

VOLUME 42 | NÚMERO 4
JULHO/AGOSTO 2018

BOLETIM

PGE-SP

ISSN 2237-4515



PROCURADORIA GERAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO

Centro de Estudos

VOLUME 42 | NÚMERO 4
JULHO/AGOSTO 2018

BOLETIM

PGE-SP



**PROCURADORIA GERAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

Centro de Estudos

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado

Juan Francisco Carpenter

Procurador Geral do Estado Adjunto

Caio Cesar Guzzardi da Silva

Procurador do Estado Chefe de Gabinete

Vinicius Teles Sanches

Subprocuradora Geral da Consultoria

Cristina Margarete Wagner Mastrobuono

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Frederico José Fernandes de Athayde

Subprocuradora Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Ana Lucia Correa Freire Pires de Oliveira Dias

Corregedor Geral

Adalberto Robert Alves

Ouidoria

Lucia de Faria Freitas

Conselho da PGE

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

Centro de Estudos e Escola Superior

Procuradora do Estado Chefe

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Assessoria

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

Comissão Editorial

Presidência

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Assessoria

Sueine Patrícia Cunha de Souza

Membros da Comissão Editorial

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

Redação e Correspondência

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

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

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

Tiragem: 300 exemplares

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

Editorial	7
<i>Cursos e Eventos</i>	
Cursos do Centro de Estudos	9
Cursos e eventos em parceria com outras instituições.....	9
<i>Atualidades da área jurídica</i>	11
<i>Peças e julgados</i>	
Contestação em ação de Casa-abrigo de acolhimento provisório	15
Agravado de instrumento contra decisão em mandado de segurança coletivo para optar pelo novo regime previdenciário	27
<i>Parecer AGI 17/2018</i>	55
Analisa a “compensação” ambiental a que se refere o art. 66, III, da Lei Federal n. 12.651/2012, especialmente pela “doação”, ao poder público, de área inser- ta em Unidade de Conservação estadual.	
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	97
SERVIDOR PÚBLICO. CARGO PÚBLICO. VACÂNCIA. ACUMULAÇÃO IR- REGULAR DE CARGOS. As regras de direito que regulam a relação funcional entre o servidor público estatutário e o Estado encontram-se no estatuto funcional de cada pessoa política, como corolário da autonomia federativa que cada ente dispõe para organizar seus serviços e servidores. Artigos 18, caput e 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal, c.c. art. 24, § 2º, nº 4, da Constituição Estadual. O servidor que se vale de quaisquer das formas de vacância admiti- das no regime jurídico de origem não está na titularidade do cargo, de modo que não se há falar em acumulação irregular de cargos públicos.	
<i>Ementário da Consultoria Jurídica</i>	105
<i>Principais julgados</i>	
STF	111
STJ	119

CAROS COLEGAS,

É com satisfação que publicamos mais uma versão reformulada do Boletim da Procuradoria Geral do Estado. O início de uma nova gestão demanda reflexões sobre a jornada na realização dos objetivos do Centro de Estudo e, desta forma, foram pensadas algumas renovações necessárias para a continuidade do Boletim como importante instrumento de divulgação em nossa Instituição.

Continuando o bom trabalho feito anteriormente, prestigiamos a seção da área da consultoria, com publicação de parecer destaque da Procuradoria Administrativa e seleção de pareceres importantes para a seção do Ementário.

Para o contencioso, houve a reformulação do ementário, substituindo pelos julgados mais relevantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para a Advocacia Pública.

Também foi incluída a seção de Atualidades, como já apresentada na edição pretérita, com coletâneas de notícias sobre jurisprudência, doutrina ou legislação relevantes para o bimestre.

Todas as mudanças exigiram um tempo maior de dedicação e análise, o que somado aos diversos eventos promovidos pelo Centro de Estudos, resultou em um esforço apurado da equipe para expandir e aperfeiçoar as atividades dentro de nossa instituição.

Ainda, tendo em vista que o Centro de Estudos, em cumprimento do seu dever institucional, deve colaborar com acesso facilitado ao aperfeiçoamento profissional, além das remodelações no Boletim, e aumento de ofertas nos cursos e seminários promovidos, inclusive em parceria com outras instituições, também foi criado o núcleo Temático de Pesquisas Empíricas para Estratégia de Litigância.

Nesse contexto de aumento de litigiosidade e escassez de recursos humanos, o núcleo vem ao encontro da missão, determinada na Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, de que o Centro de Estudos fomente a criação de grupos de estudo para discussão de assuntos de interesse institucional e que lhe preste suporte administrativo (art. 46, VI).

Por fim, prestigiando o princípio da publicidade e do acesso à informação, entre as atividades remodeladas, as chamadas e publicações foram divulgadas para todo o público-alvo, por meio de cartazes com layout mais moderno, contendo as infor-

mações principais, facilitando, portanto, o conhecimento do teor pelos interessados e à divulgação para outras instituições.

Com relação aos trabalhos contidos neste Boletim, os leitores terão a oportunidade de se debruçar sobre das peças judiciais relevantes, uma sobre construção de casa-abrigo e outra sobre opção de regime previdenciário, ambas vitoriosas judicialmente. No caso dos pareceres, a importância se sobressai pelos temas expostos, contando com parecer sobre compensação ambiental e outro acerca de acumulação de cargos.

Para finalizar, é com contentamento que lançamos as modificações realizadas para contribuir com o contínuo aperfeiçoamento da nossa instituição.

Boa leitura!

SUEINE PATRÍCIA CUNHA DE SOUZA

Procuradora do Estado
Centro de Estudos/ESPGE

Cursos do Centro de Estudos

24.07.2018 – Treinamento de Ressarcimento ICMS, incluindo o CAT 42/2018, sobre a restituição de ICMS em caso de prática de preço menor que o fixado para o cálculo do imposto

02.08.2018 – Seminário “Advocacia Pública como Instrumento de Segurança Jurídica”

03.08.2018 – Workshop sobre as portarias sobre a Lógica Reversa e Prática Recursal aos Tribunais Superiores

10.08.2018 – Mesa de debates: “Direito Público e Inovação na Nova Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/18)”.

13.08.2018 – Reunião do Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos

23 e 24.08.2018 – 53ª Curso de Atualização Jurídica – Encontro Estadual de Procuradores do Estado: área de Consultoria Geral, Contencioso Geral e Contencioso Tributário-Fiscal – realizado no Resort Casa Grande – Guarujá/SP

30.08.2018 – Reunião inaugural do Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas Empíricas para Racionalização de Estratégias de Litigância (Resolução PGE 26/2018)

30.08.2018 – Mesa de Debates – Recursos e Tutela Provisória no Novo CPC

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

22.08.2018 – XII Jornadas Brasileiras de Direito Processual – IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) – Belo Horizonte/MG.

27.08.2018 – Seminário – Desafio na contratação com o poder público – promovido pelo Migalhas – Hotel Tivoli São Paulo

28.08.2018 – Palestra – Arbitragem Tributária na América do Sul – promovido em conjunto com a IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual)

30 e 31.08.2018 – 14º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, promovido pela Editora Fórum

30 e 31.08.2018 – Seminário – Campanha Trabalho sem Assédio Sexual – promovido em conjunto com a Corregedoria Geral da Administração

1) ESTÁGIÁRIO DE DIREITO TEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO¹

A 8ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região entendeu que a carga horária prevista para estágio foi extrapolada, o que importou no reconhecimento do vínculo trabalhista.

O relator analisou as provas testemunhais e invocou a lei do estágio, conforme teor do processo nº 0021598-89.2015.5.04.0020 . O desembargador ratificou a referida lei no sentido de que “a extrapolação da carga horária ajustada no termo de compromisso de estágio, em desacordo ao previsto no **art. 10**, § 2º, da **lei 11.788/08**, importa na nulidade do contrato de estágio firmado e o reconhecimento do vínculo de emprego”. Também destacou que o escritório não juntou os registros de horário do período de estágio, ônus do que lhe incumbia.

Dessa maneira, por unanimidade, a 8ª turma reconheceu o vínculo empregatícios entre as partes.

2) ESTADO NÃO É RESPONSÁVEL POR SUICÍDIO DE PRESO EM CELA INDIVIDUAL²

A 4ª câmara de Direito Público do TJ/SC entendeu que a família de um detento que cometeu suicídio dentro de presídio enquanto estava preso preventivamente não receberá indenização.

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

Segundo o relator do caso, desembargador Paulo Ricardo Bruschi, ficou demonstrado pelos documentos carreados nos autos que não houve negligência por parte dos policiais militares e dos agentes penitenciários de plantão naquela data, assim como da direção do presídio. Isso porque, explicou, a vítima foi mantida em cela isolada dos demais presos para sua integridade física, sem qualquer sinal de luta ou violência.

1 FONTE: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/estagiario-de-direito-tem-vinculo-empregaticio-reconhecido>

2 FONTE: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/estado-nao-e-responsavel-por-suicidio-de-presos-em-cela-individual>

“Tal circunstância, evidentemente, corrobora a imprevisibilidade do evento, pois o fato ocorreu de forma silenciosa, impossibilitando qualquer interferência por parte dos agentes ou de algum detento da mesma galeria”.

3) ACÓRDÃO ANULADO NÃO PODE PRODUZIR EFEITOS JURÍDICOS, DECIDE 6ª TURMA DO STJ³

A tese foi definida no bojo do **HC 353.882** pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça para reformar decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que dava a um acórdão da corte o poder de interromper o prazo prescricional de acusação criminal.

O voto vencedor, do ministro Nefi Cordeiro, explicou que se o acórdão é nulo, os efeitos que produziu, também. “Não consigo acompanhar a compreensão de que anular é o mesmo que absolver. Na absolvição há efeitos jurídicos, já na anulação, os efeitos são de invalidade, jamais os efeitos de uma persecução penal em desenvolvimento, que deveria ser a compreensão para afastar a prescrição”, afirmou o ministro em seu voto.

O caso se refere ao empresário que teve denúncia recebida em 2000 por envolvimento no caso “Lalau”, conhecido como o escândalo do TRT de São Paulo. Ele era corréu na ação. Foi o processo que apurou denúncias de desvio de dinheiro na construção de um fórum trabalhista, pelo qual foi condenado o juiz Nicolau dos Santos Neto, então presidente do TRT-2.

4) TRIBUNAL DEVE ANALISAR EMBARGOS INFRINGENTES DE ACÓRDÃO PUBLICADO APÓS O NOVO CPC⁴

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro analise embargos infringentes de acórdão proferido na vigência do CPC de 1973, mas publicado sob o novo CPC — que não prevê a possibilidade de interposição dos embargos infringentes. A decisão invocou o princípio de irretroatividade da lei, afirmando que esta não podia alcançar ato jurídico praticado sob a égide da lei anterior.

“Na hipótese, admitir que o julgamento do recurso de apelação ocorrido na vigência do CPC/1973 se submetesse à incidência de uma técnica de julgamento criada no CPC/2015 apenas porque as partes foram intimadas do acórdão recorrido pela imprensa oficial quando já estava em vigor a nova legislação processual

3 FONTE: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-08/acordao-anulado-nao-produzir-efeitos-juridicos-decide-stj>

4 FONTE: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-22/tj-analisar-infringentes-acordao-publicado-cpc2015>

equivaleria, em última análise, a cancelar a retroatividade da lei nova para atingir um ato jurídico praticado sob o manto da lei revogada, violando o artigo 14 do CPC/2015”, afirmou a relatora do recurso especial, ministra Nancy Andrichi.

De acordo com os autos, a sessão de julgamento dos recursos de apelação — cujo resultado se deu por maioria de votos — ocorreu em outubro de 2015, ou seja, ainda na vigência do CPC/1973, e a publicação do acórdão foi feita em março de 2016, quando já estava em vigor o CPC/2015.

Ao analisar embargos de declaração opostos pela parte, o TJ-RJ considerou não ser cabível a incidência da técnica de ampliação do colegiado prevista no novo CPC. Para o TJ-RJ, tendo em vista que o artigo 942 do código prevê uma técnica de julgamento, deveria ser aplicada a legislação processual vigente à época do julgamento — no caso dos autos, o CPC/1973.

Apesar de destacar a orientação do STJ no tocante à transição entre os códigos, especialmente no sentido de que a data da intimação define o cabimento e o regime recursal aplicável, a ministra Nancy Andrichi também lembrou que os critérios não são suficientes para a definição de todas as questões de direito intertemporal.

“Nos termos dos enunciados administrativos desta corte que disciplinam a transição entre o CPC/1973 e o CPC/2015, a intimação do acórdão pela imprensa oficial é a regra a ser utilizada como elemento de definição do cabimento e do regime recursal aplicável, sendo admissível excepcioná-la, todavia, quando se verificar que esse critério é incompatível com o ordenamento jurídico ou insuficiente para melhor solver a questão de direito intertemporal”, destacou.

O processo corre em segredo judicial.

5) PRECATÓRIO DEVE SER ACEITO COMO GARANTIA EM EXECUÇÃO FISCAL, DECIDE TJ-SP

Segundo decisão da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, precatório pode ser apresentado como bem à penhora para garantir a continuidade de embargos à execução fiscal.

Em contrário ao sustentado pela Fazenda, o relator do caso entendeu que o precatório é dinheiro do próprio Estado, e proibir que ele seja usado como caução seria “premiar a demora e o desrespeito do poder público aos pagamentos a que está obrigado”.

A decisão realizada no Agravo de Instrumento 2193737-41.2017.8.26.0000, afastou o argumento da defesa que afirmou que seria compensação, como consta no voto, e afirmou que o “precatório é simples garantia da execução fiscal, impondo-se aguardar que o Estado efetue o pagamento respectivo” e não uma quitação recíproca de obrigações.

A **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu Procurador do Estado que esta subscreve, vem, tempestiva e respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos da Ação Civil Pública em epígrafe, apresentar a sua **CONTESTAÇÃO**, conforme as razões a seguir aduzidas.

SINOPSE PROCESSUAL

I. Trata-se de Ação Civil Pública proposta com base na Lei 7.347/85 pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em face do município de Guarulhos e do Estado de São Paulo na qual o autor requer a condenação dos réus à obrigação de fazer consistente na **construção, em 180 dias, de uma casa-abrigo de acolhimento provisório** no município de Guarulhos para acolhimento de mulheres, acompanhadas ou não de seus filhos, em situação de risco decorrente de ameaças e violência domésticas.

II. Com base na Lei 7.347/85, o demandante requereu também tutela antecipada consistente na concessão de um auxílio pecuniário, para fins de locação de um imóvel residencial, em favor de cada mulher que se encontre em situação de risco decorrente de ameaças e violência domésticas, ou, alternativamente, o pagamento direto de um aluguel residencial pelos réus em benefício das mulheres que se enquadrem nesta situação de vulnerabilidade.

III. Não obstante a importância social do pedido, este deve ser julgado improcedente, seja porque **o Estado de São Paulo já realiza uma série de políticas públicas voltadas ao atendimento emergencial de mulheres** em razão de violência doméstica, seja porque **o pedido específico de construção e manutenção de casa-abrigo de Acolhimento Provisório no município de Guarulhos é atribuição desta municipalidade**, segundo a repartição constitucional e infraconstitucional de competências administrativas.

FALTA DE INTERESSE DE AGIR

IV. Ao contrário do sustentado na petição inicial, o Estado de São Paulo já contempla a política pública correspondente ao pedido na exordial, através de diversos Programas da Secretaria de Segurança Pública em colaboração com outras Secretarias, a saber: Provita, Bem-me-quer, COMVIDA (Centro de Convivência para Mulheres Vítimas de Violência Doméstica), DDM (Delegacias de Defesa da Mulher – total de 133 delegacias no Estado de São Paulo), CRAVI (Centro de Referência e Apoio à Vítima).

V. Não obstante, cabe ao Município o atendimento local às vítimas de violência doméstica, com acolhimento sigiloso, conforme determinado por lei, que, inclusive, recebe verba para tanto.

VI. Vale lembrar que a Lei 9.807/99 prevê requisitos para que o poder público ampare a vítima, cabendo ao Conselho Deliberativo, em cuja composição haverá representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário e de órgãos públicos e privados relacionados com a segurança pública e a defesa dos direitos humanos, a decisão acerca do ingresso do protegido no programa ou a sua exclusão.

VII. Assim, evidencia-se *que o poder público já disponibiliza o auxílio material às mulheres vítimas de violência doméstica, até maior que o pretendido nesta ação, porém dentro dos requisitos legais, o que caracteriza a ausência de interesse processual, acarretando a extinção do processo, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.*

DO MÉRITO

A POLÍTICA PÚBLICA ESTADUAL NA PROTEÇÃO DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA

VIII. A Fazenda Pública estadual pede vênia para tecer breves comentários acerca das políticas públicas implementadas pelo Estado de São Paulo em relação à proteção de mulheres vítimas de violência doméstica e que se encontrem em situação de vulnerabilidade social.

IX. O Governo do Estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Segurança Pública, realiza duas ações públicas voltadas à proteção de mulheres em situação de vulnerabilidade decorrentes de violência de gênero.

X. O **programa assistencial “BEM-ME-QUER”** tem por objetivo o atendimento especializado de mulheres, crianças ou adolescentes vítimas de crimes sexuais. Em tais casos, a mulher de até 14 anos de idade é transportada da delegacia até o hospital por veículos específicos para este fim e assistidas por especialistas. No Centro de Referência da Mulher, além do atendimento médico, a vítima recebe assistência jurídica, bem como realiza o exame de corpo de delito que, até então, era feito no Instituto Médico Legal. O atendimento especial prestado no programa “Bem-me-quer” visa a prestar um serviço mais humanizado e menos degradante às vítimas de crimes que, em sua essência, já trazem pesadas cargas de desgaste emocional e psicológico.

XI. Por sua vez, o **programa “COMVIDA - Centro de Convivência para Mulheres Vítimas de Violência Doméstica”**, que trata especificamente do objeto desta

Ação Civil Pública, consiste numa casa-abrigo destinada a acolher mulheres, acompanhadas ou não de seus filhos, vítimas de violência doméstica e ameaçadas de morte por parte de seus maridos ou companheiros, nos casos em que não disponham de outros locais (casa de familiares, de amigos etc.) onde possam se refugiar, na busca de proteção. O encaminhamento das vítimas ao COMVIDA ocorre pelos Delegados de Polícia, pelos órgãos de atendimento das prefeituras e por contato telefônico. **O programa, além de proporcionar abrigo a mulheres desabrigadas em decorrência de um contexto de violência doméstica, busca proporcionar alternativas concretas às mulheres na busca de sua independência econômica, dentro de uma perspectiva de mudança de vida,** de forma a proporcionar às vítimas uma saída concreta e duradoura da situação de abuso domiciliar por que passam.

XII. No município de Guarulhos, num primeiro momento, as vítimas dos crimes de violência doméstica que não possam voltar para suas casas, após atendimento especializado na Delegacia de Defesa da Mulher de Guarulhos, são imediatamente encaminhadas à casa de Passagem “Dando um Tempo”, localizada na Rua Itapicuru, 146 – Jd. Presidente Dutra, a qual é mantida pela prefeitura de Guarulhos e recebe apenas vítimas de violência doméstica. Como casa de passagem, as vítimas ficam abrigadas por um curto período de tempo, normalmente de um dia para outro. **Nos casos em que há necessidade de que a vítima permaneça por mais tempo abrigada, o Estado de São Paulo realiza o encaminhamento ao “COMVIDA”.**

XIII. É importante salientar que a assistência social é competência comum de todos os entes públicos, nos termos do art. 23, incisos II e X da Constituição Federal. Contudo, isso não quer dizer que todos os entes federados tenham as mesmas atribuições no objetivo final de promover a assistência social aos socialmente necessitados, ao contrário. Quando a Constituição atribui competência material comum aos entes federados, resta implícito que a atuação administrativa deve ser planejada e executada de forma coordenada e conjunta, por todos os entes federados envolvidos, com a distribuição de atribuições de forma organizada e sob uma perspectiva global do problema social a ser resolvido.

XIV. Nesse contexto, a Lei federal 8.742/93 criou o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), órgão superior de deliberação colegiada, composto por membros representantes da União, dos Estados, dos Municípios e da Sociedade Civil. Entre as principais competências do Conselho Nacional de Assistência Social destacam-se a aprovação da Política Nacional de Assistência Social, a normatização das ações e a regulação da prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social. No exercício de suas atribuições legais, o CNAS editou a Resolução CNAS n. 33/2012, que é a **Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB/SUAS)** e da Resolução CNAS n. 109/2009, que traz a **Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais**, discriminando as vulnerabilidades sociais que demandam atenção do poder pú-

blico. A edição das Resoluções visa justamente a coordenar a atuação dos entes públicos na área da assistência social, estabelecendo cada um dos riscos sociais e as atribuições de cada ente público na consecução das políticas públicas para combate a tais riscos, de forma **a evitar a sobreposição de programas sociais em determinadas áreas e a escassez de programas em outras.**

XV. Nos termos da mencionada Resolução CNAS n. 109/2009, o “*acolhimento provisório para mulheres, acompanhadas ou não de seus filhos, em situação de risco de morte ou ameaças em razão da violência doméstica e familiar, causadora de lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico ou dano moral*” é um serviço de proteção especial de alta complexidade. Por sua vez, o NOB/SUAS, em seu artigo 15 dispõe e elenca as responsabilidades dos Estados na consecução do Plano Nacional de Assistência Social:

Art. 15. São responsabilidades dos Estados:

II - cofinanciar, por meio de transferência regular e automática, na modalidade fundo a fundo os serviços, programas, projetos e benefícios eventuais e o aprimoramento da gestão, em âmbito regional e local;

*IV - organizar, coordenar e prestar serviços **regionalizados** da proteção social especial de média e alta complexidade, de acordo com o diagnóstico socioterritorial e os critérios pactuados na CIB e deliberados pelo CEAS; (grifo nosso)*

XVI. Desta feita, é certo afirmar que o papel do Estado de São Paulo em relação especificamente ao acolhimento provisório de mulheres vítimas de violência doméstica consiste em **(i) financiar, por meio de transferência Fundo a Fundo, os programas de âmbito regional e local; e (ii) prestar diretamente os serviços regionalizados de assistência social de acordo com os critérios e diagnósticos pactuados.**

XVII. Em relação à primeira responsabilidade, cumpre esclarecer que **o Estado de São Paulo já repassa recursos de forma regular por meio do sistema Fundo-a-Fundo** (do Fundo Estadual de Assistência Social - FEAS para o Fundo Municipal de Assistência Social - FMAS) para a oferta dos serviços de proteção social em âmbito local. O valor do cofinanciamento estadual é repassado em parcelas mensais conforme Plano Municipal de Assistência Social - PMAS. Nesse plano, devem ser estabelecidos quais são os equipamentos, valores e quais as fontes de cada recurso que será aplicado para as ofertas da Política de Assistência Social (serviços, programas e benefícios). Ao planejar a distribuição desses valores, **o município tem autonomia** junto ao seu Conselho Municipal de Assistência Social - CMAS **para eleger quais suas prioridades e alocar os recursos disponíveis** conforme diagnóstico socioterritorial e alcance de sua rede socioassistencial.

XVIII. Conforme documentos anexos, o município de Guarulhos tem sua rede de serviços socioassistenciais cofinanciada pelos três entes federados. O va-

lor a ser repassado no ano de 2018 pelo Fundo Estadual é de R\$ 1.407.760,60 (um milhão, quatrocentos e sete mil, setecentos e sessenta reais e sessenta centavos). Desse total, segundo o Plano Municipal de Assistência Social de Guarulhos, o município indicou que alocará R\$ 326.258,40 (trezentos e vinte e seis mil, duzentos e cinquenta e oito reais e quarenta centavos) para a Proteção Social de Alta Complexidade.

XIX. Desta feita, está amplamente demonstrado que o Estado de São Paulo cumpre de maneira efetiva sua responsabilidade de cofinanciar, no município de Guarulhos, os serviços, programas, projetos e benefícios sociais para aqueles que estejam em situação de vulnerabilidade.

XX. Em relação ao segundo item, qual seja, a responsabilidade do Estado de São Paulo em prestar serviços REGIONALIZADOS de assistência social, deve-se, primeiramente, estabelecer o alcance da ideia de serviço regionalizado. De maneira geral, o **atendimento regionalizado é aquele cabível quando a baixa demanda em vários municípios limítrofes e de pequeno porte não justificarem a disponibilização do serviço no âmbito municipal**. Nos termos da Resolução CNAS n. 109/2009, a abrangência regional corresponde “*a um pequeno grupo de municípios com proximidade geográfica, quando a incidência da demanda e porte do município não justificarem a disponibilização do serviço no seu âmbito*”:

Art. 54. Os Estados devem destinar recursos próprios para o cumprimento de suas responsabilidades, em especial para:

IV – a prestação de serviços regionalizados de proteção social especial de média e alta complexidade, quando os custos e a demanda local não justificarem a implantação de serviços municipais;

XXI. Não se olvida que a mesma resolução determina que “*nas unidades para o atendimento a crianças e adolescentes, idosos e mulheres em situação de violência, o serviço também poderá ter abrangência regional por indicação técnica*”. Justamente em cumprimento a este preceito é que o Estado de São Paulo institucionalizou o atendimento desse risco social com a criação dos já mencionados programas Bem-me-Quer e COMVIDA, que atendem de forma regionalizada as mulheres vítimas de violência residentes no município de Guarulhos.

XXII. **Conclui-se, portanto, que, ao contrário do que é afirmado pelo requerente, o Estado de São Paulo não se omite no seu dever constitucional e legal de prestar assistência e proteção social a essas mulheres.** Ao contrário, já há longos anos, em respeito ao planejamento administrativo federativo e sem necessidade de determinação judicial, o governo estadual vem desenvolvendo programas sociais com vistas a remediar e minimizar as mazelas individuais de várias mulheres submetidas ao contexto da violência doméstica.

DA RESPONSABILIDADE MUNICIPAL PELO ATENDIMENTO DE DEMANDA ASSISTENCIAL LOCAL

XXIII. Se aos Estados compete o atendimento regionalizado da assistência social, aos municípios compete o atendimento em âmbito local, assim entendido aquele em que a demanda por determinado serviço social num único município seja tão grande que justifique sua implementação especificamente naquela municipalidade.

XXIV. Guarulhos é o segundo maior município paulista e o 13^o município brasileiro em população, contando com 1.349.113 (um milhão, trezentos e quarenta e nove mil, cento e treze) habitantes segundo dados do IBGE de julho de 2017. Em termos econômicos, de acordo com os dados do PIB Municipal 2013, também divulgados pelo IBGE, o Produto Interno Bruto (PIB) de Guarulhos em 2013 alcançou a marca de R\$ 49,4 bilhões, situando-se na 13^a posição do ranking nacional e em 4^o entre municípios paulistas. Mas os números superlativos não se resumem apenas a estes aspectos. Segundo os dados levantados pelo próprio autor da ação, os crimes contra mulheres relacionados à violência doméstica são em quantidade substancial, contando com uma média anual de 1.233,6 inquéritos policiais relacionados a esta temática.

XXV. Portanto, se o município de Guarulhos possui demanda que justifica a oferta do serviço no âmbito local, conforme prevê a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais (Resolução CNAS n. 109/2009), e, se o Estado já repassou valores ao município para tanto, compete aos municípios, no âmbito da essência da regionalização dos serviços públicos, o atendimento local desta demanda.

XXVI. Cumpre ressaltar que, além dos valores repassados pelo Estado através do FEAS, o município de Guarulhos recebeu do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) a quantia de R\$ 5.763.000,00 (cinco milhões, setecentos e sessenta e três mil reais). Além dos recursos previstos para repasse em 2018, **o município conta ainda com saldo acumulado em conta, dispondo ao todo R\$ 2.781.000,00** (dois milhões, setecentos e oitenta e um mil reais), advindos do FNAS para alocar em serviços da Proteção Social Especial. Da mesma forma, a Defensoria Pública, em sua petição inicial, afirma que *“a necessidade de tal equipamento público foi também constatada não apenas por representante da atual gestão, como também por gestão anterior; tendo o município solicitado e recebido verba federal para a implantação de uma Casa Abrigo. No entanto, os planos não saíram do papel por problemas burocráticos do município”*.

XXVII. Ante as informações e documentos trazidos aos autos, resta caracterizada a omissão injustificada do poder público MUNICIPAL em atender às metas e aos objetivos estabelecidos no Plano Nacional de Assistência Social. Referida omissão parece ser reconhecida pela municipalidade e não se justifica sequer pela

ausência de recursos, vez que tanto a União, como o Estado de São vem repassando regularmente as verbas ao Fundo Municipal de Assistência Social de Guarulhos.

XXVIII. Nesse contexto, **pede-se razoabilidade e ponderação ao d. magistrado para que não adote uma posição simplista da questão**, tal qual defende o autor desta Ação Civil Pública ao entender que todos os entes públicos são igual e solidariamente responsáveis por essa política pública específica, revelando completo desprezo pela repartição executiva de competências prevista na Lei federal 8.742/93 e na Política Nacional de Assistência Social. **A organização e divisão de competências administrativas** não são mero capricho, mas **a única forma viável e eficiente de prover a população** com os serviços sociais de que necessita sem que assimetrias irreparáveis. Conforme mencionado alhures, **deve-se evitar a sobreposição de programas sociais em determinadas áreas e a escassez de programas em outras**.

XXIX. Num contexto em que é inegável que política pública é inexistente por omissão do município, a condenação do Estado para implementar esta política pública representará verdadeiro prêmio à desídia da municipalidade em relação à obrigação legal que o ordenamento jurídico lhe impõe, consubstanciará incentivo à administração irresponsável, pois, se cobrado em juízo, haverá outro que arque com os resultados de sua má conduta administrativa.

XXX. Por essa razões, deve este pedido, conquanto justo, ser julgado **improcedente em face do Estado São Paulo**, que, conforme explicitado nesta defesa, implementou as políticas públicas relacionadas dentro de seu âmbito de atuação.

DO PEDIDO LIMINAR

XXXI. O pedido de antecipação da tutela consiste na obrigação de fornecimento de um auxílio pecuniário para pagamento de aluguel em favor de cada mulher que se encontre em situação de risco decorrente de ameaças e violência domésticas, ou, alternativamente, o pagamento direto de um aluguel residencial pelos réus em benefício das mulheres que se enquadrem nesta situação de vulnerabilidade.

XXXII. Para que ocorra a antecipação de tutela de forma legítima, é necessária a presença de dois requisitos, quais sejam, a fumaça do bom direito e o perigo na demora, nenhum dos quais presentes de forma a justificar a concessão da liminar

XXXIII. **Revela-se nítida a ausência da fumaça do bom direito neste caso em relação ao Estado de São Paulo**. Como já explicitado, o Estado não está omissa em relação à assistência social e à proteção de mulheres desabrigadas em decorrência de violência. No tópico anterior já foram adequadamente apre-

sentados os programas estaduais no âmbito da Secretaria de Segurança Pública “BEM-ME-QUER” e “COMVIDA”, este último especificamente voltado ao abrigo de mulheres vítimas de violência doméstica. Além disso, restou demonstrado que o Estado de São Paulo vem cumprindo as obrigações estabelecidas na legislação de regência, qual seja, a Lei federal 8.742/93 e a Política Nacional de Assistência Social (PNAS). Mas não é só.

XXXIV. Além dos aspectos já tratados, existe o programa PROVITA, regido pela Lei Federal nº 9.807/99, que tem como função proporcionar a proteção às vítimas ou testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal. O programa não faz distinção entre as vítimas a serem protegidas, mas requer que a ameaça seja grave e o risco iminente, que os meios convencionais de reprimir a ameaça tenham sido tentados ou que de pronto se identifique a ineficácia deles, além da voluntariedade na adesão às regras do programa. Desta feita, o PROVITA é mais uma alternativa à proteção dessas mulheres vítimas de violência doméstica.

XXXV. Em verdade, com o pedido de antecipação de tutela nesses termos, pretende o autor da ação ditar as diretrizes para a prestação do serviço público em questão, deixando de analisar o custo e a complexidade do atendimento das vítimas de violência doméstica. Não há um estudo por parte da autora de quantas mulheres seriam beneficiadas pelo pedido indicado na petição inicial. Ademais, a concessão de aluguel social dissociado de uma política pública de atendimento, conforme disposta em lei, com assistência social, educacional e amparo jurídico é inócua. Entrementes, e com a devida vênia, a presente ação civil pública não é instrumento correto para que o Poder Judiciário ou Defensoria Pública invadam, de forma indevida, o âmbito de atuação do Poder Executivo, determinando-lhe como deverá ser realizado o serviço público. Eventual concessão de liminar poderá causar transtornos insuperáveis ao desempenho da atividade pública, uma vez que há necessidade de obediência à lei orçamentaria para criação de custeio e gastos públicos.

XXXVI. Da mesma forma, o *periculum in mora* não está presente no caso concreto. pelas razões já aventadas. O fundado receio de dano ou “periculum in mora”, encontra-se na situação de risco que demanda a cautela associada ao perigo de demora na obtenção do provimento judicial definitivo. Assim, dentro do periculum in mora identificam-se duas situações: uma representando um evento, ato ou fato jurídico que pode pôr em risco o bem da vida pretendido; outra, representado pelo fator temporal e que se materializa na premência da intervenção judicial, dado que a via ordinária do processo de conhecimento não será suficientemente célere para impedir a consumação do risco. Inexiste, *in casu*, quaisquer dessas duas situações.

XXXVII. Conforme se constata pelo que já consignado nesta peça de defesa, existe uma série de programas sociais implementados pelo Estado de São Paulo

para o atendimento de mulheres vítimas de violência. Se há uma relativa insuficiência do serviço por omissão municipal, não se pode dizer que se esteja diante de uma situação de desamparo quando há três programas sociais que tratam do tema: “COMVIDA”, “BEM-ME-QUER” e “PROVITA”.

XXXVIII. Além disso, a questão não é recente de forma que demande uma prestação jurisdicional urgente. O requisito do periculum in mora não se encontra presente no caso em apreço.

XXXIX. Por fim, ressalte-se que o Tribunal de Justiça, no Agravo de Instrumento 2127852-17.2016.8.26.0000, analisando demanda liminar em ação muito idêntica a esta concluiu pelo não cabimento da antecipação da tutela, conforme ementa que segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Direitos metaindividuais. Auxílio pecuniário às mulheres e seus filhos vítimas de violência doméstica ou familiar, para pagamento de aluguel, enquanto não implementada a casa-abrigo prevista em lei. Decisão agravada que não é ilegal ou teratológica, salientando a necessidade de discussão aprofundada do tema da ingerência do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas. Informação, ademais, da viabilização de alternativas para as situações emergenciais. Decisão mantida. Recurso não provido.

XL. Em conclusão, **sendo o pedido principal improcedente em relação ao Estado de São Paulo pelas razões expostas no tópico anterior, com muito mais razão deve ser rechaçado o pedido de antecipação da tutela**, por todas as razões já expostas.

DOS PEDIDOS

XLI. Ante o exposto, a Fazenda Pública estadual requer seja o feito julgado extinto, ante a ausência de interesse de agir, conforme supraexplicitado, ou, se assim não entender V. Exa., seja julgado **Improcedente**, pelas razões de direito trazidas à apreciação deste juízo.

XLII. Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente pela juntada de documentos até final instrução, perícia, se o caso, e oitiva de testemunhas, a serem arroladas no momento processual oportuno.

São os termos em que pede deferimento.

Guarulhos, 18 de outubro de 2018.

TALLES SOARES MONTEIRO

Procurador do Estado

OAB/SP nº 329.177

Data de disponibilização: 13/07/2018 - Órgão Judicial: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Caderno 4 - Judicial - 1ª Instância - Interior - Parte I / GUARULHOS - JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZ

GUARULHOS - 2ª Vara da Fazenda Pública - JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA JUIZ(A) DE DIREITO RAFAEL TOCANTINS MALTEZ ESCRIVÃ(O) JUDICIAL WILLIAN GRACO CURCIO DE SANTTANNA GOMES EDITAL DE INTIMAÇÃO DE ADVOGADOS - Processo 1004091-02.2018.8.26.0224 - Ação Civil Pública - Assistência Social - DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO EM GUARULHOS - Fazenda Pública do Estado de São Paulo - - município de Guarulhos - Vistos. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou ação civil pública em face do MUNICÍPIO DE GUARULHOS e do ESTADO DE SÃO PAULO aduzindo que diariamente a Unidade da Defensoria Pública do Estado, em Guarulhos, atende número significativo de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, várias delas com filhos e outros dependentes. Assim sendo, tendo em vista o crescente número das situações de riscos de morte ou ameaças, em razão da violência doméstica ou familiar, causadora de lesão, sofrimento psicológico ou dano moral, a autora pede a procedência da demanda para que os réus sejam condenados na obrigação de fazer para implementarem a casa - abrigo de acolhimento provisório, em local seguro, adequado e mantido em sigilo, dotado de equipe de multidisciplinar especializada no atendimento de tais pessoas, dando o valor à causa no importe de R\$50.000,00 (fls.1/43). O Ministério Público manifestou-se pela concessão da tutela (fls. 253/254). Foi indeferida a tutela provisória de urgência (fls. 256/257). Citado, o Estado de São Paulo, em sede de contestação, arguiu preliminar de falta de interesse de agir, uma vez que o réu já possui política pública correspondente ao pedido na exordial, através de diversos programas da Secretaria de Segurança Pública, a saber: Provita, Bem-me-quer, Comvida (Centro de Convivência para Mulheres Vítimas de Violência Doméstica), DDM (Delegacias de Defesa da Mulher) e CRAVI (Centro de Referência e Apoio à Vítima). Ademais, defende que compete ao município o atendimento local às vítimas de violência doméstica. No mérito, sustenta que a assistência social é competência comum de todos os entes públicos, sento que isso não quer dizer que estes tenham as mesmas atribuições no objetivo final de promover a assistência social aos socialmente necessitados. Assim, afirma que a norma constitucional ao atribuir a competência concorrente aos entes federados, resta implícita que a atuação administrativa deve ser planejada e executada de forma coordenada e conjunta. No mais, sustenta que o réu não se omite no seu dever constitucional e legal de prestar a assistência e proteção social a essas mulheres, tendo em vista que já promove vários programas de amparo à mulher, e o repasse de verbas para cada um

destes. Nesses termos, pede o indeferimento (fls. 278/291). Citado, o município de Guarulhos contestou a exordial defendendo que não há o que se falar em omissão do ente municipal, uma vez que possui várias políticas públicas que cumprem o papel de prestar a assistência social necessária para as mulheres vítimas de violência doméstica. Defende que o município já criou do benefício da concessão de locação social como a Coordenadoria de Políticas para as Mulheres; Casa das Rosas, Margaridas e Beths; e a casa de passagem; Dando um Tempo. No mais, sustenta que somente após análise apurada das necessidades e elementos, é possível destinar recursos públicos para implementar determinados empreendimentos, tendo em vista a notória escassez de recursos financeiros, sendo que não é possível realizar tal estudo no momento. Nesses termos, pede o indeferimento (fls. 441/463). Houve réplica sobre as contestações (fls. 477/480). É o Relatório. Fundamento e decido. Não havendo necessidade de produção de provas, passa-se ao julgamento do feito no estado em que se encontra. Trata-se de pedido de implementação de casa-abrigo de acolhimento provisório, para mulheres, acompanhadas ou não de seus filhos, em situação de risco de morte ou ameaças, em razão da violência doméstica ou familiar, causadora de lesão, sofrimento físico, psicológico ou dano moral, em local seguro, adequado e mantido em sigilo, dotado de equipe multidisciplinar especializada nesse tipo de atendimento, respeitadas ainda as delineações previstas na Resolução nº 109 de 11 de novembro de 2009, pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), garantindo-se ainda a participação e controle social na implementação da política pública. Argui a autora que não existe casa de abrigo de acolhimento provisório em Guarulhos, nem qualquer política pública adequada para as mulheres para o acolhimento provisório, mas apenas algumas ações para proteção de mulheres vítimas de violência doméstica. Sustenta que estas ações são insuficientes. Aqui repete-se o pensamento exposto na apreciação de liminar: o objeto da ação é louvável. É inacreditável que em pleno século XXI ainda exista violência contra a mulher. Apesar de tantos avanços em muitas áreas, inclusive tecnológicas, a civilização ainda não superou a barbárie. Constatada essa triste realidade das mulheres, o Estado tem que tomar atitudes em sua defesa. Disso não há dúvida. Mas devemos situar a questão. Primeiramente verifica-se que existe tanto política pública como serviços voltados ao atendimento emergencial de mulheres, em razão de violência doméstica, por parte do Estado de São Paulo. De fato, conforme informado na contestação, o Estado de São Paulo contempla Programas da Secretaria de Segurança Pública em colaboração com outras Secretarias, a saber: Provita, Bem-me-quer, COMVIDA (Centro de Convivência para Mulheres Vítimas de Violência Doméstica), DDM (Delegacias de Defesa da Mulher total de 133 delegacias no Estado de São Paulo), CRAVI (Centro de Referência e Apoio à Vítima). No que tange ao município de Guarulhos, conforme informações da contestação, possui legislação pertinente à locação social (Lei Municipal n. 6.623/2009 - art. 9º, II, e Decreto

Municipal nº 30.890/2013), sendo que a concessão deste benefício às mulheres nestas situações encontra-se sob a coordenação da Subsecretaria para mulheres. Por outro lado, o município de Guarulhos possui uma casa de passagem e estabeleceu um convênio com o Núcleo Batuíra Serviço de Promoção da Família, no Serviço de Proteção Social Especial Alta Complexidade criando o Serviço de Acolhimento Institucional para Mulheres denominada Casa de Passagem Dando um Tempo, localizada à Rua Itapicuru, nº 146 Jardim Presidente Dutra. Por outro lado, o município de Guarulhos criou a Subsecretaria de Políticas para Mulheres Casa das Rosas, Margaridas e Betes Centro de Referência em Atendimento às Mulheres em Situação de Violência Doméstica – que objetiva a prevenção e o enfrentamento das violências contra elas, através de equipamentos públicos no atendimento a essas questões, sendo as Casas e Espaços da Mulher Clara Maria com atuação na prevenção, e a Casa das Rosas, Margaridas e Betes destinadas ao enfrentamento. Portanto, não se verifica omissão seja do poder público municipal seja do poder público estadual. Outra situação seria, quanto ao controle jurisdicional das políticas públicas, se não existisse nenhum serviço. Este poderia ser melhor prestado, mas não se trata de implementar o atendimento, mas eventualmente de melhorá-lo, o que concerne à atividade do Poder Executivo e seu poder discricionário. De fato, entende-se por políticas públicas os programas traçados pela Constituição e por leis ordinárias, de forma cogente, e de execução **a priori** atribuída ao órgão competente à sua realização material, o Poder Executivo, que deve realizá-los por si ou transferi-los para a execução, mas mantê-los em fiscalização, por terceiros. A execução das políticas públicas encontra-se entre as competências discricionárias da administração pública. Caso haja violação individual de direito fundamental relacionado ao tema proposto, haverá o controle jurisdicional cabível. Contudo, no âmbito de uma ação coletiva, como a presente, havendo a política pública, não se pode determinar sua implementação, pois já existente. Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO em face do MUNICÍPIO DE GUARULHOS e do ESTADO DE SÃO PAULO. Custas ex lege. PRIC. - ADV: ROSINA SQUILLACI (OAB 121259/SP), TALLES SOARES MONTEIRO (OAB 329177/SP), DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO (OAB999999/DP)

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O ESTADO DE SÃO PAULO E A SÃO PAULO PREVIDÊNCIA, por seu Procurador do Estado, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência interpor **Agravo de Instrumento com Pedido Liminar de Concessão de Efeito Suspensivo** contra a decisão que determinou, em sede de tutela provisória, que, dentro de 180 dias, se passe a conferir aos associados da entidade autora que ingressaram no serviço público antes de 20 de janeiro de 2013 o direito de optar pelo regime de Previdência Complementar previsto na Lei Estadual 14.653/2011 (Processo 1000867-84.2018.8.26.0053)

Desde já, pugna-se pela imediata concessão de efeito suspensivo ao presente recurso de agravo de instrumento, nos termos da fundamentação a seguir aduzida.

São Paulo/SP, 14 de março de 2018.

LUCAS LEITE ALVES

Procurador do Estado

OAB/SP n. 329.911

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,
Excelentíssimos Senhores Doutores Desembargadores,

RAZÕES DA AGRAVANTE

Colenda Câmara,
Egrégio Tribunal de Justiça.

I – SINOPSE PROCESSUAL

Cuida-se de Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Sindicato dos Agentes Fiscais de Renda do Estado de São Paulo com o escopo de obter provimento jurisdicional que assegure aos servidores filiados que ingressaram antes

da instituição do Regime de Previdência Complementar do Estado de São Paulo (RPC) o direito à opção pelo novo regime, bem como o direito de aderir aos planos ofertados pela SP-Prevcom com contrapartida do Estado equivalente à vertida pelos filiados segurados.

A tese da entidade sindical é de que o artigo 40, §16, da CF prevê *um direito à opção pelo novo regime de previdência aos servidores que ingressaram antes de sua instituição* e que, portanto, seus filiados não podem ser impedidos de se desvincular do regime antigo de Previdência Pública e de aderir ao novo regime, inclusive devendo ser assegurada a contrapartida paga pelo Estado de São Paulo em valor equivalente a até 7,5% do que excede o teto do INSS.

Diante disso, formularam pedido de medida liminar para que o juízo lhes assegurasse o direito à opção pelo novo regime de previdência complementar, na forma como instituído pela Lei Estadual 14.653/2011, e o direito à contrapartida paga pelo Estado de forma equivalente às contribuições por eles vertidas, em caso de adesão ao plano de benefícios da SP-Prevcom. Argumentam que a concessão de medida antecipatória somente na sentença lhes provocará enormes prejuízos financeiros, já que serão privados da contrapartida do estado e do direito a contribuir para a previdência complementar.

Em despacho de fl.78, o juízo a quo determinou que a Fazenda Pública do Estado de São Paulo e a São Paulo Previdência se manifestassem sobre o pleito.

Na oportunidade, em petição sobre o pedido dos autores, demonstrou-se que:

I) o pleito de liminar viola a regra de cabimento das tutelas provisórias por implicar aumento imediato de remuneração dos auditores fiscais de renda e por criar obrigação de pagamento de contrapartida patronal a ser vertida pelo Estado à SP-Prevcom (artigo 7º, §§2º e 5º, da Lei 12.016/2009 c/c art.1.059 do CPC e art.2º-B da Lei Federal 9.494/97).

II) o artigo 40, §16, da CF não estabeleceu um direito do servidores que ingressaram antes da instituição da previdência complementar (no caso, antes de 20.01.2013) a optarem pelo novo regime, mas somente uma garantia de que, se instituída a previdência complementar nas entidades federadas para os servidores antigos, estas não os poderia submeter ao novo regime sem sua prévia e expressa opção. Explicou-se que as normas constitucionais conferiam aos entes federados a competência de estruturar a previdência complementar de modo que critérios de equilíbrio financeiro e atuarial sejam respeitados (art.40, caput), sendo certo que o reconhecimento do “direito de opção” pleiteado atenta contra as possibilidades econômicas e financeiras do Estado de São Paulo, sendo necessário que se respeite a competência legislativa do Estado para adotar o modelo que mais se amolde à sua realidade fiscal e atuarial.

III) não há qualquer risco ao resultado útil do processo em relação aos servidores caso a tutela provisória não seja concedida, uma vez que seria possível que o Estado depositasse em suas eventuais contas individualizadas os valores devidos a título de contrapartida ao final da demanda. Ao revés, em relação ao Estado e à SPPREV, os danos são permanentes, seja em razão do risco de inadimplemento das contribuições previdenciárias que superam o teto do INSS seja em função do imediato aumento remuneratório que os servidores experimentariam com a implantação da medida. Ademais, as contrapartidas Estatais depositadas nas contas individualizadas dos autores poderiam ser despendidas indevidamente, aplicadas de forma equivocada ou portadas a outros fundos de previdência complementar (em caso de exoneração dos autores), gerando problemas de ressarcimento, de planejamento dos investimentos da SP-Prevcom e uma situação de irreversibilidade em caso de eventual concessão de benefício (pensão por morte ou aposentadoria por invalidez).

Requeru-se, ademais, a fixação da prestação de caução como medida de contracautela, na forma do artigo 520, IV, c/c artigo 521, parágrafo único, do CPC.

Entretanto, de forma equivocada, o juízo a quo concedeu a tutela provisória sob o argumento de que:

I) Não houve decadência para impetração do Mandado de Segurança Coletivo nem este foi impetrado contra lei em tese. Sustentou, quanto a este ponto, que o *mandamus* teria caráter preventivo, a fim de evitar que futuras decisões de adesão sejam indeferidas, tendo em vista o teor do art. 1º da Lei Estadual 14.653/2011 e a Portaria SPPREV 162/2017.

II) Não incide a vedação do artigo 2º-B da Lei Federal 9.494/97, pois o STF estabeleceu na Súmula 729 que as restrições à concessão de liminar constantes neste dispositivo não se aplicam às questões previdenciárias, como é a presente.

III) O artigo 40, §§ 14, 15 e 16 da CF e o artigo 126, §§14, 15 e 16, da CE prevêem a possibilidade de opção do servidor que ingressou antes da instituição do regime de previdência complementar ao regime novo, pois ao estabelecer que “Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor...”, o legislador constitucional *“evidentemente teve dois objetivos muito claros: proteger os servidores que ingressaram no serviço público antes da implementação do novo regime, e que poderiam ser prejudicados com a aplicação das novas regras que incluem a previdência complementar, mas também conferir àqueles que assim desejarem o direito de optar e migrar para o novo regime”* (fl.185). Ou seja, ao ver do juízo a quo, o dispositivo tem um duplo sentido: conferir *“garantia contra alterações prejudiciais e, para além disso, o direito subjetivo de optar pelo novo regime complementar”*.

Esta interpretação se robusteceria no fato de a União ter adotado, para o seu regime de previdência complementar, esta possibilidade.

IV) A despeito dos prejuízos aos cofres públicos, configurado na imediata redução das contribuições previdenciárias à SPPREV e na imediata criação de despesa para a Fazenda Pública (pagamento de contrapartida à SP-Prev-com), deve prevalecer o direito “claro” e “expresso” na Constituição Federal em relação à possibilidade de migração ao novo regime por parte de servidores que entraram antes de sua instituição, sendo irrelevantes os danos ao patrimônio público e a previsão da legislação estadual.

Consoante se demonstrará, a tutela provisória concedida, além de representar um verdadeiro atentado contra o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Pública, viola frontalmente normas constantes na legislação processual, na legislação estadual e na Constituição Federal, devendo ser reformada.

II – DA VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO PROCESSUAL: IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDO DE SEGURANÇA COLETIVO QUE IMPLIQUE AUMENTO DE REMUNERAÇÃO E PAGAMENTO DE QUALQUER NATUREZA . DA INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 729.

Na decisão de tutela provisória, o juízo *a quo* entendeu que a restrição à concessão de liminar do artigo 2º-B da Lei Federal 9.494/1997 não se aplica em causas de natureza previdenciária, portanto, seria processualmente admissível o pedido da entidade coletiva. Sucede que o não cabimento da tutela provisória impugnada não se funda exclusivamente na disposição do artigo 2º-B da Lei Federal 9.494/97, **mas também nas vedações contidas no artigo 7, §§2º e 5º da Lei Federal 12.016/2009 (ignorados na decisão provisória), os quais jamais foram avaliados na ADC 4 à qual faz referência a S. 729 do STF.**

Assim, o juízo aplicou a Súmula 729 de forma totalmente equivocada e violou a legislação processual, senão vejamos:

Desde o julgamento da ADC 4/DF, o Supremo Tribunal Federal pacificou o **entendimento de que a legislação federal processual pode estabelecer restrições legais à concessão de tutela provisória** contra a Fazenda Pública. A Corte decidiu isso nos autos da mencionada ação de controle concentrado que avaliava a validade do *artigo 1º da Lei Federal 9.494/97* (veja-se que o 2º-B nem mesmo foi discutido!):

E M E N T A: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
– PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO
– NATUREZA DÚPLICE DESSE INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO

CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – INERÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA EM RELAÇÃO À ATIVIDADE JURISDICIONAL – CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROVIMENTO CAUTELAR CUJA FUNÇÃO BÁSICA CONSISTE EM CONFERIR UTILIDADE E ASSEGURAR EFETIVIDADE AO JULGAMENTO FINAL A SER ULTERIORMENTE PROFERIDO NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS DO PODER CAUTELAR DEFERIDO AOS JUÍZES E TRIBUNAIS – INOCORRÊNCIA DE QUALQUER OFENSA, POR PARTE DA LEI Nº 9.494/97 (ART. 1º), AOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – LEGITIMIDADE DAS RESTRICÇÕES ESTABELECIDAS EM REFERIDA NORMA LEGAL E JUSTIFICADAS POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E À CLÁUSULA DE PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA – GARANTIA DE PLENO ACESSO À JURISDIÇÃO DO ESTADO NÃO COMPROMETIDA PELA CLÁUSULA RESTRITIVA INSCRITA NO PRECEITO LEGAL DISCIPLINADOR DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EM PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – OUTORGA DE DEFINITIVIDADE AO PROVIMENTO CAUTELAR QUE SE DEFERIU, LIMINARMENTE, NA PRESENTE CAUSA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE PARA CONFIRMAR, COM EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA GERAL E “EX TUNC”, A INTEIRA VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ART. 1º DA LEI 9.494, DE 10/09/1997, QUE “DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA”.(ADC 4, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2008, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 EMENT VOL-02754-01 PP-00001)

O art.1º da Lei Federal 9.494/97 estabelecia que não poderia ser concedida tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses dos “arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”. Estas restrições foram consideradas constitucionais.

Muitos destes dispositivos hoje se encontram revogados, mas o que a ADC 4 tem de relevante é que qualquer tutela provisória que resulte em aumento, equiparação ou extensão de vantagem a servidores públicos não poderá ser concedida. A este respeito, transcreve-se a posição do Ministro Celso de Mello:

“o Judiciário, em tema de antecipação de tutela contra o poder público, somente não pode deferi-la nas hipóteses que importem em: (a) reclassificação ou equipa-

ração de **servidores públicos**; (b) concessão de aumento ou extensão de **vantagens pecuniárias**; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e **vantagens pecuniárias a servidor público** ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas” (Rcl 3.662-MC/CE, Rel. Min. Celso de Mello).”

Sucedem que muitos *aposentados* e *pensionistas* (pessoas que não são servidoras públicas) entram com ações contra o poder público pedindo a concessão de aposentadorias ou pensões, o que levou diversas entidades públicas a interporem Reclamações perante o STF invocando violação à ADC 4/DF. O STF considerou que nessas hipóteses não incidia o preceito do artigo 1º da Lei Federal 9.494/1997 e, após julgar improcedentes diversas dessas reclamações, estabeleceu na Súmula 729, publicada em **11 de dezembro de 2003**, o seguinte:

“A decisão na Ação Direta de Constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.”

Esta Súmula pacificou o entendimento de que não seria cabível a reclamação por violação à ADC 4 às hipóteses de antecipação de tutela em causas de natureza previdenciária, pois o artigo 1º da Lei Federal 9.494/97 estabelecia restrição à concessão de liminares ao específico grupo dos servidores públicos em ações que versassem, primordialmente, sobre regime remuneratório (aumento, equiparação, reclassificação). Assim, o termo matéria previdenciária diz respeito a causas nas quais a parte autora seja beneficiária de pensão ou aposentadoria e busque discutir requisitos de concessão, cálculo de proventos etc.

Diante disso, a Lei Federal 12.016/2009, editada seis anos depois da edição da Súmula 729 do STF, criou *novas hipóteses de restrição à concessão de medidas liminares* contra a Fazenda Pública. Estas restrições foram incluídas justamente porque se percebeu que o que era prejudicial ao poder público eram tutelas provisórias que implicassem, no geral, *pagamentos de qualquer natureza*. Esta lei foi editada com o escopo de evitar que a gestão da coisa pública seja feita por meio de medidas liminares ou tutelas provisórias concedidas por juízes. A ideia é dar um pouco de segurança jurídica aos atos administrativos e evitar uma completa irresponsabilidade fiscal na gestão das contas públicas.

Diante disso, o preceito foi editado nos seguintes termos:

Lei Federal 12.016/2009

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens prove-

nientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e **a concessão de aumento** ou a extensão de vantagens ou **pagamento de qualquer natureza**.

[...]

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Isso posto, não é possível que o Poder Judiciário conceda medida liminar ou tutela antecipada que resultem em aumento remuneratório ou mesmo crie obrigação de *pagamentos de qualquer natureza*. Repare-se que o dispositivo legal não limita a restrição a ações ajuizadas por servidores públicos ou a ações desta ou daquela natureza. A ideia é impedir, como dito acima, que pagamentos sejam feitos por força de liminar ou de tutela antecipada. Quer-se, em última instância, proteger os recursos públicos contra decisões precárias, não transitadas em julgado, e que gerem obrigações de pagamento de *qualquer natureza*.

A Lei 12.016/2009 foi editada após a ADC 4 e após a edição da Súmula 729 do STF. É NORMA POSTERIOR, portanto, é tecnicamente equivocado estender os efeitos dos julgados que ensejaram a formação do enunciado 729 a uma situação na qual ele não cabe, já que o STF JAMAIS avaliou a incidência do artigo 7º, §§2º e 5º, da Lei 12.016/2009 na ADC 4 (até por uma questão cronológica). Pior, é equivocado dar ar de “norma geral” e “abstrata” ao enunciado de forma a interpretá-lo sem levar em conta os fatos e as normas que o subjazem, quebrando a cadeia de julgados que levou à sua edição.

Some-se a isso que a ADC 4 também não analisou a incidência do artigo 2º-B da Lei Federal 9.494/97 e que o termo “matéria previdenciária” não significa que eventual aumento remuneratório em decorrência de alteração de regime previdenciário não possa ser considerado um *aumento remuneratório* para fins de vedação à concessão de liminar:

Lei Federal 9.494/97

Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Dessa forma, consoante reconhecido na própria decisão impugnada, a implantação da ordem judicial implicará em **danos ao patrimônio público** e à **gestão previdenciária**, pois a “SPPREV deixará de verter para os seus cofres determinados valores, ao passo que a Fazenda do Estado passará a ser compelida a

verter outra quantia relativa à contribuição previdenciária em favor deles para a SP-PREVCOM” (fl.188).

Destaque-se que a Procuradoria do Estado solicitou, em caráter de urgência, aos setores de recursos humanos da Secretaria da Fazenda que informassem o **número de potenciais agentes fiscais de renda que podem vir a ser beneficiados pela tutela provisória** deferida. Além disso, com base na média dos salários e das contribuições sociais, requereu-se a **realização de duas estimativas: (i) perda de receita para o Regime Próprio e (ii) aumento de despesas decorrentes do pagamento de contrapartidas à SP-Prevcom** (Anexo I).

Repare-se que existem, de acordo com a **Folha de Dezembro de 2017**, 2.248 agentes fiscais de renda que ingressaram antes de 20 de janeiro de 2013. No mês de dezembro, cada servidor contribuiu, em média, com R\$ 2.254,87, totalizando o montante de R\$ 5.068.941,30 por mês que devem ser vertidos ao RPPS (para custear outras aposentadorias e pensões).

Caso efetivada a liminar pretendida pelo sindicato autor para todos os servidores, a contribuição previdenciária deixará, **imediatamente**, de incidir sobre a remuneração total dos servidores e passará a incidir sobre o teto do RGPS (adotou-se o teto do INSS de dezembro de 2017 – R\$ 5.531,31). Assim, o RPPS (administrado pela SPPREV) passará a receber, em média, R\$ 608,44, totalizando a quantia mensal de R\$ 1.367.773,12. Está-se falando de uma **perda mensal de arrecadação da ordem de R\$ 3.701.168,18**, ou seja, R\$ 1.646,42 por servidor público. **Em um ano, esse valor atinge a marca dos R\$ 48.115.186,34.**

Para a São Paulo Previdência, essa perda de recursos é expressiva e pode ensejar tanto o atraso no pagamento de benefícios previdenciários aos atuais aposentados e pensionistas quanto o contingenciamento de verbas de outras Secretarias de Estado, a fim de viabilizar o adimplemento das mencionadas prestações. ***Ou seja, a concessão da tutela provisória gera impactos de ordem econômica, financeira, administrativa e atuarial, desequilibrando e atrapalhando a gestão racional da Previdência Pública e de outras atividades do Estado de São Paulo.***

Assim, é evidente que a norma processual que veda a concessão de medidas liminares que impliquem pagamentos de qualquer natureza, liberação de recursos em prol de servidores públicos (Fazenda terá de depositar recursos na SP-Prevcom) e concessão de aumento remuneratório (efeito prático da redução da base de cálculo da contribuição social devida à SPPREV) impede o deferimento processual da medida, por mais que o juízo *a quo* entenda que “claramente” a Constituição estabelece o direito à migração de regime aos servidores que ingressaram antes de sua instituição.

A questão não é só a “clareza” da norma à luz do entendimento do juiz, mas as “consequências” da medida judicial à luz da interpretação e das práticas ado-

tadas pela Administração Pública, a qual não pode ficar submissa a entendimentos proferidos em decisões precárias proferidas por agentes do Poder Judiciário. Exige-se o mínimo de respeito às interpretações jurídicas do Poder Executivo e às decisões técnico-político-legislativas do Poder Legislativo, pois o Estado e suas disposições constitucionais e legais não foram entregues, com exclusividade, à interpretação única de membros do Poder Judiciário, principalmente em matérias de grande especialidade, como a matéria previdenciária.

III – DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE RESTRIÇÃO DOS PARTICIPANTES DE PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. LIMITES INTERPRETATIVOS DO ARTIGO 40, §§14, 15 E 16, DA CF E DA NECESSIDADE DE OBEDIÊNCIA ÀS REGRAS DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO, FINANCEIRO E ATUARIAL.

A principal questão jurídica debatida nos autos diz respeito à existência do alegado *direito de migração* de servidores vinculados integralmente ao RPPS (pois entraram no serviço público antes da instituição da SP-Prevcom) ao novo regime previdenciário de Previdência Complementar (RPC).

Na tutela provisória, o juízo reconheceu a plausibilidade jurídica da pretensão, argumentando que o artigo 1º, §§1º e 6º, da Lei Estadual 14.653/2011, ao não prever a oferta do regime de previdência complementar com contrapartida do Estado aos servidores públicos que ingressaram no serviço público antes sua instituição (*no caso, 20.01.2013 – consoante definido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2165511-31.2014.8.26.0000*), violaram a literalidade do artigo 40, §16, da CF. É dizer: o juízo entende que o artigo 40, §16, da CF obriga o Estado a ofertar planos de previdência complementar a servidores vinculados ao antigo regime de previdência.

Ao ver do juízo *a quo*, o §16 do artigo 40 foi criado pelo legislador constitucional com dois objetivos:

- i) assegurar que a Previdência Complementar não seja aplicada a servidores que ingressaram no serviço público antes de sua instituição; e
- ii) assegurar o direito de optar pela migração de regime quando de sua instituição.

Sustentou, por fim, como reforço de argumento, que a União estabeleceu esta possibilidade de migração na lei que institui o regime de previdência complementar naquele ente federado.

Pretende-se demonstrar no presente recurso que a decisão proferida pelo juízo foi muito além do §16 do artigo 40 da CF, além de implicar ilegal

restrição à competência legislativa do Estado para regular a previdência pública ofertada a seus servidores e atentar contra o equilíbrio financeiro e atuarial do regime próprio de previdência dos servidores do Estado de São Paulo.

A. SOBRE OS OBJETIVOS DO CONSTITUINTE QUANDO DA ELABORAÇÃO DO ARTIGO 40, §§14, 15 E 16, DA CF. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DEVE SER INSTITUÍDA DE FORMA QUE RESPEITE OS CRITÉRIOS DE EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR A SERVIDORES ANTIGOS – OPÇÃO POLÍTICA, TÉCNICA E LEGISLATIVA DOS ENTES FEDERADOS.

Um dos argumentos que sustentam a tese adotada pelo juízo *a quo* é o de que o legislador constitucional teria tido como objetivo, ao editar o artigo 40, §16, da CF, criar um *direito subjetivo* de adesão ao Regime de Previdência Complementar (RPC) para os servidores antigos (anteriores a 20.01.2013, no caso) na oportunidade em que instituísem tal regime.

A Fazenda Pública e a São Paulo Previdência entendem que o §16 do artigo 40 não cria um direito subjetivo à criação de um RPC e nem mesmo um direito à migração de regime, estabelecendo somente uma garantia de que os servidores antigos não serão vinculados compulsoriamente à previdência complementar e nem terão os benefícios a que tem expectativa de direito limitados pelo teto do INSS em razão disso.

Diante da divergência de interpretação a respeito do significado do artigo 40, §16, da CF, *divergência esta demonstrada no embate entre o modelo concebido pelo juízo a quo na tutela provisório e o modelo instituído pela Lei Estadual 14.653/2011 e pela Portaria SPPREV nº 162/2017*, é importante que se verifiquem os objetivos do legislador constitucional a partir das razões aduzidas na Exposição de Motivos da Emenda 20/1998 e na Exposição de Motivos da Emenda 41/2003. Estas razões, em conjunto com uma interpretação sistemática das disposições positivadas no texto constitucional e à luz das consequências da decisão, qualificarão a interpretação do preceito discutido. Isto é, pretende-se fugir do lugar-comum de interpretar a norma à luz de *achismos* sobre a *vontade do legislador* e explicitar, para o debate de Vossas Excelências, as razões legislativas que culminaram na concepção do regime complementar.

Pois bem.

Os §§14, 15 e 16 do artigo 40 foram incluídos na Constituição Federal pela Emenda 20/1998. Estes dispositivos foram *concebidos* no Senado Federal à luz do objetivo estratégico explicitado na Exposição de Motivos encaminhada pelo

Presidente da República de desenhar um novo modelo previdenciário, financeira e atuarialmente viável :

“8.[...] E é para permanecer honrando seus compromissos, que a Previdência Social implementará estratégias objetivando a obtenção de resultados a curto, médio e longo prazo que propiciem:

[...] c) o **desenho de um novo modelo previdenciário, financeira e atuarialmente viável e justo do ponto de vista social.**

9. A proposta de emenda constitucional ora submetida a Vossa Excelência enquadra-se nesta terceira linha de atuação objetiva, sobretudo, devolver ao sistema de previdência social os princípios da boa técnica e boa doutrina previdenciária, remetendo para legislação complementar o estabelecimento de regras que dependam de análise de viabilidade atuarial, suprimindo diferenças de gênero, categoria profissional e entre segurados urbanos e rurais, estimulando a contribuição, e estabelecendo regras de transição que **garantam a sobrevivência do sistema durante o período de mudanças**, como os direitos adquiridos dos segurados.” (http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_em.Pdf)

Da simples leitura deste trecho da Emenda, percebe-se a preocupação do legislador constitucional com a *viabilidade financeira e atuarial* da Previdência Social. Este é o objetivo estratégico da reforma, qual seja: mudar as regras, garantindo “**a sobrevivência do sistema durante o período de mudanças**”.

Diante deste objetivo, o Senado Federal, após intensos debates (audiências, seminários, estudos) documentados no processo legislativo, elaborou os §§14, 15 e 16 do artigo 40.

Na exposição de motivos do Substitutivo, o relator aponta como **princípios básicos da reforma** os seguintes: proteção em caso de perda da capacidade de trabalho, caráter contributivo com equidade, universalidade e uniformidade e **viabilidade de longo prazo**. Quanto a este princípio, expõe o relator da proposta:

“O equilíbrio financeiro e atuarial é necessário não apenas para dar segurança às pessoas que contribuem mensalmente para o sistema, cuja expectativa é usufruir benefícios no futuro, mas também para garantir o pagamento dos benefícios àqueles que contribuíram no passado. Os cálculos dos atuários, portanto, são feitos para várias gerações.

Assim, a implementação de tais princípios é uma exigência imposta pelas mudanças na política e na economia do País. Por um lado, a democracia exige transparência na alocação de recursos públicos escassos, uniformidade de regras com o fim de privilégios e prioridade para a realização de despesas com maior retorno social. Por outrolado, a necessidade de

incremento de competitividade exige uma reestruturação produtiva com ênfase na equidade social e na liberação de recursos para investimentos em capital humano, de modo a criar condições sistêmicas para a sustentação de um novo modelo de desenvolvimento econômico que permita a participação do Brasil em um mundo globalizado.” (http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Senado/EC020_sen_25071997_prc390.Pdf)

Percebe-se, desta forma, que o objetivo do legislador com a reforma constitucional estava umbilicalmente ligado à necessidade de respeito a critérios de equilíbrio financeiro e atuarial, pois esta é uma **premissa básica** para que haja recursos para investir-se em capital humano que permita a superação de nossos problemas sociais.

É neste contexto que se insere o que o relator chamou de “*Abertura à implantação de previdência complementar para o servidor público*” (um capítulo específico da exposição de motivos).

Este processo de criação institucional das Previdências Complementares para Servidores Públicos titulares de cargos efetivos se deu à luz do propósito de dar condições e capacidade de investimento ao poder público. Foi encarado como uma alternativa para que os governos (União, Estados e Municípios) reduzissem seus encargos previdenciários e **ganhassem maior vigor financeiro**, levando-se em conta, portanto, a **realidade atuarial dos mencionados regimes**. Como dito acima, os cálculos atuariais importam e não se pode comprometer a capacidade de investimento das entidades federadas, estabelecendo ou interpretando as regras de forma a dilapidar-lhes a prerrogativa de modelagem de regimes previdenciários consentâneos com suas capacidades financeira e atuarial. Transcrevem-se os objetivos do legislador constitucional:

“Abertura à implantação de previdência complementar para o servidor público

*A estabilização da economia está permitindo melhor compreensão da crescente pressão dos encargos previdenciários sobre as escassas receitas públicas. O que era antes encoberto pela névoa da inflação, agora torna-se evidente. **De modo generalizado, está sendo bem compreendida a situação fiscal da União, Estados e Municípios, principalmente quanto à exaustão da capacidade de investimento.***

*Entre os diversos fatores relevantes, tem destaque **o custo da folha de pagamento do pessoal inativo.** Diversos governos estaduais e municipais já perceberam as vantagens da implantação de um regime de capitalização de contribuições para assegurar a aposentadoria de seus servidores. **Mediante uma combinação de regimes, o adequado atendimento aos encargos previdenciários teria maior vigor financeiro e seria menos vulnerável às conjunturas fiscais no futuro.***

Esta reforma da previdência social criaria a possibilidade, mediante a previsão de uma lei complementar que estabelecesse normas gerais, que a União, os Estados e os Municípios venham a criar mecanismos de previdência complementar para seus servidores.

Cabe esclarecer que este mecanismo seria uma opção para os atuais servidores, e se trata de uma abertura às inovações para fazer frente ao passivo previdenciário futuro, em nada diminuindo os direitos e prerrogativas do atual servidor público. [...]

(http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Senado/EC020_sen_25071997_prc390.Pdf)

Da leitura da exposição de motivos, percebe-se que a criação da previdência complementar sempre foi encarada como uma alternativa para dar “maior vigor financeiro” e tornar a entidade federativa “menos vulnerável às conjunturas fiscais no futuro”.

Como dito em diversas passagens, ela foi pensada para lidar com o problema da “exaustão de [...] capacidade de investimento” dos entes federados. Foi pensada para ser **vantajosa** aos governos municipais e estaduais. O mecanismo jamais foi concebido como um “direito do servidor antigo”, mas como uma “opção”, a qual, naturalmente, somente será disponibilizada ao servidor antigo se o objetivo estratégico de um “novo modelo previdenciário, financeira e atuarialmente viável e justo do ponto de vista social” puder ser atingido.

Esses elementos das Exposições de Motivos deixam claro que o modelo de Previdência Complementar não foi pensado para constituir um “direito subjetivo” do servidor antigo à adesão ao novo regime.

Veja-se que faz sentido que não se tenha criado este “direito subjetivo” ao servidor, uma vez que o legislador constitucional não tem plena noção da realidade atuarial e financeira dos diversos entes federativos. Um regime de previdência complementar possui um impacto financeiro gigantesco e compromete o fluxo financeiro a curto e médio prazo. Prever um direito subjetivo à migração de regimes atentaria contra a premissa básica do projeto, qual seja, a construção de um modelo financeira e atuarialmente viável. Do ponto de vista lógico, organizacional e de gestão, é mais adequado atribuir a cada ente federado a análise, o estudo e a definição da forma de instituição da previdência complementar fechada dos servidores.

Neste contexto, o §15 do artigo 40 sofreu uma alteração pela Emenda 41/2003:

§ 15 - Observado o disposto no art. 202, ~~lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.~~ (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Repare-se que o §15 antes previa que “*lei complementar*” estabelecerá normas gerais para a instituição do regime pelos entes federados para “*atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo*” (redação da Emenda 20/1998). O atual §15 (Emenda 41/2003), além de atribuir a iniciativa ao Poder Executivo, ainda suprimiu esta menção, deixando claro que o Regime de Previdência Complementar será ofertado a “*participantes*”. O efeito do texto positivo é atribuir aos entes (União, Estados e Municípios) a possibilidade de modelar a Previdência Complementar de maneira a restringir ou ampliar o rol de servidores públicos que possam ser beneficiados por seus planos de benefícios (inclusive com a possibilidade de oferta a servidores públicos que não sejam vinculados à entidade federada, já que suprimida a expressão “*respectivos servidores*”).

Caberá a cada ente, portanto, estabelecer o universo de servidores aos quais poderão ser ofertados os planos de benefício.

No tocante ao teor do §15 do artigo 40 da CF, cumpre destacar a exposição de motivos da Emenda 41/2003:

[...] 52. O Texto Constitucional vigente determina a aprovação de uma lei complementar que serviria de marco para a futura previdência complementar dos servidores públicos. Todavia, após a elaboração e a publicação das Leis Complementares nº 108 e 109, em 29 de maio de 2001, esta exigência tornou-se meramente condicionante da implantação dos regimes de previdência complementar, haja vista todos os princípios e normas necessários para a implementação de um sistema de previdência complementar já estarem positivados, motivo pelo qual a exigência contida na redação atual dos §§ 15 e 16 do art. 40 da Constituição, bem como o art. 10 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, resulta desnecessária.

53. Tal medida visa, inspirada nos Princípios da Igualdade e da Solidariedade, homogeneizar os regimes de Previdência Social existentes no País, em razão de os trabalhadores da iniciativa privada estarem vinculados, obrigatoriamente, ao Regime Geral de Previdência Social gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, cujos benefícios são limitados atualmente a um teto de R\$ 1.561,56 (um mil, quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta e seis centavos) e, a partir deste valor, os que quiserem garantir uma renda maior para sua aposentadoria contribuem, facultativamente, para a previ-

dência complementar. Cabe apontar que a presente Emenda Constitucional submete a Vossa Excelência a proposta de elevação do teto de benefícios e contribuição do Regime Geral de Previdência Social, o qual serve de referência para a instituição do teto nos regimes próprios do funcionalismo, para R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais) a partir do momento de promulgação desta Emenda.

54. Os futuros servidores públicos estarão, assim, submetidos a princípios similares aos trabalhadores da iniciativa privada, com o que se cumpre o Programa de Governo de Vossa Excelência, submetido ao sufrágio das urnas em outubro de 2002. Proporciona-se mais racionalidade e equidade ao sistema previdenciário vigente no país, à medida que se desenha uma estrutura igualitária que abrange todos os trabalhadores e, ao mesmo tempo, fortalece um modelo de previdência que tem como corolários, em primeiro lugar a proteção social com base no princípio da solidariedade, bem como a adesão voluntária à previdência complementar, que, ademais, participa da formação de poupança de longo prazo capaz de gerar riquezas e postos de trabalho. (<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2003/emendaconstitucional-41-19-dezembro-2003-497025-norma-Atualizada-pl.doc>)

Dessa forma, a instituição da Previdência Complementar é uma política previdenciária **primordialmente voltada aos futuros servidores públicos** e, se possível, se adequado, se for o caso, se for atuarialmente viável, será ofertada aos servidores que já estejam vinculados ao regime. Se ofertado, o servidor poderá exercer sua opção de aderir ao regime novo e, nesta hipótese, tanto seus benefícios quanto suas contribuições obedecerão ao teto do INSS.

Estes foram os objetivos do legislador constitucional à luz das exposições de motivos das Emendas 20/98 e da 41/2003.

B. DA DESNECESSIDADE DE OFERTA DE PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR COM CONTRAPARTIDA A SERVIDORES VINCULADOS AO REGIME ANTIGO. SERVIDORES QUE GOZAM DE SITUAÇÃO JURÍDICA DIFERENCIADA. COMPETÊNCIA DO ESTADO PARA INSTITUIR A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E RESTRINGIR SEU UNIVERSO DE PARTICIPANTES.

Não existem dúvidas de que cabe ao Estado legislar sobre previdência social em matéria que envolva seus servidores públicos. Esta competência legislativa consta no artigo 24, XII, da Constituição:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Também não existem dúvidas de que o Regime Próprio de Previdência dos Servidores deve obedecer a regras de equilíbrio financeiro e atuarial:

*Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, **é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário**, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, **observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.***

Diante deste conjunto de normas, não há dúvidas de que a obrigação dos Estados é assegurar a seus servidores um regime de previdência de caráter contributivo e solidário.

No caso em testilha, os servidores associados, por terem entrado antes de 20.01.2013, estão vinculados ao regime de previdência vigente à época de seus respectivos ingressos no serviço público, de forma que pagam contribuições previdenciárias que incidem sobre seus vencimentos e perceberão benefícios calculados de acordo com a norma vigente ao tempo de suas aposentações. O Estado de São Paulo, portanto, obedece à ordem constitucional em vigor.

A instituição da Previdência Complementar, gerida pela SP-Prevcom, se deu a partir de 20.01.2013. Os planos de benefícios com contrapartida do Estado foram ofertados exclusivamente aos servidores que ingressaram no serviço público após tal data, dada a incapacidade financeira e atuarial do Estado de ofertá-los a servidores antigos.

Assim, não concebido um plano de previdência complementar que tenha como participantes servidores antigos (anteriores a 20.01.2013), *não faz sentido que estes tenham o direito a se desvincular do regime antigo e optarem pelo regime novo*. Esse direito não está previsto no artigo 40, §16, da CF e tampouco, como visto acima, o legislador constitucional teve como objetivo obrigar as entidades federadas a ofertá-los. Tanto isso é verdade que a Constituição deu aos Estados o poder de definir os participantes, tendo protegido os servidores contra a vinculação compulsória ao novo regime.

A interpretação do juízo *a quo* tem como consequência a restrição dos possíveis modelos de instituição da Previdência Complementar no âmbito dos Estados e Municípios, pois permite que eles a instituam desde que assegurem o “direito subjetivo de opção” dos servidores já vinculados ao RPPS.

Esta tese decorre de uma **interpretação superficial dos dispositivos normativos** e, quando confrontada com os princípios (*e com a realidade*) que nor-teiam a gestão do Regime Próprio, **não se sustenta**.

Prevêem os §§ 14, 15 e 16 do artigo 40 da Constituição:

§ 14 - A União, **os Estados**, o Distrito Federal e os Municípios, **desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo**, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 **será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo**, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 16 - *Somente* mediante sua prévia e expressa opção, **o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição** do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

Da simples leitura dos dispositivos, percebe-se que a instituição do regime de previdência complementar **é uma prerrogativa dos Estados**. Esta prerrogativa tem como escopo viabilizar a aplicação do teto do RGPS para os benefícios de aposentadoria e de pensão às prestações pagas aos servidores que ingressarem no serviço público após a instituição do mencionado regime. Isso porque esta redução, a logo prazo e se feita de forma prudente, permitirá a redução do deficit da Previdência Pública.

Para que a redução não seja aplicada a servidores que ingressaram no serviço público antes de sua instituição, o §16 do artigo 40 cria **um limite à alteração do regime jurídico**, qual seja: a prévia e expressa opção do servidor antigo.

Isto é, o objetivo da norma do §16 não é criar um “direito à opção pelo novo regime de previdência complementar”, como defendido pelo sindicato, mas **impedir que servidores públicos que ingressaram antes de sua instituição sejam obrigados a se submeter a tal regime**. Uma coisa é completamente diferente da autora e, **consoante se demonstrará**, engendram consequências financeiras e atuariais diversas.

Veja-se que os §§14 e 15, aos quais faz referência o §16, *desenham* a instituição da Previdência Complementar como um **poder das entidades federadas** a fim de que estas possam melhor gerir os regimes próprios de previdência pelos quais possuem responsabilidade. Tanto é assim que se utilizam termos como “os Estados [...] poderão fixar” e “o regime de previdência complementar de que trata §14

será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo”. Além disso, o dispositivo fala em oferta aos participantes, isto é, cabe ao Estado definir quem terá ou não direito a aderir à previdência fechada por ele criada e, da mesma forma, quem dela poderá participar.

Quando o §16 regula **os limites** para alteração do regime jurídico de previdência dos servidores, impossibilitando aos Estados editar normas que **compulsoriamente** vinculem tais servidores a essa nova sistemática, ele não está assegurando ao servidor antigo o direito a que o Estado crie para ele um regime de previdência complementar e muito menos o direito a migrar para a Previdência Complementar ofertada aos servidores novos.

Veja-se que cabe às entidades federadas, **de acordo com a realidade financeira e atuarial dos diversos regimes**, optar pelo melhor *modelo de transição* e isso tem como consectário lógico a possibilidade de definir o universo dos servidores que poderão participar do novo regime.

Isso porque, **a depender da capacidade econômica e financeira do ente federado** e do **cálculo atuarial pertinente**, permitir que os servidores antigos adiram ou não à Previdência Complementar se encaixa no âmbito das opções técnico-político-legislativas, **dada a possibilidade de violação ao equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Pública**.

Não custa destacar que os §§14, 15 e 16 **complementam** o sentido do *caput* do artigo 40 da Constituição, o qual estabelece a observância de **critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial**.

Portanto, **ao instituir a previdência complementar e regular a transição de regimes**, o Estado de São Paulo levou em conta critérios de equilíbrio financeiro (isto é, o fluxo de receitas e despesas atuais e futuras ao RPPS, incluindo contribuições previdenciárias e repasses do Tesouro Estadual) e atuarial (riscos futuros, capacidade de honrar as prestações previdenciárias, número de servidores públicos, faixa etária dos segurados, expectativa de vida dos servidores, proporção entre segurados e beneficiários vinculados ao regime).

Reconhecer o direito de opção pelo regime novo de previdência a servidores públicos que ingressaram antes de sua instituição **não é uma banalidade**. É o reconhecimento de um direito que afeta **todas as projeções atuariais** e **a engenharia financeira projetada** para lidar com o desafio de pagar as prestações previdenciárias devidas pelo RPPS. Este poder de gerir a máquina pública não foi restringido pelo §16 do artigo 40, o qual não fixa um modelo de previdência complementar com obrigatória oferta de planos de benefício a servidores antigos. Isso não existe.

Além da perda de arrecadação de recursos para a São Paulo Previdência (vista no tópico anterior), uma consequência nefasta para as finanças públicas seria a

criação de novas obrigações de pagamento no curso do exercício financeiro. Essas obrigações de pagamento se concretizam no recolhimento das contrapartidas patronais às contas individualizadas dos servidores que vierem a aderir à SP-Prevcom.

Nesta circunstância, o total de contribuição patronal atinge a quantia de R\$ 5.047.051,95 por mês. Estes valores seriam imediatamente aplicados de acordo com a política de investimentos da entidade, gerando a aquisição de títulos do tesouro e impactando nas expectativas dos segurados e beneficiários da Previdência Complementar. Afinal, haveria um aumento significativo de “segurados sub judice”, gerando problemas de gestão e empecilhos na eventual reversão da medida. Anualmente, este valor poderia chegar a R\$ 65.611.675,31.

A despeito do montante, veja-se que a execução da medida liminar para uma ou várias pessoas gera problemas administrativos e financeiros, diferenciando-se somente pelo grau do transtorno. Fato é que, em termos de sistema, haverá uma turbulência gerada por uma medida judicial precária e de difícil ou complicada reversão.

É importante destacar, como dito anteriormente, que a implantação do teto aos benefícios pagos pelo Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos deve levar em consideração a realidade atuarial de cada ente federado.

Para a União, pode fazer sentido criar um mecanismo de migração para Previdência Complementar por meio de um sistema de compensação financeira operacionalizado através de um benefício especial calculado com base nas contribuições vertidas pelos servidores. **Sucedem que esta solução não pode ser imposta ao Estado de São Paulo**, o qual adotou, com base em parâmetros técnicos-econômicos-financeiros e políticos próprios um modelo menos *apressado* de transição. A título de exemplo, para demonstrar essa diferença, destaque-se a proporção do Quantitativo de Segurados/Beneficiários do RPPS segundo os dados apurados pelo Anuário Estatístico da Previdência Social de 2015 (Anexo 3). Em média, nos Estados, essa proporção é de 1 ativo para 3 aposentados/pensionistas. Na União, essa média é de 1 ativo para 2 aposentados/pensionistas. Só isso já demonstra que a situação dos Regimes Próprios nos Estados é bastante diferente daquela enfrentada pela União.

Veja-se que o RPPS adota a metodologia da **Repartição Simples**, ou seja, as contribuições sociais e os repasses do Tesouro são vertidos a um Fundo e usados, no exercício financeiro, para pagamento dos benefícios previdenciários vigentes.

Atualmente, **somente as contribuições previdenciárias recolhidas dos servidores** não são suficientes para custear integralmente o valor dos benefícios (motivo pelo qual o Tesouro custeia grande parte da despesa) e a proporção de ativos para beneficiários é de quase 1:1 no Estado de São Paulo (ou seja, 1 ativo para 1 beneficiário (aposentado e pensionista)).

Assim, consoante recente relatório de Insuficiência Financeira (Anexo 2), colacionado aos autos, percebe-se a situação **crítica** do Regime Próprio e a necessidade de que eventuais decisões judiciais (principalmente em ações com alto grau de replicabilidade) atentem para as consequências nefastas dos custos de sua implantação.

Em termos práticos, se for concedida a liminar e julgada procedente a segurância, ter-se-á uma redução brutal no valor das contribuições previdenciárias vertidas ao RPPS, impactando, de forma não prevista e açodada, o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Pública.

Hodiernamente, as contribuições incidem sobre a remuneração integral dos servidores e custeiam benefícios que podem superar o teto do INSS. Estes benefícios **continuarão sendo pagos**, mas as contribuições serão imediatamente reduzidas. É dizer, haverá um impacto financeiro imediato nas contas da SPPREV. Portanto, em termos financeiros e de gestão de médio prazo, essa transposição de regime não atende ao interesse público, pois ela demandará recursos públicos dos quais o Estado de São Paulo não pode dispor, sob pena de prejuízo ao custeio de outros programas e ações governamentais.

Diante disso, não foi à toa que o Estado de São Paulo não previu a possibilidade de os servidores antigos migrarem para o regime novo. Esta opção legislativa se fundou nas peculiaridades do RPPS Paulista e na sua capacidade financeira de suportar a transição para o novo regime, dados os custos iniciais e a médio prazo que ele impõe ao poder público.

Isso posto, tendo em vista a necessidade de obediência aos critérios de equilíbrio financeiro e atuarial, bem como à regra de competência legislativa que atribui ao Poder Executivo instituir por meio de lei o novo regime, não há como reconhecer um “direito à opção dos servidores antigos” ao novo regime de previdência complementar, dada a evidente violação ao *caput* do artigo 40 e aos §§14, 15 e 16 do mencionado dispositivo, bem como ao artigo 1º, §1º e 6º, da Lei Estadual 14.653/2011.

III – PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO: DA IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA, DOS GRAVES DANOS IMEDIATOS AO ERÁRIO E DA NÃO FIXAÇÃO DE CONTRACAUTELA

Consoante reconhecido pelo próprio juízo *a quo* em sua decisão liminar, a implementação da medida provocará danos ao patrimônio e à gestão pública imediatamente, já que, de pronto, importará a redução do valor da contribuição previdenciária paga pelos auditores fiscais de renda (a contribuição deixa de incidir sobre o valor total da remuneração e passa a incidir sobre o teto do INSS), bem

como gera uma obrigação para a fazenda pública de liberar recursos públicos a serem depositados em contas individualizadas pertencentes aos autores.

Ou seja, através de uma medida liminar, criou-se um rombo milionário nas contas públicas. Por mais claro que este direito esteja à luz da concepção da ilustre magistrada, sua implementação não pode ser feita por meio de medida liminar em mandado de segurança coletivo. Há que se observar o devido processo legal. Há que se ter o mínimo de deferência à legislação processual e à legislação estadual que regula a matéria.

O rombo provocado pela interpretação da ilustre magistrada se configura de duas formas: **(i) perda de receita para o regime próprio e (ii) aumento de despesas para a fazenda decorrentes do pagamento de contrapartidas à SP-Prevcom** (Anexo I).

Como exposto anteriormente, de acordo com a **Folha de Dezembro de 2017**, há 2.248 agentes fiscais de renda que ingressaram antes de 20 de janeiro de 2013. No mês de dezembro, cada servidor contribuiu, em média, com R\$ 2.254,87, totalizando o montante de R\$ 5.068.941,30 por mês que devem ser vertidos ao RPPS (para custear outras aposentadorias e pensões).

Caso efetivada a liminar pretendida pelo sindicato autor para todos os servidores, a contribuição previdenciária deixará, **imediatamente**, de incidir sobre a remuneração total dos servidores e passará a incidir sobre o teto do RGPS (adotou-se o teto do INSS de dezembro de 2017 – R\$ 5.531,31). Assim, o RPPS (administrado pela SPPREV) passará a receber, em média, R\$ 608,44, totalizando a quantia mensal de R\$ 1.367.773,12. Está-se falando de uma **perda mensal de arrecadação da ordem de R\$ 3.701.168,18**, ou seja, R\$ 1.646,42 por servidor público. **Em um ano, esse valor atinge a marca dos R\$ 48.115.186,34.**

Além da perda de arrecadação de recursos para a São Paulo Previdência (vista no tópico anterior), uma consequência nefasta para as finanças públicas seria a criação de novas obrigações de pagamento no curso do exercício financeiro. Essas obrigações de pagamento se concretizam no recolhimento das contrapartidas patronais às contas individualizadas dos servidores que vierem a aderir à SP-Prevcom.

Nesta circunstância, o total de contribuição patronal atinge a quantia de R\$ 5.047.051,95 por mês. Estes valores seriam imediatamente aplicados de acordo com a política de investimentos da entidade, gerando a aquisição de títulos do tesouro e impactando nas expectativas dos segurados e beneficiários da Previdência Complementar. Estas medidas possuem um grau de transtorno, de danos e de irreversibilidade sem possibilidade de mensuração. Além disso, haveria um aumento significativo de “segurados *sub judice*”, gerando problemas de gestão e empecilhos na eventual reversão da medida. Anualmente, este valor poderia chegar a **R\$ 65.611.675,31.**

Destaque-se que a irreversibilidade da medida é uma consequência óbvia, principalmente em situações nas quais houver a concessão de benefícios (invalidez, morte) ou nos casos de exoneração (servidor portará seu dinheiro para outros fundos de pensão).

Some-se a isso que quem executar provisoriamente o julgado pode **não ter recursos para adimplir os tributos devidos** em caso de reversão da medida.

O dinheiro depositado nas contas individualizadas seriam atribuídos ao servidor público, o qual pode portá-lo a outros fundos de previdência, *caso se exonere do serviço público*, ou mesmo pode usá-lo para cobrir despesas com aposentadoria ou pensão por morte. Essa quantia teria **caráter alimentar** e poderia ser alegado que **o beneficiário não teria obrigação ou condição de devolvê-la ao Estado**.

Na eventual reversão da medida judicial, o Estado e a SPPREV teriam de cobrar os valores devidos de cada um dos executados.

Outros problemas de gestão poderiam ser provocados. A título de exemplo, pense-se na situação dos servidores virem a se aposentar por invalidez ou morrer, por exemplo. Estes benefícios seriam concedidos com base em que lei? Após concedidos, seriam cassados e iniciada uma nova relação previdenciária com o ente do qual o servidor se desvinculou e para o qual não contribuiu? Se não contribuiu, como será feito o cálculo do seu benefício? Como calcular a média das remunerações sobre as quais não incidiram contribuição? O servidor receberia com base no teto do INSS sem direito à complementação? Veja-se que esta liminar representa o início de um grande conflito que pode ser evitado com um simples indeferimento.

Portanto, diante de uma série de consequências de ordem financeira, social, econômica e jurídica, não se mostra **prudente** o deferimento de tutela provisória. Em verdade, espera-se dos juízes que tenham um mínimo de deferência pela legislação, pois a decretação de inconstitucionalidade de uma norma não é um ato banal, a ser feito após uma reflexão açada e superficial.

Destaque-se, por fim, o teor do §3º do artigo 300 do CPC:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

[...]

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Isso posto, melhor aguardar-se o transcurso do processo judicial e, após a certeza assegurada pelo trânsito em julgado, proceder-se o devido ressarcimento, **se for caso**. Até lá, os servidores ficam regidos pelo regime atual e não se criam expectativas e riscos financeiros, sociais e jurídicos desnecessários e irreversíveis.

Caso se entenda que é caso de concessão de liminar, é imperioso que se estabeleça, como medida de contracautela, que os beneficiários depositem os valores correspondentes à diferenças de contribuição previdenciária e à contrapartida paga pelo Estado à SP-Prevcom, a fim de que o rombo provocado pela decisão do juízo *a quo* tenha a mínima chance de ser mitigado.

A fixação de medidas de contracautela em face de prejudicados por tutelas provisórias é regulada pelo novo CPC:

Art. 519. Aplicam-se as disposições relativas ao cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, e à liquidação, no que couber, às decisões que concederem tutela provisória.

Diante disso, requer-se que se estabeleça que a exequibilidade da decisão está condicionada à prestação de caução suficiente e idônea, hábil a afastar o risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

Este pleito se funda na interpretação sistemática do artigo 520, IV, c/c artigo 521, parágrafo único, do CPC:

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

[...]

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, **dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.**

[...]

Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

[...]

Parágrafo único. **A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.**

Os mencionados dispositivos, a fim de proteger o executado contra investidas danosas a seu patrimônio, principalmente quando o credor não possui recursos suficientes para assegurar a execução, permite que se exija a prestação de caução suficiente e idônea.

No caso, os recursos que se deixarão de arrecadar e os valores que serão despendidos para pagar as contrapartidas à SP-Prevcom gerarão enormes prejuízos

ao Estado, sendo impositiva a fixação de caução dado o manifesto risco de grave dano e a incerteza na reparação das quantias devidas.

REQUERIMENTO FINAL

Em face do exposto, requer-se: i) a concessão liminar de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento; ii) a reforma da decisão interlocutória impugnada; iii) subsidiariamente, pugna-se pela fixação de caução como condicionante para execução do julgado.

São Paulo, 29 de janeiro de 2018

LUCAS LEITE ALVES

Procurador do Estado

OAB/SP nº 329.911

Registro: 2018.0000577762

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3000775-37.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, é agravada SINDICATO DOS AGENTES FISCAIS DE RENDAS DO ESTADO DE SÃO PAULO SINAFRESP.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao agravo de instrumento e julgaram prejudicado o agravo interno. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra esteacórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), PAULO BARCELLOS GATTI E ANA LIARTE.

São Paulo, 30 de julho de 2018.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Relator

Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento nº 3000775-37.2018.8.26.0000

Agravantes: Estado de São Paulo e São Paulo Previdência - SPPREV Agravado: Sindicato dos Agentes Fiscais de Rendas do Estado de São Paulo Sinafresp

Interessados: Presidente da São Paulo Previdência - Spprev, Diretor da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo (SP-PREV-COM), Diretor do Departamento de Despesa de Pessoal da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, Diretor do Departamento de Recursos Humanos da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e Diretor da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo (SP-PREVCOM)

Comarca: São Paulo Voto nº 12.292

Ementa:

Agravo de instrumento e agravo interno. Mandado de segurança coletivo. Servidores públicos. Migração para o regime de previdência complementar estadual sem a restrição contida no art. 1º, § 6º, da Lei nº 14.653/11, com a redação dada pela Lei nº 16.391/17, que exclui a contribuição patronal. Ausência dos requisitos do art. 7º, inciso III, da Lei do Mandado de Segurança. Liminar insubsistente. Recurso provido. Agravo interno prejudicado.

Vistos.

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento tirado da r. decisão interlocutória que deferiu medida liminar pleiteada em mandado de segurança coletivo de modo a compelir a administração pública estadual a aceitar a opção dos agentes fiscais de renda nas condições do § 16 do art. 40 da Constituição Federal pelo regime de previdência complementar instituído conforme as regras dos seus §§ 14 e 15.

Entendeu a decisão agravada que a recusa da administração pública em aceitar a adesão dos servidores que ingressaram no serviço público antes da oferta dos planos de previdência complementar ofende o direito de opção a eles garantido pelo § 16 do art. 40 da Constituição Federal, e daí a concessão da medida liminar com prazo de 180 dias para cumprimento.

A administração pública agravante argumenta com a incidência das restrições à concessão de tutelas de urgência contra a fazenda pública e aduz que, no exercício de suas competências, deliberou não ofertar os planos de

previdência complementar aos servidores nas condições já mencionadas, inexistindo assim direito de opção a ser exercido, de modo que, não sem antes tecer considerações sobre a higidez do sistema previdenciário em geral, pede a suspensão da decisão agravada e a reforma da decisão, quando não se exigindo a oferta de caução.

Atribuído o efeito suspensivo ao recurso, do que foi tirado agravo interno ora relatado em conjunto, foi ofertada a contraminuta pela manutenção da decisão agravada, seguindo-se o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento.

É o relatório.

O voto é pelo provimento do recurso de agravo de instrumento, prejudicado o agravo interno.

2. A hipótese dos autos não cuida da singela pretensão liminar de migração de servidores públicos que ingressaram no serviço público antes da vigência do sistema de previdência complementar instituído pelo Estado de São Paulo.

A pretensão em discussão é a de migração dos servidores públicos à margem da regra prevista no § 6º do art. 1º da Lei nº 14.653/11, com a redação dada pela Lei nº 16.391/17, que impede o aporte de recursos a título de contribuição patronal, nela designada contrapartida estatal¹.

3. Conforme já assinalado na decisão que atribuiu efeito suspensivo ao recurso, a instituição do regime de previdência complementar instituído nos §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal não é impositiva ao estado-membro, tratando-se de uma faculdade informada pelo princípio da autonomia dos entes federados e sujeita a critério de conveniência e oportunidade.

Neste sentido é a doutrina de Daniel Machado da Rocha (*Comentários à Constituição do Brasil*, Coord. J. J. Canotilho e outros, Ed. Saraiva, 1ª edição, 5ª tiragem, págs. 975-978) e de Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Servidores Públicos na Constituição Federal*, Ed. Atlas, 3ª edição, págs. 218-220).

Assim, a garantia de opção instituída no § 16 do art. 40 da Constituição Federal em favor dos servidores que ingressaram no serviço antes da criação do regime complementar ou da oferta efetiva dos planos concretiza exclusivamente a impossibilidade

1 Não se trata, portanto, de matéria compreendida no julgamento da Adin nº 2165511-31.2014.8.26.0000, ainda pendente de decisão em recurso extraordinário, e que tratou da disposição do § 1º do art. 1º da Lei nº 14.653/11, bem como da disposição do § 1º do art. 3º da mesma Lei, e que cuidou, a rigor, da data de publicação da lei como termo inicial de vigência do novo sistema, decidindo-se pela inconstitucionalidade.

de de transferência compulsória dos servidores, isto é, institui a excepcional garantia de regime jurídico, e não um direito de obter do ente público a prestação em disputa².

4. Pondera-se, também, que a pretensão deduzida na petição inicial não se atende sem a pronúncia de inconstitucionalidade da restrição contida no § 6º do art. 1º da Lei nº 14.653/11.

Isto exige maior e mais aprofundada reflexão sobre as contribuições pretéritas dos servidores à luz das disposições dos §§ 2º e 3º do art. 202 da Constituição Federal, que tratam da contribuição patronal e da proibição de transferência de recursos públicos ao sistema complementar.

E ainda exige respeito à cláusula de reserva de plenário instituída no art. 97 da Constituição Federal, que limita o provimento jurisdicional em sede de decisão interlocutória (Agravo de Instrumento nº 2247425-49.2016.8.26.0000; rel. Des. Osvaldo Magalhães).

5. Por outro lado, e como também já assinalado na decisão que atribuiu efeito suspensivo ao recurso, há clara possibilidade de constituição de lesão irreversível a justificar a providência em exame, e consistente na desorganização do sistema previdenciário estadual tal qual estruturado no presente, tendo em vista a dimensão e o impacto da medida discutida.

Acrescente-se, ainda, que não se descortina urgência a justificar o provimento liminar porque soa inusitado que associado efetuasse a migração de regime para aposentar-se antes do julgamento da ação.

6. Pelo exposto, é de se concluir ausentes os requisitos do inciso III do art. 7º da Lei do Mandado de Segurança, o que não autoriza a concessão da medida liminar em disputa, não obstante o respeito ao entendimento adotado na r. decisão interlocutória agravada.

Logo, o agravo interno fica prejudicado.

O voto é pelo provimento do recurso de agravo de instrumento, prejudicado o agravo interno.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Relator

2 Ou, dito de outra forma, a regra do § 16 do art. 40 da CF institui simples ato-condição, e não ato regra. Conforme ensina Celso Antônio, ato-condição é o que alguém pratica incluindo-se, isoladamente ou mediante acordo com outrem, debaixo de situações criadas pelos atos-regra, pelo que se sujeitam às eventuais alterações unilaterais delas. In.: *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição. Malheiros Editores, p.436/437

PROCESSO: 27699-375097/2016
INTERESSADO: SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE
PARECER: AGI nº 17/2018
EMENTA: Analisa a “compensação” ambiental a que se refere o art. 66, III, da Lei Federal n. 12.651/2012, especialmente pela “doação”, ao poder público, de área inserta em Unidade de Conservação estadual.

Exma. Sra. Coordenadora,

I. A CONSULTA FORMULADA E A MINUTA PROPOSTA

1. Trata-se de consulta formulada pela D. Assistência de Defesa do Meio Ambiente, objeto do **GDOC n. 27699-375097/2016**, relativa a “proposta de regulamentação da compensação ambiental de reserva legal, mediante a transferência de área inserida dentro de Unidade de Conservação pendente de regularização fundiária” (cf. fls. 02).

2. A referida Consulta visa, sobretudo, a examinar a viabilidade da transferência destas áreas (para o Estado) **diretamente por terceiros**, e não necessariamente pelo devedor ambiental (cf. fls. 03). Aqui, já é conveniente fazer alguns esclarecimentos fundamentais.

3. Assim, as **áreas** de cuja transferência se cuida são, apenas, aquelas insertas em Unidades de Conservação, de domínio público estadual, ainda pendentes de regularização fundiária (total ou parcial) nos termos da Lei n. 9.985/2000¹. Áreas cujo domínio o Estado deve adquirir, portanto. Qualquer referência a “Unidade de Conservação”, ou “UC” neste Parecer, deve ser entendida neste contexto.

4. Já a **causa** da transferência, que aqui se analisa, é a “compensação” ambiental de reserva legal prevista pelo art. 66, § 5º, III, da Lei Federal n. 12.651/12, ou seja, a “compensação” de reserva legal mediante “doação”, ao Estado, de área

1 Cf. art. 09º, § 1º; art. 10, § 1º; art. 11, § 1º; art. 12, § 2º; art. 13, § 2º; art. 17, § 1º; art. 18, § 1º; art. 19, § 1º; art. 20, § 2º.

inserta no interior de Unidade de Conservação. É necessário, para orientar a administração, e os respectivos atos e termos que ela deve celebrar, precisar em que consiste esta “compensação”, e em que medida se pode tratar de doação.

5. Por fim, e salvo referência em sentido contrário, entende-se por **terceiro** o titular de área inserta em UC, que transfere ou se obriga a transferir esta área para o Estado. Esta denominação - terceiro – indica, apenas, que ele não é o sujeito passivo do dever ambiental considerado. Ou seja, ele é terceiro, apenas, em relação a este específico dever ambiental consistente em regularizar (ou de alguma forma compensar) o déficit de reserva legal de determinado imóvel do qual o terceiro não é nem proprietário, nem possuidor. Como se verá adiante, trata-se de um **terceiro solvens** (cf. item 28, *infra*).

6. Posteriormente, a Assistência de Defesa do Meio Ambiente encaminhou-nos o **Processo SMA NIS 1912570**, que trata do “Acompanhamento das ações do Grupo de Trabalho para o estabelecimento de procedimentos administrativos referentes à compensação de Reserva Legal em Unidades de Conservação do Estado de São Paulo”.

7. Tal processo já apresentava uma primeira minuta de resolução para disciplinar a “compensação” ambiental, e nos foi encaminhado, justamente, “para a juntada dos pareceres elaborados sobre o tema” (cf. fls. 118-v.).

8. Ademais, foram realizadas reuniões entre a Assistência de Defesa do Meio Ambiente, a D. SubG-Cons., e esta AGI, para exame e sugestões relativas à minuta de Resolução elaborada no bojo do referido **Processo SMA NIS 1912570**, e objeto do Parecer SMA n. 244/2017 (cf. fls. 100-104), culminando com a sugestão de uma nova **minuta**, anexa a este Parecer, e que ora brevemente se apresenta.

9. Tal minuta, composta de nove artigos (o **art. 1º** servindo a precisar o objeto da minuta), busca disciplinar **três diferentes situações**, todas relacionadas à “compensação” ambiental via transferência, ao Estado, de áreas insertas no interior de Unidade de Conservação. São elas:

- (a) a transmissão feita pelo próprio devedor ambiental (**art. 2º**);
- (b) a transmissão feita por terceiro (**art. 6º**); e
- (c) a transmissão feita por terceiro, mas para **futuras** “compensações” (**art. 7º**).

10. O **art.02º** trata, ainda, dos documentos que deverão ser apresentados; o **art. 3º**, da manifestação da entidade (ou órgão) gestora da UC; o **art. 4º**, do “Termo de Compromisso” a ser celebrado; e o **art. 5º**, da respectiva escritura e alienação. Os artigos 2º a 5º sintetizam, portanto, uma disciplina geral da “compensação”, razão pela qual o **art. 8º** esclarece serem aplicáveis, também, às hipóteses previstas no artigo 7º com as modificações previstas nestes artigos.

Por fim, o **art. 9º** veda, aos servidores públicos, interferirem em negociações entre particulares.

11. Assim, tendo em vista que o primeiro expediente suscitou diversas questões de relevo para o **Processo SMA NIS 1912570**, e tendo em vista a superveniente elaboração de nova minuta, com participação desta AGI, **sugerimos o apensamento do GDOC n. 27699-375097/2016 no Processo SMA NIS 1912570**, elaborando, a título de cooperação e subsídio, um Parecer neste expediente.

12. Este Parecer tem por objeto analisar os fundamentos legais da “compensação” ambiental (**Seção II**); sua natureza jurídica (**Seção III**); a causa da atribuição patrimonial (transferência de área) feita ao Estado (**Seção IV**); o negócio que melhor representa esta operação (**Seção V** e **Seção VI**); a eventual relevância da estipulação em favor de terceiro (**Seção VII**); e o caso de transferência feita por terceiro para “compensações” futuras (**Seção VIII**), encerrando-se com uma breve Síntese Conclusiva (**Seção IX**).

13. Importante, neste ponto, esclarecer que o Parecer se limita, **apenas**, a analisar os aspectos negociais desta modalidade de “compensação” de reserva legal mediante a transferência de área inserta em UC, bem assim seus pretendidos efeitos obrigacionais e jurídico-reais.

II. FUNDAMENTO LEGAL DA COMPENSAÇÃO

14. A “compensação” de Reserva Legal é prevista pelo art. 66, III e § 5º, da Lei Federal n. 12.651/12. Mais especificamente, o **art. 66, § 5º, III** trata da “compensação” por “doação” de área inserta em unidade de conservação ambiental, e o art. 66, § 8º trata da compensação entre entes públicos. Convém transcrever os dispositivos:

Art. 66. O proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22 de julho de 2008, área de Reserva Legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 12, poderá regularizar sua situação, independentemente da adesão ao PRA, adotando as seguintes alternativas, isolada ou conjuntamente:

I - recompor a Reserva Legal;

II - permitir a regeneração natural da vegetação na área de Reserva Legal;

III - **compensar a Reserva Legal.**

(...)

§ 5º **A compensação de que trata o inciso III do caput deverá ser precedida pela inscrição da propriedade no CAR e poderá ser feita mediante:**

I - aquisição de Cota de Reserva Ambiental - CRA;

II - arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal;

III - **doação ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária;**

IV - cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, em imóvel de mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma.

(...)

§ 8º - Quando se tratar de imóveis públicos, a compensação de que trata o inciso III do caput poderá ser feita mediante concessão de direito real de uso ou doação, por parte da pessoa jurídica de direito público proprietária de imóvel rural que não detém Reserva Legal em extensão suficiente, ao órgão público responsável pela Unidade de Conservação de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público, a ser criada ou pendente de regularização fundiária.

15. Para o presente parecer, é também conveniente mencionar a **Lei Estadual n. 15.684/2015**² (sobretudo para destacar a compatibilidade, na matéria, entre seus preceitos e os da Lei Federal), **ressalvando-se, contudo, que a lei federal já disciplina suficientemente a “compensação” ambiental, bastando portanto à aplicação da figura**. A Lei Estadual prevê a “compensação” no respectivo **art. 28**, **V**³, disciplinando-a, em detalhe, no **art. 30**:

Artigo 30 - A **doação** de área localizada no interior de Unidade de Conservação atenderá ao seguinte procedimento:

I - o interessado, **sendo o titular de direitos do imóvel a ser doado**, deverá apresentar requerimento para recebimento da doação, no mesmo ato renunciando o recebimento de qualquer quantia, a qualquer título, da área apresentada, também devendo ser anexada procuração pública irrevogável e irrevogável em favor do órgão de representação judicial e extrajudicial da pessoa jurídica que instituiu a unidade de conservação para fins de confecção da escritura e seu registro no Registro de Imóveis respectivo;

II - o interessado, **caso não seja o titular do imóvel**, deverá protocolar junto ao órgão ambiental responsável pelo PRA **instrumento particular de**

2 Com eficácia presentemente suspensa, por conta de liminar concedida nos autos da **ADIN n. 2100850-72.2016.8.26.0000**.

3 **Artigo 28** - Identificado percentual do imóvel necessário para a regularização da Reserva Legal, nos termos do artigo 27 desta lei, o proprietário ou possuidor poderá adotar, isolada ou conjuntamente, os seguintes métodos: (...)

V - compensação, nos termos do inciso III do artigo 66 da Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012.

compra e venda ou cessão de direitos do imóvel qualificado no inciso I deste artigo, com a comprovação de que o mesmo instrumento já esteja levado a registro na respectiva matrícula, onde conste:

a) a compra e venda da área **ou de seus direitos, se já desapropriada**, com cláusula de outorga de escritura de doação exclusivamente em favor da pessoa jurídica de direito público instituidora da unidade de conservação;

b) a renúncia expressa das partes contratantes da compra e venda ou cessão de qualquer ato ou ação contrária à doação da área para a pessoa jurídica de direito público, por qualquer motivo, inclusive em eventual litígio da compra e venda ou cessão, bem como de recebimento de qualquer outra quantia a qualquer título;

c) cláusula-mandato em favor do órgão de representação judicial e extrajudicial da pessoa jurídica de direito público para todos os atos necessários à confecção de **escritura de doação** e respectivo registro em favor da pessoa jurídica de direito público que instituiu a unidade de conservação;

III - juntamente com os documentos do inciso II deste artigo, deverá ser anexada **procuração pública irretratável e irrevogável dos vendedores** em favor do órgão de representação judicial e extrajudicial da pessoa jurídica que instituiu a unidade de conservação, para fins de confecção da escritura e seu registro no Registro de Imóveis respectivo;

IV - as guias de recolhimento de todas as custas e emolumentos vinculados à referida escritura de doação.

Parágrafo único - Conferidos os documentos, a autoridade responsável pelo acompanhamento da execução do PRA certificará a juntada de todos os documentos indicados nas hipóteses deste artigo, **certificando também o reconhecimento da compensação da reserva legal**.

16. Uma primeira leitura dos dispositivos da lei federal pode levar às seguintes conclusões:

(a) para a “compensação” da reserva legal com áreas particulares inseridas em Unidades de Conservação, o legislador federal haveria admitido, apenas, a “doação” (cf. art. 66, § 5º, III, da Lei Federal nº 12.651/12); e

(b) o legislador estadual, por sua vez, haveria se limitado a minudenciar a disciplina da “doação”, que deverá ser feita sempre pelo devedor ambiental (cf. art. 30, I e II, da Lei nº 15.684/2015), de quem se exige adquirir a área a área insere em UC, levando a registro o título respectivo (cf. art. 30, II, da Lei nº 15.684/2015).

17. Assim, uma primeira leitura faria supor que a legislação federal admitiria, apenas, a “doação” (enquanto a lei estadual admitiria apenas a “doação” feita especificamente pelo devedor ambiental), tratando de outras figuras apenas em hipóteses restritas. Tal conclusão **não se sustenta**, como ora se demonstra.

III. “COMPENSAÇÃO” AMBIENTAL?

18. Em sentido técnico, a compensação é um modo de extinção das obrigações que requer e supõe a existência de duas pessoas que sejam credora e devedora uma da outra (cf. **art. 368 CC**⁴), em “dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis” (cf. **art. 369 CC**⁵). Todavia, a “compensação” de reserva legal é uma figura distinta daquela disciplinada pelo Código Civil.

19. Em abstrato, há diversas alternativas para o proprietário ou possuidor⁶ rural “regularizar sua situação” (cf. art. 66, *caput*, da Lei Federal n. 12.651/2012), i.e., regularizar a situação ambiental de determinado imóvel rural, relativamente ao *déficit* de reserva legal que nele se verifica. Assim, o devedor ambiental pode, “isolada ou conjuntamente” (cf. art. 66, *caput*, da Lei Federal n. 12.651/2012):

- (a) recompor a reserva legal (art. 66, I e §§ 2º a 4º da Lei Federal nº 12.651/2012); e/ou
- (b) permitir a regeneração natural da vegetação na área da reserva (art. 66, II da Lei Federal nº 12.651/2012): e/ou
- (c) “compensar a Reserva Legal” (art. 66, III da Lei Federal nº 12.651/2012).

20. A alternatividade, que existe entre estas três formas de regularizar a situação do devedor ambiental, também se verifica dentro na “compensação”, já que a lei a admite por quatro formas diferentes:

- (a) aquisição de Cota de Reserva Ambiental (art. 66, § 5º, I); e/ou
- (b) arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou Res. Legal (art. 66, § 5º, II); e/ou
- (c) “doação” ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação (**art. 66, § 5º, III**), hipótese objeto deste Parecer; e/ou
- (d) o “cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, em imóvel da mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro (...)” (art. 66, § 5º, IV).

21. Portanto, está-se diante de **obrigação alternativa**, disciplinada pelos arts. 252 ss. do Código Civil⁷. Assim, como as diversas prestações possíveis já estão le-

4 **Art. 368.** Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

5 **Art. 369.** A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

6 Toda referência, neste Parecer, ao proprietário rural, estende-se, em princípio, também ao possuidor, por força do art. 66, *caput*, da Lei Federal n. 12.651.

7 Com uma importante particularidade, deve-se notar. A teor do art. 66, *caput* (*verbis*, “isolada ou cumulativamente”), o devedor ambiental pode cumprir sua obrigação oferecendo em parte uma prestação, e em parte outra, o que o art. 252, § 1º CC, em princípio, exclui.

galmente previstas, *prima facie* descaberia tratar de dação em pagamento, negócio jurídico que supõe consentimento do credor em aceitar algo diverso da prestação devida⁸. Tal questão, contudo, será examinada em maior detalhe na **Seção VI**, *infra*.

22. Como se nota, o art. 66 da Lei 12.651/2012 trata sempre de **uma única obrigação**, aquela do devedor ambiental consistente em “regularizar sua situação”. A “compensação” ambiental, portanto, é distinta da compensação civil, em que duas obrigações “extinguem-se, até onde se compensarem” (cf. **art. 368 CC**). Por isso as aspas, para se referir à “compensação” ambiental.

23. Assim, **não há compensação civil no caso sob análise, de “doação” (de área inserta em UC) para o Estado (art. 66, § 5º, III)**, nem mesmo quando se considera que o Estado tenha o dever de adquirir a propriedade de áreas particulares insertas em determinados tipos de UC⁹.

24. Ora, na compensação (civil), as duas obrigações se extinguem até onde se compensarem (cf. art. 368, CC) e, nesta medida, não haverá prestação de qualquer parte. A compensação (em seu sentido próprio, que é o do Direito Civil) é modo de extinção das obrigações diverso do adimplemento. Já na hipótese do art. 66, § 5º, III, há prestação (transmissão de área ao Estado), e apenas por conta desta prestação é que se extingue eventual obrigação do Estado em desapropriar, já que a área passou à sua propriedade¹⁰.

IV. TRANSMISSÃO DA ÁREA AO ESTADO

25. Ressalta, assim, que **a transmissão de propriedade do Estado, na hipótese do art. 66, § 5º, III, é feita em adimplemento da obrigação do devedor ambiental**. Trata-se, como visto, de uma das possibilidades legalmente previstas para adimplemento (obrigação alternativa). E à luz deste fato é que devem ser examinados o art. 66, III da Lei Federal nº 12.651/2012, já suficiente para a aplicação da figura, e (ao menos para registro) o art. 30, da Lei Estadual n. 15.684/2015, ressaltando que as questões suscitadas por esta última ajudam a melhor evidenciar o sentido e o alcance da própria lei federal, base da disciplina.

8 Cf. **art. 356 CC**: “O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida”. Cf., ainda, F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, v. XXV, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, § 3.000, n. 2, p. 4.

9 Cf. Lei Federal n. 9.985/2.000, art. 09º, § 1º; art. 10, § 1º; art. 11, § 1º; art. 12, § 2º; art. 13, § 2º; art. 17, § 1º; art. 18, § 1º; art. 19, § 1º; e art. 20, § 2º.-

10 Não se trata, portanto, de confusão (cf. arts. 381 e 384 CC), que se verifica “quando o devedor passa a ser titular do direito de crédito” (ORLANDO GOMES, *Obrigações*, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, n. 97, p. 126-127). Já no caso sob análise, por força da prestação recebida, extingue-se o dever do Estado em adquirir a propriedade daquela área.

26. Como já observado no item 16 *supra*, o **art. 30, II, da Lei Estadual nº 15.684/2015**, parece fixar, para o devedor ambiental (caso não seja titular de área inserta em UC), a obrigação de adquirir a propriedade da área que será transferida ao Estado, inclusive exigindo o registro da escritura respectiva.

27. Tal interpretação, contudo, não se sustenta. O art. 30, II em verdade parte da hipótese comum de adimplemento das obrigações, que é o adimplemento pelo próprio devedor. Neste contexto, o devedor, que não tem com o que solver a dívida, necessita buscar o respectivo objeto, transferindo-o ao credor.

28. Todavia, a legislação deve ser objeto de interpretação sistemática, recorrendo-se que o ordenamento jurídico admite o pagamento por terceiro, na forma dos **arts. 304 e 305 CC**¹¹. **Terceiro**, aqui, é o proprietário (ou, mais amplamente, o titular do poder de disposição) de área inserta em UC, mas que não é o sujeito passivo do dever ambiental que se visa adimplir. É a figura do **terceiro solvens**, terceiro porque estranho à relação jurídica **ambiental** considerada.

29. Trata-se, aqui, de prestação que pode ser adimplida pelo próprio devedor ambiental, ou por terceiro, bastando que o alienante (devedor ambiental ou terceiro) tenha poder de dispor¹².

30. Portanto, **a transmissão de propriedade, para os fins do art. 66, § 5º, III, da Lei Federal, pode ser feita, seja pelo devedor ambiental** (cf. **art. 2º** da minuta), **seja por terceiro**, que solve a obrigação daquele devedor (cf. **art. 6º** e **art. 7º** da minuta), não sendo necessário que o devedor ambiental adquira a propriedade da área (inserta em UC) apenas para transferi-la, em seguida, ao Estado.

31. Tem-se, aqui, hipótese de pagamento por terceiro e, a nosso ver, **terceiro interessado**, pois o negócio jurídico celebrado entre o devedor ambiental e o titular de área inserta em UC, faz surgir, para este último, **interesse jurídico** (não apenas econômico) na extinção da dívida do primeiro. Isto porque a prestação (transferência da área) ao Estado simultaneamente “regulariza a situação” do proprietário rural (adimplindo assim sua obrigação ambiental) e simultaneamente adimple a dívida assumida, pelo terceiro (titular da área inserta em UC), para com o devedor ambiental¹³.

11 **Art. 304.** Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.

Parágrafo único. Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste.

Art. 305. O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor.

Parágrafo único. Se pagar antes de vencida a dívida, só terá direito ao reembolso no vencimento.

12 Cf. **art. 307 CC.** Só terá eficácia o pagamento que importar transmissão da propriedade, quando feito por quem possa alienar o objeto em que ele consistiu.

13 Como visto, o **art. 304 CC** estabelece que “Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la (...)”.

32. Frequentemente, a transmissão de propriedade, feita pelo terceiro *solvens*, decorrerá de negócio oneroso celebrado entre este e o devedor ambiental que, necessitando “regularizar sua situação”, pagará ao terceiro (titular de área inserta em UC) para transferir a propriedade desta ao Estado. Frequentemente, haverá aqui uma **compra e venda**, sendo comprador o devedor ambiental, e vendedor o titular de área inserta em UC. Este último, porém, terá a obrigação de transferir a propriedade não ao comprador, mas sim **diretamente ao Estado**.

33. *Prima facie*, tal contrato seria estranho ao Estado, porque, *res inter alios acta*. Todavia, pode surgir aqui a figura da **estipulação em favor de terceiro** (cf. arts. 436-438 CC), justamente uma das exceções ao princípio da relatividade dos contratos, pelo que poderão exigir a prestação tanto o estipulante (i.e., o devedor ambiental), quanto o **terceiro beneficiário**, ou seja, o Estado.

34. Ou seja, o terceiro beneficiário não é parte no contrato, que é celebrado entre o **estipulante** (comprador/devedor ambiental) e **devedor** ou **promitente** (vendedor/o titular de área inserta em UC)¹⁴. Todavia, o terceiro beneficiário será parte na relação jurídica decorrente daquele contrato, se deste decorrerem, para o terceiro beneficiário, direito e pretensão à prestação devida. E o que se tem aqui, tecnicamente, é **compra e venda com estipulação em favor de terceiro**, uma compra e venda com a peculiaridade de que o comprador não adquire o direito a receber a propriedade do bem, mas sim o direito a que o vendedor o transmita diretamente a um terceiro (no caso, o Estado)¹⁵.

35. Portanto, no contexto **desta relação contratual**, já não cabe tratar de “pagamento por terceiro” (terceiro *solvens*), ou de “terceiro beneficiário” tendo em vista que o Estado passa a ser, também, titular de direito e pretensão contra aquele “terceiro”. O terceiro *solvens* é terceiro em relação ao dever ambiental que vai adimplir (e **continua terceiro**, não se tornando, em momento nenhum, sujeito passivo do dever ambiental que adimple), mas é sujeito passivo de outros deveres, decorrentes do negócio jurídico que celebrou com o devedor ambiental.

36. Como se vê, a transferência de área inserta em UC, para “compensação” ambiental, é feita sempre em adimplemento de obrigação (*solvendi causa*), seja a transferência feita pelo próprio devedor ambiental, seja feita por terceiro (terceiro

A hipótese serve bem a demonstrar que o interesse jurídico pode existir ainda quando o titular de imóvel inserto em UC não possa ser diretamente compelido, pela Administração Pública, a “regularizar a situação” ambiental de qualquer devedor.

14 A anuência do terceiro beneficiário, a que se refere o **art. 436 CC**, é mero elemento integrativo da eficácia do contrato entre estipulante e devedor - que é, portanto, de um negócio bilateral, e não trilateral.

15 Muda, portanto, o direito adquirido pelo comprador (e, correlativamente, o dever imposto ao vendedor), **mas não se modifica o tipo contratual**. Afinal, trata-se sempre da aquisição de algo (ainda que este “algo” seja o direito a que o vendedor preste a terceiro), em troca de um pagamento em pecúnia.

solvens). E o que se adimple, ainda quando o pagamento é feito por terceiro, é sempre a obrigação ambiental do devedor. Os direitos e deveres decorrentes de contrato celebrado entre o devedor ambiental e o titular de áreas inseridas em UC (inclusive o direito eventualmente surgido para o Estado) são apenas um meio para o adimplemento do dever ambiental.

37. Em síntese, é perfeitamente possível o cumprimento da “compensação” ambiental, na forma do art. 66, § 5º, III, da Lei Federal, sem que a propriedade da área transferida ao Estado passe pelo patrimônio do devedor ambiental.

38. O adimplemento por terceiro (terceiro *solvens*) é disciplinado pelo art. 06º da minuta (e, como se verá adiante, também pelo art. 7º). Observe-se contudo que (mesmo quando haja estipulação em favor do Estado) o negócio de que trata o art. 6º da minuta não é o contrato celebrado entre os particulares (devedor ambiental e titular de área inserida em UC), mais freqüentemente um contrato de compra e venda, mas sim o contrato celebrado entre o titular de área inserida em UC e o Estado, em adimplemento das obrigações decorrentes daquele anterior contrato (para além do respectivo Termo a ser firmado com a Administração, cf. art. 6º, § 3º da minuta).

39. E é este contrato, celebrado entre o titular de área inserida em UC (seja ele o próprio devedor ambiental, seja um terceiro) e o Estado, que se passa a analisar.

V. “DOAÇÃO” AO ESTADO

40. Toda transferência de propriedade ao Estado para “compensação” ambiental (feita pelo devedor ambiental ou terceiro) ocorre sempre em adimplemento de uma obrigação (ambiental), portanto *solvendi causa*. Neste contexto (e apesar de todas as referências à “doação” pela legislação ambiental), não há “doação” para o ente público, ao menos não no sentido técnico da figura, que é o do Direito Civil.

41. Isto porque, a teor do art. 538 CC “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra” (destaque nosso). Portanto, a *causa solvendi* (adimplemento) exclui, em princípio ao menos, a *causa donandi*. Tal liberalidade é essencial mesmo às doações remuneratórias ou com encargo¹⁶, figuras que, portanto, também não explicam a “compensação” ambiental.

¹⁶ Cf. art. 540 CC, a teor do qual “A doação feita em contemplação do merecimento do donatário não perde o caráter de liberalidade, como não o perde a doação remuneratória, ou a gravada, no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto”.

V.1 Doação remuneratória ou com encargo

42. Com efeito, tratando-se de transmissão feita no adimplemento de um dever (a obrigação ambiental), não há aqui qualquer “liberalidade” que se possa tecnicamente tratar como doação, mesmo que com encargo. Este, aliás, consiste em mera **limitação a uma liberalidade** (sem ser, em princípio, a razão determinante desta¹⁷).

43. Ademais, na “compensação” ambiental, a causa da atribuição patrimonial feita ao Estado decorre objetivamente da lei (trata-se de adimplemento), distinguindo-se portanto do encargo, elemento **subjetivo** apenas eventualmente inserto em algum negócio jurídico (ainda que, neste, venha a tornar-se o “motivo determinante” a que se refere o art. 137 CC¹⁸).

44. Para além disso, uma vez admitida a “compensação” ambiental pelo competente órgão técnico, a regularização do imóvel rural (com déficit de reserva legal) decorre diretamente da transmissão feita ao Estado, e não de qualquer dever ou sujeição ulterior deste. Não há nenhuma “prestação” do Estado que porventura pudesse ser entendida como “cumprimento” de “encargo”¹⁹.

45. Por fim, o art. 540 CC trata da liberalidade feita (e dos limites que a “remuneração” ou o encargo lhe impuseram), para esclarecer que a liberalidade subsiste “no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto”. Um aspecto objetivo, portanto, derivado do valor de mercado. Ora, na hipótese considerada, a “compensação” ambiental **nem mesmo se faz com base no valor**

17 Como observa PONTES DE MIRANDA, “O *modus* ou encargo não é a razão jurídica, imediata, do ato jurídico; daí, ainda quando se apresente como tal, não poder identificar-se como a *causa*, o *fin* da disposição: a causa está no dispor, e não na determinação anexa” (*Tratado de Direito Privado*, v. V, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, § 558, n. 2, p. 217).

18 O **art. 137 CC2002**, sem correspondente no CC1916, dispõe que “Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico”.

Ou seja, excepcionando o conceito de “encargo” como manifestação anexa, o Código Civil atual vislumbra um “encargo” que possa constituir “o motivo determinante da liberalidade”, determinando assim a sorte desta (o que não ocorre na disciplina geral do encargo; cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, v. V, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, § 557, n. 2, p. 216).

19 Neste contexto, o único dever que se pode vislumbrar para a Administração (inclusive, se o caso, por ente da Administração Indireta estadual) é aquele de certificar o “reconhecimento da compensação da reserva legal”, (cf. art. 30, Parágrafo único, da Lei Estadual n. 15.684/2015). Ora, mas tal dever não decorre um suposto “encargo” atribuído ao ente público, mas da lei, e não apenas da lei estadual.

Trata-se, aqui, de um dever de outorgar a quitação, que nada mais é que um ato jurídico (em sentido estrito) **declarativo do adimplemento** (i.e., da regularização), dever este decorrente do **art. 319 CC**, a teor do qual “O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada”. Os requisitos da quitação são previstos pelo art. 320 CC e, no caso, também, pela legislação específica (o referido art. 30, Parágrafo único, da Lei Estadual n. 15.684/2015). Ressalte-se, contudo, que a **quitação da obrigação ambiental apenas pode ser outorgada pelo órgão ou ente ambiental competente, e não diretamente pela Fazenda do Estado, como adquirente da área.**

da terra, mas sim na extensão da área e em seu pertencimento a um mesmo bioma (cf. **art. 66, § 6º, I e II da Lei Federal nº 12.651/2012**).

46. Provavelmente (por conta do cálculo econômico do devedor ambiental), o valor da área regularizada será superior ao valor da área inserta em UC, e transferida ao Estado, o que já exclui tratar-se de doação. Todavia, mesmo na hipótese contrária (i.e., mesmo se valor da área transferida ao Estado for superior ao valor da área regularizada), não haverá, em princípio, nenhuma liberalidade, porque o valor das áreas, e sua respectiva expressão monetária, **são estranhos ao negócio** (ex vi do referido art. 66, § 6º, I e II da Lei Federal nº 12.651/2012), **remanescendo no campo dos motivos**. Portanto, qualquer “ganho” para o Estado seria meramente eventual, e estranho à “compensação”²⁰.

47. Portanto, e à vista do art. 538 e do art. 540 CC, **não se configura tecnicamente nenhuma “doação”**, ainda que “com encargo”. O mesmo **art. 540 CC** também serve a evidenciar que a “doação remuneratória” é inservível à espécie, seja porque descabe falar de doação remuneratória quando há dever jurídico exigível, como é o dever do proprietário rural de “regularizar sua situação” (art. 66, *caput*, da Lei Federal nº 12.651/2012), seja porque a liberalidade apenas subsiste “no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto”. Aliás, mesmo a prestação de dívida prescrita (dever **jurídico** que perdeu sua exigibilidade) configura adimplemento, não doação.

48. Em síntese, decorre da lei (objetivamente, portanto) a onerosidade da prestação feita em “compensação” ambiental, ao passo que o exame da doação demonstra que a existência de qualquer correspectivo (ainda que sob a forma de encargo ou de “remuneração”) exclui a liberalidade. As *causae solvendi* e *donandi* são assim impossíveis, ou seja, não é possível que a mesma prestação (ou a mesma parte da prestação) seja ao mesmo tempo onerosa e gratuita. A contradição ressalta.

49. Portanto, somente se poderia cogitar de doação na medida em que determinado negócio, concretamente celebrado, **exorbite** da figura prevista pelo art. 66, § 5º, III da Lei Federal nº 12.651/2012 (e pelo art. 30 da Lei Estadual nº 15.684/2015), revelando, efetiva e objetivamente, alguma liberalidade em benefício do Estado²¹.

20 Ademais (e tais considerações permanecem, igualmente, na esfera dos motivos, sendo portanto estranhas ao negócio celebrado com o Estado), o valor das áreas não é o único elemento considerado pelo devedor ambiental; entram em sua cogitação econômica não apenas o valor da área que lhe resulta disponível pela regularização, mas também a eventual economia de custos comparativamente às demais alternativas para “regularizar sua situação” (recomposição, regeneração, ou outras alternativas de “compensação” da reserva legal).

21 Pex., o *negotium mixtum cum donatione*, essencialmente um negócio sinalagmático em que, no caso concreto, há significativa desproporção entre uma prestação e outra, visando beneficiar uma das partes (exemplo: a venda, por R\$ 300.000,00, de um imóvel que vale R\$ 700.000,00).

Vê-se que a lógica é semelhante à da doação com encargo, e do art. 540 CC, em que a liberalidade somente subsiste **para além** do valor do encargo ou, no *negotium mixtum*, da contraprestação. Portanto, um mesmo

50. Todavia, tendo em conta a (falta de) técnica jurídica do legislador federal, bem assim o rol dos títulos hábeis a registro (cf. art. 167, I, LRP), é possível considerar que a “doação” (ou melhor, um negócio a que desastadamente se deu o *nomen iuris* de “doação”) sirva a instrumentalizar a transmissão do imóvel ao Estado, nos termos em que se passa a expor.

V. 2 Formalização da transferência como “doação”. Contrato gratuito e contrato aleatório. O art. 30, II, “b” da Lei Paulista.

51. Desde logo, observe-se ser **inconsistente**, em perspectiva lógico-jurídica, pretender cindir a “compensação” ambiental em “doação” de um lado, e extinção do dever ambiental, do outro. Ora, o dever ambiental apenas se extingue porque **algo** se transferiu ao Estado, e porque a lei atribuiu a tal transferência uma eficácia extintiva do dever ambiental. **É a própria lei, portanto, que objetivamente distingue tal atribuição patrimonial de uma doação.** A ausência de liberalidade exclui que se trate de doação, em qualquer de suas formas (cf. Seção V e V.1, *supra*).

52. Pode haver ocorrido um simples equívoco do legislador, que recorreu à figura da doação porque vislumbrou a aquisição de áreas (insertas em UC), por parte do Estado, sem nenhum desembolso de sua parte, livrando-o ademais do dever de adquirir tais áreas (por compra ou desapropriação). Neste caso, todavia, o legislador se haveria esquecido de quem transfere esta área (inserta em UC) o faz em adimplemento de um dever ambiental, e portanto não doa, e sim **paga**.

53. O legislador federal, todavia, pode haver ousado ainda mais, pretendendo **afastar** a causa da atribuição patrimonial feita ao ente público (*causa solvendi*), para inserir outra causa em seu lugar (a *causa donandi*), em princípio incompatível com a “compensação” ambiental. Possivelmente, o legislador pretendeu, aqui, proteger o ente público, na maior medida possível, de qualquer futura demanda que possa redundar na resolução do negócio de transmissão, com a perda da propriedade da área, ou sua respectiva indenização. Afinal, quem doa não paga, **pratica uma liberalidade** (pura e simples, ou limitada por encargo, mas sempre liberalidade)....

54. E a escolha do legislador (“doação”) surge ainda mais significativa quando se recorda que o sistema jurídico brasileiro repele a atribuição patrimonial abstrata, i.e., independente de qualquer respectiva causa²². É necessário, portanto,

negócio pode exibir duas *causae* (a atribuição patrimonial é em parte gratuita e em parte onerosa), mas sem que estas se confundam.

22 “No direito germânico, o acordo de transmissão de propriedade de bens móveis e imóveis é abstrato, em razão de dispositivo do ordenamento jurídico que torna a causa irrelevante (...) O Código Civil brasileiro adotou posição intermediária, ao fazer depender a eficácia da tradição à do negócio jurídico antecedente, princípio este que a jurisprudência estendeu à transferência de imóveis pela transcrição [atualmente, regis-

justificar a transmissão com algum dos títulos hábeis a registro (dentre os quais a doação), conforme a previsão do art. 167, I da LRP.

55. O intento do legislador, todavia, e qualquer que seja, **encontra seus limites nos elementos legais (e portanto objetivos) da “compensação” ambiental**. Necessário, portanto, verificar se (e como) é possível compatibilizar a “compensação” ambiental e a “doação”.

56. Como referido, o expediente do legislador pode refletir (e provavelmente reflete) uma expectativa de redução de riscos para o ente público. Está-se, portanto, no campo das **regras de distribuição de riscos**.

57. A lei federal, portanto, serve a fundamentar o art. 30, II, “b”, da Lei Estadual nº 15.685/2015, que exige “a renúncia expressa das partes contratantes da compra e venda ou cessão de qualquer ato ou ação contrária à doação [melhor, **transmissão**] da área para a pessoa jurídica de direito público, por qualquer motivo, inclusive em eventual litígio da compra e venda ou cessão, bem como de recebimento de qualquer outra quantia a qualquer título”. E o legislador paulista nem mesmo inova neste ponto; simplesmente, explicita hipóteses decorrentes da lei federal²³.

58. Todavia, é necessário indagar se existe algum limite para a atribuição do risco aos interessados na compensação (e, correlatamente, para exonerar-se o ente público de quaisquer riscos possíveis), e quais são estes limites no caso concreto.

59. Para além da doação (que é liberalidade, nos termos dos arts. 538 e 540 CC), o Direito conhece negócios **onerosos** em que a transferência do risco é total, fazendo com que, no limite, um dos contraentes fique sem o objeto (=conteúdo da prestação) esperado (p.ex., artigos 449, 458 e 460 CC²⁴). E estes negócios não se reconduzem à doação, porque sempre haverá prestação e

tro]”. (Clóvis V. do COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, São Paulo, FGV, 2006 [1976], p. 49. *Idem*, fls. 53-55). Os casos de transmissão abstrata verificam-se, mais frequentemente, no direito cambiário.

23 Trata-se de uma disposição de grande relevância, impedindo que litígios relativos a negócios anteriores (ou a certos negócios anteriores), p. ex. o contrato obrigacional celebrado entre o devedor ambiental e o titular da área inserta em UC, atinjam o negócio que este último celebrou com o Estado. Os figurantes do negócio anterior, portanto, deverão deduzir suas pretensões apenas entre si, e qualquer indenização ou ressarcimento se fará pelo equivalente pecuniário, e **não pela forma específica (i.e., não pela área transferida ao Estado)**.

24 **Art. 449.** Não obstante a cláusula que exclui a garantia contra a evicção, se esta se der, tem direito o evicto a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu.

Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumia, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.

Art. 460. Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato.

contraprestação, ainda que o objeto de uma delas seja incerto (i.e., não venha a existir, ou se perca)²⁵.

60. Portanto, é juridicamente possível a atribuição total do risco, a uma das partes, sem ser necessário recorrer à *causa donandi* (que afinal implicaria uma abstrusa imposição de liberalidade...). Todavia, a *suposta* previsão legal de um **negócio aleatório** não pode ser deduzida apenas de uma escolha vocabular insustentável do legislador (“doação”).

61. Como já referido, o que decorre da lei, objetivamente, é um ato de **adimplemento** (cf. item 51, *supra*), que não deveria ser nomeado como “doação”, nem transformado em negócio aleatório. Adimple-se obrigação existente, que fica extinta pelo adimplemento. Se a obrigação ambiental não existia, ou se volta a ser exigível (p.ex., porque o imóvel transmitido ao Estado, localizado em bioma distinto, não servia a determinada “compensação” ambiental, que foi portanto invalidada), o pagamento fica **sem causa**, e deve em princípio ser restituído²⁶.

62. Fixados estes pontos, **e por conta da má técnica do legislador federal**, é possível cogitar-se de um acordo, celebrado com o ente público, sob o inadequado *nomen iuris* de “doação”, contenha ou não referência à “compensação” ambiental que se pretenda fazer, no caso concreto. Em qualquer destas hipóteses, a causa desta atribuição patrimonial é onerosa (adimplemento), como resulta da disciplina legal (objetiva) da figura, e é como tal (i.e., como adimplemento) que integra **objetivamente** a operação jurídica de “compensação” ambiental.

63. Portanto, esta “doação” vislumbrada pelo legislador não pode subsistir nos casos em que a compensação ambiental mesma for invalidada, ou por outro modo desconstituída. E o art. 30, II, “b”, da Lei Estadual nº 15.685/2015, tendo

25 Assim, como observa C. M. Bianca, “Os contratos aleatórios não se contrapõem (...) aos contratos correspectivos, porquanto a aleatoriedade não exclui a correspectividade das prestações” (Carlo Massimo BIANCA, *Diritto Civile*, v. III - Il contratto, 2.ed., Milano, Giuffrè, 2000, n. 250, p. 491. No original: “I contratti aleatori non si contrappongono, invece, ai contratti corrispettivi, in quanto l'aleatorietà non esclude la corrispettività delle prestazioni”).

26 A teor do **art. 885 CC**, “A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, **mas também se esta deixou de existir**”. É o caso figurado no exemplo, em que a “compensação” (em si, uma decorrência da atribuição patrimonial feita ao Estado) foi feita, mas é posteriormente invalidada. Recorde-se todavia o **art. 877 CC**, a teor do qual “Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”.

Em verdade, o **art. 1.245, § 2º, CC** traz uma certa independência (ainda que temporária) entre o registro e o título registrado, ao determinar que “Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”. No mesmo sentido, o art. 252 da Lei n. 6.015/73. Tal situação, em princípio temporária, pode vir a tornar-se definitiva se, p.ex., decai eventual ação de anulação.

seu fundamento na lei federal (cf. item 55, *supra*), tem nela também (e consequentemente) o seu limite.

64. Não se verificando, tecnicamente, uma doação (o que há é adimplemento de dever ambiental, cf. item 48, *supra*), resta **excluída**, também, a figura **da doação com encargo**, mesmo porque não se cria dever ou sujeição para o donatário (cf. item 44, *supra*), e a destinação específica do imóvel transferido ao Estado resulta objetivamente de lei cogente.

65. Assim, se por alguma questão se quiser celebrar um contrato com o inadequado *nomen iuris* de “doação”, isto resulta possível em vista do termo empregado pela Lei Federal, não se devendo contudo aprofundar o erro do legislador e cogitar de “doação com encargo”, já que não existem nem aquela, **nem este. Não incide, portanto, o art. 19, IV da CE, não sendo exigível qualquer autorização legislativa.** No mais, é evidente que a lei, ao nomear o ato “doação” (figura prevista no art. 167, I, LRP), determinou tratar-se de ato hábil ao registro imobiliário, e portanto à transmissão de propriedade.

66. Importa, contudo, não se perder num mar de termos e conceitos *distorcidos*, já que o legislador não teve a mesma preocupação do imperador Justiniano I e de seus juristas (*Institutiones*, II, 3, 7: *nos ... consequentia nomina rebus esse studentes ...*, “nós... procurando fazer com que os nomes correspondam às coisas...”²⁷). Feitas estas observações, passa-se à análise de um negócio mais adequado a representar a natureza (i.e., a **causa**) da atribuição patrimonial feita ao Estado.

VI. TRANSMISSÃO AO ESTADO E DOAÇÃO EM PAGAMENTO

67. Até aqui, apontou-se a inexistência de compensação, no sentido técnico (arts. 368 e 369 CC), mas sim de adimplemento de obrigação alternativa, prevista nos arts. 252 ss. CC (cf. **Seção III, *supra***); demonstrou-se que este adimplemento pode ser realizado pelo devedor ambiental ou por terceiro, ao contrário do que parece resultar do texto legal (cf. **Seção IV, *supra***); e, por fim, evidenciou-se que esta atribuição patrimonial, feita ao Estado, não tem natureza de doação, ainda que eventualmente (e em vista do termo empregado pela Lei Federal) possa ser celebrada por um negócio com tal *nomen iuris* (cf. **Seção V, *supra***).

68. Necessário, agora, avançar na análise do acordo a ser concretamente celebrado pelo Estado, à vista dos requisitos legais da “compensação”, e à vista dos atos (títulos) admitidos ao registro de imóveis, nos termos do art. 167, I da LRP.

27 Cf. www.treccani.it/vocabolario/nomina-sunt-consequentia-rerum/.

69. Como referido nos itens 19 a 21 *supra*, o art. 66 da Lei Federal nº 12.651/2012 traz uma obrigação alternativa; e, como as diversas possíveis prestações já estão, desde o início, legalmente previstas, descaberia em princípio tratar de dação em pagamento, tanto mais que esta é negócio jurídico posterior, supondo consentimento do credor em aceitar algo diverso da prestação devida²⁸.

70. Por certo, o legislador instituiu (ou pretendeu instituir) a alternatividade, e com poder de escolha atribuído ao devedor ambiental, como aliás é a regra (dispositiva) do art. 252, *caput*, CC. Assim, e sob uma **perspectiva puramente estrutural**, apenas se nos afigura possível cogitar de dação em pagamento se o órgão ambiental possuir competência discricionária para (eventualmente) rejeitar a “compensação” ofertada pelo devedor ambiental, exigindo outra forma de adimplemento em seu lugar, notadamente a recomposição ou regeneração da reserva legal no próprio imóvel²⁹.

71. Neste contexto, o Termo de Compromisso constitui (ou melhor, **prevê**, por se tratar de negócio com eficácia meramente obrigacional) uma dação em pagamento, e o que se verifica, por parte da Administração (por seu ente ou órgão ambiental), é consentimento em receber prestação diversa da devida, e não mera verificação (atividade vinculada!) da conformidade da prestação escolhida pelo devedor aos requisitos da legislação ambiental.

72. Todavia (e ainda que não se verifique tal poder discricionário), a distância entre a obrigação alternativa e a dação em pagamento diminui, ao menos sob uma **perspectiva funcional**, quando se analisam as peculiaridades do Direito Ambiental. Como se lê no próprio sítio da Secretaria de Estado do Meio Ambiente³⁰:

A área destinada para a Reserva Legal deve ser proposta por seu proprietário ou possuidor no SiCAR e será analisada pelo órgão ambiental. A RL deve, **preferencialmente, ser constituída no imóvel pela vegetação nativa existente ou por meio de recomposição.**

A Reserva Legal **também** pode ser instituída por meio de **compensação**, nas seguintes modalidades (...)

28 Nas obrigações alternativas, estando as diversas prestações *in obligatione*, não há, evidentemente, cogitar-se de “consentimento” do credor (no caso, o Estado, legitimado a exigir o cumprimento do dever ambiental).

29 Neste contexto, caso admitida a “compensação” pelo órgão competente, verifica-se (a nosso ver) o consentimento do credor em aceitar algo diverso da prestação especificamente devida, que seria adimplida pela recomposição ou regeneração da reserva legal. Portanto, verdadeira **dação em pagamento**, e não alternatividade com poder de escolha do credor (Estado), à medida em que a prestação, afinal **aceita** pelo credor, foi primeiramente ofertada (e portanto **escolhida**) pelo devedor.

Na disciplina legal, civilística, das obrigações alternativas, não cabe tratar de juízo discricionário do credor, nem portanto de aceitação por parte deste. Nada impede, todavia, que o Direito Administrativo insira um dado a mais de complexidade no desenho das alternativas postas à escolha (**inicial, quando menos**) do devedor, consistente na eventual competência discricionária do órgão ambiental.

30 <http://www.ambiente.sp.gov.br/sicar/reserva-legal/> (destaques nossos). Acesso em 02/04/2018.

73. Destarte, ainda que (sob uma perspectiva puramente estrutural) se configure obrigação alternativa, a excepcionalidade desta regra, no sistema do Direito Ambiental, bem demonstra que há uma escala de valores entre estas prestações, a transmissão da área inserta em UC admitida em lugar do cumprimento específico do dever ambiental, que se dá pela recomposição ou regeneração da reserva legal no próprio imóvel³¹.

74. Assim, se estruturalmente a obrigação alternativa e a dação em pagamento se afiguram distintas, funcionalmente, no caso da “compensação” ambiental, elas se aproximam. Justifica-se, portanto, quando menos sob perspectiva funcional, reconduzir os negócios celebrados com o Estado ao tipo legal da **dação em pagamento**.

75. Trata-se da figura que melhor traduz a natureza onerosa da transferência de propriedade feita ao Estado (trata-se de adimplemento de obrigação anterior, ambiental), e com prestação diversa daquela específica, consistente na recomposição ou regeneração natural da vegetação da reserva legal. E a dação em pagamento, como cediço, é expressamente prevista como título hábil a registro, nos termos do **art. 167, I, nº 31 da lei nº 6.015/73**.

76. Como referido, tal aproximação se faz sob **perspectiva funcional**, já que (à parte a hipótese de discricionariedade do órgão ambiental, analisada *supra*), não há, aqui, consentimento do credor em aceitar prestação diversa da devida (elemento nuclear da dação em pagamento), já que estão, todas, *in obligatione*.

77. Todavia, mesmo sob perspectiva estrutural, há importantes semelhanças entre o negócio a ser celebrado com o Estado e a dação em pagamento. É que aquele negócio conterà regras específicas quanto a riscos e responsabilidade (p.ex.), de modo que, semelhantemente à dação, haverá consenso, e portanto negócio jurídico, a “envolver” o pagamento³². Trata-se de uma semelhança estrutural que facilita, sob uma perspectiva funcional, a aproximação deste negócio (celebrado com o Estado) à dação em pagamento.

31 Aliás, somente se pode cogitar de “compensação” de reserva legal após se determinar qual seria a área da reserva de determinado imóvel, que se **deveria** recompor (ou permitir que se regenerasse) e se escolhe, ao invés, “compensar”. Note-se contudo que esta escala de valores pode se inverter nos casos concretos; assim, em atenção aos interesses transindividuais, pode haver situações em que a “compensação” ambiental, por qualquer de suas formas, permita a preservação de áreas ecologicamente mais importantes.

32 “O pagamento é ato-fato jurídico. Se o *consensus* do credor o envolve, pode estar contido em negócio jurídico” (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, v. XXV, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, § 3.000, n. 2, p. 4).

Ressaltamos: se vinculada a competência do órgão ambiental, trata-se apenas de semelhança, não de identidade, pois o juízo vinculado limita-se à verificação da conformidade da prestação oferecida os requisitos da legislação ambiental, impedindo assim tratar de consenso do credor em aceitar prestação diversa da devida. Todavia, haverá consenso quanto às demais cláusulas que “envolvem” o pagamento.

78. No mais, como observa PONTES DE MIRANDA, “(...) a dação em soluto é negócio jurídico oneroso de alienação”³³. A dação em pagamento é negócio de alienação, ou seja, negócio jurídico dispositivo, e não obrigacional. Ou seja, pela dação em pagamento não se promete transferir (tal seria, apenas, promessa de dação), mas já se transfere ou, no caso dos bens imóveis, **já se celebra o ato hábil à transferência**, que se vai aperfeiçoar pelo registro (observando-se que, com o negócio jurídico dispositivo, o poder de registrar já pertence ao adquirente, ou também a este).

79. Portanto, a dação em pagamento e o acordo celebrado com o Estado se assemelham por serem negócios jurídicos dispositivos (mais especificamente, translativos), e funcionalizados para o adimplemento, contendo, ambos, um negócio jurídico de direito das coisas, que se denomina acordo de transmissão de propriedade (ou acordo de transmissão da propriedade e da posse). No sistema jurídico brasileiro, o acordo de transmissão é frequentemente celebrado junto ao negócio jurídico base (que lhe dá a respectiva *causa*), tomando a forma de cláusula segundo a qual o alienante “transfere a propriedade e a posse”, ou outras de redação semelhante³⁴.

80. No caso da “compensação” ambiental, o acordo de transmissão de propriedade (da área inserta em UC), celebrado com o Estado pelo próprio devedor ambiental (cf. **art. 2º** da minuta), ou por terceiro (terceiro *solvens*, cf. itens 05 e 28, *supra*, e **art. 6º** da minuta), adimple sempre o dever ambiental daquele.

81. Assente a equiparação funcional entre o contrato a ser celebrado com o Estado, e a dação em pagamento, deve-se recordar o **art. 359 CC**, a teor do qual “Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros”³⁵. Uma cláusula com teor semelhante deve constar do negócio a ser celebrado com o Estado. Trata-se de regra perfeitamente aderente à disciplina da “compensação” ambiental, tendo em vista que:

(a) a “compensação” ambiental consiste, sempre, em atribuição patrimonial onerosa, e feita *solvendi causa*, tal como a dação;

(b) a “compensação” ambiental também não implica novação de dívida, já que se trata de obrigação alternativa (as prestações estão, todas, *in obligatione*); e

33 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, v. XXV, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, § 3.000, n. 4, p. 7.

34 Na compra e venda p. ex., encontram-se redações como “vende e transfere a propriedade e a posse”, ou “vende e transfere, como vendido e transferido tem, direito *jus*, posse e ação”, entre outras similares. Trata-se, aqui, de negócio jurídico de adimplemento do negócio anterior, obrigacional (no exemplo, a compra e venda). E, no *compromisso de compra e venda*, o que se deixa para celebração futura (a “escritura definitiva”) é, justamente, o acordo de transmissão, negócio jurídico de direito das coisas (cf. Rafael Domingos Faiardo VANZELLA, *O contrato e os direitos reais*, São Paulo, RT, 2013, cap. 6, seção 6.3, p. 329-338).

35 Esta regra decorre do fato de que a dação em pagamento **não implica novação**. “Não há substituição de dívida; o que se substitui é a prestação” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, v. XXV, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, § 3.001, n. 3, p. 9).

(c) trata-se de regra haurida, ademais, da figura legal (a dação em pagamento) funcionalmente mais próxima à “compensação” ambiental prevista pelo legislador.

82. Do contrato, devem ainda constar, sem prejuízo de outros, os requisitos do **art. 66, § 6º, I e II e § 8º da Lei Federal nº 12.651/2012**, recomendando-se que sejam incluídos, também, os do **art. 30 da Lei Estadual nº 15.684/2015**. Tal artigo, como já demonstrado, extrai seu fundamento da Lei Federal, limitando-se a explicitar conseqüências desta (cf. item 57, *supra*), sendo assim, irrelevante, neste ponto, que a Lei Estadual esteja com eficácia suspensa, por conta de liminar ajuizada em ADI (cf. item 15 e nota n. 02, *supra*).

83. Fixadas estas premissas, e recordando-se que a transferência pode ser feita pelo próprio devedor ou por terceiro (terceiro *solvens*), é conveniente analisar a estipulação em favor de terceiro, que pode ocorrer no negócio celebrado entre o devedor ambiental e o titular de área inserta em UC (mais freqüentemente, contrato de compra e venda, de eficácia apenas **obrigacional**), e mesmo no negócio celebrado entre o devedor ambiental (ou o terceiro *solvens*) e o ente ambiental.

VII. TRANSMISSÃO AO ESTADO. COMPRA E VENDA, DAÇÃO EM PAGAMENTO, E ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO

84. Pode haver estipulação em favor de terceiro no contrato obrigacional (freqüentemente, de compra e venda) celebrado entre o devedor ambiental e o titular de área inserta em UC, decorrendo assim (nos termos dos arts. 436-438 CC) direito e pretensão para o Estado (terceiro beneficiário). É a primeira hipótese que se analisa (aprofundando-se, ao ensejo, o exame das características gerais da figura).

VII.1 Contrato obrigacional entre particulares e Estado beneficiário

85. Deve-se recordar que, embora o terceiro beneficiário não seja parte **no contrato**³⁶, será parte (não terceiro!) na relação jurídica dele decorrente. O contrato se conclui entre o devedor ambiental (estipulante) e o titular de área inserta em UC (promitente). Já a **relação jurídica** (eficácia daquele contrato) se estabelece entre o estipulante (o devedor ambiental), o promitente (titular de área inserta em UC, e o Estado. Assim, o

36 A **anuência** (ou assentimento), que dele se exige, é apenas integrativa da eficácia do contrato, para que deste se irradiem direito e pretensão também em favor do terceiro beneficiário (além dos que já surgem para o figurante credor). É por isso, aliás, que o beneficiário pode anuir posteriormente à celebração do contrato. Esta é, aliás, a diferença entre consentimento, que é manifestação necessária ao surgimento (e portanto à existência mesma) do contrato, e o assentimento, manifestação (de um terceiro - no caso, terceiro beneficiário) necessário apenas à validade ou eficácia de determinado negócio jurídico.

titular de área inserta em UC, é parte no contrato, e parte na relação jurídica dele decorrente (assumiu o dever de transferir sua área ao Estado), sendo terceiro apenas em relação ao dever ambiental considerado, que se visa adimplir com a “compensação”.

86. A estipulação em favor de terceiro é, em si mesma, uma figura abstrata, que pode servir às mais diversas causas de atribuição patrimonial, *donandi, credendi*, ou *solvendi* (que é a causa da “compensação”)³⁷. Por ela, a propriedade se transmite do devedor (no caso, o titular de área inserta em UC, que tem o dever de transferi-la, não o devedor ambiental) **diretamente ao terceiro beneficiário** (no caso, o Estado), sem passar pelo patrimônio do estipulante³⁸. Com isto, evita-se uma dupla transferência imobiliária, e os custos daí decorrentes.

87. Mais frequentemente, como já se apontou, a estipulação em favor de terceiro constará de um contrato de compra e venda celebrado entre o devedor ambiental e o titular de área inserta em UC (cf. itens 32 a 35, *supra*). Neste contexto, o estipulante (o devedor ambiental) e o terceiro beneficiário (o Estado) adquirem do devedor (o titular de área inserta em UC) direito e pretensão à prestação de declaração de vontade, mais especificamente, direito e pretensão à declaração de oferta contratual (oferta de dação em pagamento³⁹, ou de negócio com o inadequado *nomen iuris* de “doação”, cf. **Seção V**, *supra*). E o título hábil a registro será a escritura de dação em pagamento (ou de “doação”), a ser celebrada entre o titular da área (inserta em Unidade de Conservação) e o Estado, com a aceitação da oferta formulada pelo primeiro.

37 Como observa Luciano de CAMARGO PENTEADO, “a estipulação, em si, é figura abstrata, cuja causa depende de circunstâncias externas ao modelo, que poderão estar no contrato em que se situa a estipulação ou em outras relações jurídicas anteriores ou posteriores entre os sujeitos” (*Efeitos contratuais perante terceiros*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 129).

Sem razão, com a devida vênia, ORLANDO GOMES, segundo o qual “Para haver *estipulação em favor de terceiro* é necessário que do contrato resulte, para este, uma *atribuição patrimonial gratuita*. O benefício há de ser recebido sem contraprestação e representar vantagem suscetível de apreciação pecuniária. A *gratuidade* do proveito é essencial, não valendo a estipulação que imponha *contraprestação*. A estipulação não pode ser feita *contra* o terceiro. Há de ser em seu favor” (*Contratos*, 17. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, n. 129, p. 166; destaques no original). O excerto parece confundir atribuições patrimoniais gratuitas (intuito de liberalidade) com ausência de contraprestação. Ora, a atribuição patrimonial, *de per se*, pode não determinar o surgimento de qualquer nova prestação, e **não ser gratuita**, justamente porque configura adimplemento de anterior dever do estipulante (o devedor ambiental, no caso) para com o terceiro beneficiário (o Estado).

38 “A eficácia da estipulação em favor de terceiro consiste em que o terceiro adquire o direito e a pretensão, que um dos figurantes prometeu, sem ser preciso que a prestação vá do promitente [devedor] ao promissário [estipulante] e deste ao terceiro. A transferência é entre o patrimônio do promitente [devedor] e o patrimônio do terceiro, sem qualquer intermediariedade” (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, v. XXVI, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, § 3.153, n. 7, p. 217).

39 Como visto (cf. itens 75-77, *supra*, e respectiva nota n. 32), o contrato celebrado com o Estado é funcionalmente semelhante à dação em pagamento. E, ainda que nele não haja consenso do credor em aceitar prestação diversa da devida, há outras cláusulas (quanto a riscos ou responsabilidade, p. ex.) que “envolvem” o pagamento e que demandam **consentimento**, tratando-se portanto de contrato. Como se observou, trata-se de uma semelhança estrutural que facilita, sob uma perspectiva funcional, a aproximação deste negócio (celebrado com o Estado) à dação em pagamento.

88. Como qualquer oferta de contrato, dela deriva um poder jurídico para seu destinatário (no caso, o Estado), o poder de aceitá-la ou não. Para a **aquisição** deste poder, pelo Estado, é que se pode tratar da anuência, ou assentimento, prevista pelo art. 436 CC (cf. item 85 e nota n. 36, *supra*). Todavia, o ato de **exercício** deste poder já não constitui assentimento, mas sim consentimento, porque manifestação de vontade necessária à conclusão (e portanto à existência) da dação em pagamento (ou da “doação”)⁴⁰.

89. Portanto, a compra e venda com estipulação em favor de terceiro, celebrada entre o devedor ambiental e o titular de área inserta em UC, configura-se também como um contrato preliminar, obrigacional, a teor do qual o contrato definitivo deve ser celebrado com terceiro (terceiro beneficiário), o Estado

90. E, concluída a dação em pagamento (ou a “doação”), é possível que vários sejam os legitimados ao exercício do poder dela decorrente⁴¹. Assim, além do próprio Estado, o estipulante (devedor ambiental) e o transmitente (titular da área inserta em UC) são também legitimados a requerer o registro do ato (a escritura de dação em pagamento ou de “doação”) na matrícula do imóvel, provocando assim sua transferência. Todavia, embora diversos possam ser os legitimados ao exercício deste poder, apenas o Estado é legitimado para adquirir a propriedade; o acordo de transmissão só a este se dirige.

91. Feitas estas considerações, é possível analisar as particularidades do acordo de dação em pagamento celebrado entre o *terceiro solvens* (terceiro em relação ao dever ambiental) e o Estado.

VII.2 Dação em pagamento por terceiro e manifestação do devedor ambiental

92. PONTES DE MIRANDA observa que a estipulação em favor de terceiro pode ser inserida em negócios obrigacionais ou dispositivos⁴²:

Estipulação a favor de terceiro é a atribuição de eficácia, a favor de terceiro, ao negócio jurídico bilateral, inclusive a acordo de transmissão ou de constituição (...) Portanto, não só de promessa se trata; tem-se de entender que

40 Aliás, se vinculada a competência do órgão ambiental, e presentes os requisitos todas da legislação, pode haver mesmo dever de aceitar, isto, é, dever de concluir contrato.

41 De acordo com o art. 217 LRP, “O registro e a averbação poderão ser provocados por qualquer pessoa, incumbindo-lhe as despesas respectivas”.

42 Como observa este autor, “se atendermos a que a técnica legislativa não foi exercida com inteira atenção à diferença entre negócios jurídicos *obrigacionais* e negócios jurídicos *dispositivos*, é fácil assentar-se que analogia, ou, melhor, a explicitação, se impõe” (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, v. XXVI, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, § 3.157, n. 7, p. 233).

ser pode estipular a promessa a favor de terceiro, ou a atribuição de efeito real (disposição translativa ou disposição constitutiva, e.g., gravativa ...)⁴³.

93. É em tese possível, portanto, que duas partes celebrem acordo de transmissão com eficácia em favor de um terceiro, estranho ao acordo. Seria possível, assim, que o devedor ambiental e o titular de área inserta em UC celebrassem desde logo a dação em pagamento (que é negócio dispositivo), com eficácia em favor do Estado (terceiro beneficiário). E, ainda nesta hipótese, o direito se transmitiria diretamente do patrimônio do titular da área para o Estado, sem passar pelo patrimônio do devedor ambiental.

94. Tal possibilidade, contudo, não traz nenhum benefício à operação, e **não é de modo algum necessária**, tendo em vista que devedor ambiental nem é titular da área inserta em UC (e, portanto, não tem poder de disposição sobre a mesma), nem é o adquirente da área. Outrossim, é em princípio possível que um terceiro adimpla, em seu próprio nome, dívida de outrem, trate-se de terceiro interessado (cf. art. 304 CC e item 31, *supra*) ou não (cf. art. 305, CC)⁴⁴.

95. Portanto, para que se faça a atribuição patrimonial ao Estado, e para que esta atribuição configure pagamento, adimplindo a obrigação ambiental (ainda que nomeada “doação”) é necessário e suficiente o consenso do alienante (titular da área inserta em UC) e do adquirente (o Estado). Portanto, no que diz respeito ao negócio dispositivo (de adimplemento, no caso), a manifestação do devedor ambiental não é necessária nem à transmissão da área para o Estado, nem ao adimplemento do dever ambiental.

96. Todavia, além do acordo de transmissão, e da referência à *causa solvendi*, o adimplemento, na “compensação” ambiental, sujeita-se a diversas disposições, p.ex. regras específicas quanto a riscos e responsabilidades, **sendo necessário, por questões de isonomia e prevenção de litígios, que o devedor ambiental também se vincule a estas regras**.

97. Com efeito, o devedor ambiental deve ter, **sempre**, um tratamento semelhante, seja na hipótese do **art. 02º** da minuta (“compensação” com adimplemento pelo próprio devedor ambiental), seja na hipótese do **art. 6º** (“compensação” com adimplemento por terceiro, que não o devedor ambiental). Afinal, a obrigação que se adimple (com a alienação da área ao Estado) é sempre a do devedor

43 F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, v. XXVI, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, § 3.153, n. 7, p. 218; negrito nosso.

44 Como visto, quando houver estipulação em favor de terceiro, e o Estado (terceiro beneficiário) a ela anuir, o titular de área inserta em UC, **embora continue estranho (terceiro, portanto) ao dever ambiental que se adimple**, será devedor **também do Estado** (por força daquela estipulação, não das normas do Direito Ambiental). Nesta relação, portanto, já não se pode, tecnicamente, tratar de pagamento “por terceiro”.

ambiental (as obrigações assumidas pelo terceiro *solvens* surgem apenas como meio para adimplir a obrigação ambiental).

98. Releva, assim, a manifestação do devedor ambiental, não para a existência da dação em pagamento, nem para sua eficácia típica (a transmissão ao Estado e a extinção do dever ambiental operam-se independentemente do que o devedor), mas **apenas para que ele (devedor ambiental) se vincule às demais disposições constantes do pagamento, que tratam da atribuição de riscos e responsabilidades**, ou seja, apenas para a extensão da **eficácia** destas disposições a ele devedor ambiental⁴⁵.

99. Com a manifestação do devedor ambiental, as disposições contidas na dação em pagamento, que estabelecem liberdades (= ausência de deveres) ou imunidades (= ausência de poderes) para o Estado (e relativamente à figura do alienante), estendem-se também a ele, devedor ambiental. Onde o alienante não tem direito, ou não tem poder, o devedor ambiental também não os terá, sendo o Estado livre ou imune (nas situações previstas), frente a um e outro.

100. Relativamente à dação em pagamento, portanto, a manifestação do devedor ambiental é mera anuência (e assim foi designada no **art. 6º** da minuta), não consentimento, mesmo porque a manifestação jurídica do Estado (aceitação da “compensação” ambiental ofertada pelo titular de área inserta em UC, com as demais cláusulas relativas ao pagamento), já foi emitida, e já exauriu sua eficácia na criação de um novo negócio, a dação em pagamento⁴⁶.

101. Passa-se, agora, a analisar o **art. 7º** da minuta, em que o alienante transfere ao Estado a área inserta em UC visando a **futuras** “compensações” ambientais (as do art. 66, III e § 5º, da Lei Federal n. 12.651/12).

45 Em verdade, a anuência do devedor ambiental é necessária também à **validade** da dação em pagamento, tendo em vista, por exemplo, que norma cogente (de direito administrativo ambiental, no caso) exige do devedor ambiental as “renúncias” do art. 30, II, “b” da Lei Paulista n. 15.684/2015 (quanto a este dispositivo, embora tenha sua eficácia suspensa, já se viu que constitui, em verdade, **mera explicitação de conseqüências decorrentes da lei federal**, cf. item 57, *supra*). Todavia, tal entendimento não mudaria a natureza da manifestação (a anuência é manifestação necessária à validade ou eficácia do contrato, não à sua existência), e tal invalidade é passível de ser sanada pela superveniente anuência do devedor ambiental. Ademais, na seara do Direito Administrativo, enquanto não desconstituído o negócio inválido, em princípio este é e permanece eficaz.

46 De consentimento apenas se poderia tratar caso o Estado e o devedor ambiental decidissem celebrar um novo negócio, pelo qual o devedor aceita todas as disposições relativas a riscos e responsabilidades decorrentes do pagamento (algo absolutamente desnecessário e supérfluo, já que basta uma única manifestação do devedor ambiental, relativamente ao contrato já celebrado). E este novo negócio, ainda que de natureza contratual, teria relevo apenas para a eficácia (ou validade e eficácia, cf. nota anterior) da dação em pagamento que já se celebrou (e já possibilitou a transferência do imóvel para o Estado e o adimplemento do dever ambiental), desempenhando portanto a mesma função da anuência. Também não se trata de contrato aberto à adesão de terceiro (como pode ocorrer, por exemplo, com o contrato de sociedade), uma vez que o devedor ambiental, por sua manifestação, **não se torna parte** na dação em pagamento, já que não é alienante nem adquirente da área inserta em UC (que se transfere de um terceiro *solvens* diretamente para o Estado).

VIII. TRANSMISSÃO AO ESTADO E “COMPENSAÇÃO” FUTURA

102. Nesta operação, o titular de área inserta em UC submeterá seu pedido à Fundação Florestal, que analisará o caso conforme a legislação ambiental pertinente (inclusive o disposto nos **artigos 2º a 5º** da minuta, com eventuais modificações constantes do **art. 7º**).

103. Se favorável a análise, o interessado transferirá a área ao Estado, registrando-se em cadastro a área hábil a ser destinada a futuras “compensações” ambientais - trata-se aqui, mais precisamente, de um registro eletrônico (cf. **art. 7º, § 3º** da minuta), interno ao Sistema Nacional de Cadastro Ambiental Rural-SICAR.

104. Quanto às eventuais futuras “compensações”, todavia, serão analisadas e aprovadas pela entidade ou órgão ambiental competente (a CETESB, entidade, ou a CBRN, órgão da SMA, p. ex.), já que se trata de matéria estranha à competência da Fundação Florestal.

105. Ressalta, portanto, o papel de diversos entes (ou órgãos) da Administração Pública Estadual na operação pretendida (embora não necessariamente no contrato celebrado com o Estado). Assim:

- (a) a **Fundação Florestal**, que analisa o pleito inicial (cf. **arts. 3º e 7º** da minuta), verificando tratar-se de área **em tese** hábil a permitir futuras “compensações” ambientais;
- (b) o **Estado-Fazenda**, que celebra contrato dispositivo com o proprietário da área inserta em UC, tendo por objeto sua transferência;
- (c) a **Fundação Florestal** que, após a transferência da área para o Estado, procede aos registros cabíveis no sistema SICAR (cf. item 103, *supra*), cuidando ainda das ulteriores atualizações do registro;
- (d) a **CETESB** (ou, conforme o caso, a **CBRN**, que é órgão da SMA), encarregadas de examinar os futuros pedidos de “compensação” ambiental; e
- (e) novamente, a **Fundação Florestal**, que, uma vez aprovada a “compensação” pela CETESB ou a CBRN, procede aos registros necessários no SICAR, sobretudo para evitar dupla utilização da mesma área.

106. Necessário, agora, analisar o contrato referido no item “b” (disciplinado pelo **art. 06º** da minuta), ou seja, o negócio jurídico dispositivo (acordo de transmissão de propriedade e posse - no caso, posse indireta) celebrado entre o titular da área inserta em UC e o Estado, sobretudo para precisar a **causa** ainda, a causa pela qual este último recebe a propriedade da área.

107. Não é possível, neste momento, cogitar do adimplemento de quaisquer obrigações ambientais, porquanto estas precisam ser indicadas pelo alienante da área (inserta em UC), e a viabilidade da “compensação” pretendida necessita, ainda, ser analisada pelos entes ou órgãos ambientais competentes (CETESB ou CBRN, p. ex.).

108. Sem a prévia aprovação por estes órgãos, não é possível cogitar-se de adimplemento de qualquer obrigação ambiental, razão pela qual o **art. 7º, § 2º** da minuta estabelece que “Da escritura de alienação deverá constar (...) cláusula estabelecendo que o titular do direito de compensação resultante da alienação assume todos os riscos decorrentes de não vincular a área alienada a outros imóveis com déficit de Reserva Legal para o fim de compensação”⁴⁷. Note-se que nem a CETESB nem a CBRN figuram como partes ou anuentes nos negócios ora examinados.

109. Evidencia-se, assim, a onerosidade da atribuição patrimonial ao Estado, já que tal atribuição se faz para adimplemento de obrigações ambientais, ainda que a serem oportunamente indicadas, devendo a respectiva “compensação” ambiental ser previamente aprovada pelos órgãos competentes. É a partir desta consideração que se deve verificar qual o **título** mais adequado a representar a causa (ou pelo menos a onerosidade) da atribuição patrimonial feita ao Estado, tendo em vista o rol de títulos admitidos a registro, nos termos do **art. 167, I, da LRP**.

110. A nosso ver, é possível recorrer novamente à **dação em pagamento**, esclarecendo-se, na escritura respectiva, que as obrigações ambientais adimplidas serão oportunamente especificadas, após aprovação das “compensações” ambientais pelo competente órgão técnico (assumindo o alienante e/ou o titular do direito de compensação, os riscos referidos no **art. 6º, § 2º** da minuta).

111. Tal como na dação em pagamento, já se tem, aqui, um negócio jurídico dispositivo, envolvido por um **acordo sobre a causa** (*causa solvendi*), com diferença de que esta causa (sobre a qual já se acordou), será efetivada apenas posteriormente, com a indicação dos imóveis com *déficit* de reserva legal e a aprovação, pelo órgão competente, da “compensação” respectiva. Assim concebida, a dação pode servir mesmo para o adimplemento de obrigações futuras, embora, no que refere à “compensação” de reserva legal, obrigações ambientais são todas já existentes (faltando apenas a indicação de quais serão adimplidas)⁴⁸. No mais,

47 A (possível) distinção entre o titular da área (inserta em UC e transferida ao Estado) e o titular do “direito de compensação” (**cuja natureza jurídica será analisada adiante**) decorre da permissão constante do **art. 7º, § 1º** da minuta, em que se prevê a possibilidade de emissão do registro em nome de um terceiro, que não o titular a área.

Convém esclarecer que, a teor do **art. 7º, § 4º** da minuta, o registro (do “direito de compensação”) é **intransferível**, mas sempre poderá ser utilizado para a compensação ambiental de imóveis próprios (i.e., do próprio titular do “direito a compensar”) ou de terceiros, sempre indicados por este titular. Visa-se, com a intransferibilidade, evitar a criação de valores mobiliários, o que já desborda em muito do objetivo de regularização ambiental, atraindo a disciplina da Lei n. 6.385/76.

48 Isto porque o art. 66, *caput*, da Lei Federal n. 12.651/2012 admite a compensação para déficits verificados apenas até 22/07/2008. Já no caso do art. 36 da Lei n. 9.985/2000 (se tal possibilidade for admitida), as obrigações podem ser presentes ou futuras.

já se analisou a justificativa funcional para a aproximação deste acordo, celebrado com o Estado, à dação em pagamento (cf. **Seção VI, supra**).

112. Embora esta seja a solução mais fiel à natureza da operação (**e que portanto preferimos**), pode causar espécie a algum notário ou registrador imobiliário, razão pela qual convém, na esteira da distorção criada pelo legislador federal, revisitar a figura da “doação”, título hábil a registro nos termos do **art. 167, I, 33, da LRP**.

113. Cabe perguntar: seria possível, aqui, cogitar-se (tecnicamente) de doação com encargo? Tal figura serviria a atribuir causa à transmissão para o Estado, e representa (ao menos no que tange ao encargo) a onerosidade desta transmissão (cf. item 109, *supra*).

114. Como já se viu, a partir dos **arts. 538 e 540 CC**, o encargo é um limite à liberalidade, e portanto à gratuidade do negócio. Outrossim, o montante ou relevância deste encargo nem sempre é fixo, observando C. M. BIANCA que “Como limitação da atribuição gratuita, o modo importa uma *parcial onerosidade* do contrato. Se a entidade da limitação não é previamente determinada, isto quer dizer que o contrato destina-se a beneficiar o donatário na medida que resultará determinada no ‘líquido’ do modo [i.e., no que sobrar]”⁴⁹.

115. Com isto, seria possível representar o risco assumido pelo titular do “direito de compensação”, que pode não encontrar interessados. Todavia, não há, aqui, nenhum dever a cargo do donatário (o Estado-Fazenda), cuja “prestação” pudesse ser considerada “cumprimento” do “encargo” (cf. item 44, *supra*).

116. Como limitação à gratuidade que é, o encargo pode, em princípio, consistir tanto num dever quanto numa **sujeição**, que é precisamente a situação do Estado (adquirente, ou “donatário”, nos termos da Lei Federal) em face do “direito de compensação” (cf. itens 121 ss., *infra*). Tal sujeição, todavia, **não configura encargo**.

117. Isto porque o contrato celebrado entre o titular de área inserta em UC e o Estado (qualquer que seja o *nomen iuris* que lhe tenha dado a lei), é **integralmente oneroso** (o acordo sobre a causa - *causa solvendi* - abrange, em sua integralidade, a prestação feita ao Estado; cf. itens 109 e 111, *supra*). Assim, **não é cabível cogitar de qualquer doação, pura e simples ou com encargo que seja**. Por certo, o contrato de que ora se trata tem um elemento de álea, de risco, mas aleatoriedade não implica

49 Carlo Massimo BIANCA, *Diritto Civile*, v. III - Il contratto, 2.ed., Milano, Giuffrè, 2000, n. 251, p. 494. No original: “Quale limitazione dell’attribuzione gratuita il modo importa una *parziale onerosità* del contratto. Se l’entità della limitazione non è previamente determinata, ciò vuol dire che il contratto è diretto a beneficiare il donatario nella misura che risulterà determinata al netto del modo”.

gratuidade, e portanto não se reconduz à doação, (cf. item 59 e nota n. 25, *supra*). A distribuição de riscos é inerente a, virtualmente, **todo** o direito contratual.

118. Assim, e por conta da péssima técnica legislativa, é que este contrato pode receber (por **inadequado** que lhe seja) o *nomen iuris* de “doação” (cf. item 62, *supra*). Isto, todavia, não lhe muda a natureza onerosa, pelo que não se deve agravar a distorção legislativa, vislumbrando “doação com encargo” **onde nem mesmo doação existe** (cf. item 65, *supra*). Aliás, é evidente que a lei, ao dar ao ato o *nomen iuris* “doação” (previsto pelo art. 167, I, LRP), pretendeu com isto determinar (e efetivamente determinou) que tal ato é hábil ao registro imobiliário, e à conseqüente transmissão de propriedade.

119. Ademais, o encargo é, **em abstrato**, elemento **acidental** de um negócio jurídico (ainda que possa, em concreto, tornar-se “essencial” a algum negócio particular, tanto mais por força do art. 137 CC, cf. item 43 e nota n. 18, *supra*). Já a *causa solvendi* (adimplemento de dever ambiental, ainda que a ser futuramente especificado) é, mesmo em abstrato, elemento legalmente previsto, **objetivo e essencial** à “compensação” mesma. A “compensação” nada mais é que um **rótulo** para uma série de prestações distintas legalmente admitidas a adimplir e solver determinado dever ambiental, um dever de “regularizar a situação” de determinado imóvel tendo em vista o *déficit* de reserva legal verificado antes de 22/07/2008.

120. Nada há, portanto, na “compensação” ambiental, que possa tecnicamente ser denominado “encargo”. Portanto, se se precisar recorrer a esta abstrusa figura da “doação”, recomenda-se que o ato seja celebrado sem ulterior qualificação. Não se tratando de doação, não incide o art. 19, IV da CE, sendo inexigível qualquer autorização legislativa no caso.

121. Feitas estas observações, é necessário agora determinar precisamente em que consiste a situação jurídica do Estado, seja na dação em pagamento, seja na “doação”.

122. Desde logo, ressalta que **não há nenhum dever de prestação por parte do Estado**. Trate-se de dação em pagamento, ou da assim chamada “doação”, o direito do alienante (que temos chamado “direito de compensação”) decorre da alienação mesma que este fez ao Estado, ainda que concretamente submetido à ulterior aprovação (**pelos entes ou órgãos competentes**) de cada “compensação” ambiental requerida.

123. Recorde-se que a análise da “compensação” ambiental pode competir à pessoa jurídica distinta do Estado (a CETESB). E, ainda que seja atribuição de órgão do próprio Estado (i.e., da Administração Direta), o competente órgão técnico é **estranho à transferência feita ao Estado**. Com efeito, não é parte nem interveniente no acordo (dação em pagamento ou “doação”), **nem poderia sê-lo neste momento**, tendo em vista que nenhuma “compensação” lhe foi ainda apresentada.

124. Assim, **não é possível vislumbrar-se nenhum direito de crédito para o alienante** (titular do “direito de compensação”), ao menos não um direito de crédito que tenha por objeto a “compensação” ambiental. Não cabe ao Estado-Fazenda (adquirente a área), que não tem competência técnica para tanto, prometer fato de terceiro. A figura, embora prevista pelos arts. 439 e 440 CC, é não apenas inconveniente, mas **inaplicável ao caso em tela**, por conta da legalidade administrativa e das competências normativamente fixadas de cada órgão.

125. Por esta razão, deve-se evitar qualquer referência a “crédito” para futuras “compensações” ambientais. E, antes de aprovada qualquer destas, tudo o que o SICAR pode registrar é área **em tese** disponível para futuras “compensações” ambientais, sujeitas todavia a aprovação pelos entes ou órgãos ambientais competentes, nos termos da legislação em vigor.

126. É precisamente por isto que o **art. 7º, § 2º** da minuta prevê que o titular do “direito de compensação”, “assume **todos os riscos** decorrentes de não vincular a área alienada a outros imóveis com déficit de Reserva Legal para o fim de compensação”.

127. Tal dispositivo, a nosso ver, contempla não apenas o **risco econômico** (o mercado pode preferir outras formas de “compensação” ambiental, e mesmo outras formas de “regularizar sua situação”), mas também o **risco técnico** (p.ex., a compensação requerida não pôde ser deferida, porque deixou de ser atendido algum requisito da legislação ambiental). O dispositivo, afinal, refere-se a “todos os riscos”.

128. Portanto, o alienante da área (ou o titular do “direito a compensar”) **não adquire qualquer direito e pretensão a exigir determinada “compensação” ambiental**, uma vez que qualquer “compensação” ambiental concretamente pleiteada estará submetida ao juízo técnico (discricionário ou vinculado que seja) do ente ou órgão ambiental competente.

129. Todavia, uma vez aprovada (juízo discricionário) ou atestada a admissibilidade (juízo vinculado) da “compensação” ambiental, pelo competente órgão técnico, o Estado estará, por este mesmo fato (aprovação ou certificação), **sujeito à “compensação” ambiental aprovada** (i.e., estará sujeito a que esta “compensação” se aperfeiçoe).

130. Tal sujeição decorre de já se haver acordado, na transmissão precedentemente feita ao Estado, a respectiva causa de atribuição patrimonial (*causa solvendi* e, mais especificamente, para “compensação” ambiental, isto é, para adimplemento de dever ambiental, qualquer que seja o *nomen iuris* do contrato). Neste contexto, portanto, sobrevindo um juízo **técnico** favorável do órgão competente, resulta incabível cogitar-se de qualquer “aceitação” pelo Estado, ou de

qualquer possibilidade de “recusa”. Outrossim, é evidente a alteração na esfera jurídica do Estado, que é titular (ou, quando menos, legitimado a exigir o cumprimento) do dever ambiental, que se adimple via “compensação”.

131. Portanto, o “direito de compensação”, decorrente da transferência, ao Estado, de área inserta em UC, consiste manifestamente em um **poder jurídico** (implicando assim a correlata **sujeição** do Estado), ainda que se trate de um poder dependente de certos requisitos para seu **exercício eficaz**, já que cada “compensação” pretendida necessita ser aprovada (ou, em juízo vinculado, ter sua viabilidade atestada) pelo competente órgão técnico.

132. Outrossim, uma vez aprovada a “compensação”, para que esta se efetive, o devedor ambiental deve assinar o Termo previsto (cf. **art. 4º** e **art. 7º, § 7º** da minuta), procedendo-se às anotações respectivas no SICAR (cf. **art. 7º, § 5º** da minuta). Neste caso, o Termo **não será necessário à existência**, mas apenas à validade e a eficácia da “compensação”, exatamente como ocorre com a anuência do devedor ambiental, quando o *terceiro solvens* presta por ele (cf. itens 96 a 100, *supra*, e **art. 6º** da minuta). Convém examinar este ponto em maior detalhe.

133. Quanto ao titular do “direito de compensação” (em verdade, um **poder jurídico**, ou seja, direito formativo, também chamado potestativo), recorde-se que:

- (a) ele já terá sido parte (ou interveniente, se o caso, cf. **art. 7º, § 1º** da minuta) na escritura de dação em pagamento (ou de “doação”) celebrada com o Estado, **da qual se recomenda constem todas as cláusulas relativas a futuras “compensações”**;
- (b) o registro, feito no SICAR relativamente ao titular do “direito de compensação” deve reproduzir a cláusula resolutiva (cf. **art. 05º, caput e §§ 1º e 2º**, e **art. 7º, § 3º** da minuta); e, finalmente,
- (c) o titular do “direito de compensação” é o único legitimado a indicar os imóveis, próprios ou de terceiros, para se beneficiarem da compensação ambiental (cf. **art. 7º, § 4º** da minuta). Trata-se, aqui, exatamente **do ato de exercício** daquele poder que lhe surgiu com a atribuição, ao Estado, de área inserta em UC, mas cuja eficácia depende do juízo técnico dos órgãos ambientais (cf. item 131, *supra*).

134. Este ponto é importante: sendo o “direito de compensar” um **poder jurídico** (ainda que se trate de um poder dependente de certos requisitos para seu exercício eficaz, cf. item 131, *supra*), **não será necessário novo acordo para a existência da compensação ambiental concretamente aprovada**. O titular do certificado tem um **poder jurídico, que já exerceu**⁵⁰, quando declarou desejar

50 E já está vinculado a todas as cláusulas que “envolvem” o pagamento, cf. item 131, “a” e “b” *supra*.

aquela “compensação” (cf. item 133, “c” *supra*); os órgãos ambientais limitam-se a um juízo técnico; o Estado está simplesmente **sujeito** à compensação; e a manifestação do devedor ambiental nada mais é que uma **anuência**, destinada sobretudo a vinculá-lo às regras que “envolvem” o pagamento (cf. itens 96 a 100 e 132, *supra*)⁵¹.

135. Portanto, eventuais direitos de crédito (do titular do “direito de compensação” e/ou do devedor ambiental) e correlatos deveres de prestar (da Administração) que se verifiquem na hipótese, são **meramente instrumentais**, e decorrentes do exercício eficaz do poder jurídico pelo titular do “direito a compensar”. Exemplo de tal dever instrumental é a necessidade de registro da “compensação” no SICAR, cf. **art. 7º, § 5º** da minuta.

136. No mais, por conta desta situação de poder jurídico e sujeição verificadas, o **art. 8º**, Parágrafo único, da minuta estabelece que os registros no SICAR são necessários à eficácia da “compensação” ambiental, mas não à sua existência, que já se operou. A “compensação” ambiental decorre do **exercício eficaz** do poder jurídico pelo titular do “direito de compensação” (cf. itens 131, 133, “c”, e 134, *supra*).

137. Há portanto fatores de eficácia para o exercício do poder jurídico (conformidade a todos os requisitos da legislação ambiental, de acordo com manifestação do competente órgão técnico), e fatores de eficácia para a “compensação”, que surge do exercício eficaz daquele poder jurídico (registros no SICAR do imóvel regularizado, cf. **art. 7º, § 6º** da minuta).

138. E, para maior segurança do sistema, sugerimos que o exercício deste poder jurídico (cf. item 133, “c” *supra*) seja desde logo (i.e., **desde antes de sua análise técnica**), registrado no SICAR do alienante (titular da área inserta em UC, que a transferiu ao Estado). Assim, tutela-se a confiabilidade do sistema, evitando que alguém disponha de área para compensação superior à que efetivamente lhe reste, estabelecendo-se outro requisito para o exercício **eficaz** do poder surgido com a transmissão da área para o Estado.

139. Por fim, deve-se ressaltar que este **poder jurídico** não se submete à prescrição, nem há para ele decadência legalmente prevista. Assim, não haverá prazo para o exercício deste poder, **salvo decadência contratualmente estipulada** (cf. **art. 211 CC**). Preserva-se, assim, a onerosidade do contrato e, uma vez

51 Portanto, a ausência deste Termo, a ser firmado pelo devedor ambiental, pode apenas influir na **validade** (cf. item 98 e nota n. 45, *supra*) ou na **eficácia** da “compensação”, tendo em vista que se deve exigir a assinatura deste Termo para o registro da “compensação” ambiental no SICAR, registros sem os quais a compensação será ineficaz (cf. **art. 07º, Pará. ún.**, da minuta). A “compensação” mesma, todavia, já **existe**, e depende apenas do cumprimento de um requisito (“fator”, na terminologia de Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO) para sua eficácia. No mais, ainda que o Termo seja celebrado sob **forma** contratual, novas declarações do Estado, de órgãos ambientais, ou do titular do Certificado serão em princípio **meramente reprodutivas** de declarações anteriores.

decaído o poder, a propriedade remanesce com o Estado, sem que mais nenhuma “compensação” possa ser efetuada.

IX. SÍNTESE CONCLUSIVA

140. Do quanto exposto, e em atenção às perguntas formuladas na consulta, **encaminhamos minuta anexa a este Parecer**, e ressaltamos que:

- (a) A “compensação” ambiental **não configura, tecnicamente, compensação nos termos da lei civil**, nem mesmo na hipótese de “doação” de áreas inseridas em Unidade de Conservação, prevista pelo art. 66, § 5º, III, da Lei Federal nº 12.651/2012. O que a lei prevê são diversas maneiras de cumprir uma obrigação, tratando-se portanto de **obrigação alternativa**, regulada pelos arts. 252 ss. CC;
- (b) Tratando-se de adimplemento de obrigação, a transmissão de terras ao Estado, embora feita sem o desembolso de qualquer quantia por parte deste, **não configura doação**, podendo ser reconduzida à **dação em pagamento**, figura típica **funcionalmente** mais próxima à hipótese do art. 66, § 5º, III da Lei federal nº 12.651/2012 e art. 30 da Lei Paulista nº 15.684/2015;
- (c) Todavia, e tendo em vista a falta de técnica do legislador federal (bem assim o rol de títulos hábeis a registro, *ex vi* do art. 167, I, LRP), é possível (por incorreto que seja) atribuir a este acordo o *nomen iuris* de “doação”. Todavia, como se trata de contrato oneroso (e feito *solvendi causa*, para adimplemento de dever ambiental), não cabe cogitar de encargo, muito menos exigir a autorização legislativa prevista no art. 19, IV, CE;
- (d) O adimplemento (transmissão de terras ao Estado), pode ser feito pelo próprio devedor ambiental, quando titular de áreas inseridas em Unidade de Conservação, ou pode ser feito por qualquer titular de tais áreas (inseridas em UC), para regularizar a situação de outrem (**pagamento por terceiro**);
- (e) O titular de áreas inseridas em UC e o devedor ambiental que desejam regularizar sua situação podem celebrar **contrato de compra e venda com estipulação em favor de terceiro**, indicando o Estado como terceiro beneficiário. Esta compra e venda será cumprida pela efetiva alienação da área ao Estado por dação em pagamento, ou pela impropriamente denominada “doação” (cf. item “c”, *supra*);
- (f) Quando o adimplemento for feito por terceiro (**art. 6º e art. 7º** da minuta), deve-se adotar, em relação ao devedor ambiental, as medidas indicadas nos itens 96 a 100, *supra*;
- (g) O negócio pelo qual o titular de área insere em UC transmite tal área ao Estado, tendo em vista futuras “compensações” ambientais, deve também ser reconduzido à figura da dação em pagamento (como sugerimos), ou

então à figura impropriamente denominada “doação”, referida no item “c”, *supra*;

- (h) O “direito de compensação”, decorrente do da alienação da área inserta em UC para compensações futuras, consiste em poder jurídico (e correlata sujeição do Estado), submetido porém, para seu exercício eficaz, à prévia manifestação técnica dos órgãos ambientais competentes.

É o Parecer. À superior consideração.

São Paulo, 13 de julho de 2018

GEORGE IBRAHIM FARATH

Procurador do Estado

PROCESSO: 27699-375097/2016

INTERESSADO: SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE

ASSUNTO: REGULAMENTAÇÃO DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DE RESERVA LEGAL - TRANSFERÊNCIA DE ÁREA - UNIDADES DE CONSERVAÇÃO.

De acordo com o Parecer SubG/AGI nº 17/2018 por seus próprios fundamentos.

Encaminhe-se à Sra. Subprocuradora Geral da Consultoria Geral, com proposta de aprovação.

Após, sugere-se encaminhamento ao Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação.

São Paulo, 13 de julho de 2018.

CRISTIANA CORREA CONDE FALDINI

Procuradora do Estado Assessora
Consultoria Geral

PROCESSO: 27699-375097/2016
INTERESSADO: SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE
ASSUNTO: REGULAMENTAÇÃO DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DE RESERVA LEGAL - TRANSFERÊNCIA DE ÁREA - UNIDADES DE CONSERVAÇÃO.
PARECER: **AGI nº 17/2018**

Aprovo o Parecer SubG/AGI nº 17/2018 por seus próprios fundamentos.

Encaminhe-se ao Procurador Geral do Estado, com sugestão de aprovação e, após, remessa à Secretaria do Meio Ambiente, para ciência das observações lançadas na peça opinativa e decisão sobre a inclusa minuta de Resolução.

SubG-Consultoria, 7 de agosto de 2018.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA GERAL

Resolução SMA nº xx, DE DE 201x.

Regulamenta o mecanismo de regularização da Reserva Legal dos imóveis rurais mediante compensação por meio de alienação ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária, sob a gestão de órgãos da Administração Direta ou de entidades da Administração Indireta do Estado de São Paulo.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE, no uso de suas atribuições legais,

Considerando o disposto na Lei federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012, em especial em seu artigo 66, §5º, inciso III, que prevê a possibilidade de regularização do déficit de Reserva Legal dos imóveis rurais por meio de doação ao Poder Público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público, pendente de regularização fundiária, bem como o §6º, incisos I e II, do mesmo artigo, que estabelecem que as áreas doadas deverão ser equivalentes em extensão à área de Reserva Legal a ser compensada e estarem localizadas no mesmo bioma; e

Considerando o disposto na Lei federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC);

RESOLVE:

Artigo 1º - Esta resolução estabelece regras para a compensação do déficit de Reserva Legal por meio da alienação, ao Estado de São Paulo, de imóveis inseridos parcial ou integralmente em Unidades de Conservação de domínio público, pendentes de regularização fundiária, sob a gestão de órgãos da Administração Direta ou de entidades da Administração Indireta Estadual.

Artigo 2º - O proprietário ou possuidor de imóvel com déficit de Reserva Legal poderá requerer, para fins de compensação ambiental, alienação de área de sua propriedade inserida em Unidade de Conservação de domínio público estadual.

§ 1º - O requerimento será feito no Sistema de Cadastro Ambiental Rural do Estado de São Paulo - SICAR-SP e deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - Planta Planialtimétrica e Memorial Descritivo, ambos geo-referenciados ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, elaborados de acordo com as normas técnicas expedidas por este e certificados conforme a Lei Federal nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e Decretos Regu-

lamentares, com a indicação da faixa de marinha, no caso de o imóvel confrontar com área da União;

II - Declaração do alienante acerca da inexistência de ação de desapropriação, direta ou indireta, de evicção ou de qualquer em que a propriedade da área seja o objeto litigioso do processo;

III - Matrícula atualizada, em nome do requerente, e cópia do respectivo título de aquisição;

IV - Certidão vintenária do imóvel, com negativa de ônus e alienações;

V - Certidão negativa de débitos fiscais incidentes sobre o imóvel;

VI - Certidão conjunta negativa de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União;

VII - Certidão negativa de débitos tributários da dívida ativa do Estado de São Paulo;

VIII - Em caso de alienação parcial do imóvel, a comprovação do desmembramento na matrícula ou a apresentação da prenotação correspondente;

IX - Cópia autenticada do RG e do CPF, no caso de proprietários pessoas físicas, assim como certidão de casamento ou de nascimento atualizadas, indicando, no caso de pessoas fora da constância do casamento, se vivem ou não em união estável, apresentando, se existente, cópia do pacto de convivência; e

X - Na hipótese de o proprietário da área ser pessoa jurídica, comprovante de inscrição e situação cadastral no CNPJ, cópia autenticada de seus atos constitutivos, e, se for o caso, da ata de eleição e de posse dos dirigentes e cópias dos respectivos RGs e CPFs.

§ 1º - Caso verificada a existência de qualquer ação a que alude o inciso II, em curso ou encerrada, em que seja parte o Estado de São Paulo, a alienação de que trata esta resolução somente será admitida mediante a renúncia, pelo alienante, ao direito invocado, e devolução dos valores eventualmente recebidos em razão dela, devidamente atualizados.

§ 2º - A regularidade e a correção das informações discriminadas neste artigo são de inteira responsabilidade do alienante.

§ 3º - Poderá ser alienada a totalidade da área inserida no interior de Unidade de Conservação ou parte dela, procedendo-se ao devido desmembramento, se for o caso.

Artigo 3º - Após a apresentação do requerimento previsto no artigo 2º, o órgão gestor da Unidade de Conservação se pronunciará sobre:

I - Localização: se a área está dentro de Unidade de Conservação de domínio público estadual;

II - Bioma: qual é o bioma da área, conforme legislação aplicável, tendo em vista Mapas de Bioma do IBGE 1:5.000.000, Planos de Manejo ou outras fontes oficiais;

III - Contaminação: se a área está contaminada, de acordo com mapeamento expedido pela CETESB ou informação do Plano de Manejo, além da matrícula do imóvel;

IV - Ocupação: se a área está livre de pessoas e coisas, sendo estas últimas admitidas desde que de interesse do órgão ou entidade gestora, devidamente justificado.

Parágrafo único - Havendo pendências sanáveis, o órgão gestor da unidade de conservação notificará o proprietário para saná-las no prazo fixado.

Artigo 4º - Aprovada a proposta de regularização da Reserva Legal pelo órgão ou entidade responsável, o proprietário ou possuidor do imóvel com déficit de Reserva Legal firmará Termo de Compromisso de alienação da área indicada ao Estado de São Paulo.

Parágrafo único - A minuta do Termo de Compromisso tratado no *caput* será divulgada no sítio eletrônico oficial da Secretaria do Meio Ambiente.

Artigo 5º - Após a assinatura do Termo de Compromisso indicado no artigo 4º, o interessado deverá providenciar a efetiva alienação da área indicada ao Estado no prazo de 6 (seis) meses, fazendo constar do respectivo negócio jurídico cláusula resolutiva da compensação de Reserva Legal, vigente por prazo de 10 anos, a contar do registro da propriedade em favor do Estado de São Paulo.

§ 1º - A cláusula resolutiva deverá conter indicação expressa da área transferida ao Estado, e prever o restabelecimento, de pleno direito, da obrigação de regularizar o déficit de reserva legal, no caso de evicção ou qualquer outro em que se verifique que a alienação foi feita por quem não era o legítimo titular do domínio da área.

§ 2º - A resolução da compensação ambiental será total ou parcial, conforme os fatos referidos no § 1º atinjam toda ou apenas parte da área transferida ao Estado.

§ 3º - O Cadastro Ambiental Rural do imóvel beneficiado pela compensação deverá fazer referência ao Termo de Compromisso tratado no artigo 4º, com a transcrição da cláusula resolutiva de que trata o *caput* deste artigo.

§ 4º - A mesma referência tratada no § 3º deverá ser reproduzida nos Cadastros Ambientais Rurais de imóveis resultantes do imóvel beneficiado, por fusão, desmembramento ou qualquer outra causa, com indicação, neste caso, da respectiva área de Reserva Legal compensada no imóvel resultante.

§ 5º - Resolvida a compensação ambiental, total ou parcialmente, o proprietário ou o possuidor do imóvel com déficit de Reserva Legal deverá apresentar nova proposta para a regularização da Reserva Legal, por qualquer dos meios admitidos pela legislação federal e estadual pertinente.

§ 6º - Caberá ao alienante providenciar a lavratura da escritura de alienação à Fazenda Pública e seu registro na matrícula do imóvel.

§ 7º - A escritura de alienação deverá observar as minutas-padrão elaboradas pela Procuradoria Geral do Estado e divulgadas no sítio eletrônico oficial da Secretaria do Meio Ambiente.

§ 8º - A atestação final de cumprimento da compensação ambiental será realizada pelo órgão ou entidade competente, após o registro da alienação na matrícula do imóvel.

§ 9º - Após o registro da alienação na matrícula do imóvel, os autos correspondentes serão restituídos ao órgão gestor da Unidade de Conservação.

Artigo 6º - Os proprietários de áreas inseridas em Unidade de Conservação de domínio público estadual poderão vinculá-las no SICAR-SP, mediante a anuência respectiva, a imóveis de terceiros que tenham déficit de Reserva Legal e cujos proprietários ou possuidores pretendam se regularizar por meio do mecanismo de que trata esta resolução.

§ 1º - Admite-se a transferência direta do imóvel inserido em Unidade de Conservação à Fazenda Pública do Estado de São Paulo, desde que constem como intervenientes, na respectiva escritura, os proprietários ou possuidores das áreas que tiverem sua área de Reserva Legal compensada, procedendo-se às anotações no CAR do imóvel beneficiado.

§ 2º - A regularidade e a correção das informações relacionadas à área alienada ao Estado são de inteira responsabilidade do proprietário da área e do beneficiário da compensação ambiental.

§ 3º - Aprovada a proposta de regularização da Reserva Legal, pelo órgão ou entidade competente, o proprietário ou possuidor do imóvel com déficit de Reserva Legal beneficiado pela compensação firmará o Termo de Compromisso previsto no artigo 4º desta resolução.

Artigo 7º - A alienação das áreas inseridas em Unidade de Conservação de domínio público estadual poderá ser realizada pelo proprietário da área previamente à especificação dos imóveis rurais com déficit de Reserva Legal que serão beneficiados pela compensação, sendo tal alienação registrada no SICAR-SP, para permitir ao alienante futura compensação de Reserva Legal em imóveis de sua propriedade ou posse.

§ 1º - Admite-se também, para os fins previstos no *caput*, a transferência direta do imóvel inserido em Unidade de Conservação à Fazenda Pública do Estado de São Paulo, com a indicação de terceiro como titular exclusivo do direito de compensação resultante da alienação, que deverá figurar como interveniente na respectiva escritura de alienação.

§ 2º - Da escritura de alienação deverá constar cláusula resolutiva expressa referida no artigo 5º, *caput* e §§ 1º e 2º, desta Resolução, bem assim cláusula estabelecendo que o titular do direito de compensação resultante da alienação assume todos os riscos decorrentes de não vincular a área alienada a outros imóveis com déficit de Reserva Legal para o fim de compensação.

§ 3º - O direito de compensação de Reserva Legal será registrado eletronicamente no SICAR-SP, e dele constarão a área transferida ao Estado, a metragem da área hábil a ser compensada e o bioma respectivo, bem assim a cláusula resolutiva expressa referida no artigo 5º.

§ 4º - O direito de compensação de Reserva Legal é intransferível, mas poderá ser utilizado, total ou parcialmente, para compensar o déficit de áreas próprias ou de terceiros, sempre indicadas pelo titular do direito e, no caso de terceiros, com a anuência respectiva.

§ 5º - Cada compensação realizada deverá ser registrada no CAR do imóvel alienado ao Estado, indicando-se a área e sua extensão efetivamente utilizadas, bem assim aquela que sobejar.

§ 6º - A regularidade e a correção das informações relacionadas à área alienada ao Estado são de inteira responsabilidade do alienante da área, do titular do direito de compensação e o titular do imóvel beneficiário.

§ 7º - Aprovada a efetiva proposta de regularização da Reserva Legal, pelo órgão ou entidade competente, o titular do direito de compensação e o proprietário ou possuidor do imóvel beneficiado deverá declarar que tem ciência e assume o risco constante da cláusula resolutiva indicada no artigo 5º.

§ 8º - A hipótese tratada nesse artigo deverá ser formalizada por meio das minutas-padrão elaboradas pela Procuradoria Geral do Estado e divulgadas no sítio eletrônico oficial da Secretaria do Meio Ambiente.

Artigo 8º - Os artigos 2º a 5º desta resolução aplicam-se, no que couber, às hipóteses previstas nos artigos 6º e 7º.

Parágrafo único - A compensação ambiental não será eficaz sem as devidas anotações no SICAR, na forma desta Resolução.

Artigo 9º - É vedado aos órgãos integrantes do Sistema Estadual de Administração da Qualidade Ambiental, Proteção, Controle e Desenvolvimento do

Meio Ambiente e Uso Adequado dos Recursos Naturais - SEAQUA ou a outros órgãos públicos intervir em eventuais tratativas entre o proprietário da área inserida parcial ou integralmente no interior da Unidade de Conservação de domínio público, ou o titular do direito de compensação Reserva Legal, e o proprietário ou possuidor do imóvel com déficit de Reserva Legal a ser beneficiado.

Artigo 10 - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Secretário de Estado do Meio Ambiente

Parecer da Procuradoria Administrativa

PROCESSO: PGS41/18 (GDOC 16847-70014/2018)

INTERESSADO: FERNANDO LUÍS GRACIANO PEREZ

PARECER: PA nº 33/2018

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. CARGO PÚBLICO. VACÂNCIA. ACUMULAÇÃO IRREGULAR DE CARGOS. As regras de direito que regulam a relação funcional entre o servidor público estatutário e o Estado encontram-se no estatuto funcional de cada pessoa política, como corolário da autonomia federativa que cada ente dispõe para organizar seus serviços e servidores. Artigos 18, caput e 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal, c.c. art. 24, § 2º, nº 4, da Constituição Estadual. O servidor que se vale de quaisquer das formas de vacância admitidas no regime jurídico de origem não está na titularidade do cargo, de modo que não se há falar em acumulação irregular de cargos públicos.

1. Trata-se de consulta da Divisão de Administração de Pessoal do Departamento de Administração e Planejamento da Polícia Civil a respeito da viabilidade de ser dada posse ao interessado no cargo de Perito Criminal, do quadro da Secretaria da Segurança Pública, sem incidir em situação de acumulação irregular de cargos públicos.

2. Segundo consta no requerimento que inaugura este expediente, aduz o interessado que requereu “a vacância de cargo de perito oficial forense/perito criminal de 1ª classe que ocupava no Estado de Mato Grosso do Sul” e que tal circunstância seria suficiente para descaracterizar o acúmulo de cargos, com apoio em dispositivos da Lei Federal nº 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos federais) e em precedente do Superior Tribunal de Justiça¹ (fls. 1/4).

3. De seu turno, os órgãos de recursos humanos manifestaram entendimento de que a opção pela vacância para posse em outro cargo público não seria suficiente para afastar o óbice do acúmulo irregular de cargos públicos, por aquela ostentar “características de licença sem vencimentos”, o que impediria o exercício

1 Refere-se o interessado à alteração de posição do Superior Tribunal de Justiça levada a efeito no MS nº 12.576/DF (3ª Seção, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JUNIOR, j. 26/02/2014).

de outro cargo público diante do disposto no artigo 13 do Decreto Estadual nº 41.915/1997² (fls. 10/13).

4. Instada a opinar, assentiu a Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública em que a opção pela vacância do cargo de origem em virtude de posse em outro cargo demove a vedação da acumulação vedada pela Constituição “pois não só elide a concomitância da remuneração, como também torna o cargo de origem efetivamente vago”, rematando, assim, que “a posse não pode ser denejada ao argumento de que somente a exoneração é capaz de elidir a acumulação, sempre que o interessado comprovar que o regime jurídico de seu cargo de origem prevê esta opção” (Parecer CJ/SSP nº 20/2018³, fls. 14/21).

5. Consta, às fls. 22, cópia do “Termo de Posse” do interessado no cargo de Perito Criminal, do SQC-III, do quadro da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo, no dia 12 de janeiro de 2018 (fls. 22).

6. Considerando a necessidade de fixação de orientação jurídica uniforme a toda a Administração Pública, propôs a Chefia da Consultoria Jurídica a submissão do assunto à análise da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral que, por sua vez, encaminhou os autos a esta Especializada para análise e manifestação.

É o relato do essencial. Opinamos.

7. Compreende-se por regime jurídico estatutário o conjunto de regras de direito, de índole não contratual, que regulam a relação funcional entre o servidor público e o Estado. Como é cediço, tal disciplina normativa encontra-se nos estatutos funcionais de cada pessoa política, como colário da autonomia federativa que cada ente dispõe para organizar seus serviços e servidores (artigos 18, *caput* e 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal, c.c. art. 24, § 2º, nº 4 da Constituição Estadual⁴).

2 *Verbis*: “Artigo 13 - O servidor em licença para tratar de interesses particulares nos termos da legislação em vigor, não poderá exercer cargo, emprego ou função na Administração Pública Direta, Indireta ou fundacional do Estado”.

3 De autoria do Procurador do Estado JULIO ROGERIO ALMEIDA DE SOUZA, Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública.

4 *Verbis*: Constituição Federal de 1988: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...]”; “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II - disponham sobre: [...] c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; [...]”; Constituição Estadual de 1989:

8. As formas de provimento e vacância dos cargos inserem-se no panorama das regras que compõem o regime jurídico, cabendo, pois, a cada ente federativo discipliná-las desde que observado o regime constitucional superior⁵.

9. Nesse passo, a hipótese de **vacância em decorrência de posse em outro cargo inacumulável** tem previsão em alguns estatutos funcionais⁶. E, como bem intuiu o parecerista preopinante, tal condição está estreitamente ligada ao instituto da **recondução**, por meio da qual se admite o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado na hipótese de inabilitação em estágio probatório no novo cargo. É o caso da Lei nº 1.102, de 10 de outubro de 1990 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul)⁷, regime jurídico do cargo de origem do interessado, que disciplinou a matéria nos seguintes termos:

Art. 49. Recondução é o retorno do funcionário estável ao cargo anteriormente ocupado.

§ 1º A recondução decorrerá de:

I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo; e

II - reintegração do anterior ocupante.

§2º - Encontrando-se provido o cargo de origem o funcionário será aproveitado em outro, observado o disposto no artigo 52 desta Lei.

Art. 56. A vacância do cargo público decorrerá de:

I - exoneração a pedido ou de ofício;

II - demissão;

III - readaptação;

“Artigo 24 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.[...] § 2º - Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:[...] 4 - servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;(NR)[...]”

- 5 Afirmou JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO que, “para o regime estatutário, há um regime constitucional superior, um regime legal contendo a disciplina básica sobre a matéria e um regime administrativo de caráter organizacional” (*Manual de Direito Administrativo*, 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 599). É exemplo a observância à regra do concurso público para investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações de livre provimento (CF, 37, II).
- 6 O Estatuto paulista não contém semelhante previsão (v. art. 86 da Lei Estadual nº 10.261/1968 e art. 58 da LC 180/1978).
- 7 A exemplo da Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, e contém dispositivos similares nos artigos 29 e 33, VIII, *in verbis*: “Art. 29. Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de: I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo; II - reintegração do anterior ocupante. Parágrafo único. Encontrando-se provido o cargo de origem, o servidor será aproveitado em outro, observado o disposto no art. 30”; “Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de: [...] “posse em outro cargo inacumulável; [...]”

IV - *aposentadoria*;

V - *falecimento*;

VI - *posse em outro cargo inacumulável*.

(g.n.)

10. Logo, se o **regime jurídico de origem** do servidor que pretende ser empossado no Estado de São Paulo contempla tal hipótese de vacância, e esta vem a ser verificada no caso concreto, não há que se falar em acumulação irregular de cargos públicos, eis que a vacância é “a situação do cargo que fica sem seu titular”⁸. Há algumas particularidades, contudo.

11. Com efeito, diferentemente da exoneração, na qual há efetivamente um rompimento do vínculo funcional, a declaração de vacância pela posse em outro cargo inacumulável “mantém esse vínculo suspenso, sujeito à condição resolutiva de aprovação no estágio probatório no cargo de destino”⁹.

12. Ocorre, *in casu*, uma espécie de “vacância provisória”, isto é, o cargo fica temporariamente sem o seu titular, até o eventual retorno deste em decorrência da recondução. Pode, contudo, o cargo estar provido em razão da nomeação de outro titular, hipótese em que o servidor reconduzido será aproveitado em outro cargo, como decorre do parágrafo único do artigo 49 da Lei 1.102/1990 da lei sul-mato-grossense. Conquanto se cuide de situação anômala, não deixa de ser circunstância autorizada pelo estatuto funcional de determinados entes federados aos servidores que adquiriram estabilidade no âmbito daquele ente, assegurando-lhes a recondução caso não logrem êxito no estágio probatório no novo cargo.

13. São essas as razões que tornam impertinente o exame do caso concreto sob as luzes que cercam a discussão concernente ao acúmulo de cargos na hipótese de afastamentos sem remuneração¹⁰. A licença sem vencimentos é hipótese absolutamente distinta, na qual o servidor jamais deixa a titularidade do cargo, restando incólume o vínculo funcional.

14. É igualmente desimportante ao Estado de São Paulo a virada de entendimento do Superior Tribunal de Justiça capitaneada pelo Min. SEBASTIÃO REIS JUNIOR no bojo do julgamento do MS nº 12.576/DF (3ª Seção, j. 26/02/2014). Como se depreende do julgado, a Corte firmou posição no sentido de que a recondução

8 Na dicção de REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (*O Funcionário Estadual e seu Estatuto*. São Paulo: Max Limonad, 1975, p. 50). Ainda nessa linha, a qual nos filiamos, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO sustenta que a vacância é uma *situação fática funcional*, ou seja, “o fato administrativo-funcional que indica que determinado cargo público não está provido” (ob.cit., p.624), contrapondo-se à parcela da doutrina que a compreende como “ato administrativo pelo qual o servidor é destituído do cargo, emprego ou função” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª edição. RJ: Forense, 2018, p. 763).

9 Trecho da decisão monocrática proferida pelo Min. OG FERNANDES, no RMS 37.962/ES (j. 18/06/2014).

10 Objeto de análise dos Pareceres PA n.ºs 167/2006 e 39/2014.

independe do regime jurídico a que está subordinado o servidor, superando anterior posicionamento da mesma Terceira Seção que entendia caber declaração de vacância de servidor estável apenas na hipótese em que não ocorresse diversidade de regime jurídico entre os cargos, impondo-se a exoneração nas demais situações¹¹. A discussão relativa à exegese dos dispositivos que cuidam da recondução interessará ao regime jurídico de origem do interessado¹². Importa, ao desfecho dos autos, o fato de que o servidor que se vale de quaisquer das formas de vacância admitidas no regime jurídico de origem **não está na titularidade do cargo**, de modo que não se há falar em cumulação irregular de cargos públicos.

15. Endossamos, assim, a conclusão da Consultoria Jurídica preopinante, *in verbis*:

Isto posto, e uma vez correlacionados o direito de recondução que alguns estatutos (de outros entes federados) outorgam a seus servidores, com a posse em outro cargo público como motivo próprio de vacância de cargo público, cumpre deixar claro que ao Estado de São Paulo, para fins de verificar se existe ou não a acumulação ilícita de cargos, bastaria a comprovação de que o ente público ao qual pertence o cargo de origem do servidor está ciente do motivo de vacância e formalmente declarou vago o cargo, em razão da posse no cargo paulista. Qualquer outra discussão acerca do instituto da recondução ou da existência de direito subjetivo do interessado à recondução, perante outro ente público, é despicienda.

16. Logo, o servidor que se vale de quaisquer das formas de vacância admitidas no regime jurídico de origem não está na titularidade do cargo, de modo que não se há falar em acumulação irregular de cargos públicos.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 22 de junho de 2018.

SUZANA SOO SUN LEE

Procurador do Estado

OAB/SP nº 227.865

11 O julgado representativo da anterior jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é o MS nº 12.107/DF (Min. FELIX FISCHER, DJ 18/12/2006).

12 Com efeito, segundo o entendimento fixado no MS 12.576/DF, o interessado pode valer-se da vacância em razão de posse em cargo inacumulável e, caso não logre êxito no estágio probatório no novo cargo de Perito Criminal no Estado de São Paulo, poderia pleitear a recondução ao seu cargo de origem no Estado de Mato Grosso do Sul, em que pese a diversidade de regimes jurídicos entre os cargos. A prevalecer o anterior posicionamento, o pedido de vacância seria recebido como se exoneração fosse, uma vez que não faria jus à vacância o servidor que pretende exercer cargo em outro regime jurídico.

PROCESSO: PGS41/18 (GDOC 16847-70014/2018)

INTERESSADO: FERNANDO LUÍS GRACIANO PEREZ

PARECER: PA nº 33/2018

Acompanho a tese defendida pelo **Parecer PA nº 33/2018**, no sentido de que a vacância do cargo público, tal como disciplinada pelo respectivo regime jurídico, arreda a acumulação constitucionalmente vedada.

Como havia concluído o precedente **Parecer PA-3 nº 26/2000**¹³ ao analisar caso análogo, a vacância do cargo de origem em decorrência da posse em cargo inacumulável (e, evidentemente, da cessação do exercício das antigas atribuições) terá ocorrido no plano fático – mesmo que não haja essa previsão na legislação correspondente – e poderá vir a ser declarada mais tarde pela administração pública competente.

De toda sorte, até como forma de evitar a responsabilidade disciplinar prevista no art. 8º, § 3º, do Decreto nº 41.915, de 2 de julho de 1997¹⁴, cumpre à autoridade administrativa exigir do novo servidor, quando egresso de ente político diverso, a oportuna demonstração de que o cargo anteriormente ocupado foi declarado vago a partir da data da posse no novo cargo.

Para melhor acomodação do aparelho administrativo a situações da espécie, é recomendável seja avaliada a conveniência e oportunidade de alterar-se o Decreto n.º 41.915/1997. Logo, sugiro a remessa de cópia deste parecer, se superiormente aprovado, à Unidade Central de Recursos Humanos, órgão da Secretaria de Gestão e Planejamento a que compete propor a regulamentação de dispositivos legais relativos à área de recursos humanos (art. 36, VIII. “b”, do Decreto nº 62.598, de 29 de maio de 2017).

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral com proposta de aprovação do opinativo em análise.

P.A., em 22 de junho de 2018.

DEMIVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

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

¹³ De autoria do Procurador do Estado EDUARDO AUGUSTO MUYLAERT ANTUNES e aprovado em toda a escala hierárquica da Instituição.

¹⁴ *Verbis*: “**Artigo 8º** - A autoridade que der posse ao funcionário ou exercício ao servidor em regime de acumulação remunerada compete: (...) § 3º - Será responsabilizada a autoridade que permitir a acumulação ilícita, aplicando-se-lhe as sanções cabíveis”.

PROCESSO: PGS41/18

INTERESSADO: FERNANDO LUÍS GRACIANO PEREZ

ASSUNTO: VACÂNCIA

PARECER: PA nº 33/2018

1. Considerando o precedente PA-3 nº 26/2000 e com fundamento no inciso IX do artigo 21 da Lei Complementar nº 1270/2015, **aprovo o Parecer PA nº 33/2018**, com os acréscimos do despacho de aprovação da Chefia da Procuradoria Administrativa.
2. Após divulgação¹⁵, encaminhem-se os autos à d.Unidade Central de Recursos Humanos, para ciência da sugestão de aperfeiçoamento do Decreto nº 41.915/1997, restituindo-se na sequência à origem.

SubG-Consultoria, 28 de junho de 2018.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO

Subprocuradora Geral do Estado
Consultoria Geral

¹⁵ "Listagem PA completa, UCRH.

Consultoria

32) PROCURADORIA DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES. SINDICÂNCIA. Representação formulada pela unidade processante para propor a não instauração de sindicâncias punitivas (art. 272, Lei estadual n. 10.261/68), ou sua extinção, caso não subsista o vínculo funcional do servidor com a administração pública. Inviabilidade. Apuração que visa não apenas a aplicação da pena, mas também resguardar o serviço público quanto ao reingresso do mau servidor. Precedentes: Pareceres PA-3 n. 315/90, PA-3 n. 346/93, PA-3 n. 333/90, PA-3 n. 302/01. Anotação da pena em prontuário que poderá descaracterizar o requisito de boa conduta, necessário à posse (art. 47, V, Lei nº 10.261/68). (Parecer PA 14/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 22 de agosto de 2018)

33) REMUNERAÇÃO. VENCIMENTOS. SUBSÍDIO. SERVIDOR PÚBLICO. Existência de dois sistemas estipendiários: remuneração (ou vencimentos), em que a remuneração compreende uma parte fixa e outra variável, composta por vantagens pecuniárias; e o subsídio, constituído por parcela única, que exclui a possibilidade de

percepção de vantagens pecuniárias próprias do cargo. Parcela única. Entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca de sua compreensão. O subsídio é obrigatório para algumas categorias de agentes públicos e facultativo para os servidores organizados em carreira, segundo opção legislativa de cada ente político. Opção exercida pelo legislador constituinte estadual, que garantiu à generalidade dos funcionários públicos estaduais, especialmente nos artigos 129 e 133 da Carta Bandeirante, direitos incompatíveis com o modelo do subsídio, sem ressalva. Incompatibilidade, no mais, da vantagem pecuniária denominada “Bonificação por Resultados” com o modelo de subsídio, de parcela única. Vantagem de natureza remuneratória, ainda que se venha, por lei, a impropriamente defini-la como indenizatória. Precedentes: PA 30/2012, PA 146/2011, PA 29/2017. ((Parecer PA 16/2018 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 28 de junho de 2018)

34) AUTARQUIA. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. EMPREGADO PÚBLICO. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. Representação formulada por servidores da SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que pleiteiam a aplicação do disposto no

artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo, para fins de incorporação de gratificação recebida pelo exercício de função de gerência e de supervisão. Inviabilidade. Inaplicabilidade do artigo 133, CE aos servidores regidos pela CLT. Precedentes: Pareceres PA-3 n. 110/1990 e 261/1991, PA n. 07/2011, 43/2013 e 67/2015. Tratamento relativo à incorporação de gratificação de função no regime celetista analisado no Parecer PA n. 43/2013, mediante aplicação da Súmula 372, I, TST e artigo 8º da CLT, para empregados públicos que a tenham recebido por dez anos, ou mais. REFORMA TRABALHISTA. LEI FEDERAL Nº 13.467/2013. Superveniência da edição da Lei federal nº 13.467/2013, que alterou a redação do artigo 468, da CLT. Nova redação do dispositivo que se contrapõe ao teor da jurisprudência trabalhista, consolidada na Súmula n. 372 do TST; passando a admitir, expressamente, que a gratificação de função seja suprimida quando o empregado for revertido ao emprego efetivo, ainda que a reversão ocorra sem justo motivo. Inovações, relacionadas à aplicação da Lei nº 13.467/2013, examinadas na Nota Técnica GPG n. 1/2017. (Parecer PA 19/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 12 de julho de 2018)

35) CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DE SAÚDE. TERCEIRIZAÇÃO. Empresa contratada mediante pregão eletrônico para prestação de serviços de socorristas. Consulta a respeito da legalidade de exe-

cução dos serviços terceirizados por médicos dos quadros da Secretaria, que também possuem vínculo de trabalho com a empresa contratada. Escopo do contrato não deve se caracterizar como mera locação de mão-de-obra. Precedente: Parecer SubGCons. n. 17/2002, PA-3 n. 69/2002, PA n. 95/2014. ARTIGO 9º, III, DA LEI Nº 8.666/93. Proibição de participação na licitação ou na execução do contrato, aplicável a servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. ARTIGO 243, IV, DA LEI ESTADUAL Nº 10.261/68. Proibição do exercício de emprego em empresas que tenham relações com o Governo, em matéria que se relacione com a finalidade da repartição ou serviço em que esteja lotado. Precedente: Parecer PA n. 35/2010, PA n. 229/2008 e PA n. 44/2013. Observações relativas aos servidores regidos pela CLT. (Parecer PA 23/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 22 de agosto de 2018).

36) CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NOTARIAIS E DE REGISTRO. SEGURADO OBRIGATÓRIO QUE ROMPE O VÍNCULO COM O CARTÓRIO DE ORIGEM PARA ASSUMIR A TITULARIDADE DE SERVENTIA A QUE TEVE ACES- SO POR MEIO DE CONCURSO PÚBLICO. SITUAÇÃO CARACTERIZADA NA VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 8.935/1994 E DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998. Hipótese de cessação do vínculo à Car-

teira das Serventias. Possibilidade de permanência da filiação, na qualidade de segurado facultativo, na entrância a que esteve vinculado até então. Inteligência do artigo 5º da Lei Estadual nº 10.393/1970. Precedentes: Pareceres PA nº 14/2012. (Parecer PA 25/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 17 de julho de 2018).

37) SERVIDOR TRABALHISTA. Distrato Trabalhista. Reforma Trabalhista. Exame da nova modalidade de extinção do contrato de trabalho, por acordo entre empregado e empregador, introduzida pela Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Artigo 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho. Afigura-se viável a aplicação do distrato trabalhista no âmbito das relações laborais mantidas pelo Poder Público. A motivação dos atos de dispensa é medida hábil a resguardar os princípios da impessoalidade e isonomia, coibindo assim eventual desvio ou vícios no ato praticado pela autoridade investida do poder de demitir, bem ainda revelar as razões de ordem pública que sustentam o distrato trabalhista. Parecer AEF nº 07/2018. Análise minuciosa do tema e parâmetros para a utilização do instituto. Recomendável a edição de ato normativo do Chefe do Poder Executivo veiculando critérios a serem observados pelas autoridades responsáveis pela decisão. (Parecer PA 30/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 21 de junho de 2018 e Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em julho de 2018)

38) PREVIDÊNCIA SOCIAL. REGIME PRÓPRIO. APOSENTADORIA. REGRAS DE TRANSIÇÃO. SÚMULA PARA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA. Superação de anterior entendimento concernente à inteligência dos artigos 6º e 6º-A da EC nº 42/2003 e artigo 3º da EC nº 47/2005. Parecer PA nº 46/2017. Proposta de edição de súmula para uniformização da jurisprudência administrativa. Art. 3º, XIII, §§4º, 5º, 6º; art. 7º, XXIV; arts. 39, IV e 45, IV da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado. Qualquer diretriz fixada pela Procuradoria Geral do Estado poderia, em tese, ser assentada em súmula, desde que os elementos dos autos evidenciem a necessidade de uniformização da jurisprudência administrativa acerca de assunto marcado pela divergência exegética ou a inevitabilidade em se conferir caráter imperativo à orientação jurídica no âmbito da Administração Pública centralizada e descentralizada. (Parecer PA 31/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 17 de julho de 2018).

39) IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO (art. 12 da Lei nº 8.429/92). Pena imposta ao particular, em ação da qual o Estado de São Paulo não foi parte. Início da contagem do prazo fixado na decisão condenatória a partir do trânsito em julgado. Consulta a penas aplicadas em ações de improbidade administrativa no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Im-

probidade Administrativa. (Parecer PA 35/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 09 de agosto de 2018).

40) EMPREGADO PÚBLICO. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Exercente de função de confiança que retorna ao emprego do quadro permanente da autarquia durante a gestação. A estabilidade provisória alcança a servidora gestante ocupante de posto de confiança, ainda que seja também ocupante de emprego público do quadro permanente. Art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes: PA-3 125/1999, PA 11/2017. Não faz jus ao adicional de periculosidade uma vez cessadas as circunstâncias que davam azo à sua concessão e, ainda, porque a transferência para outro setor não se operou por razões de ordem clínica da servidora gestante (Parecer PA 36/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 13 de julho de 2018).

41) SERVIDOR PÚBLICO. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. POSSIBILIDADE DE ACÚMULO DE DOIS CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE, COM PROFISSÕES REGULAMENTADAS – Artigo 37, XVI, “c”, da Constituição da República. LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DOS TÉCNICOS EM RADIOLOGIA A VINTE E QUATRO HORAS SEMANAIS – Artigo 14 da Lei Federal nº 7.394/1985. Compati-

bilidade da norma legal, que encontra lastro nos artigos 5º, XIII, 6º, caput, 7º, XXII, c/c 39, § 3º, 22, XVI, e 196 da Lei Maior, com a norma constitucional que permite aos técnicos em radiologia a cumulação de vínculos remunerados com a Administração. Viabilidade, em tese, do acúmulo de vínculos por Técnicos em Radiologia, desde que observada a jornada de trabalho máxima estabelecida na Lei nº 7.394/1985. Liberdade de exercício profissional que não se reveste de caráter absoluto e é restringível por lei vocacionada a assegurar a saúde do trabalhador. Artigo 13 da Lei Complementar Estadual nº 1.157/2011 que, ao fixar a jornada de vinte horas semanais para os cargos e funções-atividades exercidos por Técnicos em Radiologia, torna inviável, no âmbito da administração pública paulista, o acúmulo de dois postos privativos desses profissionais. Jurisprudência oscilante, incapaz de oferecer fundamento para alteração do entendimento vigente na PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA Parecer PA nº 37/2018 Página 2 de 19 Procuradoria Geral do Estado acerca da matéria. Precedentes: Pareceres PA nº 330/2002 e 45/2008. (Parecer PA 37/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 30 de julho de 2018).

42) PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO DE EFETIVO EXERCÍCIO DE SERVIÇO PÚBLICO. AFASTAMENTO PARA EXERCÍCIO DE

MANDATO EM ENTIDADE DE CLASSE REPRESENTATIVA DE SERVIDORES DO ESTADO – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 343/1984. Artigo 3º do diploma, que garante o cômputo do período de afastamento para exercício de mandato em entidade de classe para todos os efeitos, a autorizar a contagem do período como tempo de efetivo exercício de serviço público para fins de aposentadoria. Precedente: Parecer PA nº 42/2016 (despacho de aprovação parcial aposto pela Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral). (Parecer PA 38/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 03 de agosto de 2018).

43) SERVIDOR PÚBLICO. EMPREGADO PÚBLICO. REDUÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO. Servidora responsável por filho com deficiência. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificada por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Normas programáticas direcionadas aos Estados-partes, que assumem a responsabilidade de, internamente, implementar e adotar as diretrizes aprovadas na Convenção, mediante a adequação da legislação interna e adoção de políticas que devem ir ao encontro dos compromissos firmados. Pedido que não encontra condições de deferimento, por falta de amparo legal. Precedente: Parecer PA nº 57/2008. (Parecer PA 39/2018

– Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 13 de agosto de 2018).

44) SERVIDOR PÚBLICO. TÉCNICO DE LABORATÓRIO. CONCURSO PÚBLICO – artigo 37, II, da Constituição da República. Hipótese em que o candidato não possui a formação técnica exigida pelo edital, mas formação superior que supostamente a abarcaria. Conquanto haja jurisprudência favorável à admissão de candidatos nesses termos, tal orientação colide frontalmente com a regra da vinculação ao instrumento convocatório do concurso, desdobramento direto dos princípios constitucionais da participação política, republicano e da igualdade. A admissão de candidato pela Administração Pública depende do preenchimento dos requisitos contemplados no edital de abertura do certame. **ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS PRIVATIVAS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE, COM PROFISSÕES REGULAMENTADAS** – artigo 37, XVI, “c”, da Constituição da República. Profissão de Técnico de Laboratório que é regulamentada pelos Conselhos Federais de Farmácia e Química com lastro, respectivamente, nas Leis Federais nº 3.820/1960 e nº 2.800/1956. Viabilidade, em tese, do acúmulo de dois vínculos remunerados de Técnico de Laboratório com a Administração. Precedente: Parecer PA nº 221/2003. (Parecer PA 40/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 13 de agosto de 2018)

45) SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. DIÁRIAS. TRANSPORTE. Servidores da Fundação Municipal de Ensino Superior de Marília colocados à disposição da Faculdade de Medicina de Marília - FAMEMA com base na Lei Estadual nº 8.898, de 27 de setembro de 1994. Viabilidade de pagamento das diárias com fundamento no artigo 22, II, “b”, do Decreto nº 48.292/2003, com a redação dada pelo Decreto nº 48.580/2004, desde que regular o afastamento. Precedente: Parecer PA nº 318/2007. Inviabilidade do pagamento de transporte aos mesmos servidores públicos municipais, por se tratar de despesas não enquadradas na legislação que rege a matéria. Competência do Governador do Estado para definir parâmetros, limites e competências a serem observados quanto ao ponto no âmbito da Administração Direta e Autárquica estadual. Precedente: Parecer PA nº 161/2010. (Parecer PA 44/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 13 de agosto de 2018)

46) SERVIDOR PÚBLICO. BONIFICAÇÃO POR RESULTADOS – BR. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.079/2008. Servidor que, em virtude de afastamento, atuou em unidades administrativas diversas. Participação no processo para cumprimento das metas estabelecidas que foi inferior a dois terços do período de avaliação em cada unidade. Não preenchimento do requisito temporal fixado no artigo 10, caput, da Lei Complementar Estadual nº 1.079/2008. Inexistência de direito ao

recebimento da Bonificação por Resultados correspondente ao período avaliatório em questão. Precedentes: Pareceres PA nº 30/2012 e 96/2014 (despacho de desaprovação). (Parecer PA 45/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 21 de agosto de 2018)

47) CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NOTARIAIS E DE REGISTRO. CONSELHO. COMPETÊNCIA. Inteligência do artigo 63 da Lei Estadual nº 10.393/1970, com redação conferida pela Lei Estadual nº 14.016/2010. Atribuições do Conselho a serem fixadas pelo Regimento Interno da Carteira, em respeito às competências legalmente atribuídas ao dirigente do liquidante, o Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo - IPESP. Salvo previsão legal específica – recursos avia- dos contra decisões atinentes a pensão por morte (artigo 40 da Lei Estadual nº 10.393/1970, com redação conferida pela Lei Estadual nº 14.016/2010) – o Conselho da Carteira das Serventias não possui competência decisória. PRESCRIÇÃO DAS PARCELAS DEVIDAS AO IPESP A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO À CARTEIRA. As contribuições devidas à Carteira das Serventias devem ser cobradas no prazo prescricional de cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32, consoante pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes: Pareceres PA nº 14/2012, 34/2013, 71/2014 e 10/2016; Parecer PAT nº 23/2017. (Parecer PA 29/2018 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – área da Consultoria Geral em 17 de julho de 2018)

PRINCIPAIS JULGADOS DO STF

Compilação dos Informativos nos 909 a 913¹

DIREITO ADMINISTRATIVO

Concurso Público

Tema: Posse em concurso público e exercício determinados por decisões precárias. Concessão de aposentadoria voluntária.

A Primeira Turma, em face da inaplicabilidade das orientações estabelecidas no RE 608.482, julgado sob o rito da repercussão geral (Tema 476), deu provimento ao agravo interno com vistas a negar seguimento ao recurso extraordinário em que se discutia a validade de portaria que tornou sem efeito ato de nomeação e posse de servidora pública.

O colegiado rememorou que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o RE 608.482, decidiu pela inaplicabilidade da “teoria do fato consumado” a candidato que assumiu o cargo em razão de decisão judicial de natureza precária e revogável. Naquele julgado, a Corte entendeu que, em face das disposições constitucionais que regem o acesso a cargos públicos, é incabível justificar a permanência de alguém que tomou posse em razão de decisão judicial de caráter precário, com fundamento nos princípios da boa-fé e da proteção da confiança legítima. Entretanto, no julgamento do precedente, não foram contempladas as hipóteses em que servidor, em razão do decurso do tempo no exercício do cargo, tem a aposentadoria concedida pela administração pública.

Afirmou-se que especificidades — em especial o decurso de mais de 21 anos no cargo e a concessão de aposentadoria voluntária pela Administração Pública — diferem das circunstâncias do indigitado “leading case”. No caso concreto, em razão do elevado grau de estabilidade da situação jurídica, o princípio da proteção da confiança legítima incide com maior intensidade.

A Turma entendeu que a segurança jurídica, em sua perspectiva subjetiva, protege a confiança legítima e preserva fatos pretéritos de eventuais modificações

1 Fonte: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/2018Agosto.htm>

na interpretação jurídica, bem como resguarda efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer razão.

A aplicação do princípio da proteção da confiança, portanto, pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé. Naturalmente, tais expectativas podem ser frustradas não apenas por decisões administrativas contraditórias, mas também por decisões judiciais.

RE 740029 AgR/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 14.8.2018. (Informativo 911, Primeira Turma)

DIREITO DO TRABALHO

Terceirização

Tema: Justiça do Trabalho e terceirização de atividade-fim

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Ao fixar essa tese de repercussão geral (Tema 725), o Plenário, em conclusão de julgamento conjunto e por maioria, julgou procedente o pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e deu provimento a recurso extraordinário (RE) para considerar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio (Informativos 911 e 912).

No caso, o pedido de inclusão da ADPF em pauta e o reconhecimento da repercussão geral foram anteriores à edição das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017.

Prevaleceram os votos dos ministros Roberto Barroso (relator da ADPF) e Luiz Fux (relator do RE).

O ministro Roberto Barroso advertiu que, no contexto atual, é inevitável que o Direito do Trabalho passe, nos países de economia aberta, por transformações. Além disso, a Constituição Federal (CF) não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias de produção flexíveis, tampouco veda a terceirização.

O conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria não estabelece critérios e condições claras e objetivas que permitam a celebração de terceirização com segurança, de modo a dificultar, na prática, a sua contratação.

A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

Por si só, a terceirização não enseja precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. Terceirizar não significa necessariamente reduzir custos. É o exercício abusivo de sua contratação que pode produzir tais violações.

Para evitar o exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante observar certas formalidades.

É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, de forma que não se configura relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. Porém, na terceirização, compete à contratante verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada e responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias.

A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial.

A decisão na ADPF não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada.

Por sua vez, o ministro Luiz Fux consignou que os valores do trabalho e da livre iniciativa são intrinsecamente conectados, em relação dialógica que impede a rotulação de determinada providência como maximizadora de apenas um deles.

O Enunciado 331 (1) da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (TST) foi considerado inconstitucional por violar os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual.

O direito geral de liberdade, sob pena de tornar-se estéril, somente pode ser restringido por medidas informadas por parâmetro constitucionalmente legítimo e adequadas ao teste da proporcionalidade. É necessária argumentação sólida para mitigar liberdade constitucional.

Cumpra ao proponente da limitação o ônus de demonstrar empiricamente a necessidade e a adequação de providência restritiva. A segurança das premissas deve atingir grau máximo quando embasar restrições apresentadas fora da via legislativa.

A terceirização não fragiliza a mobilização sindical dos trabalhadores. Ademais, as leis trabalhistas são de obrigatoria observância pela empresa envolvida na cadeia de valor, tutelando-se os interesses dos empregados.

A dicotomia entre a atividade-fim e atividade-meio é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência 21 possível. Frequentemente, o produto ou o serviço final comercializado é fabricado ou prestado por agente distinto. Igualmente comum, a mutação constante do objeto social das empresas para atender à necessidade da sociedade.

A terceirização resulta em inegáveis benefícios aos trabalhadores, como a redução do desemprego, crescimento econômico e aumento de salários, a favorecer a concretização de mandamentos constitucionais, como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, sem prejuízo da busca do pleno emprego.

O escrutínio rigoroso das premissas empíricas assumidas pelo TST demonstra a insubsistência das afirmações de fraude e precarização. A alusão, meramente retórica, à interpretação de cláusulas constitucionais genéricas não é suficiente a embasar disposição restritiva ao direito fundamental, motivo pelo qual deve ser afastada a proibição [CF, artigos 1º, IV (2); 5º, II (3); e 170 (4)].

É aplicável às relações jurídicas preexistentes à Lei 13.429/2017 a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica contratante pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, bem como a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas por esta, mercê da necessidade de se evitar o vácuo normativo resultante da insubsistência do Verbete 331 da Súmula do TST.

O ministro Alexandre de Moraes sublinhou que a intermediação ilícita de mão-de-obra, mecanismo fraudulento combatido pelo Ministério Público do Trabalho, não se confunde com a terceirização de atividade-fim.

Vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que julgaram improcedente o pedido formulado na ADPF e negaram provimento ao RE. Para eles, a orientação contida no verbete é compatível com a Constituição, adveio da análise do arcabouço normativo da época, à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, antes da reforma de iniciativa legislativa. O ministro Marco Aurélio não se pronunciou quanto à tese.

⁽¹⁾ Enunciado 331 do TST: “I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 3.1.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimple-

mento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

- (2) CF: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”
- (3) CF: “Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”
- (4) CF: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”

ADPF 324/DF, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 29 e 30.8.2018.

RE 958252/MG, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 29 e 30.8.2018.

(Informativo 913, Plenário)

REPERCUSSÃO GERAL

Direito Constitucional – Administração Pública

Prescritibilidade de ação de ressarcimento por ato de improbidade administrativa

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário, no qual se discute a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa praticado por agente público [CF, art. 37, §§ 4º e 5º (1)].

O ministro Alexandre de Moraes (relator) negou provimento ao recurso e manteve o acórdão recorrido, que extinguiu o processo pela prescrição. Ele foi acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

Como premissa, o relator considerou ser necessária a comprovação da responsabilidade subjetiva, por dolo ou culpa, para a condenação por ato de im-

probidade administrativa [Lei 8.429/1992, artigos 9 a 11 (2)]. A aplicação das sanções previstas no art. 12 (3) da Lei de Improbidade — inclusive a de ressarcimento ao erário — exige também o cumprimento do devido processo legal e a observância da ampla defesa e do contraditório, na ação específica prevista nos artigos 14 a 18 do mesmo diploma legal, e no prazo fixado para seu ajuizamento [Lei 8.429/1992, art. 23 (4)].

Ademais, apontou o equívoco que tem ocorrido, por parte do Ministério Público ou de qualquer outro legitimado, no ajuizamento de ações autônomas de ressarcimento sem observância do rito da Lei de Improbidade, diante da prescrição das demais sanções do referido art. 12, salvo o ressarcimento, em prejuízo para a defesa e baseada na responsabilidade objetiva.

Se as sanções estão prescritas, nos termos da lei, sendo inviável o ajuizamento da ação de improbidade, seria também incabível a formulação de uma demanda apenas com o pedido de ressarcimento, sem comprovação do ato de improbidade e em desrespeito ao rito legal.

Para o relator, também inexistente previsão constitucional expressa de imprescritibilidade da sanção de ressarcimento ao erário pela prática de ato de improbidade administrativa. As únicas exceções à prescritibilidade estão contidas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º (5) e no § 3º do art. 183 da CF (6). Portanto, a CF adotou, como regra, a prescritibilidade da pretensão punitiva do Estado: a imprescritibilidade fere os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa.

Exatamente em respeito ao devido processo legal, o legislador consagrou o mandamento do § 4º do art. 37 da CF e editou a Lei 8.429/1992, que previu os prazos prescricionais em seu art. 23. O relator reputou não ser razoável que, considerando-se as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil quanto de responsabilidade penal, houvesse a imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil definido como ato de improbidade, e não a houvesse na esfera penal, que é de maior gravidade.

Frisou, ademais, o fato de a Assembleia Nacional Constituinte ter retirado, da redação original do § 4º do art. 44 (7), correspondente ao atual § 5º do art. 37 da CF, a expressão final “que serão imprescritíveis”, como demonstração de clara e consciente opção em privilegiar a segurança jurídica.

A permanência da referida ressalva, mesmo depois da retirada dessa expressão, se deu para permitir a recepção dos prazos prescricionais existentes para as ações de ressarcimento decorrentes de graves condutas de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública pela legislação então em vigor, até que fosse editada a lei específica exigida pelo § 4º do referido artigo. Não foi estabelecida, dessa forma, hipótese implícita de imprescritibilidade.

Concluiu não haver qualquer previsão de imprescritibilidade nos §§ 4º e 5º do art. 37 em relação à sanção de ressarcimento ao erário por condenação pela prática de ato de improbidade administrativa, que deve seguir os mesmos prazos prescricionais do art. 23 da Lei 8.249/1992, com a complementação de que, se o ato também for capitulado como crime, deverá ser considerado o prazo prescricional estabelecido na lei penal.

Em divergência, o ministro Edson Fachin deu provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau, que assegurou o ressarcimento integral do dano causado ao erário. Para ele, a ressalva contida no § 5º do art. 37 da CF teve por objetivo decotar do comando contido na primeira parte as ações cíveis de ressarcimento.

Reconheceu haver solidez no argumento de que essa ressalva diz respeito a dois regramentos distintos relativos à prescrição. Um para os ilícitos praticados por agentes, sejam eles servidores ou não, e outro para as ações de ressarcimento decorrente de atos de improbidade, dotada de uma especialidade ainda maior.

Asseverou que a matéria diz respeito à tutela dos bens públicos e que não há incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, ou com o Estado de Direito Democrático, sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em matéria de probidade, eis que não raras vezes a prescrição é o biombo por meio do qual se encobre a corrupção e o dano ao interesse público.

Para o ministro Fachin, a segurança jurídica não leva a autorizar a proteção pelo decurso do lapso temporal a quem causar prejuízo ao erário e locupletar-se da coisa pública. A imprescritibilidade constitucional não implica uma injustificada e eterna obrigação de guarda pelo particular de elementos probatórios aptos à conclusão de que inexistente o dever de ressarcir, mas da afirmação de importante proteção da coisa pública.

A ministra Rosa Weber também deu provimento ao recurso, mas pelo fundamento de que a imprescritibilidade a que se refere o § 5º diz respeito apenas às ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como improbidade administrativa e como ilícitos penais, numa interpretação sistemática dos §§ 4º e 5º do art. 37 da CF.

Em seguida, o julgamento foi suspenso.

(1) CF: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. § 5º A lei estabelecerá os prazos

de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

- (2) Lei 8.429/1992: “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...); Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...); Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)”
- (3) Lei 8.429/1992: “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...)”
- (4) Lei 8.429/1992: “Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.”
- (5) CF: “Art. 5º XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”
- (6) CF: “Art. 183. (...) § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”
- (7) Projeto de Constituição (A): “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis.”

RE 852475/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 2.8.2018. (RE-852475)

PRINCIPAIS JULGADOS DO STJ¹

Elaborado com base no informativo divulgado pelo Superior Tribunal de Justiça

Informativo nº 0628 Publicação: 3 de agosto de 2018.

RECURSOS REPETITIVOS

PROCESSO REsp 1.648.238-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Corte Especial, por unanimidade, julgado em 20/06/2018, DJe 27/06/2018 (Tema 973)

RAMO DO DIREITO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA Cumprimento de sentença. Ação coletiva contra a Fazenda Pública. Ausência de Impugnação. Honorários advocatícios. Cabimento. CPC/2015. Mudança no ordenamento jurídico. Entendimento consolidado. Súmula n. 345/STJ. Incidência. Tema 973.

DESTAQUE

O art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A Corte Especial, quando do julgamento do EREsp 653.270/RS, Rel. Min. José Delgado, sessão de 17/05/2006 (DJ 05/02/2007), decidiu que, “nas execuções individuais procedentes de sentença genérica proferida em ação coletiva ou ação civil pública, é cabível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios, ainda que não embargada a execução”. Diante de outros arestos que vieram a confirmar essa assertiva, a Corte Especial consolidou o seu

¹ <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo.ea>

entendimento mediante a edição da Súmula 345, que restringe a aplicação do art. 1º-D da Lei nº 9.494/1997, que dispõe que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”, às execuções de título judicial, resistida ou não, procedentes de título judicial proferido em ação coletiva ajuizada por sindicato ou entidade de classe, como substitutivo processual, ou em sede de ação civil pública, ambas promovidas contra a Fazenda Pública. O tema agora se renova em face da edição do novel diploma processual civil. No entanto, não existe razão para se afastar a solução outrora consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido da aplicação e vigência da Súmula 345 do STJ. Assim, a interpretação que deve ser dada ao art. 85, § 7º, do CPC/2015, que dispõe que “não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada”, é a de que, caso a relação jurídica existente entre as partes esteja concluída desde a ação ordinária, não caberá a condenação em honorários advocatícios se não houver a apresentação de impugnação. Isso porque o cumprimento de sentença de que trata o referido diploma legal é decorrência lógica do mesmo processo cognitivo. Entretanto, nas decisões coletivas - *lato sensu* - não se especifica o *quantum* devido nem a identidade dos titulares do direito subjetivo, sendo elas mais limitadas do que as que decorrem das demais sentenças condenatórias típicas. Assim, transfere-se para a fase de cumprimento a obrigação cognitiva relacionada com o direito individual de receber o que findou reconhecido na ação ordinária. Em face disso, a execução desse título judicial pressupõe cognição exauriente, cuja resolução se deve dar com estrita observância dos postulados da ampla defesa e do contraditório, a despeito do nome dado ao procedimento, que induz a indevida compreensão de se estar diante de mera fase de cumprimento, de cognição limitada. Diante desse quadro, não houve mudança no ordenamento jurídico, uma vez que o citado art. 85, § 7º, do CPC/2015 reproduz basicamente o contido no art. 1º-D da Lei nº 9.494/1997, em relação ao qual o entendimento desta Corte, já consagrado, é no sentido de afastar a aplicação do aludido comando nas execuções individuais, ainda que promovidas por litisconsorte, do julgado proferido em sede de ação coletiva *lato sensu*, ação civil pública ou ação de classe.

Informativo nº 0629 Publicação: 17 de agosto de 2018.

PRIMEIRA SEÇÃO

PROCESSO MS 19.994-DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, por maioria, julgado em 23/05/2018, DJe 29/06/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO ADMINISTRATIVO

TEMA Processo administrativo disciplinar. Servidor do Poder Executivo Federal. Cessão para o Poder Legislativo. Pena de demissão. Competência correicional da Controladoria-Geral da União.

DESTAQUE

Compete ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União a aplicação da penalidade de demissão a servidor do Poder Executivo Federal, independentemente de se encontrar cedido à época dos fatos para o Poder Legislativo Federal.

PRIMEIRA TURMA

PROCESSO REsp 1.739.641-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, por unanimidade, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO TRIBUTÁRIO

TEMA Parcelamento. Limite financeiro máximo. Ausência de previsão na Lei nº 10.522/2002. Regulamentação por meio da portaria conjunta PGFN/RFB nº 15/2009. Ilegalidade.

DESTAQUE

As condições para a concessão de parcelamento tributário devem estrita observância ao princípio da legalidade e não há autorização para que atos infralegais tratem de condições não previstas na lei de regência do benefício.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Inicialmente, é preciso destacar que o art. 155-A do CTN dispõe que o parcelamento será concedido na forma e na condição estabelecidas em lei específica, enquanto o art. 153 do CTN, aplicado subsidiariamente ao parcelamento, estabelece que “a lei” especificará I) o prazo do benefício, II) as condições da concessão do favor em caráter individual e III) sendo o caso: a) os tributos a que se aplica; b) o número de prestações e seus vencimentos, dentro do prazo a que se refere o inciso I, podendo atribuir a fixação de uns e de outros à autoridade administrativa, para cada caso de concessão em caráter individual; e c) as garantias que devem ser fornecidas pelo beneficiado no caso de concessão em caráter individual. As condições para a concessão do parcelamento devem estrita observância ao princípio da legalidade, não havendo, pois, autorização para que atos infralegais, como portarias, tratem de condições não previstas na lei de regência

do benefício. No caso analisado, nos termos dos arts. 11 e 13 da Lei nº 10.522/2002, observa-se que a delegação de atribuição ao Ministro da Fazenda é para estabelecer limites e condições para o parcelamento exclusivamente quanto ao valor da parcela mínima e à apresentação de garantias, não havendo autorização para a regulamentação de limite financeiro máximo do crédito tributário para sua inclusão no parcelamento, concluindo-se pela ilegalidade da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15/2009.

SEXTA TURMA

PROCESSO RMS 52.271-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, por unanimidade, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

TEMA Defensoria Pública. Promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos individuais e coletivos. Unidade de execução de medidas socioeducativas para crianças e adolescentes. Acesso aos autos de procedimento verificatório. Possibilidade.

DESTAQUE

A Defensoria Pública pode ter acesso aos autos de procedimento verificatório instaurado para inspeção judicial e atividade correicional de unidade de execução de medidas socioeducativas.

RECURSOS REPETITIVOS - AFETAÇÃO

PROCESSO ProAfR no REsp 1.589.069-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 15/05/2018, DJe 29/06/2018 (Tema 951)

RAMO DO DIREITO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

TEMA A Primeira Seção acolheu a proposta de afetação do recurso especial ao rito dos recursos repetitivos, conjuntamente com os REsp 1.589.069-SP e REsp 1.595.745-SP de sorte a definir tese sobre a seguinte controvérsia: (a) análise da sistemática de cálculo da renda mensal inicial no período de vigência da Consolidação das Leis da Previdência Social de 1984; e (b) a incidência dos critérios elencados no art. 144 da Lei 8.213/91 e, consequente-

mente, a possibilidade de se mesclar as regras de cálculos insitas na legislação revogada com a nova aos benefícios concedidos no denominado período Buraco Negro.

Informativo nº 0630 Publicação: 31 de agosto de 2018.

PRIMEIRA SEÇÃO

PROCESSO MS 22.813-DE, Rel. Min. Og Fernandes, por maioria, julgado em 13/06/2018, DJe 22/06/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO ADMINISTRATIVO

TEMA Concurso público. Candidatos aprovados fora do limite de vagas. Surgimento de novas vagas. Excepcionalidade do caso concreto. Manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento. Ausência de prova de restrição orçamentária. Direito subjetivo à nomeação.

DESTAQUE

O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação caso surjam novas vagas durante o prazo de validade do certame, desde que haja manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento e não tenha restrição orçamentária, ou qualquer obstáculo financeiro.

PRIMEIRA TURMA

PROCESSO REsp 1.565.166-PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, por unanimidade, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018

RAMO DO DIREITO DIREITO ADMINISTRATIVO

TEMA Servidor público. Pretensão de reintegração em cargo público. Afastamento motivado por perseguição política. Regime militar. Imprescritibilidade.

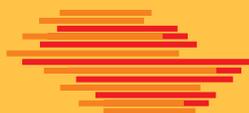
DESTAQUE

São imprescritíveis as ações de reintegração em cargo público quando o afastamento se deu em razão de atos de exceção praticados durante o regime militar.

editoração, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515



9 772237 451009 50