

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA

MANDADO DE SEGURANÇA

(distribuição urgente)

- 01) **ÁLISSE YOSHIHARU UMEMURA**, brasileiro, casado, médico, portador da cédula de identidade RG 20.651.125-5-SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 221.018.508-42, residente e domiciliado na Rua Djalma Dutra nº 455, apto. 11, CEP 19015-040, Presidente Prudente/SP, endereço eletrônico: dr.alissonumemura@gmail.com;
- 02) **DOUGLAS ALEXANDRE FRANÇA BEZERRA**, brasileiro, casado, médico, portador da cédula de identidade RG 6.124.353-4-SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 795.577.241-53, residente e domiciliado na Rua Abílio Soares nº 509, CEP 04005-003, Paraíso, São Paulo/SP, endereço eletrônico: dalexandrefranca@yahoo.com.br;
- 03) **FELIPE ANTONIO DE MARCO**, brasileiro, casado, médico, portador da cédula de identidade RG 28.066.099-6-SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 265.673.828-80, residente e domiciliado na Via Antonio Machado Santanna Km 82, CEP 14808-000, Araraquara/SP, endereço eletrônico: drfelipedemarco@hotmail.com;

- 04) **MARCELO ELIAS SCHEMPF CATTAN**, brasileiro, casado, médico, portador da cédula de identidade RG 16.693.085-4-SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 245.554.618-78, residente e domiciliado na Rua Aimbere nº 233, apto. 112, CEP 05018-010, Perdizes, São Paulo/SP, endereço eletrônico: medcattan@hotmail.com; e
- 05) **RODRIGO MARTINS CABRERA**, brasileiro, casado, médico, portador da cédula de identidade RG 24.705.849-X-SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 272.564.018-09, residente e domiciliado na Rua Maracá nº 281, apto. 43, CEP 04313-210, São Paulo/SP, endereço eletrônico: rodrigomcabrera@hotmail.com,

todos por seu comum advogado abaixo assinado, constituído nos termos dos inclusos instrumentos de mandato (docs. 1/5), com fulcro no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e no artigo 1º da Lei nº 12.016/2009, vêm, respeitosamente, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA,
com requerimento de concessão liminar da medida,

contra ato do senhor **DELEGADO DE POLÍCIA DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO E PLANEJAMENTO (DAP) DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, estabelecido nesta Capital do Estado de São Paulo à Rua Brigadeiro Tobias nº 527, pelos motivos de fato e razões de direito seguintes:

A. OS FATOS

Os impetrantes são médicos, regularmente inscritos no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, como fazem prova as inclusas cópias dos diplomas (doc. 6/10) e das cédulas de identidade profissional expedidas pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (docs. 11/15).

ADVOCACIA GRAMUGLIA

Como comprovam as inclusas declarações passadas pelos órgãos competentes (docs. 16/20), os impetrantes exercem os cargos públicos privativos de médico, que são a seguir identificados com a descrição das respectivas cargas horárias semanais:

IMPETRANTE:	VÍNCULO / ÓRGÃO:	CARGA HORÁRIA SEMANAL (HORAS):
Álisson Yoshiharu Umemura	Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo Presidente Prudente -SP	20
Douglas Alexandre França Bezerra	Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo São Paulo-SP	20
Felipe Antonio De Marco	Prefeitura Municipal de Araraquara	20
Marcelo Elias Schempf Cattán	Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo São Paulo-SP	24
Rodrigo Martins Cabrera	Prefeitura Municipal de São Paulo	20

No dia 05/12/2013 foi aberto “CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA INGRESSO NA CARREIRA DE **MÉDICO LEGISTA (ML-1/2013)**”, mediante publicação do respectivo edital (doc. 21) no Diário Oficial Poder Executivo – Seção I (páginas 210 e seguintes), tendo sido estipulada, dentre outras, como condição para provimento do cargo que o candidato seja médico, devidamente inscrito no Conselho Federal de Medicina (itens IV, 1, 1.13 e 1.14).

Os impetrantes participaram do certame, tendo obtido, consoante resultado final publicado no Diário Oficial Poder Executivo - Seção I, de 12/08/2015, páginas 156/157 (doc. 22), aprovação com as seguintes classificações por região:

- **Álisson Yoshiharu Umemura** – 2ª colocação – Região de Presidente Prudente.
- **Douglas Alexandre França Bezerra** – 22ª colocação – Região da Capital e Grande São Paulo.
- **Felipe Antonio De Marco** – 2ª colocação – Região de Ribeirão Preto.
- **Marcelo Elias Schempf Cattán** – 37ª colocação – 16ª colocação – Região da Capital e Grande São Paulo.

- **Rodrigo Martins Cabrera** – 22ª colocação – Região da Capital e Grande São Paulo.

O concurso foi homologado e **os impetrantes foram nomeados** por ato do Governador publicado no DOE de **05/11/2016** (doc. 23), para exercício do cargo de Médico Legista, 3ª Classe, Padrão I, sendo convocados pela autoridade impetrada para tomarem **posse no dia 21/11/2016**, às 16h00min (doc. 24).

Antes disso, os impetrantes já haviam comparecido perante a autoridade coatora para declarar a pretensão de acumular o cargo de médico legista com outro cargo público privativo de médico, conforme **item IV, 3, do edital do concurso**¹, que prevê expressamente tal possibilidade.

Ocorre que os impetrantes foram advertidos por funcionários da Divisão de Administração de Pessoal, subordinados à autoridade impetrada, que não será admitido o acúmulo do cargo de Médico Legista com o exercício de qualquer outro cargo privativo de Médico, de sorte que a posse dos impetrantes no cargo foi condicionada à prévia demissão dos atuais cargos que ocupam.

Destarte, concretizou-se a **ameaça** da autoridade coatora de negar posse aos impetrantes em razão do acúmulo de cargos, não obstante seja possível a compatibilização de horários.

A negativa de posse, todavia, **fere o direito líquido e certo**, garantido por expressos dispositivos da **Constituição Federal (art. 37, XVI, “c”)** e da **Constituição do Estado de São Paulo (art. 115, XVIII, “c”)**, de os impetrantes **acumularem licitamente até de dois cargos públicos privativos de médico**, desde que haja compatibilidade de horários, conforme regulamenta o Decreto nº 41.915, de 2 de julho de 1997 (doc. 26), como se verá.

¹ IV – DAS CONDIÇÕES DE PROVIMENTO: [...] 3. O candidato aprovado não poderá acumular cargo e/ou emprego público estadual, municipal e/ou federal com carreiras policiais civis, **exceto para outro cargo de médico**, desde que seja compatível com o horário e distância.

B. O DIREITO

A carreira de **MÉDICO LEGISTA** encontrava-se vinculada ao Quadro da Secretaria da Segurança Pública, nos termos do disposto na Lei Complementar Nº 494, de 24 de dezembro de 1986.

Posteriormente, a Lei Complementar Estadual nº 756, de 27 de julho de 1994 (doc. 27), dando cumprimento ao **art. 140, § 5º, da Constituição do Estado de São Paulo**, criou a Superintendência da Polícia Técnico-Científica, cujas atribuições estão regulamentadas pelo Decreto nº 42.847, de 9 de fevereiro de 1998.

Em razão disso, **os médicos legistas deixaram de ser enquadrados como policiais civis** regidos pela LC 207/79 do Estado, passando a pertencer ao órgão técnico-científico, auxiliar da atividade de polícia judiciária e do sistema judiciário, respondendo pelas perícias médico-legais. Nesse sentido, confira-se o voto prolatado pelo Desembargador Álvaro Lazzarini na Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o referido Decreto (Lex – JTJ – V. 242, p. 281) onde sua excelência sustenta que tal norma **desvinculou a Superintendência da Polícia Técnico-Científica da estrutura da Polícia Civil**, subordinando o órgão diretamente ao Secretário de Segurança Pública e não mais ao Delegado Geral de Polícia.

Eis que, exercendo cargo que é privativo de médico, vinculado à Polícia Técnico-Científica (e não mais à Polícia Civil), é inequívoco que os médicos legistas têm direito ao acúmulo de até dois cargos públicos, resguardada a compatibilidade de horários.

Com efeito, o artigo 37, inciso XVI, alínea “c”, da Constituição Federal, em sua **redação original**, dispunha que:

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:

[...]

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, **exceto**, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

[...]

c) **a de dois cargos privativos de médico** (grifos da transcrição).

Também o **art. 17, § 1º**, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece que, *in verbis*:

§ 1º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.

De seu turno, a Carta Estadual, em seu art. 115, XVIII, “c”, prevê, *ipsis litteris*, o mesmo comando.

Posteriormente a Emenda Constitucional nº 34, de 13/12/2001 (DOU 14/12/2001) **ampliou** a exceção à regra da não cumulatividade, dando à alínea “c” acima citada a seguinte redação:

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

No caso da Medicina, a disciplina legal do seu exercício é dada pelo Decreto Federal nº 20.931, de 11/01/1932, estando a sua prática sujeita às normas e à fiscalização do respectivo Conselho Profissional (Lei 3.268/57).

De tal sorte, atendidos os pressupostos de regular registro do diploma no Ministério da Educação e Cultura, bem como de inscrição no Conselho Regional de Medicina (art. 17 da Lei nº 3.268/1957), o exercício da medicina é livre em

qualquer ponto do território nacional e **pode ser objeto de acumulação de cargos ou empregos públicos.**

Ora, havendo normas de ordem constitucional a permitir o acúmulo de cargos, erige-se **líquido e certo** do direito de os impetrantes tomarem posse no cargo de Médico Legista cumulativamente com os cargos privativos já ocupados.

Nem se argumente que o artigo 44 da Lei Complementar nº 207/1979, do Estado de São Paulo, proíbe tal acúmulo porque, tratando-se de legislação subalterna, não pode prevalecer sobre o texto constitucional.

Aliás, sendo a Lei Complementar 207/1979 anterior à Constituição Federal e à Constituição do Estado de São Paulo, pode-se dizer que qualquer dispositivo seu contrário à nova ordem constitucional sequer foi recepcionado, ficando, por isso, completamente derogado.

Nesse sentido, já decidiu, em caso análogo, a i. Juíza **REGINA DE OLIVEIRA MARQUES**, nos autos do MS 053.01.032492-5, da E. 11ª Vara da Fazenda Pública, que, *in verbis*:

A LC 207/79 **não foi recepcionada** por nenhuma das duas Cartas Constitucionais no tocante a não-cumulatividade, devendo ser aplicadas as regras da Constituição Federal e Constituição estadual que não obstam, conforme supra, a acumulação. (grifou-se)

Também o i. Juiz **RICARDO CUNHA CHIMENTI**, nos autos do MS 1.245/053.02.018808-3, da E. 2ª Vara da Fazenda Pública, decidiu que:

A Constituição Federal de 1.988, em sua redação originária (artigo 37, XVII, “c”), expressamente autorizou a cumulação de dois cargos privativos de médico, regra que acabou ampliada pela EC 34 para autorizar a cumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas.

Não se tem na hipótese uma norma constitucional de eficácia contida (reduzível por regra infraconstitucional), razão porque, com relação aos médicos (legistas ou não), a interpretação conforme a Constituição é aquela que reconhece ser inaplicável a restrição prevista no inciso LIV do artigo 63 da LOP à categoria.

Vale, ainda, mencionar a sentença prolatada pela meritíssima juíza **SIMONE GOMES RODRIGUES CASORETTI** nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 053.03.017755-6, onde sua excelência sustentou que:

Em face da nova ordem constitucional, o raciocínio adotado pela autoridade coatora não pode prosperar, pois as leis estaduais editadas antes da Constituição Federal somente continuam válidas se compatíveis com o Texto Maior.

[...]

Na redação inicial do artigo 37, inciso XVI, **já possibilitava o constituinte a acumulação de dois cargos privativos de médico** e em decorrência da Emenda Constitucional nº 19/98, que deu nova redação ao citado dispositivo, tal regra foi ampliada para autorizar a cumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde. **Referidas normas têm aplicabilidade imediata**, ou seja, são **normas constitucionais de eficácia plena**, capazes de produzir efeitos jurídicos de imediato e **não há que se falar em qualquer restrição ou limitação na sua interpretação e aplicabilidade**.

Tal sentença foi **totalmente confirmada** pela **Segunda Câmara de Direito Público do E. TJSP**, conforme Acórdão 01778998 (doc. 29), prolatado na **Apelação Cível nº 362.777-5/4**, cuja ementa é a seguinte:

MANDADO DE SEGURANÇA – Ato administrativo – **Médico Legista** – Cumulação de cargos – Sentença procedente – Inicial que veio desacompanhada de relação de sindicalizados, com seus respectivos endereços – irrelevância no caso – Preliminar afastada – **Possibilidade de acumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais da**

saúde, com profissões regulamentadas, desde que haja compatibilidade de horário – Recursos desprovidos.

Nesse mesmo sentido decidiu a **Sétima Câmara de Direito Público** no Acórdão 01455857 (doc. 30), prolatado na **Apelação Cível nº 276.762-5/4**, que, afastando a incidência de ato normativo que proibia, concedeu a segurança postulada **“para possibilitar aos médicos legistas o exercício de dois cargos de médico, nos termos do art. 37, XVI, ‘c’, da CF”**.

Também o juiz **Guilherme de Souza Nucci**, da 9ª Vara da Fazenda Pública, após a **concessão de medida liminar em caso similar ao presente**, prolatou sentença no MS 053.09.015885-0, asseverando que, *in verbis*:

Ademais, é de se destacar que a Lei 207/79 não tem aplicação aos impetrantes posto que, conforme alegado na inicial, com a Lei 756/1994, **os médicos legistas não são mais considerados policiais civis**, passando a pertencer ao órgão técnico-científico. Nesse contexto, deve-se esclarecer que, apesar de vinculados à Secretaria de Segurança Pública, os cargos de médicos legistas não se confundem com os policiais civis, permanecendo **cargos privativos de médicos**, de sorte que **não se aplicam a eles os dispositivos legais e o regime jurídico dos policiais**. (grifos da transcrição)

A decisão do juiz Nucci também foi confirmada, por unanimidade, pela **3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo**, em acórdão, cuja íntegra segue anexa (doc. 31), que teve a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. Cumulação de cargos públicos. Médicos aprovados em concurso público para o cargo de médico legista - Posse obstada - Alegação de acúmulo indevido de cargos públicos - Inocorrência - Inteligência do artigo 37, inciso XVI, alínea "c", da Constituição Federal - Sentença mantida. Recurso improvido.²

² Apelação nº 0015885-80.2009.8.26.0053.

Espancando qualquer dúvida sobre a matéria, o E. **Superior Tribunal de Justiça** já decidiu que:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – ACUMULAÇÃO DE CARGOS – PROIBIÇÃO – 1. A permissão para acumular cargos públicos não pode exceder os limites previstos na Constituição Federal. Assim, é vedado o exercício simultâneo dos cargos de médico veterinário, com o de perito criminal, mormente, em se considerando que, na espécie, o cargo de perito criminal não é privativo de médico, abrangendo também outras especialidades. **Cargo privativo de médico no campo da perícia criminal é o de médico legista, este sim, acumulável, nos termos do art. 37, XVI, alínea c, da lex mater.** 2. Recurso desprovido. (STJ – RO-MS 8253 – RJ – 6ª T. – Rel. Min. Anselmo Santiago – DJU 01.02.1999 – p. 232)

No respectivo Acórdão, o Ministro Relator Anselmo Santiago fez questão de sublinhar e adotar para si os termos em que o d. Subprocurador Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva, exarou o seu Parecer, notadamente na parte em que define o cargo de **médico legista** como **cargo privativo de médico** e, por isso, **acumulável**.

Ademais, não se pode dizer que a Lei Complementar 207/79 exige do ocupante de cargo da Polícia Técnica-Científica o regime de exclusividade porque ela mesma abre **exceções** para o exercício acumulado de “atividades relativas ao ensino e à difusão cultural”.

Ora, se há permissivo na própria lei para o exercício de alguma outra função, esse fato está a demonstrar cabalmente que **não existe o regime legal de exclusividade**. Na verdade, confunde a autoridade impetrada o *“regime especial”* com *“regime de exclusividade”*.

Por outro lado, é também flagrante a **inconstitucionalidade do artigo 44 da LC 207/79** ao estabelecer *“horário irregular”*, sujeito a *“chamada a qualquer hora”*.

Com efeito, o art. 39, § 3º, da **Constituição Federal** estendeu aos servidores públicos, dentre outros, os seguintes direitos consagrados no art. 7º da Carta Magna:

- ✓ *duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (inciso XIII);*
- ✓ *repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos (inciso XV);*
- ✓ *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXX).*

Tais garantias foram reiteradas pelo art. 124, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo, de sorte que não se pode considerar recepcionadas as disposições do artigo 44 da LC 207/79 que atentam contra tais direitos, especialmente o da jornada regular de trabalho.

Destaque-se que até mesmo os médicos **militares** têm direito ao acúmulo de dois cargos (ADCT, art. 17, § 1º), de modo que não serão os integrantes da Polícia Técnico-Científica, que não exercem as funções típicas da Polícia Civil ou Militar, a sofrerem incabível restrição.

Excelência: o procedimento para o acúmulo de cargos públicos, inclusive de médicos, está regulamentado, no âmbito do Estado de São Paulo, pelo Decreto nº 41.915/97 que define as hipóteses de compatibilidade de horário e garante ao interessado tanto a comprovação dos requisitos, como a decisão fundamentada da autoridade responsável pela posse.

Destarte, não pode a autoridade coatora negar posse aos impetrantes sem antes examinar objetivamente os requisitos regulamentares quanto à compatibilidade de horário e fundamentar a sua decisão. A predeterminação de que o cargo de médico legista gera incompatibilidade de horário é entendimento

arbitrário que não se coaduna com o entendimento jurisprudencial sobre a matéria, notadamente do E. TJSP.

Em outras palavras, não é lícito à autoridade impetrada considerar irregular o acúmulo de cargos e, com isso, exigir dos impetrantes que se demitam do vínculo ou renunciem ao cargo de médico legista para o qual se habilitaram.

C. DA LIMINAR

Estando o acúmulo de cargos abrigado por dispositivo de ordem constitucional não pode a autoridade impetrada impedir a posse dos impetrantes e nem lhes impor descabida renúncia ao trabalho para o qual lididamente se habilitaram.

Tendo sido nomeados em razão de aprovação em concurso público, os impetrantes têm o **direito líquido e certo** de tomar posse no cargo de Médico Legista, mesmo que o acumulem com mais um cargo público, conforme preceituam as Constituições, Federal e do Estado, uma vez que a autoridade impetrada não examinou objetivamente, com base nas declarações oficiais, a compatibilidade de horários. **A jurisprudência do E. TJSP é uniforme nesse sentido.**

Se a autoridade impetrada negar-lhes a posse e, por conseqüência, o início do exercício, ela estará impondo perdas de natureza alimentar aos impetrantes decorrentes da perda de seus vencimentos.

Além disso, mesmo que a posse seja conferida *a posteriori*, ainda assim haverá prejuízos, pois o início do exercício está condicionado a **curso de formação profissional** na Academia de Polícia, que se **inicia na presente data**, conforme convocação da Academia (doc. 32).

Segundo regra do **mandado de segurança**, o *writ* será concedido desde logo quando for relevante o fundamento ou se do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso deferida a final.

Como se percebe, o fundamento do presente *mandamus* é de alta relevância, pois está em jogo não só o direito líquido e certo dos impetrantes, mas o próprio **princípio da legalidade**, na medida em que a negativa de posse e exercício do cargo a pessoa aprovada em concurso público opõe-se às garantias de grandeza constitucional.

De outra parte, o ato em causa, se consumado, não comportará recurso administrativo com efeito suspensivo (Lei nº 12.016/2009, art. 5º, I) e, sendo assim, os impetrantes suportarão a perda de seus vencimentos durante longo tempo, arriscando-se, ainda, ao perecimento da própria vaga e da validade de seu concurso. Enfim, se deferido o *writ* só afinal, a lesão ao direito se consumará, tornando inócua a medida preventiva.

Além disso, se concedida liminarmente à medida, isso nenhum gravame acarretará à Fazenda posto os vencimentos pagos serão contraprestações por serviços prestados.

Finalmente, tendo sido **convocados para iniciar imediatamente o curso de formação profissional** – cuja conclusão é obrigatória para iniciar o exercício – caso não seja concedida liminarmente a medida, a lesão ao direito se consumará inevitavelmente, pois os impetrantes não poderão frequentar o curso em tempo hábil. Destarte, **não há tempo para se aguardar pela prestação das informações** da autoridade coatora em razão do fato que ela mesma criou.

Presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requerem, com fulcro no artigo 7º, III, da Lei nº 12.016/2009, a **concessão liminar da medida**, determinando-se à autoridade coatora que lhes **dê posse no cargo de médico legista, encaminhando-os imediatamente para o curso de formação profissional**, sem prejuízo da manutenção do cargo público que

atualmente exercem, garantindo-se-lhes, após a designação para uma unidade de serviço médico-legal, a regular apuração da compatibilidade de horários nos termos do Decreto Estadual 41.915/97.

D. PEDIDO FINAL

Uma vez concedida a liminar, requerem seja notificada a autoridade coatora para que preste as informações devidas, seguindo-se o processo em todos os seus trâmites até julgamento final de mérito que deverá tornar definitiva a segurança concedida.

Requerem, outrossim, seja cientificada a Procuradoria Geral do Estado para que ingresse no feito, **devendo a Fazenda do Estado responder pelo reembolso das custas processuais.**

Todas as cópias de documentos que instruem a presente petição inicial são, na forma da lei, declaradas autênticas pelo seu signatário.

Dão à causa, para fins de custas e alçada, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nestes termos,
pedem deferimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2016.

(assinatura digital)

Edson Gramuglia Araujo
OAB/SP 82.992