição. Malheiros Editores. São Paulo, 1995, p. 557.

outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito;”

É de clareza meridiana que a não concessão das licenças-prêmio em gozo do período restante, nem em pecúnia, conduz ao injusto enriquecimento ilícito da Administração, eis que se locupleta de valores de terceiros, oriundo da incidência do suporte fático, que garantiu o benefício em decorrência do trabalho prestado.

Nessas condições, o atual Código Civil, determina que o enriquecimento ilícito e sem causa, deve ser indenizado:

“Art.884 - Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

***Parágrafo Único** - Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.”*

***Art. 885** – A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.”*

Sobre o tema, o ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, no artigo o *princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo*, citando os Conselheiros de Estado italiano Guido Landi e Giuseppe Potenza, expõe:

*“(...) igualmente ensinam que se alguém se enriquece sem uma causa jurídica justa em prejuízo de outra pessoa cabe a ação em prol desta última para **indenizar-se** da correlativa **diminuição patrimonial** dentro dos limites do enriquecimento produzido. Anotam seu cabimento contra a Administração quando esta reconheça, seja explícita, seja implicitamente – pelo desfrute da atividade ou pela incorporação do produto dela, ou por havê-la utilizado nos próprios fins, **a utilidade do trabalho** ou da obra efetuada por outrem, **com seu sacrifício em prol dela**. Indica que **são freqüentes as aplicações de enriquecimento sem causa** e, traz como exemplo, não só, mas também, o de obra demandada a um particular sem obediência às formas prescritas. (...)”²¹ (g.n.)*

²¹ Celso Antonio Bandeira de Mello. *O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo*. Rio de Janeiro, Revista de direito administrativo, 1997, p. 29.

O eixo cardeal do elemento da responsabilidade é o **dano**, o que envolve considerações sobre a obrigatoriedade da reparação mesmo no caso de ato legítimo, mas danoso, assim como nas hipóteses de atos praticados de acordo com as leis e regulamentos, ou seja, do ato lícito.

In casu, o dever de indenizar os Associados da entidade Autora que não puderem gozar da licença-prêmio, surge da omissão da Fundação Ré que negligenciou em não conceder a licença aos servidores no momento oportuno, causado-lhes danos de ordem econômica e social, pois deixarão de gozar do período de descanso respectivo, e dos valores correspondentes, estabelecendo, assim, o nexo de causalidade entre a conduta da Fundação Ré e o dano dos Associados da entidade Autora.

Saliente-se que a Lei Complementar nº 857/99 e Lei Complementar nº 1.048/08 não exclui a possibilidade de se pagar a licença-prêmio, a título de indenização, muito pelo contrário, o art. 3º da LC 1.048/08 prevê expressamente o pagamento, vejamos;

Artigo 3º - *Na hipótese de se tornar inviável o gozo de licença-prêmio, na forma prevista nesta lei complementar, em virtude de exoneração "ex officio", aposentadoria por invalidez permanente ou falecimento, será paga ao ex-servidor ou aos seus beneficiários, conforme o caso, indenização calculada com base no valor dos vencimentos do cargo ocupado, referente ao mês de ocorrência.*

Ressalta-se ainda a obrigação da Fundação Ré em administrar o momento em que o servidor deva usufruir a licença, conforme impõe o art.213, §1º do Estatuto LC 10.261/68, tendo em vista que lhe compete adotar medidas cabíveis, para que os servidores possam gozar o período a que faziam *jus* de licença, assim comete ato ilícito, a teor do disposto no artigo 187, do Código Civil de 2002.

Dessa forma, os Associados da entidade Autora que eventualmente se desligarem da Fundação Ré, sem que tenham gozado o benefício da licença-prêmio, farão jus ao recebimento dos referidos períodos de gozo, na forma indenizada (em pecúnia), a teor do que dispõe a legislação vigente, acima transcrita.

VI – DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS.

EX POSITIS, e na certeza de ter justificado *quantum satis* a viabilidade e a procedência da pretensão deduzida, das quais exsurge qualquer complementação, requer, à Vossa Excelência:

a)- que a Fundação Ré seja citada, na pessoa de seu representante legal, para que, querendo, apresentar sua defesa, no prazo legal, sob pena de confissão e revelia;

b)- que sejam julgados TOTALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados pela Entidade Autora, na presente exordial, em especial para que:

b.1)- seja declarado que os Associados da Entidade Autora contratados pela Fundação Ré, no regime celetista, têm direito ao gozo e recebimento da licença-prêmio;

b.2)- a Fundação Ré seja condenada na obrigação de fazer, qual seja: para que a mesma proceda o apostilamento, nas Fichas Funcionais dos Associados da Entidade Autora, para declarar a aquisição do benefício de gozo da licença-prêmio, bem como os períodos aquisitivos vencidos e vincendos, estes a medida em que os substituídos preencherem os requisitos para a obtenção do benefício, sob pena de pagamento de uma multa diária no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por Associado da Entidade Autora, observado o disposto no artigo 287 c/c artigo 461, ambos do Código de Processo Civil, sem prejuízo da pena prevista no artigo 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil, bem como, também das sanções penais decorrente da desobediência do provimento judicial;

b.3)- a Fundação Ré seja condenada a pagar para os Associados da entidade Autora, a título de indenização, cada período de 90 (noventa) dias de licenças-prêmio vencido e não gozado, durante todo o contrato de trabalho que vir a ser rescindido por algum motivo, ou para os Associados que se aposentarem e se afastarem do trabalho, seja antes ou depois do apostilamento ou reconhecimento do direito em Juízo, tudo acrescido de juros moratórios nos termos do artigo 406 do novo Código Civil e correção monetária pelo índice que melhor represente a inflação, desde a lesão;

REQUER, ainda, à Vossa Excelência:

c)- que a entidade Autora seja isentada do pagamento das custas e despesas processuais, conforme prevêm os artigos 18, da Lei n.º 7.347/85 e 87, do Código de Defesa do Consumidor;

d)- que a Fundação Ré seja condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, honorários advocatícios e demais corolários da sucumbência;

e)- que as publicações das intimações dessa E. Vara da Fazenda Pública sejam endereçadas aos Advogados APARECIDO INÁCIO - OAB/SP 97.365 e MOACIR APARECIDO MATHEUS PEREIRA - OAB/SP 116.800, titulares desta Sociedade de Advogados, com escritório na Rua Martins Fontes, n.º 197 - 8º Andar - Conjuntos 83 e 84 – Tel.: 11 3256.1159 e 3257.5414 – Centro – CEP 01050-906 – São Paulo – SP.

Protesta em poder provar todo alegado por todos os meios de provas em direito admitidos, especialmente pelo depoimento pessoal do representante do Reclamado, prova documental, testemunhal, pericial, juntada de novos documentos, dentre outras que se fizerem necessárias para o deslinde da presente Ação Ordinária, dando a presente causa o valor de R\$ 27.901,00 (vinte sete mil e novecentos e um reais), para efeitos de alçada e fiscais.

Termos em que,
Pede Deferimento

São Paulo, 8 de maio de 2009.

APARECIDO INÁCIO
OAB/SP 97.365