



BO

LE

PGE-SP

VOLUME 45 | NÚMERO 1
JANEIRO/FEVEREIRO 2021

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

ISSN 2237-4515



BO

PGE-SP

VOLUME 45 | NÚMERO 1
JANEIRO/FEVEREIRO 2021

LE

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

EXPEDIENTE

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Maria Lia P. Porto Corona

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO ADJUNTA

Claudia Polto da Cunha

PROCURADORA DO ESTADO CHEFE DE GABINETE

Patricia de Oliveira Garcia Alves

SUBPROCURADORA-GERAL DA CONSULTORIA-GERAL

Eugenia Cristina Cleto Marolla

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DA ÁREA DO CONTENCIOSO-GERAL

Frederico José Fernandes de Athayde

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DA ÁREA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-FISCAL

João Carlos Pietropaolo

CORREGEDOR-GERAL

Adalberto Robert Alves

OUIDORIA

Regina Maria Sartori

CONSELHO DA PGE

Maria Lia P. Porto Corona (Presidente), Adalberto Robert Alves, Bruno Maciel dos Santos, Eugenia Cristina Cleto Marolla, Frederico José Fernandes de Athayde, João Carlos Pietropaolo, Marcio Martins Muniz Rodrigues, Augusto Rodrigues Porciuncula, Vinícius Lima de Castro, Alexandre Ferrari Vidotti, Paola de Almeida Prado, Levi de Mello, Cintia Byczkowski, Vanderlei Ferreira de Lima

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADOR DO ESTADO CHEFE

Bruno Maciel dos Santos

ASSESSORIA

Joyce Sayuri Saito e

Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

COMISSÃO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Bruno Maciel dos Santos

SECRETÁRIA-EXECUTIVA

Joyce Sayuri Saito

MEMBROS DA COMISSÃO EDITORIAL

Américo Andrade Pinho, Cláudio Henrique Ribeiro Dias, Juliana Campolina Rebelo Horta, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Luis Cláudio Ferreira Cantanhêde, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, Telma de Freitas Fontes, Thamy Kawai Marcos e Thiago Oliveira de Matos

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) 3286-7005
Homepage: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

PROJETO, PRODUÇÃO GRÁFICA E IMPRESSÃO

Procuradora do Estado responsável: Joyce Sayuri Saito
Equipe: Juliana Aguilera do Nascimento Silva Guedes e Andreluci de Oliveira B. Figueiredo
Créditos: Dandara Colins Carvalho Dias (posts do Instagram - Principais Notícias) e Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira (posts do Instagram - Cursos e Eventos do Centro de Estudos e ESPGE)

Tiragem: Boletim eletrônico

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.

SUMÁRIO

• Apresentação	8
• Cursos e Eventos	10
• Principais Notícias	17
• Assistência de Gestão de Imóveis	

Regularização do Patrimônio Imobiliário da Etec Cruzeiro - Bairro Batedor. Doação de área autorizada pela Lei municipal de Cruzeiro nº 2.124/89, e o recebimento autorizado pelo Decreto Estadual nº 32.926/91. Tal área, destinada a uma Escola Técnica Agrícola, deveria ser desmembrada. Todavia, não se procedeu ao desmembramento e não foi lavrada a respectiva escritura de doação. Pelos elementos dos autos, não houve aquisição de propriedade pelo Estado, nem por doação, nem por eventual afetação. Salvo eventual exercício de direito de retenção, deve haver a devolução da posse (mera posse-fato) do bem ao Município 20

Herança jacente. Permuta de Imóveis entre USP e FESP. Herança vacante. Sentença que determinou fosse cancelada a averbação da transmissão à USP, porque apenas a transcrição seria modo de transmissão hábil, e pela inexistência de título de transmissão. Nulidade absoluta da sentença (e inexistência de coisa julgada, na espécie), por haver tratado da situação de terceiro (a USP) que, aparentemente, jamais foi integrado à relação jurídica processual. Outrossim, os fundamentos de fato e de direito da sentença não fazem coisa julgada, nem a eficácia preclusiva deve atingir distintas causa petendi, isto é, distintas ações de direito material. Na espécie, a transmissão (de bens públicos, e entre pessoas de Direito Público) é regida por norma estranha ao Direito Civil, decorrendo de lei (pelo que o Registro de Imóveis, na espécie, tem eficácia meramente declarativa), matéria esta jamais que esteve em discussão naquele processo, nem foi apreciada pela r. sentença. A transmissão anterior, portanto, permanece íntegra, continuando o imóvel a pertencer à USP, a despeito da diversa situação indicada pelo registro, cuja presunção, aliás, é meramente *iuris tantum*. Alternativas judiciais e negociais para solução do caso 28

• **Peças processuais (Subprocuradoria-Geral do Contencioso-Geral e Procuradoria Judicial)**

Pedido de suspensão de liminares concedidas com o objetivo de se inviabilizar a interrupção do fornecimento de gás em hipóteses diferentes da prevista na regulação setorial,

em desconformidade com a política pública desenhada especificamente para lidar com os efeitos provocados pela pandemia de COVID-19, e que, por consequência, afetam gravemente a ordem e a economia públicas 53

Pedido de ingresso como *amicus curiae* em arguição de inconstitucionalidade, suscitada pela 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça, contra o artigo 165-A e o § 3º do artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, que aplica penalidades e medidas administrativas à conduta do condutor de veículo automotor que se recusa a se submeter a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa. Inexistência de vício de inconstitucionalidade. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.....97

Agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de ação popular, rejeitou impugnação ao valor fixado para fins de honorários periciais e determinou a intimação do Estado de São Paulo, ora agravante, para depósito da quantia. Recurso parcialmente provido determinar ao *Parquet* arcar com o adiantamento dos honorários periciais concernentes à prova por ele requerida, se houver previsão orçamentária para tanto, sempre resguardado o pagamento ao final pelo vencido, nos termos do art. 91 do Código de Processo Civil130

• Assessoria Técnico-Legislativa

PROCESSO LEGISLATIVO. Anteprojeto de lei que institui o "Programa Dinheiro Direto na Escola Paulista - PDDE", viabilizando a transferência direta de recursos financeiros do Estado para Associações de Pais e Mestres, independentemente de celebração de termo de parceria ou outro instrumento jurídico congêneres. Manifestação em sentido favorável da Consultoria Jurídica da Secretaria da Educação, com fundamento em disposições da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1.964 e da Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000. Viabilidade. Programa estadual similar ao instituído pela Lei federal nº 11.947, de 16 de junho de 2009, expressamente excluído do âmbito de aplicação da Lei federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014 (artigo 3º, inciso VII), que dispõe sobre as parcerias realizadas com organizações da sociedade civil. Inaplicabilidade do regime instituído pela Lei federal nº 13.019, de 2014, também às transferências de recursos previstas no anteprojeto de lei em exame. Recomendações de aperfeiçoamento de redação feitas por esta Assessoria Técnico-Legislativa já acolhidas pela Pasta de origem, nos termos da minuta que acompanha este parecer. Proposta de submissão do anteprojeto de lei ao Governador150

Informações na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2150329-92.2020.8.26.0000, em que se pleiteia a declaração de inconstitucionalidade do artigo 9º, § 2º, da Lei Com-

plementar nº 1.012, de 5 de julho de 2007, com redação dada pelo artigo 31 da Lei Complementar estadual nº 1.354, de 6 de março de 2020, que amplia a base de cálculo da contribuição previdenciária de inativos e de pensionistas em caso de déficit atuarial do Regime Próprio de Previdência do Estado; artigos 1º a 4º do Decreto do estado de São Paulo nº 65.021, de 19 de junho de 2020, por arrastamento, que dispõem sobre a declaração de déficit atuarial do Regime Próprio de Previdência do Estado; e artigo 126, § 21, da Constituição do Estado de São Paulo, com a redação dada pelo artigo 1º da Emenda Constitucional nº 49, de 6 de março de 2020, que suprime o direito de aposentados e pensionistas portadores de doença incapacitante à imunidade da contribuição previdenciária sobre o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Próprio de Previdência Social, na qual se alega, em apertada síntese, suposta afronta ao artigo 273 da Constituição Estadual, à razoabilidade, à isonomia, à irredutibilidade dos vencimentos e à obrigação de reajuste anual 164

• **Doutrina**

A judicialização da saúde para o fornecimento de home care: a eficácia defensiva do argumento orçamentário na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 189

A repercussão geral como precedente obrigatório à luz do Código de Processo Civil de 2015..... 209

APRESENTAÇÃO

O início do ano de 2021 foi marcado pelo auge de contaminação da Covid-19. Os atos relacionados com a pandemia, desde 2020, continuam presentes na atuação da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, porém, não é o único tema que permeia a atuação dos procuradores do estado.

Por esse motivo, este e os próximos Boletins trarão trabalhos de temas variados, que bem retratam a atuação dinâmica e diversificada que os procuradores enfrentam em sua atividade rotineira.

Neste número do Boletim, constam peças, pareceres e artigos doutrinários criteriosamente analisados pela Comissão Editorial do Centro de Estudos da PGE, subscritos por procuradores da Subprocuradoria-Geral do Contencioso-Geral, da Procuradoria Judicial, Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral, Assistência de Gestão de Imóveis e da Assessoria Técnico-Legislativa.

A Assistência de Gestão de Imóveis, minuciosamente, analisou dois casos relacionados a imóveis pertencentes ao Estado. Um deles é uma nota técnica que tratou da titularidade de imóvel oriundo de herança vacante e, o outro, uma cota sobre a regularização de patrimônio imobiliário que envolve terreno doado pelo município de Cruzeiro ao estado de São Paulo, sem a devida lavratura de escritura de doação.

A Subprocuradoria-Geral do Contencioso-Geral, por sua vez, recebeu várias ações com o escopo de obter tutelas provisórias que inviabilizassem a interrupção do fornecimento de gás, solicitadas em desconformidade com a política pública desenhada especificamente para lidar com os efeitos provocados pela pandemia. Com isso, o Estado de São Paulo formulou pedido de suspensão de liminares, tendo logrado êxito, ante a presença de lesão à ordem, economia e segurança públicas.

Em outra exitosa atuação, a Subprocuradoria-Geral do Contencioso-Geral se insurgiu contra a arguição de inconstitucionalidade suscitada contra dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro, que aplicam penalidades e medidas administrativas ao condutor de veículo automotor que se recusa a se submeter a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa.

Consta ainda a análise da Assessoria Técnico-Legislativa de interessante anteprojeto de lei encaminhado pela Secretaria da Educação, que prevê a instituição do pro-

grama “Dinheiro Direto na Escola Paulista – PDDE”, com o objetivo de prestar assistência financeira suplementar às escolas públicas da educação básica da rede estadual paulista, a fim de promover melhorias em sua infraestrutura física e pedagógica, com vistas a fortalecer a participação da comunidade e a autogestão escolar.”

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2150329-92.2020.8.26.0000, insurge-se o autor contra a ampliação do desconto previdenciário sobre os proventos de aposentados e pensionistas e suposta supressão da imunidade constitucional em prol dos portadores de doença incapacitante quanto ao recolhimento de contribuição previdenciária. Foram prestadas informações pela PGE por meio de excelente peça minutada por dois procuradores do estado.

A Procuradoria Judicial igualmente trouxe preciosa contribuição ao Boletim, com agravo de instrumento em que se requereu a redução do valor de honorários periciais fixados pelo Juízo de 1º grau, defendendo que tais honorários devem ser custeados por quem requereu a realização da prova pericial, vale dizer, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a teor do disposto no art. 91 do Código de Processo Civil.

Dois artigos jurídicos também enriquecem o boletim: *A judicialização da saúde para o fornecimento de home care: a eficácia defensiva do argumento orçamentário na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* e *A repercussão geral como precedente obrigatório à luz do Código de Processo Civil de 2015*, ou seja, a possibilidade de seu enquadramento como precedente de observância obrigatória por todos os juízes e tribunais do país, propondo uma leitura ampliativa do rol do art. 927 do CPC, à luz da Constituição e do papel institucional do Supremo Tribunal Federal.

Boa leitura!

BRUNO MACIEL DOS SANTOS

Procurador do Estado Chefe
Centro de Estudos - ESPGE

JOYCE SAYURI SAITO

Procuradora do Estado Assessora

MARIANA BEATRIZ TADEU DE OLIVEIRA

Procuradora do Estado Assistente

CURSOS E EVENTOS



 **ce_pge_sp** ...

Nova Lei de Licitações: primeiras impressões

 Flávio Amaral Garcia (PGE/RJ)

 Eugenia Marolla (PGE/SP)

 14/01, às 10h30
Inscrições pelo site da
ESPGE


CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ce_pge_sp Inaugurando os eventos de 2021, o Centro de Estudos da PGE/SP realizará o primeiro debate sobre a Nova Lei de Licitações!

Aprovado em dezembro pelo Senado e encaminhado para sanção, o novo marco legal revogará a Lei nº 8.666/1993, inaugurando uma nova fase nas licitações públicas no Brasil.



CE_PGE_SP
Publicações

Inscrições abertas!



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ESPECIALIZAÇÃO DIREITO DO ESTADO

Início das aulas em 23 de fevereiro de 2021

Aulas às terças e quintas, das 08h00-12:15

(*durante a pandemia serão feitas remotamente)

Coordenação acadêmica



André Luiz Nakamura
(Doutor pelo Mackenzie)



Christiane Falsarella
(Doutora pela USP)



Julia Plenamente
Doutora pela PUC/SP

Mais informações em
www.pge.sp.gov.br > Escola Superior

ce_pge_sp 📌 Lembramos que estão abertas as inscrições para a nova Turma da Especialização em Direito do Estado da ESPGE! Focado nos desafios da Administração Pública, o curso possui disciplinas de Direito Constitucional, Administrativo e Políticas Públicas.

As aulas se iniciarão no dia 23/02/2021, com aulas duas vezes na semana (às terças e sextas feiras). Durante a pandemia as aulas serão remotas.

O público alvo são Procuradores do Estado, Servidores da PGE e Servidores do Estado. Mais informações podem ser obtidas no site da Escola (www.pge.sp.gov.br > Escola Superior).



ce_pge_sp

...

Nova Lei de Licitações vs Lei nº 8.666: o que preciso saber?

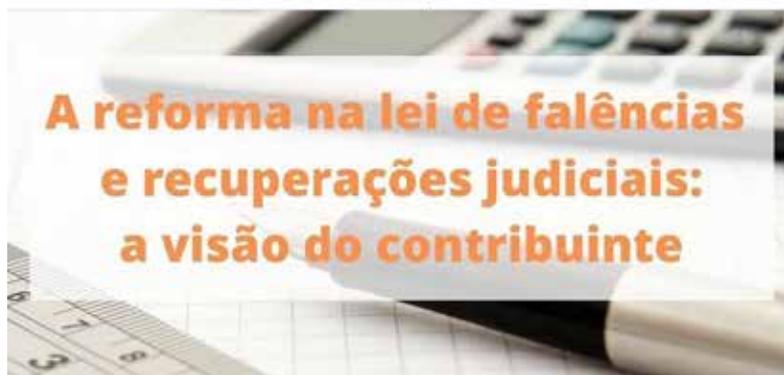
Data: 28/01
Horário: 10h00
Microsoft-TEAMS

Palestrante:
Bruno Betti Costa (PGE SP)

ce_pge_sp 📌 Mais um evento sobre a Nova Lei de Licitações organizado pelo Centro de Estudos! 📖👤 O Procurador do Estado Bruno Betti Costa apresentará um apanhado das principais alterações legais que devem ser observadas nos processos licitatórios e contratos a partir da vigência do novo marco legal. Participe e se prepare para os impactos da nova Lei!



CE_PGE_SP
Publicações



Palestrantes convidados:

Flavio Galdino
Rodrigo Porto Garcia



03/02
10h
Microsoft-TEAMS

ce_pge_sp 📌 Em mais um evento voltado para a atualização dos Procuradores e Servidores da PGE na próxima semana o Centro de Estudos sediará debate sobre a reforma na Lei de Falências e Recuperações Judiciais.

Editado no final de 2020, o novo marco legal alterou a disciplina anterior, impactando o trabalho dos colegas, sobretudo na área fiscal.



ce_pge_sp



2021: Está bem não estar bem!



Palestrante
Iasmine Pereira (Psicanalista)



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO



05/02

09h30

Microsoft-TEAMS

ce_pge_sp 📌 Como iniciaremos o ano de 2021? Após um ano marcado pela pandemia e pelo distanciamento social, como lidar com a saúde mental? 🧠🗣️ Esse será o tema de debate no evento "2021: Está bem não estar bem!". Voltado para o público interno da PGE, o encontro contará com a participação da psicanalista Iasmine Pereira e marcará o início das atividades de capacitação e aperfeiçoamento dos servidores da Procuradoria.



ce_pge_sp



Curso de Extensão

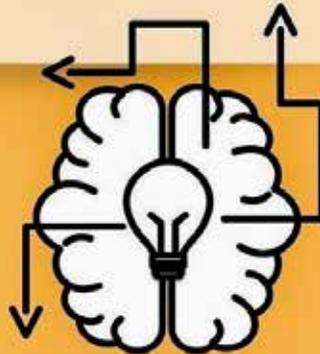
CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Filosofia e Teoria Geral do Direito

Início: 23/02/2021



Terças e Sextas-feiras
08h-12h15





- 9:30 Abertura
- 9:45 **Defensora do Estado Daniela Trettel (EDEPE)**
Atuação da Defensoria Pública na efetivação do direito à saúde
- 10:15 **Procurador do Município Fabio Santana (CEJUR-PGM)**
Os enunciados do CNJ e a construção da hermenêutica do direito à saúde
- 10:45 **Promotor de Justiça Eduardo Tostes (ESMP)**
Ministério Público Resolutivo, Judicialização da Saúde e atuação por meio de colegas
- 11:15 **Procuradora do Estado Zilá Oliva Roma (ESPGE)**
Cumprimento negociado de decisões judiciais na área da saúde pública
- 11:45 **Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani (EPM)**
A garantia do direito constitucional à saúde em tempos de pandemia
- 12:15 Encerramento



Realizado em parceria com a @epm_oficial @esmpsp @edepe.sp @cejur_pgm o evento trará a perspectiva das diferentes carreiras sobre o tema.

PRINCIPAIS NOTÍCIAS

pgespoficial
São Paulo

Atuação da PGE

PROTESTO DA DÍVIDA ATIVA É SUSPENSO POR 90 DIAS

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

pgespoficial Protesto da dívida ativa é suspenso por 90 dias.

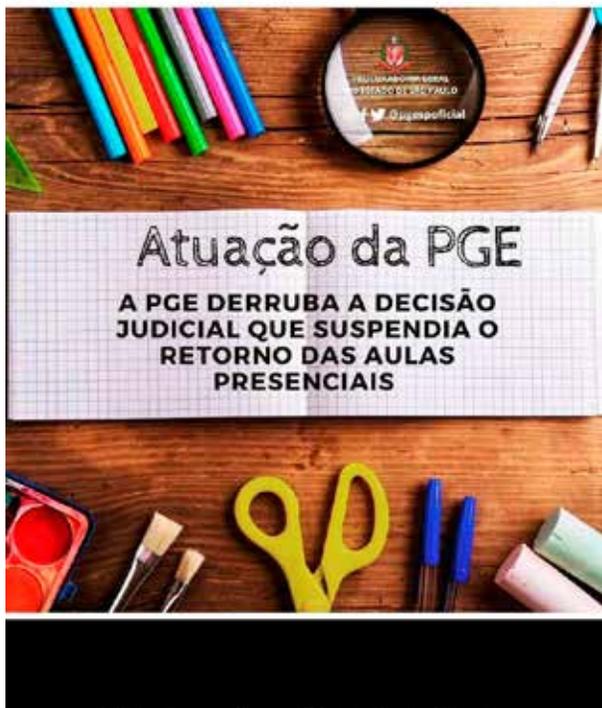
#dividaativa #AtuaçãodaPGE

Ver 1 comentário

3 de fevereiro · [Ver tradução](#)



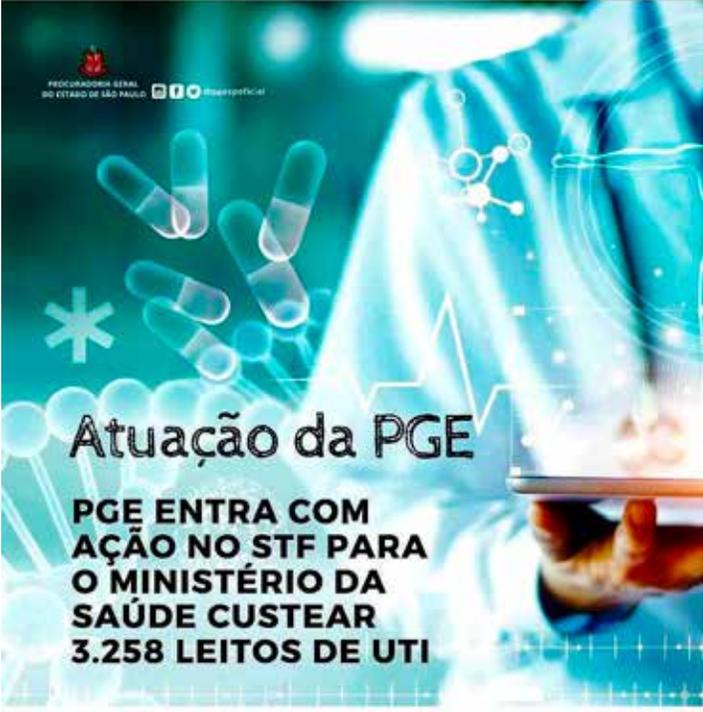
pgespficial
São Paulo



pgespficial A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo derrubou a decisão judicial que suspendia o retorno das aulas presenciais para o dia 8 de fevereiro, nessa sexta-feira (29). O presidente do Tribunal de Justiça e desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco acatou os argumentos da Instituição e com essa determinação, 5.100 escolas da rede estadual ficam autorizadas a iniciar o ano letivo a partir desta data. As demais redes, particular e municipal, podem retomar antes.

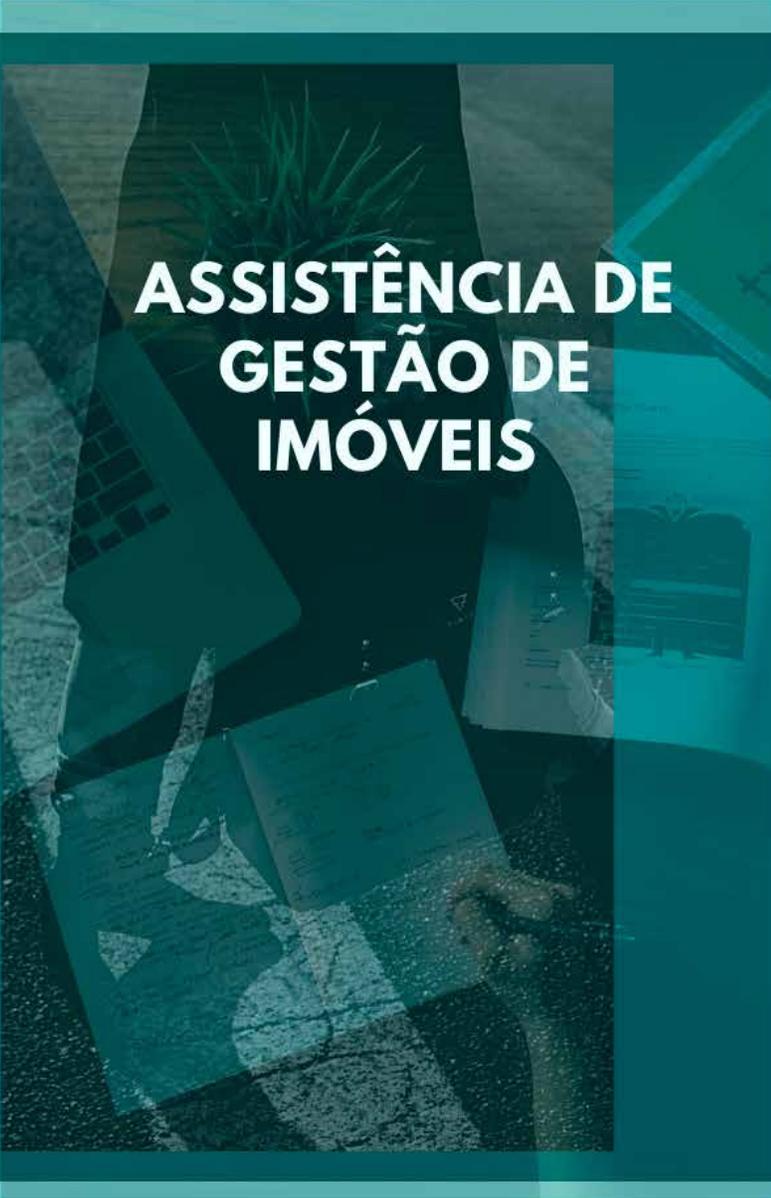
[Ver todos os 21 comentários](#)

 **pgespoficial**
Procuradoria Geral do Estado (São Paulo) - PGE/SP



Atuação da PGE
PGE ENTRA COM AÇÃO NO STF PARA O MINISTÉRIO DA SAÚDE CUSTEAR 3.258 LEITOS DE UTI

pgespoficial A Procuradoria Geral do Estado ingressou com a ação cível originária nº 3474 no Supremo Tribunal Federal (STF) para que 3.258 leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) voltem a ser custeados pelo Ministério da Saúde. Desde início deste ano, a União deixou de cumprir esta obrigatoriedade.



ASSISTÊNCIA DE GESTÃO DE IMÓVEIS

ASSISTÊNCIA DE GESTÃO DE IMÓVEIS

PROCESSO Nº: 16847-617778/2012

INTERESSADO: CENTRO PAULA SOUZA

COTA: AGI Nº 35/2019

ASSUNTO: REGULARIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO DA ETEC CRUZEIRO
BAIRRO BATEDOR

Reporto-me, por brevidade, ao relato de fls. 177-179. Trata-se de expediente que nos foi encaminhado pela D. PR-3, relativo a uma área de aproximadamente 200.000 m², cuja doação fora autorizada por lei da Municipalidade de Cruzeiro (Lei nº 2.124/89), e o respectivo recebimento autorizado pelo **Decreto estadual nº 32.926/91**. Tal área, destinada a uma Escola Técnica Agrícola, deveria ser desmembrada de imóvel maior, com 758 alqueires.

Todavia, não se procedeu ao desmembramento e demarcação da área (que, s.m.j., continua registrada em nome da municipalidade de Cruzeiro) e, conseqüentemente, também não foi lavrada a respectiva escritura de doação. **A doação, portanto, jamais se consumou.** Aliás, nem mesmo encontramos, neste GDOC (ou em seu apenso, Expediente CEETEPS 0000437/2010) qualquer instrumento formalizando a transferência de posse (posse-fato) do município ao estado.

Um edifício chegou a ser construído no local (por volta de **1994**), segundo consta com recursos da **Secretaria de Estado da Educação** (cf. fls. 148-149 e fls. 194), mas jamais foi utilizado como Escola Técnica Agrícola (cf. fls. 104 e 106), tendo em vista diversas características do imóvel e, do local em que construído (cf. fls. 123-124). Assim, o CEETEPS terminou por manifestar seu desinteresse no imóvel (cf. fls. 127).

Por tais razões, já em 2011 a SDECTI (pasta à qual a CEETEPS está vinculada) sugeriu restituir a posse do imóvel ao município (cf. fls. 166). A municipalidade, segundo consta (e com autorização do estado), mantém e utiliza parcialmente o imóvel, que abriga escola municipal, posto de saúde, e mesmo centro de controle de zoonoses (cf. fls. 149, e relato de fls. 150-154).

Sobreveio, contudo, o Decreto Estadual nº 58.157/2012, que permitiu o uso da área “a título precário e gratuito e por prazo indeterminado” (cf. fls. 169-170).

Ocorre que tal Decreto nº 58.187/2012, em seu artigo 3º, **revogou o anterior Decreto nº 32.926/91**, justamente o que havia autorizado a aquisição da área pela Fazenda do Estado, **sem que se houvesse ultimado tal aquisição** e, s.m.j., **sem jamais cumprir a destinação prevista pela Lei municipal nº 2.124/89** (cf. fls. 5-7).

Assim, e para além da questão do dispêndio incorrido pelo Estado para construção da escola (cf. fls. 184), a D. Consultoria Jurídica da SDECTI houve por bem submeter o feito a esta AGI (cf. fls. 204).

No caso em tela, por todos os elementos e relatos disponíveis, **não houve aquisição de propriedade pelo Estado**, nem por doação, nem por eventual afetação (com todas as questões que esta forma poderia suscitar), uma vez que o imóvel jamais esteve afetado a alguma finalidade pública estadual. Do quanto se colhe neste ex-pediente, qualquer utilização que tenha ocorrido, por órgão estadual, foi meramente episódica e eventual.

Outrossim, com a revogação do Decreto nº 32.926/91, o Estado já não está legitimado a adquirir a propriedade do imóvel, nem tem sobre ele qualquer direito real ou pessoal que lhe enseje, não a mera posse fática, mas sim algum **direito de posse** (*ius possidendi*). A única hipótese em que tal poderia ocorrer é o direito de retenção, que se analisará adiante.

Por ora, cabe notar que o caso configura hipótese típica de acessão, regida pelo art. 547 CC1916, vigente à data dos fatos:

Art. 547. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos.

Portanto, a propriedade do imóvel foi adquirida pelo Município, **cabendo a este o direito de posse**, compreendido que está nas faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, nos termos do art. 1228 CC2002.

Como cediço, o conceito de “acessão”, que é modo de aquisição da propriedade, é distinto do conceito de “benfeitoria”, conceito atinente à classificação dos

bens. Para além de haver causas naturais de acessão (cf. art. 536, CC1916 e art. 1.248, CC2002), ao passo que as benfeitorias são sempre artificiais (cf. art. 64, CC1916 e art. 97, CC2002), deve-se observar, com ORLANDO GOMES¹, que as “benfeitorias devem distinguir-se das acessões, aquelas têm cunho complementar, estas são coisas novas”.

E, ao tratar das acessões, ambos os diplomas previram apenas o direito de indenização, mas **não o de retenção** (cf. art. 547, CC1916 e art. 1.255, CC2002), cuja disciplina expressa sempre se restringiu, apenas, às benfeitorias (cf. art. 516, CC1916 e art. 1.219, CC2002)².

Nada obstante, é corrente a interpretação tendente a acomunar a disciplina jurídica das benfeitorias e acessões, resultando na extensão, a estas últimas, das regras concernentes às primeiras, inclusive o direito de retenção³. E, já na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado n^o 81, a teor do qual “O direito de retenção previsto no art. 1.219 do Código Civil, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações) nas mesmas circunstâncias.”

Por esta via (e apenas por esta via) é que se poderia concluir por algum eventual **direito de posse (*ius possidendi*) em favor do Estado, sobre propriedade já adquirida pelo Município**, ao menos até que este indenizasse a acessão (construção) que o beneficiou.

De todo modo, trata-se de um **direito acessório**, porque funcionalizado, apenas,

1 ORLANDO GOMES, *Direitos Reais*, 20. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p.81

2 Ambos os Códigos, é certo, conceituam bens acessórios de maneira essencialmente semelhante (cf. art. 58 CC1916 e art. 92 CC2002). Todavia, enquanto o art. 92 CC2002 é o único dispositivo da Parte Geral sobre o tema, o CC1916 tratava dos bens acessórios nos arts. 58 a 62, que não foram expressamente reproduzidos no Código atual. Assim, o art. 59 consagrava a regra de que “a coisa acessória segue a principal”; o art. 61, III considerava “acessórios do solo [...] As obras de aderência permanente, feitas acima ou abaixo da superfície”, englobando, portanto, as benfeitorias; e o art. 62, primeira parte, estabelecia que “Também se consideram acessórios da coisa todas as benfeitorias [...]”.

Todavia, não é possível derivar, da “acessoriedade”, a homologia das regras aplicáveis a benfeitorias e acessões. Afinal, por mais que ambas fossem consideradas acessórios, e por mais que o acessório siga a sorte do principal, daí não decorre que as regras aplicáveis a um tipo de bem acessório (as benfeitorias), o sejam, necessariamente, também a outro (as acessões).

3 Para uma breve síntese, cf. Gustavo BURGOS DE OLIVEIRA, O direito de retenção no Código Civil Brasileiro, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n^o 18, 2000, p. 147-148.

à garantia de um direito principal, que é de natureza pessoal (direito à indenização). Tornaremos a este ponto.

Existe certa controvérsia quanto à natureza jurídica da posse (posse-fato. Os elementos objetivos (exercício de facto de algum dos poderes inerentes à propriedade, cf. art. 485, CC1916 e art. 1.196, CC2002), e a possibilidade de se defender a posse, em princípio, contra qualquer terceiro (cf. arts. 499, 501, 502 e 505, todos do CC1916 e art. 1.210, CC2002) certamente aproximam (melhor: *acomunam*) a posse às situações jurídicas reais. É esta, aliás, a concepção que aqui se segue.

Todavia, como fato que é, a posse é apenas “elemento do suporte fático de normas jurídicas, notadamente as referentes às ações possessórias, quer materiais, quer processuais, e das normas sobre usucapião⁴”. Neste contexto, alguns autores defendem a natureza **pessoal** (não real!) das ações possessórias, considerando que “o escopo da tutela é a proteção do possuidor, como sujeito de direito ameaçado, turbado ou esbulhado⁵”.

A nosso ver, tal concepção é errônea por desvalorizar o elemento objetivo, e social, da posse. Como nota PONTES DE MIRANDA, “O conceito de **poder fático**, que basta à posse, depende do tráfico. A sociedade fixa-o; o direito intercepta a sua fixação, para assegurar a vida de relação [...]”⁶. Para que se configure tal poder, são necessárias:

a) certa estabilidade da relação, a respeito do objeto [...]; b) a perceptibilidade da existência objetiva do poder fático (**todos nós somos observadores da posse exercida sobre o terreno vizinho**, sem precisarmos saber quem tem o poder fático); c) certa determinação de espaço topológico [...]; d) a correspondência possível do poder fático ao exercício de algum direito, ou pretensão, ou dever, ou obrigação [...]”⁷.

4 Luciano de CAMARGO PENTEADO, *Direito das Coisas*, 2. ed., São Paulo, RT, 2011, p. 567-568.

5 Luciano de CAMARGO PENTEADO, *Direito das Coisas*, 2. ed., São Paulo, RT, 2011, p. 560. Em sentido semelhante, DARCY BESSONE, *Da imissão na posse e da ação possessória* (duplo significado do qualificativo especial), in *Revista dos Tribunais* n° 678, São Paulo, RT, abril de 1992, p. 33.

6 *Tratado de Direito Privado*, v. X, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 67; **negrito nosso**.

7 *Tratado de Direito Privado*, v. X, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 74; **negrito nosso**.

A ideia de um poder fático, semelhante a algum dos poderes da propriedade, exercido sobre uma coisa, implica que “A situação possessória, já no mundo fático, é real. Ao entrar no mundo jurídico, é real (senso largo) o direito, e reais são as pretensões e as ações, exceto as pretensões e ações oriundas de alguma ofensa que não caiba em concepção de ofensa à posse mesma”⁸(negrito nosso). Assim, p. ex., as ameaças ou agressões físicas ao possuidor exorbitam e se distinguem da turbação ou esbulho da posse, porque atingem bens jurídicos distintos.

Tratemos agora das consequências da natureza jurídica da pose sobre o direito de retenção. A seguir-se a concepção “personalista” da posse (p. ex., CAMARGO PENTEADO, DARCY BESSONE), aqui repelida, a conclusão é, necessariamente, pela natureza pessoal do direito de retenção e da ação respectiva, uma vez que a posse (posse-fato) é elemento do suporte fático da norma do art. 516, CC1916 (idem, do art. 1.219, CC2002), que prevê o direito de retenção por benfeitorias. E o que se visa, aqui, é proteger o retentor (possuidor do imóvel), especificamente contra o proprietário, que experimentou um enriquecimento sem causa.

Todavia, como se verá, a conclusão não discrepa mesmo a seguir-se a concepção “realista” da pose (PONTES DE MIRANDA), que se adota pelas razões já apontadas. Com efeito, e como observa este autor,

Quem tem direito de retenção, só retém, pode - portanto por definição - re-ter, que é ter em continuidade. Não tem direito à posse o que é outra coisa (tomo VI, § 633, 4). **Se tem posse, tal posse é elemento fático, que coexiste com o *ius retentionis*, porém sem com ele se confundir.** Nem se poderia dizer que todos os titulares de direito de retenção acontece serem possuidores. A lei pode atribuir - e atribui - direito de retenção a quem não é possuidor. Posto que, na maioria dos casos, os que podem reter sejam possuidores⁹.

Ou seja, a natureza jurídica da posse, afinal, não influi na natureza jurídica do direito de retenção, que resulta de natureza eminentemente pessoal¹⁰, e, portanto, **estranho ao art. 19, IV da Constituição Estadual**, de que adiante se tratará.

8 Tratado de Direito Privado, v. X, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 73.

9 Tratado de Direito Privado, v. X, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 36; negrito nosso.

10 Apontando a natureza pessoal do direito de retenção, cf. também Diana Tognini SABA, Direito de retenção e seus limites, Dissertação de Mestrado. São Paulo, FDUSP, 2016, p. 299.

E, *ad argumentandum*, ainda que se quisesse vislumbrar um direito de posse como conteúdo do direito de retenção, tal direito será sempre **acessório**, funcionalizado à garantia de um direito de crédito, extinguindo-se, assim, com a extinção deste, **remanescendo o Estado, portanto** (e se tanto), **apenas com a mera posse-fato**. E aqui retornamos ao ponto central para a análise do caso.

Como bem observou CAMARGO PENTEADO, a posse-fato constitui apenas elemento do suporte fático de normas jurídicas. **É por isso que a posse é tratada apartadamente dos direitos reais**, isto é, daqueles direitos especificamente (*numerus clausus!*) elencados no art. 674, CC1916 ou do art. 1.225, CC2002; e este tratamento distinto, que se dá à posse, resulta ser uma solução técnica do legislador, não alguma escolha baseada em preconceitos teóricos.

Portanto, eventual restituição da posse (posse-fato) do imóvel a quem de direito (isto é, a quem **legitimamente** deve possuir), é hipótese que **não configura cessão de direitos reais**, não ensejando, portanto, a incidência do art. 19, IV da Constituição do Estado, que exige autorização da Assembleia Legislativa “para a alienação de bens móveis do Estado ou a cessão de direitos reais a ele relativos [...]”.

Em tais casos, caberá à Administração estadual essencialmente **documentar** a adequada transferência de posse (p. ex., por um termo de devolução de posse) para a autoridade municipal competente, notando-se que tratativas anteriores, neste expediente, têm sido entabuladas com o Prefeito.

Tais providências cabem à Pasta sob cuja administração o imóvel, ainda formalmente, se encontra, conforme registros do respectivo SGI, atendidas as regras constantes da resolução PGE nº 9/2018.

Não se desconhece, evidentemente, o teor do Decreto nº 58.187/2012, acima citado, que tratava de **permissão de uso** da área para a Municipalidade, “a título precário e gratuito e por prazo indeterminado”. Todavia, o Decreto não indicou o instrumento mais adequado ao caso, uma vez que: (a) o Estado não adquiriu a propriedade do imóvel; (b) não está presentemente legitimado a adquiri-la (nem a qualquer outro direito real), pela revogação do anterior Decreto nº 32.926/1991; e (c) do quanto se pôde verificar neste expediente, não tem qualquer **direito de posse**, mas mera posse-fato.

Assim, salvo eventual exercício de direito de retenção (cujo cabimento, no caso concreto, **não se analisa nesta sede**), deve haver a devolução da posse (mera posse-fato) do bem ao Município.

Com tais considerações, remeta-se o expediente à D. CJ da SDECTI, consulente, sugerindo-se posterior remessa, em trânsito direto, à D. CJ da CEETEPS, para ciência deste e, a seguir, em trânsito direito, à D. CJ Secretaria da Estado da Educação, com cujos recursos consta haver sido construído o edifício, para eventuais deliberações da pasta tendentes à renúncia do crédito, nos termos do Parecer PA nº 88/2013.

São Paulo, 15 de janeiro de 2019.

GEORGE IBRAHIM FARATH
PROCURADOR DO ESTADO

NE: Sobre o tema, recomenda-se a leitura da manifestação exarada no processo nº 18858-382203/2016, publicada no Boletim PGE 43, v. 2 (março/abril de 2019), p. 15/24, que trata dos efeitos da posse, com a ressalva de que tal manifestação é anterior à Súmula nº 619 do C. STJ.

PROCESSO Nº: 16847-434866/2016

INTERESSADO: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

COTA: AGI Nº 4/2018

ASSUNTO: HERANÇA JACENTE - PERMUTA DE IMÓVEIS ENTRE USP E FESP

Herança vacante. Sentença que determinou fosse cancelada a averbação da transmissão à USP, porque apenas a transcrição seria modo de transmissão hábil, e pela inexistência de título de transmissão. Nulidade absoluta da sentença (e inexistência de coisa julgada, na espécie), por haver tratado da situação de terceiro (a USP) que aparentemente jamais foi integrado à relação jurídica processual. Outrossim, os fundamentos de fato e de direito da sentença não fazem coisa julgada, nem a eficácia preclusiva deve atingir distintas *causae petendi*, isto é, distintas ações de direito material. Na espécie, a transmissão (de bens públicos, e entre pessoas de Direito Público) é regida por norma estranha ao Direito Civil, decorrendo de lei (pelo que o Registro de Imóveis, na espécie, tem eficácia meramente declarativa), matéria esta jamais que esteve em discussão naquele processo, nem foi apreciada pela r. sentença. A transmissão anterior, portanto, permanece íntegra, continuando o imóvel a pertencer à USP, a despeito da diversa situação indicada pelo Registro, cuja presunção, aliás, é meramente *iuris tantum*. Alternativas judiciais e negociais para solução do caso.

I. HISTÓRICO

1. Trata-se de consulta relativa à herança vacante de Leonel Luiz Correa, assim declarada por sentença de 08 de março de 1949. Segundo informa o Parecer, os bens foram adjudicados à FESP, “nos termos do que dispunha o artigo 1594 do Código Civil de 1916 combinado com o Decreto-Lei federal nº 8.207, de 22/11/1945”. A respectiva carta de adjudicação foi expedida em fevereiro de 1951.

II. IMÓVEIS AFORADOS

2. Consta que, entre os imóveis, foram arrecadados os lotes de terreno “G” e “H” do quarteirão 96 em Tanabi, os quais, todavia, “seriam foreiros ao patrimônio de Nossa Senhora da Conceição em Tanabi, Diocese de Rio Preto”, havendo sido aforados a terceiros após a morte do Sr. Leonel, motivo pelo qual a USP não conseguiu sequer atualizar os cadastros municipais.

3. Quanto a esses lotes, antes de qualquer pronunciamento, **solicitamos a juntada da Transcrição nº 5.222, de 29/03/1951**, bem assim a busca, pelo respectivo indicador real, de quaisquer transcrições ou matrículas relativas aos imóveis identificados como lotes “G” e “H” da Quadra nº 96. Se for possível a obtenção dos nomes dos foreiros, será possível, também, a busca pelo indicador pessoal, medida que igualmente se aconselha.

4. A cautela se justifica porque, antes de qualquer desincorporação dos bens (ou até mesmo para eventual desincorporação), será necessário analisar a transcrição em nome do Estado (ou da USP) e seus eventuais efeitos, bem assim as possíveis modificações pelas quais passou a titularidade desses lotes - modificações afirmadas nesta sede, mas sem a respectiva comprovação documental.

III. 'SÍTIO DO ESTADO' - CADEIA DOMINIAL

5. Passamos, pois, à questão do outro bem arrecadado, qual seja, os “vinte e dois hectares de terras, situados na denominada ‘Fazenda Jataí de Cima’, ou ‘Sítio do Estado’, em Tanabi-SP”.

6. Referidas terras derivam de aquisição de área maior (74 alqueires de terras) feita por Leonel Luiz Correa, objeto da **Transcrição nº 25.178, de 16/05/1924**, do CRI de São José do Rio Preto. Após diversas alienações, e o falecimento de sua esposa, remanesceram a Leonel Luiz Correa 40,5 alqueires de terras, objeto da Transcrição nº 9.747, de 04/08/1939, do CRI de Monte Aprazível.

7. Destes, todavia, 18,5 alqueires foram dados em pagamento ao credor Francisco Ribeiro, (cf. Transcrição nº 9.748), remanescendo assim, 22 alqueires, afinal arrecadados como bens vagos, objeto da **Transcrição nº 5.221, de 29/03/1951**, do CRI de Tanabi. As terras respectivas, contudo, ainda não haviam sido estremadas.

8. Ainda, nesta mesma **Transcrição nº 5.221** (de 1951), foi averbada, em 17/11/1959, a transferência do imóvel à USP (cf. Av.01).

9. Posteriormente, Francisco Ribeiro moveu ação de divisão contra a FESP, verificando-se que o quinhão da Fazenda media 25 alqueires, 54 centésimos e 13 milésimos (para simplificar, 25,54 alqueires), que foram objeto da **Transcrição nº 9.004, de 27 de julho de 1960**, do CRI de Tanabi. Esta, de início, fazia referência à **Transcrição nº 25.178** (de 1924), e não à Transcrição imediatamente anterior, qual seja, a **Transcrição nº 5.221** (de 1951).

10. Diante desses fatos, a FESP ajuizou uma ação de retificação de Registro “objetivando a alteração das transcrições nº 5.221 e 9.004 (...), já que não obedeceu [sic] a sequência lógica do Registro”.

11. A ação foi julgada procedente **em parte**, “para que se proceda ao bloqueio da transcrição de nº 5.221, com as devidas anotações e com prejuízo da averbação que dela constou, a de nº 1, subsistindo, assim, em relação ao imóvel objeto da retificação, a transcrição de nº 9.004, com a correta menção à respectiva transcrição que serviu de lastro para o registro, qual seja a própria transcrição nº 5.221, para o caso da requerente Fazenda do Estado”.

12. Tem-se, assim, uma cadeia dominial contínua desde 1924 (embora sem a indicação do título originário), na ordem: (a) **Transcrição nº 25.178** (de 1924); (b) **Transcrição nº 9.747** (de 1939); (c) **Transcrição nº 5.221** (de 1951); (d) **Transcrição nº 9.004** (de 1960); e, finalmente (e) a atual **Matrícula nº 25.016**, do CRI de Tanabi, tendo em vista que a retificação de registro ocorreu já sob a vigência da Lei nº 6.015/73.

IV. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO E TRANSFERÊNCIA À USP

13. Passemos, agora, às razões pelas quais não foi reproduzida a averbação nº 01 da Transcrição nº 5.221, justamente a que tinha por objeto a transmissão do imóvel à USP. É a seguinte a fundamentação da sentença:

A averbação de nº 1, lançada à margem da transcrição de nº 5.221, ficará, por consequência, sem efeito, mesmo porque não se mostrou como ato translativo válido para a transferência do domínio, pela ausência do respectivo título de transferência. Ademais a transferência do domínio somente ocorre validamente pela transcrição, não por averbação. (...) Tal transferência poderá ser feita por escritura (...)

14. Duplo fundamento, portanto. O último deles (existência de mera averbação, e não lavratura de nova transcrição), um possível erro registral, que poderia ser corrigido mediante a realização do ato adequado. No sistema da Lei nº 6.015, para manter-se a continuidade registral, tal ato adequado seria a abertura de matrícula **em nome de FESP** (já que se parte do pressuposto que a propriedade não fora transferida à USP), como de fato ocorreu, e o subsequente registro da transferência à USP.

15. Todavia, este último ato não foi determinado pela r. sentença, por afirmada

“ausência do respectivo título de transferência”. Na sequência, a sentença alude (ainda que em sua fundamentação) à necessidade de “escritura” para a transferência.

16. A averbação nº 01, vale recordar, fora feita “em virtude do despacho exarado em 16 de novembro de 1959, pelo (...) Juiz de direito desta comarca, no Ofício que foi dirigido pelo (...) advogado do Estado, datado de 08 de outubro de 1959, a fim de ficar constando, conforme foi solicitado ao mesmo ofício que os bens relacionados na transcrição nº 5.221 (...) por força do artigo 1º do Decreto nº 27.219-A, de 09 de janeiro de 1957, passaram a pertencer ao Patrimônio da Universidade de São Paulo”.

17. Após a sentença da retificação do registro, foi editado o Decreto nº 40.465/95, cujo art. 01º autorizou a FESP “a transferir, **por escritura pública**, em favor da Universidade de São Paulo, o domínio do imóvel (...) [objeto da] transcrição nº 9.004, feita em 27 de julho de 1960, a fls. 181, do Livro 3-H, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Tanabi”.

18. Didaticamente, o respectivo art. 02º explicita que “A autorização a que se refere o artigo 1.º, é concedida em conformidade com o disposto no Decreto n.º 27.219-A, de 9 de janeiro de 1957 e sentença do MM. Juiz de Direito da Comarca de Tanabi, prolatada em 29 de julho de 1994, no processo de retificação de registro de n.º 160-94”.

19. Trata-se, assim, *prima facie* ao menos, de **ato vinculado**, já que o referido Decreto nº 27.219-A, em seu art. 01º, estabelece que “Os bens de que trata o Decreto-Lei federal nº 8.207, de 22 de novembro de 1945, passam a constituir, para o fim nele previsto, patrimônio da Universidade de São Paulo”.

20. Por sua vez, o referido Decreto-Lei federal nº 8.207/45 deu nova redação ao art. 1.594 do CC1916, que trata dos bens vagos¹, e dispôs, em seu art. 03º, que

1 Art. 1.594. A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Estado, ou ao do Distrito Federal, se o *de cujus* tiver sido domiciliado nas respectivas circunscrições, ou se incorporarão ao domínio da União, se o domicílio tiver sido em território ainda não constituído em Estado. Parágrafo único. Se não forem notoriamente conhecidos, os colaterais ficarão excluídos da sucessão legítima após a declaração de vacância.

A contagem deste prazo é objeto de grande controvérsia. No julgamento do RE 92.352/SP (relator para acórdão o min. Moreira Alves), o C. STF manifestou o entendimento de que os bens apenas passam ao domínio do Estado cinco anos após (ou, na redação anterior do art. 1.594 CC1916, trinta anos após) a abertura da sucessão (isto é, cinco anos após o falecimento de quem não deixou herdeiros conhecidos). Todavia, no julgamento do RESP 3.998/SP, o STJ voltou à tese de que os cinco anos se contam, apenas, da sentença de vacância, que pode haver sido prolatada muito depois da morte (no caso objeto de julgamento, a sentença sobreviera 46 anos após a morte da autora da herança). Ambos os julgados, aliás, envolvem a USP.

“Adquirindo o domínio dos bens arrecadados, a União, o Estado ou o Distrito Federal ficam obrigados a aplicá-los em fundações destinadas ao desenvolvimento do ensino universitário (...)”.

21. Portanto, é importante destacar, **em nenhum momento** a r. sentença apreciou o dever do Estado em transferir o imóvel para a USP, muito menos negou tal dever. Apenas, vedou que se realizasse desde logo, na nova matrícula, o registro desta transferência por entender inexistente título hábil a tal transmissão.

22. O julgado, por certo, alude ao poder da FESP em transferir (mediante registro de **escritura** adrede elaborada) a propriedade do imóvel à USP. Todavia, não desce ao ponto de examinar se há liberdade ou dever da FESP em transferir. E não deveria mesmo examinar tal matéria, jungido que está à pretendida **retificação** do registro (é este o objeto do processo).

23. Portanto, arrecadados os bens vagos na vigência do DL nº 8.207/45, como afirma o parecer da D. Procuradoria da USP, **subsiste dever da FESP de transferir a propriedade do imóvel para a USP.**

V. PRESCRIÇÃO DO DEVER DE TRANSFERÊNCIA?

24. A questão que remanesce é verificar se subsiste dever **exigível**, isto é, dever munido de pretensão. Pretensão, portanto, é aqui entendida como a exigibilidade (em princípio, atual) de um dever, sentido que, a partir de WINDSCHEID, é desenvolvido por PONTES DE MIRANDA.

25. Tratando-se (como supõem a sentença e o próprio Decreto nº 40.465/95) de transmissão ainda por ser feita, a pretensão respectiva, da USP (pretensão à transferência), haveria sido atingida pela prescrição, nos termos do art. 01º do Decreto nº 20.910/32, salvo eventual suspensão e/ou interrupção do prazo prescricional.

26. Quanto à suspensão, é objeto do art. 04º do mesmo Decreto, a teor do qual

Como referido pelo min. Moreira Alves em seu voto, no entender de Pontes de Miranda, a saisina (art. 1572 CC1916) aplica-se também ao Estado, pelo que a propriedade seria adquirida no exato momento da morte de Leonel Luiz Correa. Esta solução teria a grande vantagem de evitar a questão dos direitos sem sujeito (quando, de fato, não existirem outros sucessores legais ou testamentários); todavia, não encontramos aplicação jurisprudencial deste entendimento, sobretudo em face da redação do art. 1.594 CC1916 (seja antes, seja depois do DL 8.207, de 22/11/1945), a teor do qual “decorridos (...) anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Estado”.

“Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la”.

27. A interrupção, por sua vez, é objeto dos arts. 08º e 09º do Decreto nº 20.910/32, que não indicam as respectivas causas interruptivas (temos de nos remeter, portanto, à legislação civil), apenas preveem que a interrupção pode ocorrer uma única vez, fluindo o novo prazo prescricional pela metade do tempo.

28. Trata-se, evidentemente, de uma análise impossível de se fazer nesta sede, à vista dos poucos documentos que temos. Todavia, e uma vez que se considere (como a r. sentença) não ter havido transmissão, é possível que qualquer pretensão da USP (pretensão à transferência) houvesse prescrito muito antes da retificação do registro, pelo que o Decreto nº 40.465/95 configuraria, em verdade, não um ato vinculado, mas sim discricionário, de renúncia à prescrição.

29. A seguir-se a lógica da r. sentença, com efeito, a USP não poderia se socorrer nem mesmo do **art. 293 do Decreto nº 4.857/39** (a teor do qual “O registro², enquanto não for cancelado, **produzirá todos os seus efeitos legais**, ainda que por outra maneira se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido”), tendo em vista que a averbação, não tendo eficácia translativa, não produziria transmissão do direito, nem produziria (consequentemente) a presunção de que tratava o art. 859 do CC1916³.

30. Nesse contexto, portanto, não bastaria à transmissão a autorização do Decreto nº 40.465/95, uma vez que, sendo a renúncia à prescrição um ato dispositivo, seria necessário o concurso de lei estadual (autorização legislativa, nos termos

2 Note-se que o dispositivo trata, em termos amplos, de “registro”, de que são espécies a inscrição, a transcrição, e a averbação, nos termos do art. 178, “a”, “b”, e “c” do Decreto nº 4.857/39.

3 Faltou à r. sentença, contudo, analisar o art. 286 do Decreto nº 4.857/39, a teor do qual “As averbações serão feitas pela mesma forma regulada, e abrangerão, além dos casos já expressamente indicados, as cessões, sub-rogações e ocorrências, que, por qualquer modo alterarem o registro, quer em relação aos imóveis, quer em atinência às pessoas que, nestes atos, figurem, inclusive, a prorrogação do prazo da hipoteca, nos termos do art. 817 do Código Civil”.

A se entender aplicável este dispositivo ao caso em tela, somente se poderia cogitar de prescrição após o Decreto nº 40.465/95 (que ainda configuraria, ao tempo de sua edição, ato vinculado, dando cumprimento ao DL Federal nº 8.207/45, c./c. o Decreto Estadual nº 27.219-A/57). Todavia, ainda se poderia caracterizar, supervenientemente, a prescrição, o que tornaria o Decreto, nestas circunstâncias, ato insuficiente a permitir o registro.

do art. 17 da Lei nº 8666/93). Tal autorização, contudo, sobreveio posteriormente, nos termos do **art. 11, II da Lei nº 16.338/2016**, a teor do qual se autoriza a alienação de imóveis “de quaisquer dimensões, em favor dos municípios paulistas, da União, de entidades da administração descentralizada ou de empresas sob controle dos municípios, do Estado ou da União, para utilização em programas e ações de interesse público”.

31. Há fundamento, portanto, para a transmissão deste imóvel à USP (se se entender ser este o caso), sendo o interesse público, aqui, reconhecido inclusive pelo DL Federal nº 8.207/45, e pelo Decreto Estadual nº 27.219-A/57.

32. Nesse ponto, todavia, apenas se reafirma a discricionariedade (e, no caso concreto, a possibilidade, à vista da autorização legislativa já existente) da transferência de imóvel à USP, uma possibilidade jamais negada e que, segundo nos parece, **não configura a solução correta**.

33. Antes de apontar a solução que se nos afigura correta, todavia, cabe analisar o entendimento de que a ação de adjudicação compulsória (de que a USP poderia, em tese, valer-se), não estaria sujeita a qualquer prazo prescricional ou decadencial.

VI. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA - UMA AÇÃO PERENE?

34. O C. STJ, no **RESP nº 1.216.258/MG**, entendeu “imprescritível” (ou melhor, não sujeita à decadência) a ação de adjudicação compulsória. Partindo da lição clássica de AGNELLO AMORIM FILHO, vislumbrou (corretamente, diga-se) na ação de adjudicação compulsória não um direito à prestação, mas uma espécie de poder jurídico⁴. Como cedição, os poderes jurídicos, como tais, não se sujeitam à prescrição, mas apenas (se o caso) à decadência.

35. À diferença da prescrição (cujo prazo geral está previsto no art. 205 CC), não existe um prazo decadencial geral, pelo que, na lição de AGNELLO AMORIM FILHO (se-

4 Como cedição, a diferença fundamental entre os direitos a uma prestação e os direitos formativos está em que, nestes, o efeito jurídico almejado já não depende da conduta (prestação) do sujeito passivo. Portanto, a posição passiva correlata aos direitos formativos não é um dever, mas uma sujeição. Daí que “As pretensões não se confundem com os direitos formativos geradores, modificadores ou extintivos. Esses operam por si, sem necessidade de ato ou omissão do devedor. É possível a pretensão à constituição, modificação ou extinção, se do fato jurídico resultou que alguém se obrigou a constituir, modificar ou extinguir, e só por si não no poderia o credor” (F. C. PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 615, nº 4, p. 453).

guida no caso pelo C. STJ), à falta de prazo decadencial previsto, o poder jurídico - na espécie, a ação de adjudicação compulsória - **não se sujeita à decadência.**

36. É certo que o julgado em tela trata de compromisso de compra e venda registrado, do qual decorre o “direito real de aquisição” previsto nos arts. 1.417 e 1.418CC. Todavia, considerada a ação de adjudicação compulsória um poder jurídico (o que realmente é), as conclusões do acórdão se aplicam quer se considere esta ação real, **quer se a considere pessoal** (espécie de ação de execução contratual específica, como bem demonstrou DARCY BESSONE), conclusão que o julgado expressamente refere.

37. Portanto, a considerar o precedente do C. STJ, não caberia sequer cogitar de prescrição na espécie; como poder jurídico, a ação de adjudicação compulsória apenas se poderia submeter à decadência, inexistente na hipótese. Assim, caso não cumpra voluntariamente seu dever (decorrente do DL Federal nº 8.207/45, c./c. o Decreto estadual nº 27.219-A/57), estaria a FESP permanentemente sujeita a sofrer coativamente tal transferência, por efeito (do registro) da sentença constitutiva que julgar procedente a adjudicação compulsória. E, nesse contexto, o Decreto nº 40.465/95 será, sempre, um ato vinculado, independentemente do tempo transcorrido.

38. *Permissa venia*, o **RESP nº 1.216.258/MG** labora em grave equívoco. Tal equívoco consistente em desconsiderar que, **antes** da ação de adjudicação compulsória, há direito e pretensão à transferência, ou seja, direito e pretensão a uma prestação, os quais são, evidentemente, **prescritíveis**. A prestação no caso consiste em outorgar, ao adquirente, título hábil ao registro; outorgar a “escritura definitiva”, por exemplo⁵.

39. Como observa PONTES DE MIRANDA,

É hoje princípio fundamental do direito privado que a toda pretensão corresponda ação que a assegure (cf. Código Civil, art. 75: “A todo direito corresponde uma ação que o assegura”). Onde há pretensão há, se ocorre óbice, a ação respectiva [...]. De modo que as espécies ou casos, em que isso não se dá, são excepcionais; e pode-mos, com toda a exatidão, falar de direitos mutilados ou de pretensões mutiladas⁶.

5 A distinção entre direito e pretensão é fundamental, porquanto nem todo o direito é, sempre, exigível. “Deve-se, mesmo quando a dívida não é exigível, ou ainda não é exigível, ou não é mais exigível” (F. C. PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 615, nº 4, p. 453). Em todos estes casos, há direito, e não há pretensão.

6 F. C. PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 622,

40. A regra do art. 75 CC 1916 continua expressa na primeira parte do art. 189 CC: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. O que o Código Civil atual denomina pretensão é exatamente a mesma figura que o Código Civil anterior denominava ação: Trata-se, num caso e noutro, **da ação de direito material**, não da “ação” processual (abstrata)⁷.

41. É fundamental observar que, nos direitos a uma prestação, a pretensão (entendida como exigibilidade) é o **antecedente lógico-jurídico necessário** da ação de direito material: pode-se agir porque, antes, se podia exigir determinada prestação, que não foi cumprida. A exigibilidade (e, portanto, a pretensão) preexiste à ação. Se o titular de um direito não podia sequer exigir a prestação respectiva, *a fortiori* não poderá agir para a obtenção do objeto da prestação (ou de um seu equivalente).

42. Prescrita a pretensão, o direito persiste, mas já não é mais exigível e, conseqüentemente, a ação de direito material respectiva (de adjudicação compulsória ou qualquer outra), já não pode mais ser exercida **eficazmente**, porque pode ser paralisada pela exceção de prescrição.

43. No direito brasileiro, que admite renúncia à prescrição já consumada (cf. art. 191 CC), não parece possível concebê-la como um fenômeno extintivo, como o sugere o art. 189 CC. Ao contrário, a construção mais adequada ao direito brasileiro é a de que, sobrevinda a prescrição, **a pretensão (violada) e a respectiva ação de direito material continuam a existir, mas com sua eficácia encoberta**, isto é, paralisada ou passível de ser paralisada⁸.

nº 1, p. 477. Este é o denominado “princípio geral da acionabilidade das pretensões” (*idem, ibidem*). Despiendo observar, refere-se o autor ao art. 75 do Código Civil de 1916.

7 Num contexto de monopólio estatal da justiça, a relação entre a ação de direito material (quando existe!) e as figuras pré-processuais ou processuais (abstratas) é a de continente e conteúdo; na ordinariade dos casos, exerce-se a ação de direito material (quando esta existe), pela sua dedução em juízo. Pode ser que não exista e, então, tudo o que se exerceu (infundadamente) foram posições jurídicas pré-processuais e processuais, abstratas.

8 F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. VI, § 662, nº 6-9, p. 102-107; *idem, ibidem*, v. VI, § 663, nº 1, p. 107.

É neste sentido que o direito material considera a prescrição como exceção: “No sentido do direito material, nos sistemas jurídicos contemporâneos, exceções são exercício de direitos que correspondem ao devedor e não excluem o nascimento nem a existência do direito, pretensão, ação ou exceção do titular

44. Portanto, e ao contrário de opinião bastante difundida, a ação de adjudicação compulsória é atingida pela prescrição da pretensão subjacente. Quem não pode exigir, *a fortiori* não pode agir.

45. Por aqui se vê a necessidade de distinguir, no conjunto dos poderes jurídicos, o **subconjunto** das ações de direito material que (embora sejam também poderes jurídicos), surgem de pretensões violadas, podendo, portanto ser atingidas (i.e., encobertas) em decorrência da prescrição desta pretensão.

46. Prescrito, portanto, o dever da FESP? O caso concreto, em verdade, **não enseja** prescrição (pois que transmissão já houve, como se passa a demonstrar), observando-se ademais a probabilidade de o Judiciário reconhecer direito da USP ao imóvel, afastando qualquer prescrição, especialmente à vista do **RESP n° 1.216.258/MG**.

VII. TRANSMISSÃO DECORRENTE DE LEI E REGULARIZAÇÃO REGISTRAL

47. Como cediço, dispõe o art. 252 da LRP que “O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido”. No mesmo sentido, e com redações essencialmente idênticas, o art. 276 do Decreto-Lei n° 1.000/69, e o art. 293 do Decreto n° 4.857/39.

48. Por sua vez, o art. 1.245, § 2º, CC2002 estabelece 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”. Não se pode olvidar, todavia, que os fatos relevantes, neste caso, ocorreram sob a égide do CC1916.

49. Ora, como dispunha expressamente o art. 01º do CC1916, “Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações”. E, embora este preceito não tenha sido reproduzido no CC2002, verifica-se que o sistema permanece inalterado, sobretudo no que diz respeito a registros imobiliários e relações patrimoniais (mais especificamente, transmissão imobiliária) entre entes públicos.

do outro direito. Há direito frente a direito, porém somente no plano da eficácia deles” (F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 583, n° 6, p. 310). A questão nada tem, portanto, com a distinção processual entre exceção processual (matérias que precisam ser deduzidas em juízo) e objeção (como o é a prescrição desde a alteração no at. 219, § 5º, CPC1973).

50. Com efeito, o mesmo CC1916 considerou públicos **todos** os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, inclusive os bens dominicais (cf. arts. 65 e 66 CC1916; *idem*, arts. 98 e 99 CC2002), derrubando com isto a velha distinção entre patrimônio público e patrimônio privado do Estado. Todo o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público é, igualmente, público.

51. Assim, a **transferência** de propriedade pelo registro (“transcrição”, como especificavam os arts. 531 e 533 CC1916) deve ser entendida no contexto: (a) do art. 01º do CC1916; (b) do sistema de bens públicos, idêntico no CC1916 e no CC2002; e (c) sucessivamente, do art. 01º do Decreto nº 4.827/24; art. 01º do Decreto 4.857/39; art. 01º DL nº 1.000/69; e, finalmente, art. 01º da Lei nº 6.015/73, a teor do qual “Os serviços concernentes aos Registros Públicos, **estabelecidos pela legislação civil** para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei”.

52. Daí que a propriedade pública, em princípio ao menos, escapa ao Registro de Imóveis, podendo haver, contudo, interações entre os dois sistemas, como se depreende da lição de AFRÂNIO DE CARVALHO (negritos nossos):

Todos os imóveis particulares são sujeitos ao registro. De acordo com o direito imobiliário material, os imóveis só se adquirem ou oneram, nos atos entre vivos, pela inscrição no registro. O ato causal, transmissivo ou onerativo, autoriza apenas, servindo-lhe de suporte, a transmissão ou a oneração. Tanto uma como a outra, porém, somente surgem com inscrição no registro. **Em suma o registro tem como conteúdo a propriedade particular.**⁹

(...)

De parte essas observações sobre as categorias de bens públicos, talvez não haja temeridade em admitir, à vista de episódios atuais, que no futuro o Registro de Imóveis venha a dar publicidade às mutações jurídico-reais tanto da propriedade particular, como da propriedade pública, **embora no tocante à segunda só sirva para facilitar trâmites administrativos na rotina das repartições, ao contrário do que acontece relativamente à primeira, em que serve para criar ou extinguir direitos.** A integração imprimirá ordem aos assentos de ambas as propriedades, que disso se beneficiaram mutuamente.

Todavia, na passagem da propriedade pública para a particular ou desta para aque-

9 AFRÂNIO DE CARVALHO, *Registro de Imóveis*, 4. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 27.

la também se interpõe o Registro, uma vez que sem este não há aquisição ou perda da propriedade particular. Assim, os imóveis públicos que se transmitem a particulares ou os imóveis particulares que se transmitem ao poder público ficam sujeitos à inscrição no Registro.

No primeiro caso, porque os particulares só adquirem imóveis pela inscrição (Cod. Civ., art. 530, I), e no segundo caso porque só perdem a propriedade particular igualmente pela inscrição (Cod. Civ., art. 589, I). Aliás, no segundo caso, os particulares não podem continuar a ter os imóveis inscritos em seu nome, depois de os transferirem ao poder público, porque isso tornaria inexacto o registro e ensejaria danos a terceiros que, de boa-fé, viessem a adquiri-los a *non domino*.¹⁰

53. Em sentido próximo, o magistério de PONTES DE MIRANDA (negritos nossos):

1. “*Res habilis*”, registro e inscricibilidade do imóvel - No registro de imóveis têm en-trada o domínio sobre imóveis, os direitos reais sobre imóveis, que são em *numerus clausus*, e os direitos, pretensões, ações e exceções, e as cláusulas, referentes ao a imóveis, a que a lei atribui, com isso, eficácia *erga omnes*. **Escapam ao registro: a) os imóveis que estão fora do comércio, por inapropriáveis (art. 69, 01^a parte); b) os imóveis do domínio da União, dos Estados-membros, dos Municípios (art. 65) e dos Territórios**, posto que possa existir no registro a cadeia histórica anterior e, alienados a particulares, de acordo com o art. 67, haja de ser registrada a aquisição, inclusive para poderem ser novamente alienados.

2. Direitos não suscetíveis de registro - **Os direitos, a que se refere a), são irregistráveis; os de que trata b) apenas não precisam de registro, inclusive em se tratando de transferência entre unidades políticas da República.** Se o Estado (União, Estado-membro, Município, Território) adquire bem que constava do registro, o negócio jurídico tem de ser registrado, porque o registro existente estabelece presunção de titularidade (art. 859), e goza de fé pública. Se houve desapropriação, a sentença há de ser transcrita no registro de imóveis (Decreto-lei nº 3365, de 21 de junho de 1941, art. 29 ...)¹¹.

54. Não é esta a sede para aprofundarmos o papel e os efeitos do registro nas transferências de ente público a particular, ou vice-versa. Basta observar que, neste

10 AFRÂNIO DE CARVALHO, Registro de Imóveis, 4. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 37

11 F. C. PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XI, § 1.218, fls. 219.

caso, os bens já são **públicos** (porque declarados vagos), tratando-se de transmissão **entre entes públicos**, uma vez que a USP tem natureza autárquica.

55. Com efeito, foi criada pelo **Decreto nº 6.283/34**, (cf. art. 01º: “Fica criada, com sede nesta Capital, a Universidade de São Paulo”) do Interventor Federal em São Paulo, assim dispondo o respectivo **art. 24, caput**:

Art. 24 – A Universidade de São Paulo tem personalidade jurídica, autonomia científica, didática e administrativa, nos limites do presente decreto, e, uma vez constituído um patrimônio com cuja renda se mantenha, terá completa autonomia econômica e financeira.

56. Clara, portanto, desde a origem, a natureza autárquica da USP, decorrente seja da criação por norma jurídica, seja da ampla autonomia que se lhe assinava, exceção feita à autonomia econômica, matéria esta que evoluiu ao longo do tempo. Com efeito, a autonomia econômica da USP (e demais universidades públicas estaduais) há muito consiste em repasses limitados a percentual da arrecadação do ICMS (quota-parte do Estado) no mês de referência (cf., p. ex., Decreto nº 29.598/89).

57. Não fosse o bastante, a natureza autárquica da USP foi expressamente afirmada no art. 01º, *caput*, do DL nº 13.855/44: “A Universidade de São Paulo, com todos os seus Institutos Universitários, é uma autarquia sob a tutela administrativa do Governo do Estado e sob o controle econômico-financeiro da Secretaria da Fazenda, no que diga respeito à tomada de contas e inspeção da contabilidade”.

58. Ora, em se tratando da transmissão de **bem público, entre entes com personalidade jurídica de direito público (a FESP e a USP)**, temos que tal transmissão pode ocorrer *ex lege* (ou, como no caso, pode decorrer da lei), não se sujeitando ao binômio título hábil + modo de transmissão (registro).

59. Trata-se, aqui, de modo de transmissão peculiar ao Direito Administrativo, exorbitante portanto do Direito Civil e, assim, independente do registro de imóveis, que (na espécie) não terá efeitos translativos, **mas apenas declaratórios**, como observara AFRÂNIO DE CARVALHO no excerto citado.

60. Neste contexto, não nos parece correto restringir tal modo de transmissão às pessoas políticas (como parece fazer PONTES DE MIRANDA no excerto citado),

desconsiderando as demais pessoas jurídicas de direito público (autárquicas, no caso), como passamos a demonstrar.

61. Neste caso, com efeito, a União editou o Decreto-Lei Federal nº 8.207/45, cujo art. 03º estabelece que “Adquirindo o domínio dos bens arrecadados, a União, o Estado ou o Distrito Federal ficam obrigados a aplicá-los em fundações destinadas ao desenvolvimento do ensino universitário (...)”.

62. A menção a “fundações”, aí, não deve causar surpresa, visto que muitas universidades se constituíram como fundações, havendo mesmo quem considerasse a USP como “autarquia de base fundacional”, a exemplo de OSCAR BARRETO FILHO em conhecido parecer¹² - por inadmissível que fosse, à época e posteriormente, a criação de fundações de direito público, sobretudo à luz do DL nº 271/67.

63. O mais importante, na referida norma, é a menção ao “ensino **universitário**”. Ora, a ideia de “universidade”, *universitas*, impede o favorecimento de uma ou outra faculdade, de um ou outro instituto. Também não seria adequadamente satisfeita com eventual “rodízio”, na atribuição de bens, entre diversas faculdades ou institutos isolados. Na Universidade, o todo é mais que mera justaposição de partes, e tanto mais o é quanto mais se aprofundam a inter e a transdisciplinaridade.

64. Aliás, um dos *consideranda* do pioneiro **Decreto nº 6.283/34** bem evidencia a diferença entre faculdades (ou institutos isolados) e uma universidade: “considerando que, em face do grau de cultura já atingido pelo Estado de São Paulo, com Escolas, Faculdades, Institutos, de formação profissional e de investigação científica, é necessário e oportuno elevar a um nível universitário a preparação do homem, do profissional e do cidadão (...)” (destaque nosso).

65. O art. 03º do DL nº 8.207/45, por certo, refere-se a uma obrigação dos Estados, *verbis*: “Adquirindo o domínio dos bens arrecadados, a União, o Estado ou o Distrito Federal ficam **obrigados a aplicá-los (...)**”. Cabe aprofundar a análise deste ponto.

66. No que se refere a bens vagos, portanto, o poder de disposição do Estado sobre os bens de seu patrimônio (art. 67 CC1916; *idem*, art. 100 CC2002) restringe-se a um **poder-dever** de disposição (há dever de transferência).

67. A questão, agora, radica no modo de **cumprimento** desta obrigação - vale

12 Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66566/69176>

dizer, no modo de **transmissão** dos bens vagos. Ora, a USP (única universidade existente à época) é também “uma autarquia sob a tutela administrativa do Governo do Estado”, nos termos do art. 01º, caput, do DL nº 13.855/44.

68. Tem-se, portanto, uma transferência de **bem público**, imposta por lei, entre duas pessoas de **direito público**, uma formalmente subordinada à outra. Neste con-texto, basta para a transmissão um ato do Chefe do Poder Executivo, a teor do qual “Os bens de que trata o Decreto-Lei federal nº 8.207, de 22 de novembro de 1945, **passam a constituir**, para o fim nele previsto, **patrimônio da Universidade de São Paulo**”, como dispõe o art. 01º do Decreto nº 27.219-A/57.

69. A questão, portanto, não é se tais bens constam de algum registro ou transcrição, mas sim a **natureza desta propriedade** (se pública ou privada), e do **respectivo modo de transmissão** (se previsto pelo Direito Civil ou possibilitado por outro ramo, como o Direito Administrativo. Já se viu, com apoio em AFRÂNIO DE CARVALHO, que “o registro tem como conteúdo a propriedade particular”, e que, relativamente à propriedade pública, o registro “só sirva para facilitar trâmites administrativos na rotina das repartições, ao contrário do que acontece relativamente à primeira, em serve para criar ou extinguir direitos” (cf. item 52, *supra*).

70. Feitos estes esclarecimentos, pode-se observar que, rigorosamente, a transmissão não ocorre *ex lege* (haveria transmissão *ex lege* se norma de efeitos concretos transferisse o bem “x” da pessoa A para a pessoa B), mas **decorre da lei**. No caso, decorre do art. 03º do Decreto-Lei Federal nº 8.207/45, c./c. o art. 01º do Decreto nº 27.219-A/57 - e **não** do binômio “título hábil à transmissão + registro” - já que, à vista do Decreto Estadual, tão logo arrecadados os bens vagos, eles se transmitem à USP.

71. Está aqui explicada, à **saciedade**, a Averbação nº 1, que (injustificadamente, permissa venia) tanto horror causou ao juízo da retificação registral. A Averbação nº 01, vale recordar, fora feita “em virtude do despacho exarado em 16 de Novembro de 1959, pelo (...) Juiz de direito desta comarca, no Ofício que foi dirigido pelo (...) advogado do Estado, datado de 08 de outubro de 1959, **a fim de ficar constando, conforme foi solicitado ao mesmo ofício que os bens relacionados na transcrição nº 5.221 (...) por força do artigo 1º do Decreto 27.219-A, de 09 de janeiro de 1957, passaram a pertencer ao Patrimônio da Universidade de São Paulo**” (destaques nossos).

72. Note-se, portanto, que o Registro de Imóveis fora na espécie, corretamente tratado como meramente declaratório, não como translativo. E é por isso, igualmente, que se procedeu a simples averbação, a nosso ver permitida, *in casu*, pelo art. 286 do Decreto nº 4.857/39.

73. Há assim, portanto, não um dever de transmissão (que já se efetivou), mas um dever de agir, ou de cooperar, para a adequada regularização registral, na medida possível.

VIII. SENTENÇA, NULIDADE, COISA JULGADA, E REGULARIZAÇÃO REGISTRAL

74. Como se percebe, a sentença, na retificação do registro, apartou-se de toda a situação precedente, fazendo tabula rasa de uma situação anterior que, aparentemente (*permissa venia*), sequer fora compreendida.

75. Nada obstante, faz-se necessário verificar quais os efeitos desta sentença, e da respectiva coisa julgada (se houver), sobre o caso em tela.

76. Não temos cópia da inicial, mas, pelo que se extrai da sentença, a FESP ajuizou uma ação de retificação de registro “objetivando a alteração das transcrições nº 5.221 e 9.004 (...), já que não obedeceu [sic] a sequência lógica do Registro”.

77. A ação foi julgada procedente **em parte**, “para que se proceda ao bloqueio da transcrição de nº 5.221, com as devidas anotações e **com prejuízo da averbação que dela constou, a de nº 1**, subsistindo, assim, em relação ao imóvel objeto da retificação, a transcrição de nº 9.004, com a correta menção à respectiva transcrição que serviu de lastro para o registro, qual seja a própria transcrição nº 5.221, para o caso da requerente Fazenda do Estado” (destaque nosso).

78. Passemos, agora, às razões pelas quais não foi reproduzida a averbação nº 01 da Transcrição nº 5.221, justamente a que tinha por objeto a transmissão do imóvel à USP. É a seguinte a fundamentação da sentença:

A averbação de nº 1, lançada à margem da transcrição de nº 5.221, ficará, por consequência, sem efeito, mesmo porque não se mostrou como ato translativo válido para a transferência do domínio, pela ausência do respectivo título de transferência. Ademais a transferência do domínio somente ocorre validamente pela transcrição, não por averbação. (...) Tal transferência poderá ser feita por escritura (...)

79. Duplo fundamento, portanto: (a) existência de mera averbação (que não é modo de transmissão de imóveis), ao invés de lavratura de transcrição, modo de transmissão à época previsto pela pelo CC1916 e Decretos nsº 4.827/24 e 4.857/39; e (b) inexistência de título hábil à transcrição (ou ao registro, que lhe sucedeu como modo de transmissão imobiliária).

VIII.1 JURISDIÇÃO “VOLUNTÁRIA” E COISA JULGADA

80. É controverso que sentenças em procedimento de jurisdição voluntária façam coisa julgada. A doutrina, tradicionalmente, pende pela **negativa**, sustentando que aí não haveria lide nem jurisdição e, portanto, não poderia haver coisa julgada.

81. Mais recentemente, contudo, nota-se uma tendência à modificação deste entendimento. Como observam MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, “A distinção nos termos em que posta pela doutrina clássica não tem qualquer razão de ser atualmente. Na jurisdição voluntária há interpretação e aplicação do direito e há oferta de decisões revestidas de autoridade institucional, isto é, dotadas de definitividade e irreversibilidade, tanto quanto na jurisdição contenciosa”¹³.

82. Com efeito, o art. 1.111 CPC73 parece apontar para a definitividade e irreversibilidade, pois, conforme estabelece, “A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes”.

83. Enseja, assim, a interpretação a *contrario sensu*, pela qual, não havendo “circunstâncias supervenientes”, a sentença é de ser mantida. Neste contexto, o papel do art. 1.111, portanto, é o de indicar “que circunstâncias supervenientes podem caracterizar nova causa de pedir, não abrangida pela eficácia preclusiva da coisa julgada”¹⁴.

84. No mais, quanto à interpretação e aplicação do direito (*ius dicere*, de onde proveio o termo jurisdição), o caso concreto o demonstra à saciedade, inclusive pela cognição, de ofício, de normas cogentes (ainda que inaplicáveis ao caso), como aquelas relativas ao registro e aos modos civis de transmissão da propriedade.

85. E, se o art. 1.109 CPC73 permitia, em jurisdição voluntária, julgamentos de conveniência e oportunidade, o que se viu no caso concreto (tendo por objeto matéria registral) é juízo de direito estrito (*permissa venia*, equivocadamente, mas mesmo assim juízo de direito estrito).

86. *Prima facie*, portanto, é conveniente analisar a possível extensão da coisa julgada, ainda que, no caso concreto, a sentença pareça-nos padecer de **nulidades**

13 Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO, Novo curso de processo civil - teoria do processo civil, v. 1, São Paulo, RT, 2015, p. 156.

14 Alexandre SENRA, A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015, Salvador, Jus Podium, 2017, p. 259.

que, como bem observa CELSO NEVES, impedem a formação da coisa julgada¹⁵. A questão da nulidade é, portanto, precedente.

VIII.2 APARENTE NULIDADE DA SENTENÇA

87. Por primeiro, e a sentença é expressa neste ponto, houve sucumbência parcial da FESP, ao se determinar o cancelamento da Av.01, pelo que se sentença deveria se sujeitar ao reexame necessário (**art. 475 CPC73**), o que **não ocorreu**. Pode até causar espécie que se entenda a FESP sucumbente (embora a sentença mesma o afirme), num caso em que se declara o cancelamento de uma averbação e (**supostamente!**) se mantém a propriedade com a FESP.

88. Todavia, é manifesta a sucumbência da FESP, tento em vista a transmissão ocorrida (decorrente de lei, não do registro público), e a conseqüente legitimidade dos atos averbados (de conteúdo declaratório, salvo a autorização judicial, que configura mandamento), e do próprio ato registral de averbação. Ora, interessa à Administração defender (como no caso) a legitimidade de seus próprios atos (cf. item 71, *supra*).

89. Ademais, ainda que se entendesse inaplicável o reexame necessário, verifica-se, neste ponto do julgado, caso de **nulidade absoluta**, porque se decidiu (e se vulnerou) direito de terceiro, a USP, s.m.j. jamais citada ou intimada neste processo.

90. Ora, como bem observou o E. TJSP, no julgamento da AC nº 287.678, “A pretensão, deduzida em reconvenção, para cancelar averbação no registro imobiliário, não é de ser deferida quando envolve interesses de terceiros não citados” (j. de 12/02/1980)¹⁶.

91. Por certo, as circunstâncias de fato daquele julgado são distintas, mas o respectivo *decisum* se aplica integralmente ao caso em tela, em decorrência do princípio do contraditório e da própria legitimidade ordinária. Aparentemente, o Juízo decidiu sobre a situação jurídica da USP sem sequer intimá-la (!), tanto assim que aludiu, na sentença, ao fato de ação ser movida pela FESP.

92. Ora, quanto à FESP, cabe observar que aquele que figura em qualquer ato do registro, **mesmo pretérito**, pode ter interesse à sua retificação, para que exprima

15 Cf. CELSO NEVES, Coisa julgada civil, São Paulo, RT, 1971, p. 476-480.

16 Jurisprudência Brasileira, nº 159 (setembro de 1990), São Paulo, Juruá Editora, p. 215-217.

a verdade. E, no caso, a retificação de registro, voltada a algumas correções em **atos anteriores** da cadeia dominial (estes sim relativos à FESP), não pressupunha a propriedade atual do imóvel pela Fazenda.

93. Atualmente, há norma expressa a respeito, o art. 214, § 1º, da LRP (“A nulidade será decretada **depois de ouvidos os atingidos**”), introduzido pela Lei nº 10.931/2004, mas tal regra, como se vê, nada mais é que a explicitação (ou a concretização) de normas anteriores, notadamente o princípio do contraditório e a legitimidade processual ordinária.

94. O contraditório não se restringe à ideia de lide, e tanto não se restringe que é justamente a ideia de processo como procedimento em contraditório, derivada de FAZZALARI, que tem permitido a abrangência da jurisdição (e, *idem*, da coisa julgada) aos casos tradicionalmente apontados como de jurisdição “voluntária”.

95. Nosso entendimento, portanto, é que **a r. sentença, no ponto em que mandou cancelar a averbação, é nula, e, portanto, não produziu coisa julgada**, o que permitiria aos interessados deduzir novo pleito de averbação da transferência verificada em decorrência do art. 03º do Decreto-Lei federal nº 8.207/45, c./c. o art. 01º do Decreto n.º 27.219-A/57 (e **não** do binômio “título hábil + transcrição”).

96. De todo modo, e para completude da análise, passamos a examinar os possíveis efeitos da coisa julgada, apesar de a reputarmos **inexistente** na espécie. Assim, podemos verificar quais possibilidades remanescem para a FESP e a USP, caso não desejem investir contra a r. sentença.

VIII.3 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

97. A teor do art. 469, I e II, CPC73, depreende-se que a coisa julgada se restringe ao dispositivo da sentença (portanto, à parte que determinou a retificação do registro, mas julgou prejudicada a averbação nº 01), não fazendo coisa julgada **“os motivos**, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (art. 469, I), nem **“a verdade dos fatos**, estabelecida como fundamento da sentença” (art. 469, II).

98. Por “fatos”, se deve entender quaisquer fatos do mundo, inclusive aqueles fatos já qualificados como *jurídicos*, mesmo porque o suporte fático (i.e., o antecedente) de uma norma qualquer pode se referir seja a fatos (juridicizados ou não),

seja a efeitos jurídicos, previstos por outras normas¹⁷.

99. No caso em tela, a r. sentença, com fundamento (**motivo**) na inexistência de título hábil (**afirmação de fato**) e na inexistência de modo de transmissão, já que a averbação não transmite propriedade (outra **afirmação de fato**), considerou inexistente a transmissão de propriedade para a USP (outra **afirmação de fato**), julgando com “prejudicada” a averbação - o termo mais adequado, aqui, é cancelamento. Note-se, ao ensejo, que estas diversas afirmações de fato, relevantes para o iter decisório, consistem na afirmação da inexistência de fatos jurídicos, ou de seus respectivos efeitos.

100. Pois bem, nenhuma destas afirmações se sujeita à coisa julgada, que se restringe assim (para o que interessa a esta análise), ao cancelamento da Av. 1, não aos fundamentos deste cancelamento.

101. Por certo, e a teor do art. 472, 1^a parte, CC1973, “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”, sendo a USP terceira neste processo.

102. É fundamental, todavia, tratar da coisa julgada (caso *ad argumentandum* se a considere existente, no caso concreto) e de seus limites objetivos, para se verificar em que medida se dá a vinculação da FESP, e de que maneira tal vinculação pode afetar a FESP e a USP. Cabe, portanto, analisar os possíveis limites da **eficácia preclusiva** da coisa julgada, disciplinada pelo art. 474 CPC73, a teor do qual “Pas-sada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

103. Surge, pois, a pergunta: nesta retificação, a coisa julgada (aqui admitida **por hipótese**), haveria repellido, ainda que implicitamente, a transmissão decorrente de lei, da FESP para a USP? Fredie DIDIER JR. Resume bem a questão:

Há muita discussão sobre a extensão que se deve dar à eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC).

17 Um exemplo singelo: para haver prescrição, na sua configuração mais simples, há de ter havido fato jurídico de que se origina o direito, fato jurídico de que se origina a pretensão (caso o débito não seja exigível de imediato), e inação do titular do direito pelo prazo aplicável à espécie.

O artigo dispõe que, transitada em julgado a decisão, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

Barbosa Moreira, Moniz de Aragão, Daniel Mitidiero, entre outros, entendem que a eficácia preclusiva não impede a reformulação do mesmo pedido, agora com base em outra causa de pedir, mesmo que se trate de causa de pedir que poderia ter sido alegada na primeira ação, mas não o foi. Trata-se de uma compreensão que restringe a abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Araken de Assis defende posicionamento diverso. Entende que a eficácia preclusiva da coisa julgada abrange todas as possíveis causas de pedir que pudessem ter embasado o pedido formulado. A coisa julgada implicaria, assim, o julgamento de todas as causas de pedir que pudessem ter sido deduzidas, mas não foram.

A primeira concepção sempre foi havida como a majoritária, em níveis doutrinário e jurisprudencial. O projeto de Novo CPC, inclusive, a adotou (art. 495, NCPC).¹⁸

104. Correta, a nosso ver, afigura-se a solução tradicional, que repele qualquer ampliação infundada da eficácia preclusiva. Quando pedidos semelhantes (ou mesmo objetivamente idênticos) tiverem por fundamento *causa petendi* distintas e independentes (ou seja, quando distintas ações de direito material tiverem objetos idênticos ou semelhantes), a ação que não foi deduzida, **ainda que o pudesse ser**, não será atingida pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

105. A nosso ver, com efeito, não se pode interpretar o art. 474 CPC73 isoladamente do sistema do direito processual civil, que exige fundamentação assim para a demanda (“o **fato** e os **fundamentos jurídicos** do pedido”, cf. art. 282, III, CPC73), como para a contestação (ônus da impugnação específica dos fatos narrados na inicial, cf. art. 302, CPC73) e para a sentença (cf. art. 458, II, CPC73).

106. Destarte, a expressão “todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”, constante do art. 474, CPC73 deve ser interpretada em consonância e nos limites da *causa petendi* efetivamente deduzida, controvertida (ou, ao menos, sujeita à possibilidade de controvérsia) e julgada.

107. Relativamente à USP, são também invocáveis os artigos 50 e 55 CPC73, assim redigidos:

18 Fredie DIDIER JR., Editorial n° 132, disponível em www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-132/.

Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.

(...)

Art. 55. Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que:

I - pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

II - desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

108. No caso, a USP era, à toda evidência, terceira juridicamente interessada (os itens 67-72 *supra* bem lhe demonstram o interesse **jurídico**) em que a sentença fosse favorável à FESP (especialmente na parte relativa à averbação de seu domínio).

109. Poderia a USP participar do processo, na qualidade de assistente simples (cf. art. 50 CPC73) mas não o fez e, assim, pode “discutir a justiça da decisão”, ou seja, não está vinculada aos **fundamentos** da decisão (cf. art. 55, *caput*, CPC73, a *contrario sensu*).

110. No caso em tela, portanto (e a despeito de qualquer eventual eficácia preclusiva), **nem a USP (terceira), nem a FESP (parte), estão vinculadas pela fundamentação da r. sentença, na parte em que esta considera não ter havido transmissão.**

111. Aliás, realmente não houve transmissão **regulada pelo Direito Civil** (título hábil + registro ou, à época, transcrição), e nisto está correta a r. sentença. Todavia, **transmissão houve**, com adequada fundamentação jurídica (cf., por brevidade, itens 67 a 70, *supra*), sendo devidamente tratada como tal, isto é, como transmissão (cf. itens 71 e 72, *supra*).

112. Portanto, o equívoco da r. sentença (*venia concessa*) foi considerar que não teria havido transmissão alguma. E, como demonstrado, nem a FESP (no âmbito da coisa julgada, aí considerada eventual eficácia preclusiva), nem a USP (relativamente a eventual eficácia da sentença), estão vinculadas a este entendimento.

VIII.4 SENTENÇA E REGULARIZAÇÃO REGISTRAL

113. Destarte, o **único** efeito desta sentença (e da respectiva coisa julgada), na parte em que julgou improcedente o pedido de retificação, foi tolher, à FESP e à USP (neste caso, sem o manto da imutabilidade), a possibilidade de **averbar** a transmissão **já ocorrida**.

114. A melhor solução seria interpretar o dispositivo da sentença em estrita consonância com sua fundamentação, de maneira a se entender que vedada foi, **apenas**, a averbação de atos relativos aos modos civis de transmissão da propriedade (inexistentes, na espécie). Todavia, tal solução deixaria a sentença sem efeito prático (na parte em que determinou o cancelamento da Av.01), e tem contra si o teor da própria sentença e do respectivo mandado judicial.

115. E a averbação, infelizmente, era a solução mais adequada (quicá, a única possível), encontrando fundamento no art. 246, *caput*, da LRP (“Além dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbados na matrícula as subrogações e **outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro**”), tal como, anteriormente, podia se fundamentar no art. 286 do Decreto n° 4.857/39¹⁹.

116. Com efeito, o **registro** se faz para a constituição e transmissão de direitos reais imobiliários por ato *inter vivos*, **nos termos (e nos limites) do Código Civil** (seja o CC1916, seja o CC2002), como aliás se depreende do próprio art. 01° da LRP.

117. Neste contexto, a LRP adotou um rol taxativo de possíveis títulos **de transmissão**, passíveis de registro (cf. art. 167, I, n° 1-44, LRP), **nenhum** dos quais serve a declarar a transmissão **já ocorrida**. Basta que consideremos os dois exemplos mais próximos ao caso em tela, a doação e a dação em pagamento (cf. art. 167, I, 33 e 31 LRP, respectivamente).

118. Ora, conquanto a transferência da FESP à USP seja gratuita, de doação não se trata, porque esta transmissão não decorre de negócio jurídico. Não há, aqui, autonomia negocial (“poder de escolha de categoria jurídica”, como a referida PONTES DE MIRANDA), mas sim cumprimento de dever legal. A FESP não doou; adimpliu.

19 Art. 286. As averbações serão feitas pela mesma forma regulada, e abrangerão, além dos casos já expressamente indicados, as concessões sub-rogações e ocorrências, que, por qualquer modo alterarem o registro, quer em relação aos imóveis, quer em atinência às pessoas que, nestes atos, figurem, inclusive, a prorrogação do prazo da hipoteca, nos termos do art. 817 do Código Civil.

119. Também não se trata de dação em pagamento, tendo em vista que o que se transmitiu, foi, exatamente, o objeto da obrigação originária da FESP, e não bem diverso, que o credor aceitou receber.

120. Outrossim, quaisquer destes títulos, **no sistema do Direito Civil**, apenas ensejaria a transmissão **a partir de seu respectivo registro**. Não é possível, portanto, cogitar-se do **registro** de uma escritura simplesmente declaratória da transmissão já ocorrida, e está *prima facie* vedada a **averbação** das alterações relevantes (salvo alegando-se inexistência de coisa julgada, ou, no caso da USP, discutindo os fundamentos da decisão). Cabe assim a pergunta: diante desta situação, deve-se entender afastada, excluída, a transmissão decorrente da Lei (DL 8.207/45 + Decreto 27.219/57)?

121. A nosso ver, **não**, uma vez que é pacífica, em direito brasileiro, a natureza *iuris tantum* da presunção gerada pelo registro imobiliário. Assim, podem a FESP e a USP defender que a transmissão já ocorreu no passado, sendo apenas declarativa a averbação respectiva.

122. Por certo, dispõe o art. 252 da LRP que “O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido”, e, em sentido semelhante, o art. 1.245, § 2º, CC2002. E, infelizmente, já não há (salvo atacando-se a validade da sentença), condição de regularizar estes registros, pela impossibilidade de averbação da transmissão, e pela concomitante irregistrabilidade de título meramente declaratório de transferência já realizada.

123. Todavia, a questão aqui é observar, adequadamente, quais os limites de aplicação destas normas, recordando, com AFRÂNIO DE CARVALHO e à vista do quanto exposto (cf. Seção VI, itens 47-73, *supra*), que “o registro tem como conteúdo a propriedade particular” (cf. item 52, *supra*).

124. Consequentemente, a presunção derivada do art. 252 da LRP e do art. 1.245, § 2º, CC2002 não deve ser aplicada ao caso concreto, porque **exorbitante do Direito Civil**, uma vez que relativo à transmissão (decorrente de lei) de propriedade pública entre pessoas de direito público.

125. Todavia, não remanesce possibilidade de regularização do registro imobiliário, **salvo atacando-se a validade da sentença** (cf. item 95, *supra*).

IX. UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO

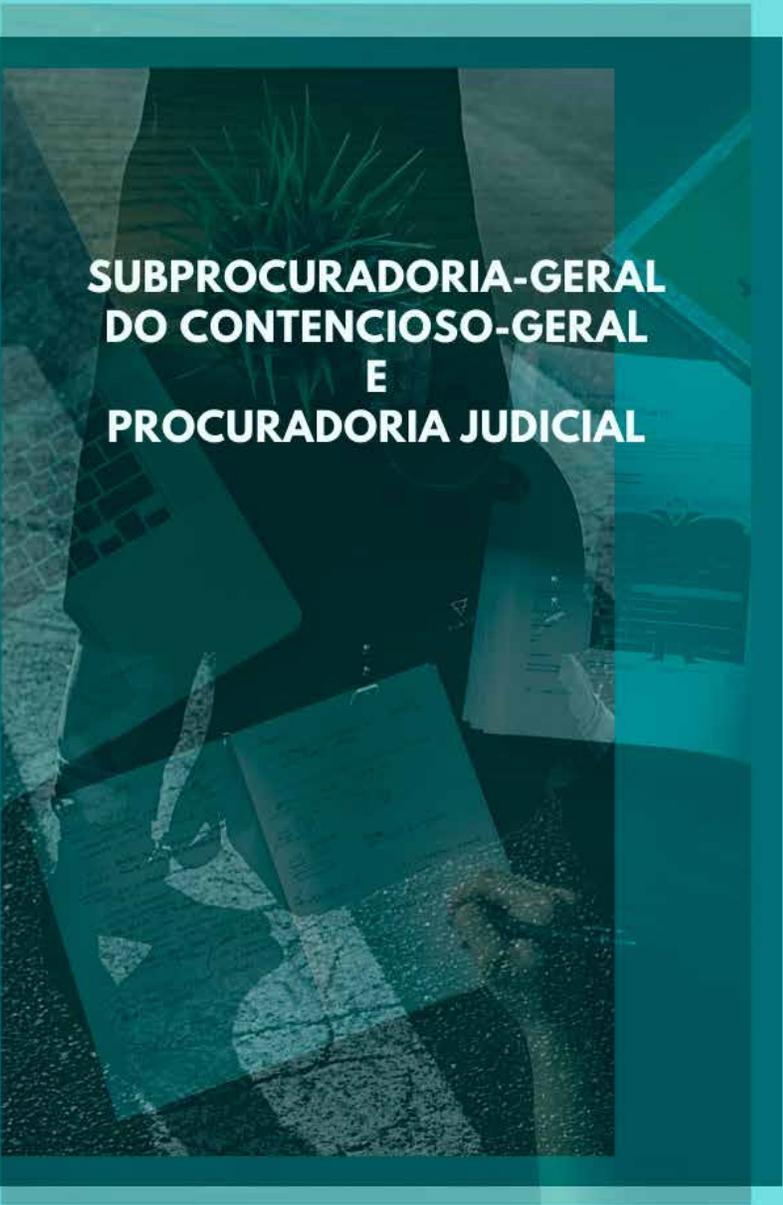
126. Uma outra alternativa é, independentemente do registro, reconhecer, negocialmente, que já houve transmissão da propriedade à USP (pois, como visto, nem a sentença, nem o registro de imóveis tiveram o condão de retroagir e erradicar tal transmissão), estabelecendo, no contrato de permuta, que a USP, em troca do imóvel que recebe, renuncia a qualquer pretensão real ou pessoal (v.g., de adjudicação) que tenha sobre o imóvel, evitando assim a necessidade de qualquer alteração registral (embora ele continue não representando a verdade em relação ao período pretérito).

127. Neste caso, os *consideranda* do negócio, usualmente incluídos para justificar o ajuste proposto (cf. item 126, *supra*), podem referir-se, *inter alia*: (a) à transmissão *ex lege*, assim tratada à época (cf. itens 71 e 72, *supra*); (b) ao papel e limites do Registro de Imóveis (inclusive à luz das observações de AFRÂNIO DE CARVALHO); (c) às possíveis causas de nulidade da sentença; (d) ao entendimento jurisprudencial de que a ação de adjudicação compulsória não se sujeita nem à prescrição, nem à decadência; e, por fim, (e) ao escopo de regularização fundiária.

128. Aliás, diante deste quadro, nada impede que a permuta, no particular, seja formalizada como **transação**, tendo em vista o escopo de prevenir (ou terminar) o litígio mediante concessões recíprocas. O *nomem iuris* “permuta”, todavia, tem a vantagem de estar expressamente referido como título hábil a registro (cf. art. 167, I, 30, LRP), embora a transação (sobretudo à vista das concessões recíprocas) possa ser entendida como uma permuta funcionalizada à prevenção ou extinção de litígios, com as peculiaridades daí decorrentes (impossibilidade de anulação por erro relativamente ao *caput controversum*, por exemplo).

São Paulo, 16 de março de 2018.

GEORGE IBRAHIM FARATH
PROCURADOR DO ESTADO



**SUBPROCURADORIA-GERAL
DO CONTENCIOSO-GERAL
E
PROCURADORIA JUDICIAL**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

URGENTE

Grave lesão à economia e à ordem públicas – Decisão regulatória complexa – Deferência do Controle Jurisdicional – Comprometimento da coordenação técnica e política das ações de enfrentamento à pandemia de COVID-19.

O ESTADO DE SÃO PAULO e a AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP, por meio do Procurador-Geral do Estado e do Subprocurador-Geral do Contencioso-Geral, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com base no artigo 4º da Lei nº 8.437/92, requerer a SUSPENSÃO DAS MEDIDAS LIMINARES proferidas nos autos das ações ordinárias nº 1000282-21.2020.8.26.0228, 1003714-05.2016.8.26.0320, 1000761-79.2020.8.26.0659, 1000506-49.2019.8.26.0565, 1029595-23.2020.8.26.0100 e 1005210-63.2020.8.26.0309, o que faz pelos fundamentos doravante aduzidos:

I – SÍNTESE DOS PROCESSOS

Diversos usuários do serviço de distribuição de gás canalizado vêm ajuizando ações com o escopo de obter tutelas provisórias que inviabilizem a interrupção do fornecimento de gás em hipóteses diferentes da prevista na regulação setorial. Estas medidas estão sendo solicitadas em desconformidade com a política pública desenhada especificamente para lidar com os efeitos provocados pela pandemia de COVID-19 e afetam gravemente a ordem e a economia públicas.

Em linhas gerais, sustentam os usuários que a pandemia de COVID-19 e o estado de calamidade pública afetariam seus negócios e que, portanto, teriam direito à não interrupção do fornecimento de gás.

Como exemplo deste tipo de ação, menciona-se a demanda proposta pela sociedade empresária **ARMCO DO BRASIL S.A.** Neste caso, a requerente formula pedido de tutela provisória contra a **COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO - Comgás** - *concessionária do serviço público de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo* - requerendo provimento jurisdicional para impedir a suspensão do fornecimento de

gás por inadimplemento em razão da essencialidade do serviço e da necessidade de enfrentamento aos efeitos provocados pela pandemia de COVID-19.

Em **decisão liminar**¹, mantida após *pedido de reconsideração da Comgás*, o juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, nos autos do processo nº 1000282-21.2020.8.26.0228, acolheu os argumentos da requerente e determinou que a concessionária se abstenha de suspender o fornecimento de gás até 31 de maio de 2020, *in verbis*:

DECISÃO LIMINAR

Vistos.

Considerando: (i) a possibilidade da parte requerente sofrer relevantes prejuízos em razão de eventual suspensão/interrupção de fornecimento de gás em razão do vencimento da fatura do mês de março/2020; (ii) o risco de paralisação de suas atividades, em parte essenciais (fls. 02/03); (iii) os deletérios efeitos do COVID-19 não só para a saúde, mas também para a economia; e (iv) as políticas públicas de enfrentamento da crise, como por exemplo a indicada às fls. 52/54 (acordo do governo paulista visando à temporária suspensão de corte de fornecimento de gás), estão presentes os requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil, razão pela qual CONCEDO A TUTELA DE URGÊNCIA REQUERIDA para o fim de determinar que a parte requerida se abstenha de suspender o fornecimento de gás para a parte requerente em face do não pagamento da conta com vencimento em 17/03/2020 (Cod. Usuário 26095270) e das demais obrigações (contas) que se vencerem até 31/05/2020, que é a data formalizada do convênio firmado entre a parte requerida e o Governo do Estado de São Paulo, que diz respeito às medidas para enfrentamento e prevenção da emergência de saúde pública decorrente do COVID-19. O descumprimento injustificado da presente decisão poderá ensejar a aplicação de multa diária de R\$ 1.000,00, até o limite de R\$ 50.000,00. 2. Servirá o presente como ofício/mandado a ser encaminhado pela patrona da parte requerente à parte requerida; 3. Cite-se e intime-se. 4. Redistribua-se ao Juízo competente. São Paulo, 28 de março de 2020.

1 Não foi concedido efeito suspensivo ativo ao Agravo de Instrumento nº 2063805-92.2020.8.26.0000 interposto pela COMGÁS, sendo cabível a presente suspensão (TJSP; *Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela* 2229070-88.2016.8.26.0000; Relator (a): Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: Presidência; Foro de Piracaia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 09/11/2016; Data de Registro: 09/11/2016)

DECISÃO DE MANUTENÇÃO DA LIMINAR

Vistos. Mantenho a decisão proferida liminarmente. Com efeito. Inexiste dúvida acerca do caráter de essencialidade dos produtos fornecidos pela autora, que podem ter sua produção comprometida pelo corte de fornecimento de gás. Ademais, a revogação da liminar gera irreversibilidade, o que não ocorre com a possibilidade de cobrança futura por parte da ré futura devidos. Assim, adoto as razões da Exma. Magistrada e mantenho a decisão por ela proferida. Aguarde-se a citação Int.

Neste mesmo sentido, em desconformidade com a regulação setorial, foram proferidas ordens judiciais para determinar a manutenção do fornecimento do serviço de gás a usuários inadimplentes com base nos efeitos econômicos provocados pela pandemia de COVID-19 nos seguintes processos:

VARA: 3ª Vara Cível – Foro de Limeira
NÚMERO: 1003714-05.2016.8.26.0320
PARTE ATIVA: Unigres Cerâmica Ltda
DECISÃO: *“A par disso, entendo que as interrupções dos pagamentos das faturas vencidas em 19/03/2020 (fls. 4707/4708) fatura acerto de fls. 4709/4711 e a vencida em 26/03/2020 de fls. 4766/4767, no atual cenário social e econômico instaurado pela crise pandêmica causada pelo Sars Cov-2, devem ser consideradas como tendo por causa força maior e, como decorrência desta situação excepcional, determino o restabelecimento do fornecimento de gás [...]”(fl.4898)*

VARA: 2ª Vara do Foro de Vinhedo
NÚMERO: 1000761-79.2020.8.26.0659
PARTE ATIVA: Jatobá S.A
DECISÃO: *“Trata-se de tutela cautelar antecipada, com vistas à determinação liminar à ré, de abster-se do corte de fornecimento de gás natural à autora. O risco de perecimento do direito é evidente, na medida em que a autora, em recuperação judicial, depende do fornecimento do gás natural para o desempenho de sua atividade empresarial, sem a qual poderá deixar de cumprir o plano de recuperação judicial, já homologado, perante os credores, e assim, obstaculizar a sua efetiva recuperação. Além disso, plausível a alegação de anormalidade do mercado em razão da notória pandemia que assola o mundo, o que deve ser levado em conta na análise do objeto contratado, principalmente quando este versa sobre bem essencial, como o fornecimento de gás. Nesse quadro, DEFIRO a liminar para determinar à ré que se abstenha de cortar o fornecimento do gás natural à Jatobá, mantendo-o, ao menos, por 60 dias.*

VARA: 6ª Vara Cível da Comarca São Caetano do Sul, Estado de São Paulo
NÚMERO: 1000506-49.2019.8.26.0565
PARTE ATIVA: Campala Participações Ltda., Pires do Rio Cibraço Comércio e In-

dústria de Ferro e Aço Ltda., Tetraferro Ltda., TP Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda.e Agropecuária Dona Yvone Ltda.

DECISÃO: *Vistos: Fls. 4807/4812:[...]Com efeito, a crise gerada pela pandemia do novo coronavírus além de atingir a saúde pública do país também inflige à economia severas restrições, de modo que diante da excepcionalidade imposta pela crise instalada, permite-se, da mesma maneira, a adoção de medidas excepcionais a fim de garantir a preservação das empresas recuperandas [...] E, por fim, com esteio na viabilização à superação da situação de crise econômico-financeira das empresas recuperandas e [...], determino que as concessionárias fornecedoras de energia elétrica, água e gás, cujas identificações estão a fls. 4811/4812, abstenham-se de interromper o fornecimento do respectivo serviço público, também pelo prazo de 60 (sessenta) dias, acatando de forma imediata o pagamento no percentual acima fixado, bem como o prazo para a quitação do saldo remanescente, fornecendo, para tanto, dados bancários para a realização dos depósitos. Quanto à conta vencida em 30.03.2020 (item 6 - fls. 4808), defiro o prazo de 5 (cinco) dias para que ocorra o pagamento nos moldes acima determinados. Servirá a presente decisão, assinada digitalmente, como OFÍCIO, devendo a parte recuperanda providenciar sua impressão diretamente no sítio eletrônico do TJSP, instruí-lo com cópia da petição acostada a fls. 4807/4812 e realizar o seu devido encaminhamento às concessionárias listadas na referida peça, comprovando-se seu protocolo nestes autos em cinco dias. Intimem-se*

VARA: 19ª Vara Cível da Comarca de São Paulo

NÚMERO: 1029595-23.2020.8.26.0100

PARTE ATIVA: Nardini Pisos e Revestimentos LTDA

DECISÃO: *“Vistos. [...] Em que pesem as razões trazidas, sendo notória a paralisação ou diminuição da atividade fabril em decorrência da pandemia de COVID-19 e determinação das autoridades para a manutenção de parte ou grande parte da população em seus lares, inviabilizando no estado de São Paulo e n'outros a abertura de lojas. A situação não seria previsível como afirmado pela autora, mas não há como se acolher o seu pleito nos termos do preconizado, o não pagamento por si só não seria possível, houve o fornecimento de gás e a prestadora, em tese, faz jus ao recebimento dos valores. [...] Alega a autora que reduzirá seu consumo, com a redução de 50% dos fornos, conforme fls. 13, desta forma, defiro em parte o pleito formulado, ou seja, vedando à ré que promova eventual corte no fornecimento de gás, apenas, desde que a autora efetive o depósito de 50% do valor da fatura. Patente o risco de dano de difícil reparação com a paralisação total do parque fabril se cortado o fornecimento integral de gás pela ré. A probabilidade do direito, numa análise perfunctória, estaria descrita pela modificação da situação sócio e econômica no país em decorrência da pandemia, não prevista, como afirmado pela autora em sua petição inicial. [...]*

VARA: 5ª Vara Cível do Foro de Jundiaí

NÚMERO: 1005210-63.2020.8.26.0309

PARTE ATIVA: Esmeralda Indústria de Alimentos Ltda

DECISÃO: [...] Tutela de urgência passível de deferimento, em juízo de cognição não-exauriente, diante da excepcionalidade da circunstância. Em 11 de março de 2020, a OMS - Organização Mundial de Saúde declarou a pandemia de Covid-19. Na sequência, o Congresso Nacional decretou Estado de Calamidade Pública, com efeitos até 31/12/2020 (Decreto Legislativo nº 6/2020). Como medida de enfrentamento à disseminação do Covid-19, houve a determinação de isolamento/distanciamento social, com reflexos deletérios em todos os setores da atividade econômica.

Não é por outra razão que tramita no Congresso Nacional o projeto de lei 783/20 que Proíbe o corte de fornecimento dos serviços públicos de energia elétrica, telefonia, gás e de água e esgoto, prestados ao consumidor, durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional. Evidente o perigo de dano, visto que a interrupção de serviço essencial certamente afetará as atividades da empresa autora. Anote-se, ainda, que a paralisação das atividades empresariais colocará em risco a manutenção do quadro de colaboradores. [...] Nesse cenário, diante da essencialidade dos serviços, DEFIRO o pedido de tutela provisória para determinar à ré, no prazo de 24 horas, o restabelecimento dos serviços de fornecimento de gás no estabelecimento da autora (p. 1 Avenida Wilhelm Winter nº 350, Distrito Industrial, Jundiaí/SP p. 1).

Além destas demandas, neste momento estão sendo ajuizadas várias ações com pedido de tutela provisória em que se segue a mesma linha de argumento: **a pandemia de COVID-19 justifica a não interrupção do fornecimento de gás.**

Embora o ESTADO DE SÃO PAULO E A ARSESP não tenham sido incluídos como partes nos processos judiciais, **os provimentos jurisdicionais invadem frontalmente a esfera jurídica dessas entidades** em matéria regulatória e de implementação das medidas de enfrentamento à pandemia de COVID-19, mormente por seu efeito multiplicador, configurando situação de **grave lesão à ordem e à economia públicas**, conforme a seguir será exposto.

II – DO CABIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DAS LIMINARES

O presente pedido de suspensão tem como objetivo evitar que a concessão de medidas liminares pelo Poder Judiciário afete a política pública regulatória de fornecimento de gás durante a crise sanitária provocada pela pandemia de COVID-19, gerando efeitos nefastos à ordem e à economia públicas.

Este pedido é cabível na forma do artigo 4º, da Lei nº 8.437/1992, *in verbis*:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a **execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes**, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Consoante acima exposto, as decisões judiciais determinam que as concessionárias do serviço de distribuição de gás mantenham – sem interrupção– o fornecimento a **usuários inadimplentes – em especial, do segmento industrial**.

Os juízos de primeira instância justificaram suas decisões com base efeitos nos deletérios da pandemia de COVID-19 para a economia, de modo que as concessionárias deveriam ser obrigadas a manter o fornecimento de gás a despeito de situação de inadimplemento contratual.

Diante da intervenção na política pública desenhada pelo Estado de São Paulo e pela ARSESP para **regular a distribuição de gás em tempos de crise, do nefasto efeito multiplicador provocado pela tese jurídica acolhida nas decisões e da situação de desequilíbrio contratual sistêmico**, transparece o interesse jurídico dos entes públicos para figurarem no polo passivo da demanda e – por consequência – para requerer a suspensão das decisões judiciais que os afetam de modo relevante.

II –DA GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS CONFIGURADA PELA INTERVENÇÃO JUDICIAL VIA MEDIDAS LIMINARES – NECESSIDADE DE RESPEITO A MEDIDAS TÉCNICAS, COERENTES E COORDENADAS DE COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19 –DEFERÊNCIA A DECISÕES ADMINISTRATIVAS COMPLEXAS E À POLÍTICA REGULATÓRIA DO SETOR DE GÁS EM TEMPOS DE CRISE.

Desde 27 de fevereiro de 2020, o Estado de São Paulo vem – de forma técnica e ponderada, adotando medidas para mitigação e prevenção de danos provocados pela pandemia de COVID-19, conforme amplamente noticiado pela imprensa e pelo site oficial do Governo. Ações administrativas coordenadas e complexas vêm sendo adotadas **em todos os setores**, consoante acompanhado por esta ilustre **PRESIDÊN-**

CIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO².

Dentre as medidas articuladas pelo Governo do Estado para auxiliar no combate à disseminação do COVID-19 e de seus efeitos econômicos e sociais, está a aprovação – após acordo com as concessionárias de serviço público de distribuição de gás – da **Deliberação ARSESP nº 973, de 26 de março de 2020**, a qual prevê a autorização para que (i) um conjunto específico de usuários (segmento residencial e comercial de pequeno porte) **não sofra com a interrupção do fornecimento de gás em caso de inadimplência** e para que (ii) **o segmento industrial** não arque com as penalidades decorrentes do não adimplemento de contratos de *take or pay* (cobrança de valores devidos pelos usuários industriais a título de volume mínimo contratado e não retirado).

Considerando o cenário de crise sanitária – e suas implicações econômicas e sociais, estas medidas prestigiam de forma técnica os diversos segmentos de usuários do setor de gás, resguardando (i) **hospitais, casas de saúde e demais usuários dedicados a atividades médico-hospitalares**; (ii) **protegendo as residências**; (iii) **garantido o fornecimento a usuários do segmento comercial inadimplentes que consomem até 500 m³ por mês** e (iv) **isentando os industriais de penas contratuais pelo fato de não adquirirem os volume de gás que haviam estimado/contratado no arranjo do *take or pay* (que lhes assegurava uma tarifa reduzida em razão da garantia de aquisição do produto).**

Para perfeita análise da medida regulatória, transcreve-se seu inteiro teor:

ESTADO DE SÃO PAULO

DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 973, de 26 de março de 2020

Dispõe sobre medidas emergenciais serem implementadas pelas concessionárias de distribuição de gás canalizado do Estado de São Paulo, em caráter extraordinário, para auxiliar no combate a disseminação do Covid-19 e seus efeitos.

A Diretoria da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, de acordo com a Lei Complementar Estadual nº 1.025, de 7 de dezembro de 2007, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 52.455, de 7 de dezembro de 2007:

considerando a situação de excepcionalidade decorrente da COVID-19, a qual

2 <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/saiba-quais-as-medidas-do-governo-de-sp-para-o-combate-ao-coronavirus/>

impõe a adoção de medidas para redução dos impactos econômicos e sociais; considerando a necessidade de medidas de incentivo à realização de isolamento social, possibilitando a redução das atividades operacionais ao estritamente necessário à manutenção da continuidade dos serviços prestados; considerando o Ofício OF-CR-120-2020, de 21 de março de 2020, encaminhado pela Companhia de Gás de São Paulo (Comgás) à Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente e à Arsesp; considerando o Ofício DPR-007/2020, de 24 de março de 2020, encaminhado pela Gás Brasileiro Distribuidora (GBD) à Secretaria de Infraestrutura e Meio-Ambiente e à Arsesp; e considerando o Ofício DR-078/2020, de 24 de março de 2020, encaminhado pela Gás Natural São Paulo Sul (Naturgy) à Secretaria de Infraestrutura e Meio-Ambiente e à Arsesp,

DELIBERA:

Art. 1º. Autorizar as concessionárias de serviço público de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo a suspender, até 31 de maio de 2020, as ações de interrupção de fornecimento de gás por conta de inadimplência, para os seguintes usuários:

I. hospitais, casas de saúde e demais usuários dedicados às atividades médico-hospitalares envolvidos no esforço de combate à pandemia da Covid-19;

II. segmento residencial; e

III. segmento comercial de pequeno porte, assim entendido como usuários do segmento comercial com consumo de até 500/m³ por mês, considerando a média de consumo do primeiro bimestre de 2020.

[...]

§ 2º. Os encargos e multas das contas de consumo emitidas para os usuários indicados nos incisos de I a III serão cobradas somente depois de 31 de maio de 2020, mas continuarão a incidir desde eventual inadimplência.

§ 3º. Quando do término da suspensão de que trata este artigo, cabe às concessionárias informar à Arsesp os critérios para cobrança dos valores inadimplidos, incluídos os encargos e multas.

§ 4º. O disposto neste artigo não se aplica aos demais segmentos de usuários, para os quais permanecem inalteradas as regras de interrupção de fornecimento.

Art. 2º. Autorizar as concessionárias de serviço público de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo a suspender, até 31 de maio de 2020, a cobrança de valores devidos pelos usuários industriais a título de volume mínimo contratado e não retirado (*take-or-pay*).

Art. 3º. A Arsesp acompanhará os impactos técnicos e econômico-financeiros da pandemia de Covid-19 e, se necessário, poderá adotar medidas adicionais aplicáveis nos termos da legislação.

Art. 4º. Esta Deliberação entra em vigor a partir de sua publicação.

Esta medida de enfrentamento à pandemia, assim como todas as outras adotadas ao longo desta crise, **foi proativamente concebida e implementada**, tendo se fundado em orientações técnicas, as quais levaram em conta a **capacidade de sustentação econômico-financeira das concessionárias e o interesse público de preservar os diversos usuários** (segmento residencial, segmento comercial de pequeno porte, atividades médico-hospitalares e segmento industrial). Trata-se de decisão que busca balancear as necessidades sociais e as possibilidades do atual sistema de distribuição de gás.

De modo geral, tanto as concessionárias quanto os diversos segmentos de usuários estão se sacrificando ou sendo auxiliados, tudo *na proporção de suas condições* e tendo em vista a **necessidade de continuidade do serviço público de forma adequada**.

Esta deliberação leva em conta o **cenário atual** e não exclui a tomada de outras medidas no futuro, as quais devem ser estudadas e implementadas de forma harmônica com as outras políticas federais, estaduais e municipais concebidas para manter os empregos, subsidiar o setor produtivo e garantir a renda dos trabalhadores. Como é de conhecimento desta ilustre Presidência, não é possível tomar uma **complexa decisão de gestão pública** com base em um argumento concebido por um único segmento de usuários, criando situação de privilégio ou de discriminação ilícita.

Nos casos supramencionados, as decisões judiciais partem da premissa de que a situação de pandemia gera o direito à inadimplência sem interrupção de fornecimento. Para tanto, adota-se uma justificativa geral de que a empresa estaria enfrentando dificuldades. Assim, **os pronunciamentos jurisdicionais adotam critérios de mérito administrativo não contemplados na política regulatória desenhada para o enfrentamento dos efeitos econômicos e sociais advindos da pandemia de COVID-19 e mantêm o fornecimento de gás em situação não prevista na regulação técnica do serviço**.

É importante ressaltar que as **decisões adotadas em uma área estratégica e amplamente regulada – como o setor de gás – passam pelo escrutínio de especialistas e são decorrentes de debates com representantes qualificados da sociedade e do setor produtivo**. O objetivo do Governo de São Paulo (incluindo a ARSESP) é permitir que superemos a crise da melhor forma possível, sem comprometer o abastecimento dos que mais precisam e tampouco destruir investimentos e as bases da infraestrutura de distribuição de gás canalizado do Estado de São Paulo, a qual é

essencial para o nosso desenvolvimento socioeconômico.

Decisões superficiais, unilaterais e que ignoram a realidade complexa da política regulatória desenhada para o setor comprometem a capacidade de coordenação do Governo do Estado, o qual depende da colaboração e da capacidade operacional e econômica do setor produtivo para assegurar que os mais vulneráveis não sejam prejudicados.

O **Ofício de Grave Lesão** (em anexo) subscrito pelo **Secretário de Infraestrutura e Meio Ambiente**, Marcos Rodrigues Penido, é bastante claro quanto aos danos provocados por essas decisões:

Senhora Procuradora Geral do Estado,

Com meus cordiais cumprimentos, sirvo-me do presente para solicitar e subsidiar providências processuais a serem tomadas por essa Procuradoria Geral do Estado em relação aos provimentos jurisdicionais liminares deferidos em desacordo com a normatização estabelecida pelo Governo do Estado de São Paulo no âmbito da política pública adotada para a prestação e manutenção do serviço essencial de distribuição de gás natural canalizado durante a pandemia do COVID-19.

Em razão do atual momento de crise vivenciado no país e no mundo, o Governo do Estado de São Paulo e a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP estabeleceram, em uma ação conjunta, regramento excepcional visando evitar a interrupção do fornecimento de gás aos usuários mais vulneráveis, bem como para mitigar os impactos econômicos decorrentes da situação de calamidade que vem sendo suportados pelos consumidores comerciais e industriais.

[...]

Entre tais medidas, merece destaque a suspensão de quantidades mínimas de consumo por indústrias (conhecido como “take or pay”), sem aplicação de penalidades, até 31/05/2020. Trata-se de grande benefício trazido pela política pública implementada pelo Governo do Estado de São Paulo, por meio da qual a indústria paulista pode consumir apenas aquilo que entende ser prudente e passível de comercialização, cabendo-lhe a responsabilidade de gerir sua produção livremente à luz dos impactos do COVID-19 em seu segmento. Essa liberdade traz consigo a responsabilidade por seguir honrando seus compromissos de pagamento do consumo de gás que decidiu utilizar nesse cenário de pandemia.

Além disto, foi estabelecida a suspensão de ações destinadas à interrupção de fornecimento de gás em virtude de inadimplemento para clientes residenciais, comércios de pequeno porte (consumo de até 500 m³/mês), hospitais, casas de saúde e demais usuários dedicados às atividades médico-hospitalares envolvidas no combate à pandemia do COVID-19, até 31/05/2020.

Essas medidas, de caráter absolutamente extraordinário, constituem o máximo impacto econômico passível de absorção pelos agentes econômicos envolvidos na distribuição e fornecimento de gás. Impactos adicionais, decorrentes de provimentos jurisdicionais que extrapolem as medidas estabelecidas, comprometem substancialmente a eficácia da aludida política pública e coloca em risco o equilíbrio econômico-financeiro necessário para a continuidade da prestação do serviço, com potencial de gerar grave lesão às finanças do Estado, na condição de Poder Concedente do serviço público de distribuição de gás canalizado.

Nesse contexto, a manutenção das referidas decisões judiciais enseja risco de lesão grave:

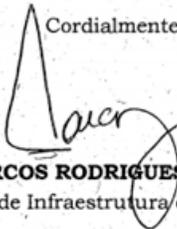
(i) **à ordem pública**, em face do impacto na política regulatória estabelecida para o enfrentamento das consequências socioeconômicas provocadas pela pandemia do COVID-19;

(ii) à **economia pública**, tendo em vista o potencial (a) comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro das concessões; (b) comprometimento de verbas públicas com pleitos de reequilíbrio em momento no qual o foco deve ser o enfrentamento da crise sanitária derivada do COVID-19, econômica e social; e (c) possibilidade dos custos decorrentes dessas decisões judiciais serem repassados aos usuários justamente em um futuro (e provável) cenário de crise econômica;

(iii) à **saúde pública e bem estar social**, uma vez que, caso as concessionárias sejam obrigadas a fornecer gás natural à indústria sem o recebimento da respectiva tarifa, a garantia de abastecimento de clientes residenciais, comércios de pequeno porte (consumo de até 500 m³/mês), hospitais, casas de saúde e demais usuários dedicados às atividades médico-hospitalares envolvidas no combate à pandemia do COVID-19 – cuja interrupção de fornecimento por inadimplência está suspensa até 31/05/2020 – será colocada em grave risco, pois a concessionária não terá capacidade financeira de abastecer todos estes segmentos sem a respectiva receita oriunda do gás natural consumido pela indústria.

Assim, em razão do acima exposto, rogamos à Vossa Excelência para que tome providências processuais para reverter o cenário de grave lesão à Administração Pública.

Cordialmente,



MARCOS RODRIGUES PENIDO
Secretário de Infraestrutura e Meio Ambiente

O que é mais preocupante no atual cenário é que há notícias de que além das ações mencionadas no início da presente Suspensão, outras análogas estão sendo propostas, o que demonstra o efeito multiplicador deste tipo de iniciativa. Como exemplo, destacamos:

1. 1029896-67.2020.8.26.0100 – Centro Avançado Payot
2. 1029823-95.2020.8.26.0100 – Novalata Embalagens
3. 1002967-35.2020.8.26.0152 – Atalanta Laboratórios

4. 1002965-65.2020.8.26.0152 – Melfe Cosméticos
5. 1002964-80.2020.8.26.0152 – Ville Cosméticos
6. 1011411-35.2020.8.26.0224 - Steel Rol Embalagens
7. 1030133-04.2020.8.26.0100 - Lume Cerâmica LTDA ³

Esse conjunto de processos em que se superam normas regulatórias sem o devido debate e aprofundamento está sendo alimentado por um ímpeto revisional que mais promove insegurança e incerteza do que estabilidade e harmonia. Sob esta ótica, o efeito multiplicador da demanda é mais uma razão para a concessão da Suspensão, mormente para que não se crie uma situação de desigualdade de tratamento para diversas situações idênticas⁴.

Destaque-se que em tempos de crise a responsabilidade do jurista é zelar pela garantia dos valores do ordenamento e, em meio à incerteza sentida no campo social, promover a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas⁵. Como ressaltado pelo Presidente do Banco Central, Roberto Campos Neto, um eventual regime de quebra de contratos desencadeado pela crise do coronavírus seria danoso para a economia brasileira no médio e no longo prazo, de modo que a política pública adotada pelas diferentes esferas de governo tem investido em outras estratégias para auxiliar o setor produtivo a adimplir com os contratos tais como a concessão de subsídios⁶, o deferi-

3 Este mesmo autor chegou a propor uma ação idêntica no bojo da qual se concedeu tutela provisória para impedir a interrupção do fornecimento de gás com base na argumentação de que a situação de pandemia afetava seus negócios. Após pedido de reconsideração, houve o indeferimento da petição e a extinção do processo repetido (Processo nº 1000353-23.2020.8.26.0228 – Vara Plantão da Capital).

4 Agravo regimental em suspensão de segurança. Direito Tributário. ICMS. Incidência. Alíquota sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações. Risco de grave lesão à ordem e à economia públicas configurado. Ocorrência do “efeito multiplicador”. [...] Ocorrência de efeito multiplicador. 2. Agravo regimental não provido. (SS 3795 AgR, relator (a): min. DIAS TOFFOLI (presidente), Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 29-05-2019 PUBLIC 30-05-2019)

5 SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Resolução contratual nos tempos do novo coronavírus. Migalhas Contratuais, 25 de março de 2020, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>> Acesso em 09/04/2020

6 A propósito do tema, convém esclarecer que a União vem oferecendo pelo BNDES linha de crédito para folha de pagamento de micro, pequenas e médias empresas. Há medidas para injetar mais de um trilhão de reais na economia, sobretudo em operações com letras financeiras, sem contar com ofertas líquidas de financiamento de atividades patrocinadas pelo BNDES.

mento de benefícios fiscais e a implementação de programas sociais.⁷

Assim, não é razoável que as empresas se “financiem” através do inadimplemento de contas de gás, pondo em risco o abastecimento dos setores mais frágeis ou comprometendo a economia pública (dado que o Erário e os usuários poderão ser chamados a arcar com essa “conta”). Existem políticas pensadas para lidar com esse desafio e o reconhecimento do direito à não interrupção do fornecimento somente pode ser implantado em harmonia com tais iniciativas públicas.

Isso posto, é inegável que a concessão de liminares como as ora impugnadas **compromete** a condução coordenada das ações necessárias à mitigação dos danos provocados pela COVID-19. Sob este prisma, evidencia-se a **lesão à ordem pública**, pois as **decisões prejudicam a normal execução dos serviços públicos e das funções de Administração** pelas **autoridades constituídas**, em expressa violação à orientação geral judicial do Supremo Tribunal Federal (cf., STA-AgRg 112, rel. min. Ellen Gracie, j. 27.02.08; Pet-AgRg-AgRg 1.890, rel. min. Marco Aurélio, red. ac. min. Carlos Velloso, j. 01.08.02; SS-AgRg 846, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 29.05.96; e SS-AgRg 284, rel. min. Néri da Silveira, j.11.03.91).

Repise-se que, considerando as dificuldades no enfrentamento da crise, o Administrador adotou, com base em **elementos técnicos**, as medidas adequadas para a prevenção e combate à pandemia do COVID-19, **preservando o interesse público**. O mérito de sua decisão deve ser resguardado pelo Poder Judiciário, caso não esteja presente uma situação de flagrante ilegalidade.

Além da evidente **lesão à ordem pública** – configurada na intervenção judicial na política regulatória do setor de gás em tempos de pandemia – as decisões liminares comprometem gravemente **a economia pública**.

Isso ocorre pois o serviço de distribuição de gás canalizado é concedido à iniciativa privada por meio de **contratos de concessão**, aos quais se asseguram a garantia do **equilíbrio econômico-financeiro**. O eventual reconhecimento do direito à não interrupção do serviço em casos de inadimplemento de usuários (*fora das hipóteses regulamentadas*) gera uma situação de desequilíbrio provocada pela necessidade de aquisição e distribuição do gás natural sem a cobertura financeira da

⁷ <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/04/04/entrar-num-regime-de-quebra-de-contratos-pode-ser-danoso-para-o-pais-no-medio-prazo-diz-presidente-do-bc.ghtml>

tarifa remuneratória.

Esta obrigação de fornecer a usuários do segmento industrial ou comercial de grande porte inadimplentes pode criar graves problemas de caixa **em curto prazo para as concessionárias**, o que se refletirá no custeio das despesas operacionais das companhias que exploram o serviço. Em último caso, essa desestruturação do delicado arranjo econômico-financeiro pode criar dificuldades para o abastecimento da população, caso a *rede de contratados* da concessionária suspenda a prestação dos serviços por falta de pagamento.

A **médio prazo**, caso ultrapassada a crise sanitária, já há previsão de que enfrentaremos cenário de crise social e econômica. A eventual inadimplência generalizada de grandes usuários neste momento pode vir a ter de ser repassada por meio de **aumento de tarifas** ou por **desembolsos compensatórios** feitos pelo Erário. Neste cenário futuro, o ônus das decisões judiciais recairá sobre a população (aumento de tarifas para todos os segmentos) ou será suportado pelos cofres públicos, **justamente em um momento em que precisaremos de recursos para reerguer nossa economia**.

Sobre este ponto, é importante ressaltar que a situação fiscal do Estado de São Paulo está bastante difícil, como demonstra o cenário projetado para arrecadação de ICMS:

Resumo de cenários

Cenário	Previsão ICMS 2020	Inadimplência: +52%	Inadimplência: +100%
PIB = -1%	R\$ 147,3 bilhões	R\$ 144,4 bilhões	R\$ 141,8 bilhões
PIB = -2%	R\$ 145,8 bilhões	R\$ 143,0 bilhões	R\$ 140,4 bilhões
PIB = -3%	R\$ 144,3 bilhões	R\$ 141,5 bilhões	R\$ 138,9 bilhões
FGV: -4,4%	R\$ 142,2 bilhões	R\$ 139,4 bilhões	R\$ 136,9 bilhões

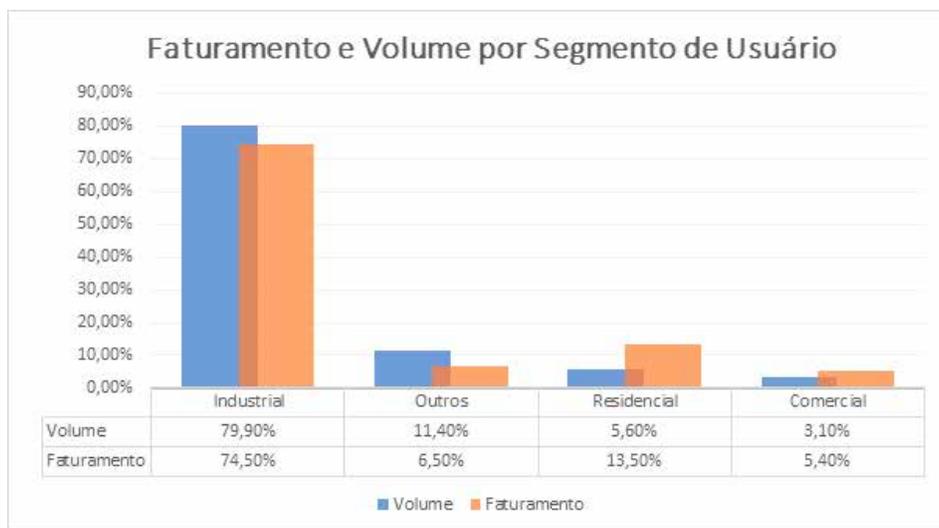
Impacto em relação à previsão de ICMS da LOA

Cenário	Previsão ICMS 2020	Inadimplência: +52%	Inadimplência: +100%
PIB = -1%	- R\$ 5,9 bilhões	- R\$ 8,8 bilhões	- R\$ 11,4 bilhões
PIB = -2%	- R\$ 7,4 bilhões	- R\$ 10,2 bilhões	- R\$ 12,8 bilhões
PIB = -3%	- R\$ 8,9 bilhões	- R\$ 11,7 bilhões	- R\$ 14,3 bilhões
FGV: -4,4%	- R\$ 11,0 bilhões	- R\$ 13,8 bilhões	- R\$ 16,3 bilhões

Da análise dos dados, fica evidenciada **a severa crise financeira**, não se justificando que medidas liminares deferindo o direito à não interrupção de fornecimento de gás aumentem ainda mais as despesas estatais.

Colocando a questão de maneira bem clara, o **privilegio** concedido por decisões judiciais representa **um verdadeiro saque** aos cofres da Administração Pública, de modo que, **a médio prazo**, é possível vislumbrar-se uma situação desastrosa provocada por provimentos que não levam em consideração **a complexidade do problema que estamos enfrentando**. Nestas ações, somente se parece estar a levar em conta o interesse das empresas usuárias, ignorando-se os interesses de dois atores fundamentais: o usuário e o Estado, justamente aqueles que pagarão - ao final - a conta da benesse.

É importante ressaltar que os valores arrecadados do segmento industrial possuem importância estratégica para as concessões, pois o **faturamento** e o **volume consumido** por essa espécie de usuário é proporcionalmente maior que o do restante:



Assim, uma medida que permita a não interrupção do fornecimento a inadimplentes do segmento industrial ou comercial de grande porte tem um efeito econômico **sistêmico bastante elevado**, criando **um risco para sustentabilidade das concessões** - mormente se implementada *sem estudo, sem avaliação técnica e sem previsão de uma fonte de recursos* para custear eventuais desequilíbrios.

Destaque-se excerto da **NOTA TÉCNICA DA ARSESP** que aborda a questão:

[...]

RISCOS RELACIONADOS À NÃO INTERRUPTÃO DOS SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO À CLASSE INDUSTRIAL

Caso seja reconhecido judicialmente o direito ao consumidor industrial à interrupção do pagamento, certamente o equilíbrio econômico-financeiro da concessão será afetado. De imediato, pela redução de caixa da concessionária, no limite da totalidade da receita advinda do segmento – no caso, como indicado anteriormente, de até 75% da receita.

Mesmo que não haja uma imediata suspensão dos pagamentos, haverá seguramente um aumento expressivo da inadimplência, que no limite, comprometeria até 75% da receita das concessionárias, ou algo em torno de R\$ 2 bilhões/ano.

Note-se que as despesas operacionais das concessionárias representam um pouco mais de 25% da receita, de modo as concessionárias estariam expostas ao risco de não serem capazes de suportar tais despesas com recursos tarifárias, tendo que acessar o mercado financeiro, levando a uma exposição ao risco, com custos crescentes de captação, que futuramente impactarão os cálculos de equilíbrio econômico-financeiro, levando a um incremento das tarifas futuras. Mais ainda, não haveria disponibilidade de recursos para manter os investimentos, retardando as metas de expansão do serviço no Estado.

Portanto, além do potencial custo de compensação tarifária a ser pago por todos usuários após a vigência da suspensão das interrupções, o consumidor ainda poderia sofrer aumentos tarifários derivados dos custos de curto prazo com captação de recursos necessários para cobrir o esperado aumento de inadimplência.

[...]

Veja-se que além da esperada redução das atividades produtivas – que por si só prenunciam a diminuição das receitas que dão sustentabilidade à concessão – o fim da sanção de interrupção agrega uma variável de consequências **incalculáveis** para uma equação que já é por demais complexa, **contribuindo para gerar um problema em larga escala e com repercussões de curto e médio prazo para uma rede de contratos que envolve o setor de gás.**

A tomada de uma *decisão pública* tão relevante teria de levar em conta as particularidades dos arranjos contratuais de longo prazo, os quais se sustentam em expectativas sobre receitas, sobre despesas e sobre investimentos. **Trata-se de trabalho político-institucional e regulatório sério**, não podendo ser revisto judicialmente sem profundidade, com base em **impressões preliminares** e **superficiais** sobre o que deve ser feito (artigos 20 e 22 da LINDB). Como acima visto, consequências como (i) aumento de tarifas; (ii) problemas operacionais; (iii) desequilíbrio contratual; (iv) aumento do custo de captação de recursos no mercado financeiro; e (v) redução dos investimentos na expansão da rede **não foram considerados** no processo de tomada

de decisão dos juízes. Somente se levou em conta os interesses das requerentes, olvidando-se o lado do Estado e dos demais usuários.

Especificamente em relação ao segmento industrial, há que se destacar que a solução para enfrentar a crise (suspensão de penalidade nos contratos de *take or pay*) foi sugerida pelos próprios representantes institucionais da área, conforme demonstrado em excerto do Ofício (em anexo) abaixo reproduzido:



São Paulo, 23 de março de 2020

Ilmo. Sr.
Dr. Hélio Luiz Castro
MD. Diretor Presidente da
Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP
Av. Paulista, 2.313 - 2º Andar
CEP: 01311-300 - São Paulo - SP

Ref.: COVID-19 – Gestão da Quarentena – Repercussão – Fornecimento de Gás Natural

Prezado Senhor,

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE VIDRO – “ABIVIDRO”, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA QUÍMICA – “ABIQUIM”, ASSOCIAÇÃO PAULISTA DAS CERÂMICAS DE REVESTIMENTOS – “ASPACER” e ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CONSUMIDORES DE ENERGIA – “ANACE”, na qualidade de representantes dos usuários de gás natural estabelecidos no estado de São Paulo, vêm, em face das recentes medidas adotadas no âmbito deste Estado em decorrência da Pandemia Covid-19, em especial a decretação de estado de calamidade pública, objeto do Decreto nº 64.879/20, em conjunto com o Decreto nº 64.862/20, que declara estado de emergência e o Decreto nº 64.881/20, que institui a quarentena, expor e requerer o quanto segue.

[...]

7. Neste contexto, solicitamos o encaminhamento das seguintes proposições:

(a) suspensão do “take or pay” dos contratos de fornecimento firmados com as concessionárias de distribuição de gás natural atuantes no Estado, permitindo, alternativa e temporariamente, que o registro e pagamento do consumo de gás natural seja realizado mediante o faturamento do consumo de gás natural efetivamente medido, suspendendo, conseqüentemente, a aplicação de penalidades pelo descumprimento das condições relativas às quantidades contratadas;

A partir disso, foi formulada uma política específica para mitigar os efeitos econômicos provocados pela pandemia de COVID-19 para os diversos segmentos de usuário, dando uma solução isonômica do ponto de vista **formal e material**. Esta solução faz sentido porque o serviço é provido em rede e todos o custeiam ou por ele são beneficiados.

É importante repisar que a estruturação econômico-financeira do serviço de distribuição de gás é pensada para **curto, médio e longo prazos**, levando-se em conta um programa de investimentos, os custos com financiamento e as despesas operacionais e de manutenção da infraestrutura. **A criação de privilégios pela via judicial impacta de maneira perversa e regressiva na lógica regulatória desses contratos.**

No que tange ao setor de gás, a não interrupção do fornecimento a usuários inadimplentes do segmento industrial e do comercial de grande porte poderá implicar **a revisão dos benefícios concedidos aos usuários pertencentes aos setores mais frágeis** ou mesmo **gerar uma dívida de proporções insuportáveis para o Poder Concedente**, o qual verá sua capacidade econômica corroída em momento no qual mais precisará de recursos para lidar com **despesas na área da saúde e de proteção social**.

Sobre a possibilidade de essas decisões judiciais virem a implicar em uma reformulação da política (prejudicando os demais usuários), deve-se ressaltar o teor de Carta (OF-CR-120-2020) encaminhada pela Comgás ao ***Secretário de Infraestrutura e Meio Ambiente do Estado de São Paulo***:

“Excelentíssimo Senhor.

1. - *Fazemos referência à pandemia por COVID-19 que se instalou no Brasil e no mundo todo, atualmente com impactos mais agudos na área de concessão da Comgás.*

2. - *Diante da criticidade dos fatos, o Estado de São Paulo vem desenhando e implementando algumas medidas de Estado de maneira a buscar minimizar o impacto social dessa pandemia, dentre elas medidas que permitam que a população em geral permaneça mais tempo em suas casas, evitando circulação de pessoas. Também foi declarado estado de calamidade pública no Estado e na Cidade de São Paulo.*

[...]

4. - *Nesse contexto, considerando a necessidade de redução da circulação de pessoas orientada pelo Estado, caso V.Exa. entenda adequado e necessário para conter a pandemia, podemos suspender as ações de campo para interrupção de fornecimento dos segmentos de maior capilaridade e menor impacto financeiro individual, quais sejam, residencial em geral e pequeno comércio,*

preservando a saúde e bem estar da população e dos colaboradores de campo da concessionária.

*5. - Importante registrar que a suspensão do corte por inadimplência dos demais segmentos não é adequada, na medida em que o número de casos que demandam deslocamento para corte é imaterial (podendo muitas vezes ser feito inclusive remotamente) e o impacto financeiro de tal medida colocaria risco a manutenção do serviço público de gás canalizado para toda a sociedade. Caso haja decisões judiciais obrigando a COMGÁS a manter o fornecimento de gás a usuários do segmento industrial inadimplentes, os compromissos ora entabulados poderão ser revistos em acordo com a ARSESP, de maneira a buscar preservar a saúde financeira da CONCESSIONÁRIA para adequada operação do sistema de distribuição de gás em sua área de concessão.
[...]"*

Por conseguinte, tendo em vista que as liminares possuem evidente repercussão na **economia pública**, seja por desestruturar a higidez econômico-financeira das concessões de serviço público seja por criar ônus econômico-financeiro para o Estado de São Paulo e para os demais usuários (os quais devem ser protegidos nesse momento de crise e durante a fase inicial de recuperação econômica), é o caso de suspensão de seus efeitos.

Outrossim, levando-se em conta que há um conjunto de usuários submetidos à mesma norma e que há grave risco à execução do serviço e à manutenção da política pública, pugna-se pela concessão de efeito expansivo ao provimento de suspensão de modo que abranja tanto as liminares indicadas nos autos como outras não referidas, na linha da prática comumente adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STA 828, Relator(a): min. PRESIDENTE, presidente min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 04/04/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06/04/2016 PUBLIC 07/04/2016).

Isso posto, requer-se seja concedida a suspensão das liminares por violação à ordem e à economia públicas, adotando-se a técnica do efeito expansivo.

III – DA PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA TESE VEICULADA EM EVENTUAL RECURSO CONTRA A DECISÃO – COMPETÊNCIA DO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO PARA DECIDIR SOBRE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS NECESSÁRIAS À MITIGAÇÃO DOS DANOS PROVOCADOS PELA COVID-19 – MÉRITO ADMINISTRATIVO.

Nos termos do artigos 23, II, da Constituição Federal, compete à União, aos Esta-

dos e aos Municípios tomarem as medidas necessárias para cuidar da saúde pública.

Diante disso, para reduzir os problemas gerados pela pandemia de COVID-19, foi editada a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a qual prevê que **competete às autoridades administrativas, no âmbito de suas competências**, adotar, **dentre outras**,⁸ diversas medidas de enfrentamento que objetivem proteger a coletividade (artigos 1º, *caput*, e §1º e 3º, *caput*), *in verbis*:

LEI FEDERAL Nº 13.979/2020

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

§ 1º As medidas estabelecidas nesta Lei objetivam **a proteção da coletividade**.
[...]

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, **as autoridades** poderão adotar, **no âmbito de suas competências, dentre outras**, as seguintes medidas:

[...]

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º.

Conforme disposto no artigo 3º, X, do Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, o qual regulamenta os serviços públicos e as atividades essenciais, **o serviço de distribuição de gás natural é considerado essencial** e, na forma do §6º do mesmo ato normativo⁹, somente poderá ser limitado por ato específico articulado previamente com o órgão regulador e/ou com o Poder Concedente.

No mesmo sentido do Decreto Federal, o **Decreto Estadual nº 64.881/2020** também afastou do regime da quarentena as atividades do §1º do Decreto Federal nº 10.282, de

8 *Conforme o entendimento vinculante constante na Medida Cautelar deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6.341/DF, o Estado também é competente para conceber outras medidas para debelar a crise provocada pela COVID-19.*

9 “§ 6º As limitações de serviços públicos e de atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas somente **poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia do com o órgão regulador ou do Poder concedente ou autorizador.**”

20 de março de 2020¹⁰, reconhecendo o serviço de distribuição de gás como essencial.

Dessa forma, mesmo em situação de isolamento social e quarentena, as concessionárias devem continuar provendo o serviço de gás canalizado NA FORMA COMO PREVISTO NA REGULACÃO SETORIAL, não sendo tais serviços atingidos pelas medidas de restrição à circulação e ao funcionamento de atividades produtivas.

Definidas essas balizas e considerando a **essencialidade do serviço** tanto pela **União quanto pelo Estado, bem como a necessidade de mitigar os impactos econômicos e sociais da pandemia**, o Estado de São Paulo (por meio da ARSESP), titular do serviço público de gás canalizado, estabeleceu as medidas constantes na **DELIBERAÇÃO ARSESP N° 973, de 26 de março de 2020**. Como visto no tópico anterior, esta é uma deliberação administrativa específica para mitigar os efeitos econômico-sociais decorrentes da quarentena imposta a outros serviços.

O fundamento jurídico de validade desta **deliberação** se encontra no poder atribuído ao Estado de São Paulo (por meio da ARSESP) para regular, controlar e fiscalizar o serviço de gás canalizado, tal como decorre das seguintes disposições normativas:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

[...]

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

[...]

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

10 **Artigo 2º - (...) § 1º - O disposto no “caput” deste artigo não se aplica a estabelecimentos que tenham por objeto atividades essenciais, na seguinte conformidade: [...] 6. demais atividades relacionadas no § 1º do artigo 3º do Decreto federal nº 10.282, de 20 de março de 2020.**

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

LEI GERAL DE CONCESSÕES (LEI N° 8.987/1995)

DO SERVIÇO ADEQUADO

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

[...]

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N° 1.025/2007

Das Competências da ARSESP

Artigo 6º - Cabe à ARSESP, nos termos e limites desta lei complementar, regular, controlar e fiscalizar, no âmbito do Estado, os serviços de gás canalizado e de saneamento básico de titularidade estadual, preservadas as competências e prerrogativas municipais.

[...]

Artigo 7º - Compete à ARSESP, respeitadas as competências e prerrogativas federais e municipais:

I - executar, em sua esfera de atribuições, as políticas e normas setoriais;

[...]

III - estabelecer normas técnicas ou recomendações e procedimentos para a prestação dos serviços, disciplinando os respectivos contratos e padronizando o plano de contas a ser observado na escrituração dos prestadores;

[...]

IX - proteger os interesses e direitos dos usuários, impedindo a discriminação entre eles, respeitadas os direitos do poder concedente e dos prestadores de serviços;

[...]

XVI - deliberar, no âmbito de suas atribuições, quanto à interpretação das leis, normas e contratos, bem como sobre os casos omissos;

[...]

Artigo 36 - Na prestação dos serviços de gás canalizado serão observados os seguintes princípios, além daqueles dispostos na legislação federal de concessões:

I - serviço adequado;

II - incentivo à competitividade em todas as atividades do setor;

III - tratamento não discriminatório entre usuários dos serviços de gás canalizado, inclusive os potenciais, quando se encontrem em situações similares;

IV - modicidade das tarifas e garantia do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, consideradas taxas de remuneração compatíveis com as praticadas no mercado para atividades assemelhadas.

§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, qualidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

[...]

§ 4º - A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Com base nos dispositivos supramencionados, no artigo 23, II, da CF e na necessidade de articular uma solução excepcional de enfrentamento à pandemia de COVID-19, foi aprovada a **DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 973, de 26 de março de 2020**, que (ii) autoriza as concessionárias de serviço público a não interromperem o fornecimento de gás canalizado para *usuários do segmento residencial e comercial de pequeno porte* e (ii) isenta de penalidade os *usuários do segmento industrial* que não conseguirem adimplir os contratos de *take or pay*, tal como explicitado no tópico anterior.

Conforme acima visto, as decisões impugnadas estão estendendo o direito à não interrupção do fornecimento de gás a usuário inadimplentes com base exclusivamente na essencialidade do serviço público e nos efeitos econômicos decorrentes da pandemia de COVID-19, sem levar em conta a abrangência da **DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 973, de 26 de março de 2020**. Este tipo de decisão é problemática, pois usurpa a competência dos administradores de decidirem sobre o interesse da coletividade que justifica a não interrupção do serviço (tal como previsto no artigo 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/1995).

Tal como decorre das normas acima colacionadas, a interrupção do fornecimento do serviço de gás por inadimplência é uma medida prevista em prol da coletividade (artigo 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/1995 c/c artigo 36, da LCE 1.025/2007) e constitui uma regra fundamental para a adequada prestação dos serviços públicos. O Poder Judiciário não pode *proscreever* esta regra com base em um juízo de conveniência e oportunidade que foi atribuído exclusivamente ao Poder Concedente (que concebe as políticas setoriais) e às agências reguladoras (as quais as executam).

A concessão judicial desse **privilegio** afronta diretamente normas de regulação do serviço público e **cria situação discriminatória entre usuários de um mesmo segmento**, o que é vedado pela legislação setorial em vigor (artigo 36, III, da LCE 1.025/2007).

Esta situação de **discriminação ilegal** afronta diretamente os interesses jurídicos da ARSESP e do Poder Concedente, porquanto compete-lhes o estabelecimento de normas setoriais não discriminatórias entre usuários de mesmo segmento e a **definição de procedimentos a serem seguidos pelas concessionárias na prestação do serviço. A lei expressamente lhes atribuiu um poder para proteger os interesses e direitos dos usuários e deliberar sobre normas relativas ao serviço (artigo 7º, I, III, IX e XVI, da LCE 1.025/2007).**

Some-se a isso que a criação dessa norma judicial impõe obrigações jurídicas para a ARSESP e para o Poder Concedente, os quais terão de **reequilibrar contratos e revisar tarifas em função dos efeitos ilícitos provocados por uma política pública criada pelos juízes de primeiro grau**. Por ter o condão de violar frontalmente o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão firmado pelo Estado de São Paulo (ARSESP) com as concessionárias de serviço público (artigo 37, XXI, da CF¹¹), há evidente interesse jurídico em ver o pronunciamento jurisdicional suspenso e reformado.

Conforme orientação vinculante do e. STF, a matéria relativa aos parâmetros para o provimento do serviço público compõe o que se denomina de *RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO*, de modo que nem o Poder Legislativo e nem o Poder Judiciário podem intervir, concedendo “isenções”, criando “benefícios tarifários” ou mesmo assegurando a “*não interrupção de serviço*” (RE 680425, relator(a): min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 08/05/2018, publicado em DJe-092 DIVULG 11/05/2018 PUBLIC 14/05/2018). De acordo com a jurisprudência da mais alta Corte, **não se pode admitir que o Poder Executivo seja substituído na gestão dos contratos administrativos celebrados, sob pena de violação ao princípio da harmonia entre os poderes (ADI 2.733, rel. min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ de 3/2/2006).**

11 XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (Regulamento).

Além disso, a possibilidade de quebra do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão impõe elevado ônus não só às concessionárias e ao poder concedente, mas também aos usuários, colocando em risco **a adequada prestação do serviço** (cf. STA 280, rel. min. Gilmar Mendes; SL 251, rel. min Gilmar Mendes; SL 216, rel. min. Ellen Gracie, Pet.2.242, Carlos Velloso).

No presente caso, em que se está diante da necessidade de adoção de medidas de enfrentamento à pandemia de COVID-19, **a violação a estas competências se mostra ainda mais grave**, mormente por afrontarem a **validade de ato administrativo que compõe um todo coordenado e sistêmico de medidas** que direcionam o esforço do aparato estatal e de suas concessionárias para resistir a uma situação de grave calamidade social. **Sob esta ótica, viola-se o dever-poder do Estado de cuidar da saúde da população**, já que a possibilidade de não interromper o fornecimento de serviço a usuários de alguns segmentos compromete a curto e médio prazo o fornecimento a usuários mais frágeis (usuários do segmento residencial e comercial de pequeno porte).

Isto é, a um só tempo, a liminares violam uma política regulatória complexa e põem em risco a atuação coordenada do Estado de São Paulo no enfrentamento à crise sanitária.

Conforme já decidido por esta ilustre Presidência, compete às autoridades administrativas - e não ao Poder Judiciário - **decidir sobre as medidas de enfrentamento à pandemia de COVID-19**, por tratar-se de questão administrativa complexa, a qual depende de articulação interinstitucional, flexibilidade na mobilização de recursos humanos e materiais, diálogo com os diversos setores produtivos e capacidade de comunicação com o público.

Sob esta ótica, é evidente que as deliberações sobre quais medidas devem ser tomadas **não estão no âmbito das atribuições** do Poder Judiciário, o qual não possui capacidade institucional de realizar, em sede de cognição sumária, um juízo sobre questões administrativas técnicas de ordem sanitária ou regulatória. Destaque-se que não há como coordenar uma ação nacional e regional **efetiva** em um quadro de **intervenção judicial generalizada e sistêmica** sobre todas as decisões tomadas pelo Governo Estadual. É simplesmente impossível e isso pode comprometer a saúde, a vida e a segurança dos cidadãos do Estado de São Paulo.

Foram considerações análogas a estas que fundamentaram a concessão de **SUSPENSÃO DE LIMINAR (E POSTERIORES ADITAMENTOS) NO PROCESSO Nº 2054679-18.2020.8.26.0000**:

Na espécie, justifica-se a suspensão, uma vez que decisão judicial específica acerca de alguns municípios da região litorânea do Estado afasta da Administração estadual seu legítimo juízo discricionário de conveniência e oportunidade de **organização dos serviços públicos tecnicamente adequados**.

Está suficientemente configurada a lesão à ordem pública, assim entendida como ordem administrativa geral, equivalente à execução dos serviços públicos e o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituída (cf., STA-AgRg 112, rel. min. Ellen Gracie, j. 27.02.08; Pet-AgRg-AgRg 1.890, rel. min. Marco Aurélio, red. ac. min. Carlos Velloso, j. 01.08.02; SS-AgRg 846, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 29.05.96; e SS-AgRg 284, rel. min. Néri da Silveira, j. 11.03.91).

Em tema de segurança e eficiência na prestação de serviços públicos na área da saúde, oportuno destacar o sentido discricionário técnico de decisão acerca de circulação de pessoas, veículos, transportes em geral. Permito-me tomar de empréstimo os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Junior e Juliano Souza de Albuquerque Maranhão ("O Acesso a Rodovias e a Competência dos Entes Federados: Federalismo Solidário e Articulação do Sistema Viário Nacional", in Revista de Direito Administrativo - Volume 244, pag. 264/289, jan./abr. de 2007 - Rio de Janeiro, Biblioteca Digital da Fundação Getúlio Vargas):

No que se refere aos atos administrativos, de modo geral, fala-se em discricionariedade técnica. A noção nasceu na Áustria, com Bernatzik, que entendia tratar-se de atos que, por sua alta complexidade técnica, deviam ser retirados do controle jurisdicional. Seu conceito conheceu um desenvolvimento maior na Itália, onde Alessi distinguia entre discricionariedade administrativa, cujos critérios de decisão são puramente administrativos (por exemplo, a concessão de licença para uso de armas, um certificado de boa conduta), e discricionariedade técnica, que exige critérios técnicos, como, por exemplo, ordenar o fechamento de um estabelecimento por considerá-lo insalubre. (...) O moderno desenvolvimento da teoria da administração mostrou, no entanto, que uma separação estrutural deste gênero não dava conta do sentido complexo do ato administrativo enquanto um processo de formação do poder decisório. (...) Um dos elementos perceptíveis desta nova relação estrutural está na exigência de motivação dos atos administrativos. Os motivos, afinal, para serem conhecidos, têm de se exteriorizar de qualquer modo, devendo depreender-se mais ou menos diretamente de quaisquer dados ou circunstâncias exteriores ao agente. A motivação é, assim, a expressão externa dos motivos. Esta expressão é, em consequência, um elemento decisivo para a correta apreciação da legitimidade de um ato administrativo. Sem ela, o ato fica a mercê de um sem-número de motivos subjetivos e ocultos, mas presentes no ato decisório. Ora, a motivação como elemento de controle da legitimidade dos atos torna visível o entrelaçamento entre fatores cognitivos e volitivos na formação do poder decisório. O conteúdo da decisão exteriorizada deve decorrer de premissas técnicas adotadas ou, no mínimo, não pode conflitar com elas. Por seu

intermédio, é possível discernir entre discricionariedade e arbitrariedade. Neste quadro, o parecer técnico ou laudo técnico deixa de ser um mero elemento de contraposição ao interesse decisório da Administração, para constituir um elemento informador do próprio ato de decidir.

Essas as razões pelas quais decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração, especialmente em tempos de crise e calamidade, porque o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica.

(...)

IV. Se não pode invalidar, pelo mérito, ato administrativo, é também vedado ao Poder Judiciário proferir decisão que substitua o mérito do ato da Administração, que deve se pautar em critérios técnicos. Nesse sentido, as decisões questionadas trazem risco à ordem pública na acepção acima declinada, na medida em que obstaculizam ou dificultam o adequado exercício das funções típicas da Administração pelas autoridades legalmente constituídas, comprometendo a condução coordenada das ações necessárias à mitigação dos danos provocados pela COVID-19.

(...)

A coordenação, a ser exercida pelo Poder Executivo, é imprescindível. Somente uma organização harmônica e organizada ensejará a adoção das medidas necessárias e abrangentes. Nesse contexto, aliás, a recente e louvável determinação de quarentena em todo o Estado de São Paulo. Não foram poucas as medidas adotadas pelo Governo do Estado de São Paulo para mitigação de danos provocados pela pandemia de COVID-19, por meio da Secretaria de Saúde e do Centro de Contingência do Coronavírus. Além disso, criou, oficialmente, o Comitê Administrativo Extraordinário Covid-19, com a atribuição de assessorar o Governador do Estado na tomada de decisões envolvendo o assunto, colegiado que se reúne diariamente para atender a todas as dúvidas e solicitações, de modo a coordenar da melhor maneira possível os esforços da Administração Pública no assunto. Assim, neste momento de enfrentamento de crise sanitária mundial, considerando todos os esforços envidados hora a hora pelo Estado, decisões isoladas, atendendo apenas parte da população, têm o potencial de promover a desorganização administrativa, obstaculizando a evolução e o pronto combate à pandemia”.

Destaque-se que especificamente em relação à política adotada pelo Estado e por suas agências reguladoras para reger as concessões, a ilustre Presidência do TJSP e o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possuem precedentes em que **suspenderam os efeitos de liminares que garantiam o reajustamento de tarifas em desconformidade com as diretrizes de modicidade estabelecidas pela política pública governamental**, justamente por reconhecer a existência

de perigo à ordem e à economia públicas, *in verbis*:

Agravo Regimental Deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos da ação de rito ordinário, pela qual foi determinado à agravante o reajuste das tarifas de pedágio com base no índice integral apurado pelo IPCA (6,3749%) Existência de perigo de lesão à ordem e economia públicas. Agravo não provido. (TJSP; Agravo Regimental Cível 2132554-74.2014.8.26.0000; Relator (a): José Renato Nalini; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/09/2014; Data de Registro: 01/10/2014)

Assim, visto que o combate à pandemia abrange ações de ordem sanitária e econômico-social – como a não interrupção de serviços públicos na forma como estabelecido pelas autoridades administrativas competentes – fica evidenciada a aplicabilidade da *rationes decidendi* das supramencionadas decisões ao presente caso, com a diferença de que naquelas hipóteses o que estava em jogo era a regulação do uso da infraestrutura rodoviária do Estado de São Paulo e nesta o que está em apreço é a regulação da infraestrutura e do serviço de gás canalizado.

Destaque-se que além dos precedentes paradigmáticos desta ilustre Presidência, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal adotam orientação judicial idêntica quanto à necessidade de deferência judicial em relação a deliberações administrativas complexas.

De acordo com o STJ:

“[...] o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nosso ordenamento jurídico, não permite que o Executivo seja substituído, na execução das atividades de administração, pelo Poder Judiciário. Este, no exercício de sua função constitucional, exerce, apenas, controle sobre a competência, forma, finalidade, motivo e objeto do ato administrativo. Nunca, porém, não concernente à execução de atos de administração, haja vista que, no particular, deve ser respeitada a autonomia do Executivo em definir, no uso de sua atividade discricionária, da conveniência e oportunidade de atuar, tudo vinculado à previsão orçamentária e ao programa de governo. (STJ RESP. 176.310-RS Rel. min. José Delgado 1ª T. j. 16.6.98 un.)

Especificamente sobre a questão da análise do mérito administrativo, o eminente Ministro Luiz Fux teceu importantes considerações sobre a necessidade de o Poder Judiciário respeitar a capacidade institucional do Poder Executivo acerca de decisões administrativas complexas. Eis o teor de trechos do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1083955, julgado em 28/05/2019:

“[...] Os principais argumentos que fundamentam o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por órgãos reguladores repousam na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

Em primeiro lugar, a natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. Decerto, a Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos próprios à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty : An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251). Ademais, a intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos. (...) Irretocável, portanto, o acórdão proferido pelo Tribunal a quo, que assentou a impossibilidade de revisão judicial do mérito de decisão administrativa proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, visto que a análise jurisdicional deve cingir-se à questões de legalidade ou abusividade do ato administrativo” (RE 1083955 AgR, relator(a): min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 06-06-2019 PUBLIC 07-06-2019)

Nesta mesma linha, o e. TJSP se posiciona ao avaliar a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas complexas:

Agravo Regimental Suspensão de liminar que sustou a eficácia de contrato de gestão celebrado entre o Estado de São Paulo e a SPDM Programa Recomeço Pedido deferido Demonstração de risco de grave lesão à ordem, à saúde e à segurança públicas Comprometimento da política de saúde em andamento Perigo de desarticulação das ações e dos serviços públicos de saúde então direcionados ao tratamento de dependentes químicos em posição de vulnerabilidade social Risco de dano reverso caracterizado Agravo desprovido. (TJSP; Agravo Regimental Cível 2148587-42.2014.8.26.0000; Relator (a): José Renato Nalini; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/10/2014; Data de Registro: 17/10/2014)

[...] Note que a própria natureza das políticas públicas – em especial na área da saúde – requer cautela quando da intervenção judicial, já que são compostas por um conjunto de etapas complexas e interligadas entre si, a saber: a seleção dos temas prioritários; a formulação de soluções e alternativas aos problemas identificados como prioritários, a partir de uma análise técnica e estrutural; a implementação e execução da política pública; e, por fim, a sua avaliação, com a coleta de dados e análise do programa adotado, a fim de confirmar a eficácia das medidas e possibilitar posteriores ajustes.

Nesse cenário, “o conhecimento técnico específico, a visão global do problema, avaliação das opções possíveis e consequências decorrentes, são condições vinculadas, em geral, a atividade administrativa a cargo do Legislativo e do Executivo, melhor aparelhados e legitimados para tal análise” (TJSP; **Apelação Cível 1004149-48.2018.8.26.0048**; Relator (a): **Marcelo Semer**; Órgão Julgador: **10ª Câmara de Direito Público**; Foro de Atibaia - **1ª Vara Cível**; Data do Julgamento: **02/03/2020**; Data de Registro: **02/03/2020**)

[...] De modo geral, a implementação de políticas públicas exige avaliações técnicas de ordem estrutural; vale dizer que, na formulação de programas de ação governamental para o serviço de saúde, assim como para as políticas públicas em geral, “a formulação de políticas inclui a identificação de restrições técnicas e políticas à ação do Estado” e “envolve a identificação e a determinação das possíveis soluções para os problemas” com a “definição e a ponderação dos méritos e riscos das várias opções”(a respeito Política Pública: seus ciclos e subsistemas, Michael Howlett e outros, Ed. Campus, 2013, p. 123/125).As informações gerais a respeito do tema, o conhecimento técnico específico, a visão global do problema, avaliação das opções possíveis e consequências decorrentes, são condições vinculadas, em geral, a atividade administrativa a cargo do Legislativo e do Executivo, melhor aparelhados e legitimados para tal análise. A solução em cada ação judicial, para situações específicas, pode comprometer a própria efetividade da atuação administrativa a ser oferecida em caráter geral, para diversas áreas de atuação pública; de outra parte, a solução global para o problema de demora no atendimento de saúde, determinada em ação judicial, implicaria substituir o gestor, além da óbvia impossibilidade de solução “salvadora” para problema de tal complexidade. [...] (TJSP; **Apelação Cível 1014065-17.2016.8.26.0068**; Relator (a): **Luís Francisco Aguilar Cortez**; Órgão Julgador: **1ª Câmara de Direito Público**; Foro de Barueri - **Vara da Fazenda Pública**; Data do Julgamento: **23/10/2019**; Data de Registro: **23/10/2019**)

Por mais que existam boas intenções e efetiva preocupação com o atual cenário que se está enfrentando, as medidas administrativas necessárias à contenção da pandemia de COVID-19 **precisam ser pensadas em um todo coerente, coordenado e sistêmico.**

Liminares esparsas, fruto de uma atuação não articulada entre as diversas autoridades administrativas, impõem um alto custo na gestão dos escassos recursos que precisarão ser alocados neste momento de crise, mormente em casos que envolvem políticas públicas, os quais possuem efeito multiplicador.

Destaque-se que a Administração Pública precisa agir com eficiência e celeridade, de modo que a intervenção judicial na política pública de enfrentamento ao COVID-19 pode comprometer o abastecimento, a saúde, a segurança, a vida e o direito de ir e vir dos cidadãos do Estado de São Paulo. Este juízo eminentemente político sobre uma relevante questão de estado não pode ser violado por uma decisão judicial que não considerou as consequências e nem os marcos legais existentes para regular a questão.

Esta atuação deferente em relação às políticas públicas é albergada pela jurisprudência pacífica de nossos tribunais superiores: **AgRg na SLS 2.000/MG**, rel. ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/05/2015, DJe 12/06/2015; **AgRg no RCD na SLS 1.930/SC**, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/03/2015, DJe 20/03/2015; **AgRg na SS n. 1.504/MG**, Corte Especial, relator ministro Edson Vidigal, DJ de 10/4/2006.

Assim, o Poder Judiciário deve respeitar o juízo técnico das autoridades administrativas competentes, em especial, na situação de pandemia que se está a enfrentar neste momento.

Esta tendência jurisprudencial está respaldada nos limites impostos pelos artigos 20 e 22 da *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (Decreto-Lei nº 4.657/1942, na redação dada pela Lei nº 13.655/2018), que determinam:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

[...]

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Regulamento)

De acordo com as mencionadas regras, ao interpretar normas sobre gestão pública devem ser observadas (i) as exigências das políticas públicas a cargo dos gestores, não podendo (ii) o Poder Judiciário não pode decidir com base em valores jurídicos abstratos sem levar em conta as consequências práticas da decisão. Assim, é nula a decisão judicial que deixa de aplicar a regulação setorial e que nem mesmo considera os interesses do Estado e dos usuários que serão afetados pelo provimento (artigos 20 e 22 da LINDB).

Conforme acima demonstrado, as decisões judiciais impugnadas...

- (i) viabilizam ilegalmente o direito de não interrupção do fornecimento de gás em situações não previstas na legislação geral de concessões e na legislação setorial;
- (ii) violam a competência das autoridades do Poder Executivo para definir – de forma técnica – as medidas de combate à pandemia de COVID-19;
- (iii) atentam contra o equilíbrio econômico-financeiro das concessões de distribuição de gás canalizado;
- (iv) criam discriminação ilegal entre usuários do mesmo segmento;
- (v) possuem evidente efeito multiplicador e
- (vi) ignoram o postulado normativo interpretativo dos artigos 20 e 22 da LINDB bem como a jurisprudência do TJSP, do STJ e do STF.

Isso posto, há plausibilidade jurídica de que eventuais recursos contra as decisões venham a ser providos.

PEDIDOS

Das razões acima expendidas, estão plenamente demonstradas:

- a) a grave lesão à ordem pública, já que a não interrupção do fornecimento de gás em desconformidade com os parâmetros legais e técnicos definidos pelas autoridades regulatórias do Estado de São Paulo compromete a política pública de enfrentamento aos efeitos econômicos e sociais provocados pela pandemia de COVID-19, além de invadir frontalmente as prerrogativas do Poder Concedente e da ARSESP para definir, na forma da lei, as medidas pertinentes;

- b) a grave lesão à economia pública, configurada na imposição de norma que gera desequilíbrio econômico-financeiro a contratos de concessão, prejudicando o Erário e os usuários do serviço de gás canalizado;
- c) a plausibilidade jurídica das razões recursais, uma vez que há texto legal expresso viabilizando a interrupção de fornecimento em caso de inadimplemento e há jurisprudência pacífica do STF, do STJ e do TJSP no sentido de que não compete ao Poder Judiciário invadir o mérito de decisões administrativas que integram complexas políticas públicas;

Diante do exposto e como forma de preservar a ordem e a economia públicas, requer-se a suspensão das medidas liminares proferidas nas ações nº 1000282-21.2020.8.26.0228, 1003714-05.2016.8.26.0320, 1000761-79.2020.8.26.0659, 1000506-49.2019.8.26.0565, 1029595-23.2020.8.26.0100 e 1005210-63.2020.8.26.0309 até o trânsito em julgado das mencionadas demandas.

Outrossim, levando-se em conta que há um conjunto de usuários submetidos à mesma norma e que há grave risco à execução do serviço e à manutenção da política pública, pugna-se pela concessão de efeito expansivo ao provimento de suspensão de modo que esta decisão abranja tanto as liminares indicadas nos autos como outras não referidas, na linha da prática comumente adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STA 828, relator(a): min. PRESIDENTE, presidente min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 04/04/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06/04/2016 PUBLIC 07/04/2016).

São Paulo, 14 de abril de 2020.

MARIA LIA PINTO PORTO CORONA
PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

FREDERICO JOSÉ FERNANDES DE ATHAYDE
SUBPROCURADOR-GERAL ESTADO

LUCAS LEITE ALVES
PROCURADOR DO ESTADO ASSISTENTE

Registro: 2020.0000262535

Natureza: Suspensão de liminar

Processo n. 2070200-03.2020.8.26.0000

Requerentes: Estado de São Paulo e Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP

Requeridos: Juízos de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, da 3ª Vara Cível da Comarca de Limeira, da 2ª Vara da Comarca de Vinhedo, da 6ª Vara Cível da Comarca de São Caetano do Sul, da 19ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, da 5ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí.

Pedido de suspensão de liminares - Decisões que determinaram a manutenção do fornecimento do serviço de gás a usuários inadimplentes com base nos efeitos econômicos provocados pela pandemia da COVID-19. Presença de grave lesão à ordem, à economia e à segurança públicas. Pedido acolhido.

O ESTADO DE SÃO PAULO e a AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARSESP formulam pedido de suspensão dos efeitos das medidas liminares deferidas nos autos nº 1000282-21.2020.8.26.0228 (5ª Vara Cível da Comarca de São Paulo), nº 1003714-05.2016.8.26.0320 (3ª Vara Cível da Comarca de Limeira), nº 1000761-79.2020.8.26.0659 (2ª Vara da Comarca de Vinhedo), nº 1000506-49.2019.8.26.0565 (6ª Vara Cível da Comarca de São Caetano do Sul), nº 1029595-23.2020.8.26.0100 (19ª Vara Cível da Comarca de São Paulo) e nº 1005210-63.2020.8.26.0309 (5ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí), sob fundamento de grave lesão à ordem, à economia e à segurança públicas.

De acordo com o que consta dos autos, as decisões questionadas determinaram a manutenção do fornecimento do serviço de gás a usuários inadimplentes com base nos efeitos econômicos provocados pela pandemia da COVID-19. É dizer, as decisões liminares estão amparadas na excepcionalidade da situação de pandemia e calamidade pública, bem como na essencialidade do serviço de gás canalizado.

Argumentam os requerentes que embora não tenham sido incluídos nos processos principais, as medidas liminares atingem a esfera jurídica dessas entidades em matéria regulatória e diretamente o plano estratégico do Estado de São Paulo para o enfrentamento da crise causada pela pandemia da COVID-19, refletindo de

forma imediata em serviços públicos essenciais. Indicam que há nítida invasão de competência administrativa, visto que cabe ao Poder Executivo organizar a política regulatória, segundo as circunstâncias de expressiva gravidade mundial, sopesando necessidades e prioridades e em harmonia com valores que atendam à sociedade como um todo.

É o relatório. **Decido.**

O deferimento pelo Presidente do Tribunal do pedido de suspensão dos efeitos de liminar é medida de todo excepcional e urgente, destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, destituída de natureza recursal infringente, aqui na forma do artigo 4º da Lei nº 8.437/92. Cuida-se de incidente processual inserido na sistemática da contracautela, anotada a possível extensão dos efeitos da suspensão a liminares ou sentenças supervenientes com objeto idêntico, e isso mediante simples aditamento do pedido original.

Por não ter natureza recursal, em regra, o incidente não admite minuciosa análise de provas - salvo daquelas para dar lastro à possibilidade de lesão à ordem e à segurança públicas - nem o reconhecimento de nulidades processuais no feito de origem. O foco de análise é o risco de lesão aos interesses públicos tutelados (ordem, saúde, segurança e economia públicas). Nesse sentido, não tem lugar, a esta altura, detida análise do mérito das ações em que proferidas as decisões liminares ou até mesmo da adequação da via processual eleita frente ao substrato fático e legal apresentado. Dedico-me, portanto, à apreciação dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva dos atos decisórios em face dos interesses públicos assegurados em lei.

No caso, as decisões de primeiro grau devem ter a eficácia suspensa, visto que, à luz das razões de ordem, economia e segurança públicas, ostentam periculum in mora inverso de densidade manifestamente superior àquele que, aparentemente, animou o deferimento liminar das medidas postuladas.

Está suficientemente configurado o risco de **lesão à ordem pública**, assim entendida como *ordem administrativa geral*, equivalente à execução dos serviços públicos e ao devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas (cf., STA-AgRg 112, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 27.02.08; Pet-AgRg-AgRg 1.890, Rel. Min. Marco Aurélio, red. ac. Min. Carlos Velloso, j. 01.08.02; SS- AgRg 846, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.05.96; e SS-AgRg 284, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11.03.91).

De efeito, como regra geral, uma decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração Pública, mormente em tempos de crise e calamidade, tendo em vista que o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica.

Oportuno destacar que o Estado de São Paulo, após acordo com as concessionárias de serviço público de distribuição de gás, aprovou a Deliberação ARSESP nº 973/2020, que prevê a autorização para que [i] um conjunto específico de usuários (hospitais, casas de saúde e usuários semelhantes, segmentos residencial e comercial de pequeno porte) não sofra com a interrupção do fornecimento de gás em caso de inadimplência e para que [ii] o segmento industrial não arque com as penalidades decorrentes do não adimplemento de contratos de *take or pay* (cobrança de valores devidos pelos usuários industriais a título de volume mínimo contratado e não retirado).

Daí, claro está que a crise inerente à pandemia, a exemplo do que ocorreu em outros setores, foi abordada também no contexto do fornecimento de gás, de caráter essencial, afastada hipótese de omissão (fls.60/61). Todavia, essa abordagem ocorreu de maneira abrangente e de forma a sopesar os interesses de todos, sociedade e fornecedoras, objetivando a justa medida entre a necessidade de continuidade do abastecimento, mormente a determinados setores prioritários, como hospitais, e o próprio equilíbrio financeiro das fornecedoras. Em realidade, o cumprimento das diversas liminares concedidas poderá causar um desequilíbrio financeiro nas concessionárias, tudo a prejudicar, no final, os próprios usuários.

Nesse diapasão, forçoso reconhecer que as decisões liminares proferidas nas ações especificadas têm nítido potencial de risco à ordem administrativa, na medida em que ostentam caráter de irreversibilidade em tema de competência primordialmente atribuída ao Poder Executivo, além de criarem embaraços e dificuldades ao adequado exercício das funções típicas da Administração pelas autoridades legalmente constituídas, **comprometendo a condução coordenada e sistematizada das ações necessárias à mitigação dos danos provocados pela COVID-19.**

Embora estejam pautadas em efetiva preocupação com o atual cenário mundial, as decisões desconsideraram que o reconhecimento do direito à não interrupção do serviço em casos de inadimplemento de usuários, fora das hipóteses regulamentadas, coloca em risco o abastecimento dos setores mais frágeis e pode comprometer a economia pública, interferindo diretamente na execução das medidas necessárias à contenção da pandemia de COVID-19.

É importante dizer: não foram poucas as providências adotadas pelo Governo do Estado de São Paulo para mitigação de danos provocados pela pandemia de COVID-19, tudo com vistas a evitar o contágio, a preservação da vida e da economia, ameaçadas de continuidade caso mantidas as liminares deferidas.

Neste momento de enfrentamento de crise sanitária mundial, considerando todos os esforços envidados hora a hora pelo Estado, decisões isoladas têm o potencial de promover a desorganização administrativa, obstaculizando o pronto combate à pandemia.

A despeito da indubitosa seriedade do momento atual, devastador e intranquilo, não há mínima indicação de que o Estado de São Paulo seja omissos quanto ao combate à pandemia de coronavírus. Por estar munido de conhecimento técnico abalizado e deter o controle do erário, o Estado de São Paulo, pelo Poder Executivo, tem as melhores condições e os melhores critérios para deliberar acerca do tema, de forma coerente com o impacto nas atividades de cada empresa segundo seu âmbito de atuação.

Em suma, sem que se caracterize mínima omissão, é certo que a coordenação das ações de combate ao estado de calamidade cabe ao Poder Executivo, que, com decisões e atos complexos, tem aplicado política pública voltada ao combate efetivo do mal que a todos aflige e de suas consequências econômico-financeiras.

A intenção dos magistrados foi a melhor possível, é inegável. De encômios são merecedores todos os que buscam, no Poder Judiciário, soluções aptas à superação do difícil e inédito panorama. Entrementes, o momento atual exige calma. A coordenação, a ser exercida pelo Poder Executivo, é imprescindível. Somente uma organização harmônica e coerente ensejará a adoção das medidas necessárias e abrangentes.

Daí a imperiosa suspensão das decisões liminares, que ora determino. Cientifique-se os juízos e os requerentes.

P.R.I.

São Paulo, 15 de abril de 2020.

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Registro: 2020.0000585157

Natureza: Suspensão de liminares Processo n. 2070200-03.2020.8.26.0000

Requerente: Gás Natural São Paulo Sul S/A – Naturgy

Requerido: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Tatuí, Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de São Roque e Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Sorocaba

SUSPENSÃO DE LIMINARES. Extensão dos efeitos de suspensão antes deferida. Casos semelhantes. Decisão que determinou, no que interessa aos presentes autos, a manutenção do fornecimento do serviço de gás a usuário inadimplente com base nos efeitos econômicos provocados pela pandemia da COVID-19. Presença de grave lesão à ordem, à economia e à segurança públicas. Extensão dos efeitos da suspensão deferida nestes autos para a nova situação apresentada.

Vistos.

Fls. 1.339/1.347 e 1.415/1.416: **GÁS NATURAL SÃO PAULO SUL S/A – NATURGY** apresenta aditamento ao PEDIDO DE SUSPENSÃO inicial para estender o deferimento aqui exposto às medidas liminares concedidas nos autos nº **1000559-69.2016.8.26.0586**, em curso na 2ª Vara Cível da Comarca de São Roque, nº **4017647-26.2013.8.26.0602**, em curso na 4ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba e nº **1000461-33.2017.8.26.0624**, em curso na 2ª Vara Cível da Comarca de Tatuí, a apontar que as decisões ostentam o mesmo alcance daquelas anteriormente suspensas, é dizer, grave lesão à ordem, à economia e à segurança públicas.

De acordo com o que consta dos autos, as decisões questionadas, no que interessa ao presente pedido de suspensão, determinaram a manutenção do fornecimento do serviço de gás a usuários inadimplentes com base nos efeitos econômicos provocados pela pandemia da COVID-19. Tais decisões liminares estão amparadas na excepcionalidade da situação de pandemia e de calamidade pública, bem como na essencialidade do serviço de gás canalizado.

Sugeri a requerente que, embora pessoa jurídica de direito privado, deve ser considerada concessionária de serviço público e que, conforme argumentado no pedido inicial, as medidas liminares atingem a esfera jurídica das entidades requerentes do pedido de suspensão em matéria regulatória e diretamente o plano estratégico do Estado de São Paulo para o enfrentamento da crise causada pela pandemia da

COVID-19, refletindo de forma imediata em serviços públicos essenciais. Indica que há nítida invasão de competência administrativa, visto que cabe ao Poder Executivo organizar a política regulatória, segundo as circunstâncias de expressiva gravidade mundial, sopesando necessidades e prioridades e em harmonia com valores que atendam à sociedade como um todo.

É o relatório. Fundamento e **DECIDO**.

I – De partida, observo que [i] a decisão proferida na ação nº **1000559-69.2016.8.26.0586** foi objeto de agravo de instrumento, processo nº 2058816-43.2020.8.26.0000 e, por acórdão de 8 de maio de 2020, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, negou provimento ao recurso; [ii] a decisão proferida na ação nº **4017647-26.2013.8.26.0602** também foi objeto de agravo de instrumento, processo nº 2119637-13.2020.8.26.0000 e, por decisão de 9 de junho de 2020, o Desembargador Relator, em decisão monocrática, deferiu o efeito suspensivo, o que enseja, aqui, perda superveniente do interesse para análise deste pedido de suspensão com relação a referidas ações.

Diversa é a situação da decisão liminar proferida nos autos nº **1000461-33.2017.8.26.0624**, visto que o pedido de efeito suspensivo foi negado e, inclusive, indagado ao agravante se havia requerido o aditamento nestes autos. Assim, passo a apreciar o pedido de suspensão atinente a este feito.

II – De acordo com o regime legal de contracautela (Leis nº 12.016/09, nº 8.437/92 e nº 9.494/97), o deferimento pelo Presidente do Tribunal do pedido de suspensão dos efeitos da liminar é medida de todo excepcional, destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, destituída de natureza recursal infringente.

A sistemática de contracautela permite, ainda, que o Presidente do Tribunal estenda os efeitos da suspensão a liminares ou sentença supervenientes cujo objeto seja idêntico, mediante simples aditamento do pedido original. Nesse contexto, aliás, o artigo 4º, § 8º, da Lei nº 8.437/92.

In casu, de forma suficiente, constato identidade de objeto entre a decisão copiada a fls. 1.417/1.419, objeto do pedido de extensão, e aquelas que foram anteriormente suspensas, ainda que adotadas terminologias algo diversas.

A identidade de causas e de efeitos das decisões autoriza a extensão dos efeitos almejada, reportando-se esta Presidência aos fundamentos expostos na decisão proferida a fls. 448/454.

No caso, a decisão de primeiro grau deve ter a eficácia suspensa, apenas quanto ao fornecimento de gás, visto que, à luz das razões de ordem, economia e segurança públicas, ostenta *periculum in mora* inverso de densidade manifestamente superior àquele que, aparentemente, animou o deferimento liminar da medida postulada.

Está suficientemente configurado o risco de **lesão à ordem pública**, assim entendida como *ordem administrativa geral*, equivalente à execução dos serviços públicos e ao devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas (cf., STA- AgRg 112, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 27.02.08; Pet-AgRg-AgRg 1.890, Rel. Min. Marco Aurélio, red. ac. Min. Carlos Velloso, j. 01.08.02; SS-AgRg 846, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.05.96; e SS-AgRg 284, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11.03.91).

De efeito, como regra geral, uma decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração Pública, mormente em tempos de crise e calamidade, tendo em vista que o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica.

Oportuno destacar que o Estado de São Paulo, *in casu*, aprovou a Deliberação ARSESP nº 1000/2020, substituída pela Deliberação ARSESP nº 1.003/2020, com previsão de autorização para que um conjunto específico de usuários (hospitais, casas de saúde e usuários semelhantes, segmentos residencial e comercial de pequeno porte) não sofra com a interrupção do fornecimento de gás em caso de inadimplência.

Daí, claro está que a crise inerente à pandemia, a exemplo do que ocorreu em outros setores, foi abordada também no contexto do fornecimento de gás, de caráter essencial, afastada hipótese de omissão. Todavia, essa abordagem ocorreu de maneira abrangente e de forma a sopesar os interesses de todos, sociedade e fornecedoras, objetivando a justa medida entre a necessidade de continuidade do abastecimento, mormente a determinados setores prioritários, como hospitais, e o próprio equilíbrio financeiro das fornecedoras. Em realidade, o cumprimento das diversas liminares concedidas poderá causar um desequilíbrio financeiro nas concessionárias, tudo a prejudicar, no final, os próprios usuários.

Nesse diapasão, forçoso reconhecer que a decisão liminar proferida na ação especificada, no que diz respeito ao fornecimento de gás, têm nítido potencial de risco à ordem administrativa, na medida em que ostenta caráter de irreversibilidade em tema de competência primordialmente atribuída ao Poder Executivo, além de criar embaraços e dificuldades ao adequado exercício das funções típicas da Administração pelas autoridades legalmente constituídas, **comprometendo a condução coordenada e sistematizada das ações necessárias à mitigação dos danos provocados pela COVID-19.**

Embora esteja pautada em efetiva preocupação com o atual cenário mundial, a decisão desconsiderou que o reconhecimento do direito à não interrupção do serviço de fornecimento de gás em caso de inadimplemento de usuário, fora das hipóteses regulamentadas, coloca em risco o abastecimento dos setores mais frágeis e pode comprometer a economia pública, interferindo diretamente na execução das medidas necessárias à contenção da pandemia de COVID-19.

É importante dizer: não foram poucas as providências adotadas pelo Governo do Estado de São Paulo para mitigação de danos provocados pela pandemia de COVID-19, tudo com vistas a evitar o contágio, a preservação da vida e da economia, ameaçadas de continuidade caso mantida a liminar deferida.

Neste momento de enfrentamento de crise sanitária mundial, considerando todos os esforços envidados hora a hora pelo Estado, decisões isoladas têm o potencial de promover a desorganização administrativa, obstaculizando o pronto combate à pandemia.

A despeito da indubitosa seriedade do momento atual, devastador e inquieto, não há mínima indicação de que o Estado de São Paulo seja omisso quanto ao combate à pandemia de coronavírus. Por estar munido de conhecimento técnico específico e deter o controle do erário, o Estado de São Paulo, pelo Poder Executivo, tem as melhores condições e os melhores critérios para deliberar acerca do tema, de forma coerente com o impacto nas atividades de cada empresa segundo seu âmbito de atuação.

Em suma, sem que se caracterize mínima omissão, é certo que a coordenação das ações de combate ao estado de calamidade cabe ao Poder Executivo, que, com decisões e atos complexos, tem aplicado política pública voltada ao combate efetivo do mal que a todos aflige e de suas consequências econômico- financeiras.

A intenção do magistrado foi a melhor possível, é inegável. De encômios são merecedores todos os que buscam, no Poder Judiciário, soluções aptas à superação do difícil e inédito panorama. Entrementes, o momento atual exige calma. A coordenação, a ser exercida pelo Poder Executivo, é imprescindível. Somente uma organização harmônica e coerente ensejará a adoção das medidas necessárias e abrangentes.

Por derradeiro, verifica-se que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em hipótese semelhante, em data recente, confirmou a decisão proferida por esta Presidência, e isso no Agravo nº 2070200-03.2020.8.26.0000/50001.

Enfim, deixo de apreciar o pedido de suspensão das liminares objetos das ações nº 1000559-69.2016.8.26.0586 e nº 4017647-26.2013.8.26.0602, dada a perda superveniente de objeto, por força das decisões proferidas nos autos de recursos de agravo de instrumento.

Por conseguinte, defiro a extensão para suspender a eficácia da decisão liminar proferida nos autos nº 1000461-33.2017.8.26.0624, copiada a fls. 1.417/1.419, no que diz respeito apenas ao fornecimento de gás.

Dê-se ciência.

P.R.I.

São Paulo, 29 de julho de 2020

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR RELATOR ALVARO PASSOS
DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.**

**INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 0021435-
69.2019.8.26.0000**

INTERESSADA: * E OUTRO**

**INTERESSADO: COORDENADOR DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTA-
DO DE SÃO PAULO**

O ESTADO DE SÃO PAULO, pelos Procuradores que subscrevem esta petição, vem respeitosamente perante V. Exa. expor e requerer ingresso no feito na qualidade de *AMICUS CURIAE*, com fulcro no art. 138 do Código de Processo Civil, pelos moti-vos abaixo expostos.

DO INTERESSE E DA REPRESENTATIVIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO NA PRESENTE DEMANDA

Para cumprimento das metas estabelecidas na *Década Mundial de Ações para a Segurança Viária - 2011/2020*, o Decreto Estadual nº 58.881/2013 instituiu o Programa "*Direção Segura*" para a fiscalização de trânsito.

Tem como objetivo a realização de “operações integradas com órgãos afins, de caráter preventivo, educativo e fiscalizatório, objetivando prevenção e repressão da prática de infrações de trânsito, em especial a direção sob influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”.

Como consta no preâmbulo do Decreto, trata-se de medida inserida no âmbito da *Década Mundial de Ações para a Segurança Viária - 2011/2020*, estabelecida pela Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil foi um dos signatários (Resolução da Assembleia Geral nº 64/255 de 2010)¹.

Dentro do escopo da *Década de Ação pela Segurança no Trânsito 2011-2020*, em 2015 foi firmada a Declaração de Brasília, durante a 2ª Conferência

1 Disponível em < https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/255>

Global de Alto Nível sobre Segurança no Trânsito. Dentre as ações recomendadas destaca-se:

Convidar os Estados que ainda não o tenham feito a redobrar esforços para desenvolver e implementar planos nacionais sobre segurança no trânsito e a aplicar legislação abrangente, em consonância com o Plano Global para a Década de Ação para a Segurança no Trânsito 2011-2020, com vistas a atingir a meta de aumentar a porcentagem de países com legislação abrangente sobre os principais fatores de risco, incluindo o não-uso de cintos de segurança, de dispositivos de retenção para o transporte de crianças e de capacetes; **direção sob a influência de álcool**; e o excesso de velocidade; de 15% para, pelo menos, 50% até 2020, tal como acordado na resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 64/255 de 2010;

A política pública de segurança viária no Estado de São Paulo **transcende os interesses do DETRAN-SP enquanto autarquia**, sendo certo que as operações do programa Direção Segura são realizadas pelas Polícias Civil e Militar do Estado de São Paulo e Superintendência da Polícia Técnico-Científica.

Ademais, há repercussões na área da saúde pública: de acordo com dados divulgados pelo CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no Estado de São Paulo o Sistema Único de Saúde (SUS) desembolsou **R\$ 759.109.440,73** no período de 2009 a 2018 para custear tratamentos causados por acidentes de trânsito².

A declaração de inconstitucionalidade do dispositivo invocado pode ter impactos sociais, políticos e econômicos de grande magnitude.

Dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecurável, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

Como bem aponta a doutrina especializada, *"[a] participação do amigo da corte, em qualquer instância de jurisdição, é de fundamental importância para a tutela*

2 Disponível em <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/pdf/acidentes%20de%20trnsito%20-%20valores%20corrigidos%20ipca.pdf>>

dos direitos conferidos na Constituição, pois nas ações judiciais em que se discutem temas de grande relevância poderão ser admitidos como terceiros intervenientes tanto os órgãos do Estado como os representantes da sociedade civil, na busca pela solução mais coerente a ser dada à causa, com a conseqüente busca pela efetivação dos direitos fundamentais³.

Como demonstrado, o Estado de São Paulo possui uma política de segurança viária que envolve o concurso de vários órgãos e entidades, dos quais o DETRAN-SP é apenas um dos participantes.

Nesse sentido, junta-se manifestação do Conselho Estadual de Trânsito de São Paulo (CETRAN-SP) órgão normativo, consultivo e coordenador, atualmente vinculado à Secretaria de Governo, por meio do qual o **colegiado expressa preocupação** quanto aos efeitos da decisão nestes autos.

Com efeito, embora o incidente de constitucionalidade tenha, em regra, efeitos *inter partes*, é importante notar que o **art. 927, V, do CPC prevê eficácia vinculante da orientação do órgão especial**.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Destarte, a orientação aqui traçada terá, em tese, **eficácia vinculante para os órgãos fracionários e juízes de direito do Tribunal de Justiça de São Paulo, com possível efeito multiplicador**.

Demonstrado seu interesse na solução da controvérsia, o Estado de São Paulo requer sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*, requerendo a apreciação dos argumentos abaixo desenvolvidos.

DA SUSPENSÃO DO PRESENTE INCIDENTE

3 PACHECO, Paulo Fernando Santos; CARNEIRO, Ricardo José das Mercês. A figura do *amicus curiae* prevista no novo CPC como forma de participação democrática processual e instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. Revista Fórum Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, ano 34, n. 400, abr. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247256>>.

Uma vez que está em trâmite no Supremo Tribunal Federal a **ADI n. 4.103/DF**, questionando os mesmos dispositivos legais aqui arguidos, entende-se, a fim de evitar decisões conflitantes, conveniente a suspensão do presente incidente até que seja concluído o julgamento.

DA CONSTITUCIONALIDADE DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ART. 165-A DO CTB.

Caso opte-se por prosseguir o julgamento, o incidente deve ser rejeitado.

De acordo com dados divulgados pelo **MINISTÉRIO DA SAÚDE**⁴, após dez anos em vigor do endurecimento das penas para consumo de álcool, houve significativa redução dos óbitos relacionados com acidentes de trânsito causados por consumo de álcool:

"Há dez anos a Lei Seca está em vigor no Brasil e um dos impactos positivos é a redução de 2,4% do número de mortes por acidentes de trânsito no país. Em 2008, quando a lei foi implementada, o Sistema de Informações de Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde registrou 38.273 óbitos por essa causa. Em 2016, foram 37.345 óbitos.

A redução é ainda mais representativa se comparado ao ano de 2012, quando a lei sofreu sua primeira alteração, tornando-se mais rígida com o aumento da multa para condutores flagrados dirigindo alcoolizados. Em 2012, 44.812 pessoas morreram vítimas de acidentes no trânsito. Comparado a 2016, houve redução de 16,7% equivalente a menos 7.467 mortes.

Os estados que mais registraram essa queda foram São Paulo (25,4%), Espírito Santo (21,8%), Santa Catarina (19%), Distrito Federal (17,5%) e Paraná (15,9%). Em contrapartida houve o aumento da mortalidade no Pará (39,4%), Maranhão (39%), Piauí (37,2%), Bahia (36,8%) e Tocantins (26,5%).

Por regiões, o aumento se deu no Nordeste (26,4%) e no Norte (23%), enquanto que a redução ocorreu no Sudeste (18,6%); Sul (15,5%) e Centro-Oeste (1,9%). Em números de óbitos registrados no ano de 2018 e 2017, passaram de 2.718 para 3344 no Norte; 9282 para 11.734 no Nordeste; 3927 para 3.852 no Centro-Oeste; 15.189 no Sudeste; e de 7157 para 6.046 no Sul."

Como se lê na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 415/2008, que

4 <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43593-10-anos-de-lei-seca-obitos-por-acidentes-de-transito-diminuem-2>

originou o art. 2º da Lei nº 11.705/08, com base em estudos constatou-se a urgência do projeto *“em razão do alto índice de consumo do álcool, que causa anualmente 1,8 milhão de mortes no mundo. Além disso, os gastos em procedimentos hospitalares de internações relacionadas ao uso de álcool e outras drogas, bem como de acidentes automobilísticos decorrentes do uso de álcool, vêm aumentando sobremaneira, trazendo graves consequências para elaboração e implantação de políticas públicas nessa área.”*⁵

Ainda assim, em que pese ter ocorrido significativa redução no número de mortes, o país segue longe de atingir a meta estabelecida pela ONU até o ano de 2020⁶, o que demonstra que a declaração de inconstitucionalidade aqui pretendida, com a devida vênia, mostra-se temerária.

A penalização administrativa da recusa em se submeter aos testes foi tipificada, inicialmente, pela Lei nº 11.705, de 2008, que alterou o art. 277 do CTB:

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

[...]§

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

Posteriormente, a Lei Federal nº 13.281/16 manteve a penalidade, alterando sua posição topográfica e tipificando-a como infração autônoma prevista no art. 165-A do CTB.

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

5 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Exm/EMI-13-gsi-mj-m-cidades-mec-mt.htm>

6 Cf. notícia divulgada pelo governo federal em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-09/brasil-reduz-mortes-no-transito-mas-esta-longo-da-meta-para-2020>>

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Por outro lado, mesmo antes da Lei Federal nº 13.281/2016 o TJ-SP e o Superior Tribunal de Justiça entendiam que a recusa à submissão a qualquer teste que permita certificar a influência **não se confunde com presunção de embriaguez**.

Trata-se de infração administrativa de mera conduta, que se consuma com a mera recusa, ainda que não constatado nenhum sinal de alteração da capacidade psicomotora.

As infrações previstas para a recusa e para penalização da infração por direção sob influência de álcool são distintas, embora com penas idênticas.

Com a devida vênia, **o entendimento da Câmara suscitante – além de isolado no próprio Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça – parte de uma incorreta compreensão dos limites da não autoincriminação**, distanciando-se dos países que são considerados berços da evolução histórica deste princípio.

Em outras palavras, **o alcance pretendido ao aludido princípio *nemo tenetur se detegere* não encontra guarida no texto constitucional brasileiro**, nem tampouco no sistema de proteção de direitos humanos, tanto na tradição romano-germânica, como na *common law*.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8, 2, “g”, dispõe: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (...) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”*.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 14, 3, “g”, institui: *“Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) A não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada”*.

Note-se que as normas dos tratados internacionais, além de limitarem sua aplicação ao âmbito criminal, estabelecem apenas o direito ao silêncio e à presunção de inocência, nada dispendo sobre coleta de material probatório.

A Constituição Federal estabelece que *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"* (art. 5º, LVII, CF); *"o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogados"* (art. 5º, LXIII, CF).

De acordo com tais princípios, é certo, a doutrina extrai a previsão de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo, garantia observada de forma reiterada por nossos tribunais.

Ocorre que não se pode conferir a esta garantia alcance irrestrito, a extrapolar seu âmbito de aplicação (qual seja, a área criminal), como forma de impedir o exercício do poder de polícia administrativo.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a garantia da presunção de inocência deve se limitar aos efeitos próprios de uma condenação criminal. Com esse fundamento a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa)⁷ :

3. A presunção de inocência consagrada no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (...)

A suspensão do direito de dirigir não é um efeito próprio de condenação criminal, mas sim uma sanção que pode decorrer do exercício do poder de polícia, sendo pena comum a muitas infrações administrativas, com previsão expressa de que pode ser aplicada pela autoridade de trânsito (CTB, art. 256, inciso III). O mesmo quanto às demais sanções previstas (multa, recolhimento dos documentos de habilitação e retenção do veículo).

Diante disso, a conduta prevista no art. 165-A do CTB (que não acarreta presunção de embriaguez, reitera-se, mas apenas torna infração administrativa a conduta de recusa ao teste que permite apurar a influência de álcool) e as sanções nele previstas não se incluem no âmbito de incidência do princípio da presunção de inocência.

⁷ Ação declaratória de constitucionalidade nº 29-DF; Relator Luiz Fux; j. 16/02/2012.

Quanto ao princípio *nemo tenetur se detegere*, além de decorrente de normas constitucionais aplicáveis apenas no âmbito criminal, há outro aspecto relevante a ser considerado.

GILMAR MENDES, INOCÊNCIO COELHO E PAULO GUSTAVO BRANCO ensinam que um dos princípios de interpretação constitucional é o princípio de unidade da Constituição, pelo qual *“as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendemos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra”*⁸.

Em decorrência da necessidade de se interpretar a Constituição Federal como uma unidade, o intérprete deve enfrentar o tema da colisão de direitos. J. J. GOMES CANOTILHO⁹ refere-se à colisão entre direitos e bens jurídicos nos seguintes termos: *“podem existir conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade. (...) Exige-se, pois, um objeto (material ou imaterial) valioso (bem) considerado como digno de protecção, jurídica e constitucionalmente garantido”*.

Prossegue o doutrinador português esclarecendo que a colisão de direitos é solucionada (i) através de redução do âmbito normativo de determinado direito ou (ii) através da limitação do âmbito de proteção a efeitos que não neutralizam bens colidentes. *“(...) necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro”*.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 2.040, teve a oportunidade de decidir o conflito entre, de um lado, os bens jurídicos “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” além do “direito à imagem e à honra de policiais federais”, e, de outro, o “direito fundamental de intimidade” de um indivíduo (em contexto de realização de coleta de provas).

Tratou-se do caso envolvendo a cantora mexicana Glória de Los Angeles Trevino

8 Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 2007, p. 107.

9 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Almedina, pp. 1271-1274.

Ruiz, em que o Supremo Tribunal Federal determinou, a bem do interesse público, que na ocasião do parto a placenta da referida artista fosse, contra a vontade dela, submetida a exame de DNA, a fim de se elucidar a alegação de um suposto crime de estupro, o qual teria sido perpetrado nas dependências da carceragem da Polícia Federal, tendo como consequência uma indesejada gravidez, delito esse que foi atribuído a um integrante daquele órgão, cuja identificação a suposta vítima se negava a fornecer.

Do conflito entre bens coletivos e direito individual, a **Suprema Corte decidiu pela prevalência dos bens coletivos**, resultando na coleta de provas (material genético do líquido amniótico) contra a vontade da mulher, e isso no âmbito de uma investigação criminal¹⁰.

Em seu voto, o Ministro Ilmar Galvão foi além e defendeu que *“não tenho por configuradora de constrangimento ilegal a submissão compulsória da pessoa a exames como o de DNA, de identificação datiloscópica, de verificação de teor alcoólico ou toxicológico, ou mesmo para aplicação de vacina obrigatória, sempre que estiver em jogo interesse público, contra o qual não pode prevalecer o pretensão direito à intimidade. Nesses casos, estão sempre contrapostos direitos da personalidade da mesma natureza, para não se falar nos demais valores (...), que militam em favor da realização do exame”*.

Já o caso em análise no presente incidente de arguição de inconstitucionalidade sequer trata de submissão compulsória a teste voltado a apurar a influência de álcool, mas apenas de punir administrativamente o ato de recusar a se submeter a esse teste.

Caso (indevidamente) se entenda pela aplicação do princípio *nemo tenetur se*

10 “Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88 (...). 7. Bens jurídicos constitucionais como 'moralidade administrativa', 'persecução penal pública' e 'segurança pública' que se acrescem, – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. (...) 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida” (STF – Recl. 2.040-1-DF – Rel. Min. Neri da Silveira – j. 21.02.2002).

detegere no âmbito administrativo, será necessário solucionar o conflito entre os direitos fundamentais já mencionados (previstos no art. 5º, incisos LVII e LXIII) e bens coletivos que não podem ser desprezados: (i) segurança pública como dever do Estado para a preservação da incolumidade das pessoas (CF, art. 144); e (ii) saúde como dever do Estado de adotar políticas que visem à redução de agravos à saúde (CF, art. 196). Bens coletivos que resultam no respeito à vida e à saúde (CF, art. 5º, *caput*) dos demais cidadãos.

A aplicação do princípio da unidade da Constituição resulta, ao se interpretar os direitos envolvidos no caso em exame, na preponderância dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais, o que justifica a instituição da infração administrativa prevista no art. 165-A do CTB.

As sanções (multa, suspensão do direito de dirigir, recolhimento dos documentos de habilitação e retenção do veículo) também respeitam a proporcionalidade e a razoabilidade, considerando os direitos e bens jurídicos que a norma busca proteger (as vidas dos demais indivíduos, além da saúde e segurança pública como deveres do Estado).

O art. 165-A do CTB é, assim, constitucional.

E como se demonstrará, mesmo na esfera criminal diversos países que adotam o princípio *nemo tenetur se detegere* optaram, diferentemente do Brasil, em criminalizar a própria recusa ao teste, sem enxergar nesse procedimento qualquer inconstitucionalidade ou violação aos direitos humanos.

Ao contrário, como salientado alhures, o compromisso assumido pelo Brasil na esfera internacional passa pela redução das mortes no trânsito, devendo o Estado Brasileiro tomar todas as medidas necessárias e adequadas para redução da letalidade no trânsito.

Partindo-se da premissa de inexistência de direitos absolutos, na ponderação entre princípios e direitos, deve-se considerar que, ao mesmo tempo em que se veda o excesso, o Estado está jungido ao **dever de proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*)**, cabendo tomar as medidas legislativas e administrativas necessárias à proteção dos direitos fundamentais, no caso, o direito à vida, à saúde e à segurança.

DO ALCANCE DO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (NEMO TENETUR SE DETEGERE) NA RECUSA A TESTES NO DIREITO COMPARADO

Mesmo na esfera criminal, a compreensão do TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS

HUMANOS (TEDH) é de que o princípio *nemo tenetur se detegere* envolve, basicamente, o direito ao silêncio, não impedindo, a princípio, a obtenção compulsória de elementos probatórios que tem existência independente da vontade do sujeito passivo, ainda que de modo coercitivo.

De acordo com o TEDH no julgamento do caso SAUNDERS V. REINO UNIDO

“[...]o direito de não se autoincriminar é, no entanto, primordialmente preocupado em respeitar a vontade de uma pessoa acusada de permanecer em silêncio. Como é comumente entendido nos sistemas jurídicos das Partes Contratantes da Convenção e em outros lugares, sua aplicação não se estende ao uso, em processos penais, de material que possa ser obtido do acusado através do uso de poderes compulsórios, mas que tem uma existência independente da vontade do suspeito, como, *inter alia*, documentos adquiridos ao abrigo de um mandado, amostras de sangue, urina e sangue e tecido corporal para fins de teste de DNA.”¹¹

Na mesma linha, a Diretiva UE 2016/343 do Parlamento Europeu relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência¹², ao mesmo tempo em que garante ao suspeito o direito de não se autoincriminar esclarece, na linha do TEDH, que:

O exercício do direito de não se autoincriminar não deverá impedir as autoridades competentes de recolher elementos de prova que, embora possam ser licitamente obtidos junto do suspeito ou do arguido através do exercício de poderes legais coercivos e que existem independentemente da vontade do suspeito ou do arguido, por exemplo, os elementos recolhidos por força de um mandado, os elementos em relação **aos quais está prevista uma obrigação legal de conservação e de apresentação a pedido, as amostras de hálito, sangue e urina**, bem como de tecido humano para efeitos de testes de DNA.

Em Portugal, segundo dispõe o art. 152 do Código de Estrada, a recusa é puni-

11 "The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, *inter alia*, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing." CASE OF SAUNDERS v. THE UNITED KINGDOM, disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>>

12 Disponível em português em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=PT>>

da como crime de desobediência

Artigo 152º

Princípios gerais

1 - Devem submeter-se às provas estabelecidas para a deteção dos estados de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas:

a) Os condutores;

b) Os peões, sempre que sejam intervenientes em acidentes de trânsito;

c) As pessoas que se propuserem iniciar a condução.

2 - Quem praticar atos susceptíveis de falsear os resultados dos exames a que seja sujeito não pode prevalecer-se daqueles para efeitos de prova.

3 - As pessoas referidas nas alíneas a) e b) do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a deteção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são punidas por crime de desobediência.

O Tribunal Constitucional de Portugal (ACÓRDÃO N.º 34/2012)¹³, “*não julga inconstitucionais os artigos 152º, nºs 1, alínea a), e 3, do Código da Estrada, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 44/2005, de 23 de fevereiro, e 348º, nº 1, alínea "a)", do Código Penal, na medida em que impõem, sob pena de aplicação de uma pena de prisão, a submissão a uma prova de deteção de álcool no sangue através de pesquisa no ar expirado, quando o seu destinatário não se quer a ela submeter.*”

Igualmente, o TRIBUNAL DE RELAÇÃO DE ÉVORA¹⁴, entendeu que “*as garantias face à auto-incriminação só se referem às contribuições do arguido de conteúdo directamente incriminatório, não tendo o alcance de se poder subtrair a diligências de prevenção, indagação ou de prova. A configuração genérica de um tal direito a não suportar nenhuma diligência deste tipo deixaria desarmados os poderes públicos no desempenho das suas legítimas funções de protecção da liberdade e convivência, lesaria o valor da justiça e as garantias de uma tutela judicial efectiva.*”

Na Espanha, por exemplo, a conduta de recusa ao teste de alcoolemia é tam-bém tipificada em si mesma como crime, como se lê no art. 383 do Código Penal

13 Íntegra disponível em <<https://dre.pt/application/conteudo/2106573>>

14 Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/112f5d9e8ae-6063d80257e2e003edcf8?OpenDocument>>

Espanhol¹⁵

O condutor que, exigido por um agente da autoridade, se recuse a submeter-se aos ensaios legalmente estabelecidos para a verificação das taxas do bafômetro e a presença dos fármacos tóxicos, entorpecentes e psicotrópicos referidos nos artigos anteriores, será punível com pena de prisão de seis meses a um ano e privação do direito de conduzir veículos a motor e ciclomotores por mais de um ano e até quatro anos.

O SUPREMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ESPANHA, citando precedente do TEDH acima indicado, por meio da STC 161/1997, considerou que *“o dever de submeter-se ao controle do álcool no sangue não pode ser considerado contrário ao direito de não testemunhar, não testemunhar contra si mesmo e não confessar culpa, porque o detectado não é obrigado a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo sua culpa, mas tolerar tornar-se objeto de uma modalidade especial de perícia, exigindo uma colaboração não comparável à declaração incluída no âmbito dos direitos proclamados nos arts. 17.3 e 24.2 da Constituição”*.

De acordo com entendimento daquela Corte o teste de etilômetro é uma *“perícia técnica na qual a participação do detento com declarações autoincriminatórias está ausente”*¹⁶

15 “Artículo 383. El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.” Íntegra disponível em https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf

16 Pleno. Sentencia 161/1997, de 2 de octubre de 1997. Cuestión de inconstitucionalidade 4.198/1996. En relación con el arto 380 (tipificación como desobediencia grave de la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia) del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995. de 23 de noviembre). Disponível em < <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1997-22974.pdf>>. Trecho citado: “Esta duda de constitucionalidad ha sido ya en suesencia, expresamente abordada y resuelta por este Tribunal. La STC 103/1985 afirmaba que {{el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no onfesar culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de perícia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución » (fundamento jurídico 3.º; también, STC 76/1990. fundamento jurídico 10; AATC 837/1988. fundamento jurídico 2.º, y 221/1990, fundamento jurídico 2.º).

Na Itália, a conduta de recusa também é considerada crime e sujeita à perda da licença para dirigir (art. 187 do *Codice della Strada*), tendo a Corte de Cassação pronunciado-se no sentido de não haver “*nenhum problema constitucional com a disposição em questão*”, pois o arguido não é “*órgão*” da acusação, mas objeto de um teste, o que não viola seu direito de defesa ¹⁷.

Nos Estados Unidos da América, a ADMINISTRAÇÃO NACIONAL DE SEGURANÇA RODOVIÁRIA (*NATIONAL HIGHWAY TRAFFIC SAFETY ADMINISTRATION - NHTSA*), agência do poder executivo do governo dos EUA, publica guias sugerindo aos estados-membros medidas eficazes e baseadas em evidências científicas para as principais áreas problemáticas de segurança rodoviária.

A orientação do governo federal americano é no sentido de penalizar a simples recusa aos testes de alcoolemia, baseados em estudos que demonstram a eficácia dessa medida no sentido de reduzir a condução de veículos sob uso de álcool.¹⁸

Esta doutrina ha sido recordada en otras ocasiones con estas u otras palabras. Así, la STC 195/1987 afirmaba rotundamente que <da determinación del grado de alcohol en sangre a través del correspondiente test de alcoholemia no es contraria a las garantías constitucionales > (fundamento jurídico 2.º); el ATC 61/1983 establecía que {{sin perjuicio, aturalmente, del derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba y de soportar las consecuencias que del rechazo se puedan derivan> (fundamento jurídico 2.º) y la STC 252/1984 reiteraba la caracterización de la prueba de alcoholemia como {{una pericia técnica en que la participación del detenido con declaraciones autoinculpadoras está ausente> (fundamento jurídico 4.º). Más recientemente, la STC 197/1995 volvía a negar la catalogación de dicha prueba como declaración (fundamento jurídico 8.º).

17 “Non vi è quindi alcun problema costituzionale con la disposizione in questione, che l'esponente sembra riconoscere in una sorta di coercizione, impedendo lo stesso accusato aveva acconsentito ad altri controlli sanitari e esercitare il diritto dell'indagato di rifiutare di collaborare alle indagini deve essere effettuato a proprie spese. E infatti, come affermato dal giurisprudenza di legittimità, il principio deterrente nemo tenetur è valido quando l'indagato è l'“organo” dell'attività di prova (ad esempio, esercitando il diritto silenziare quando si interroga), non quando si tratta dell'“oggetto” del sondaggio del test; di cui la violazione del diritto alla difesa dell'art. 24 Costo .. Inoltre, non bisogna dimenticare che questo indirizzo è confermato in base a principio della recente Direttiva UE n. 2016/343 (9 marzo 2016) del Parlamento Consiglio europeo e del Consiglio, il cui art. 7, se il primo comma stabilisce il diritto 4 b) ii del sospettato di tacere sul crimine contestato e riconosce nel secondo paragrafo il suo diritto a non incriminarsi al terzo il paragrafo specifica, tuttavia, che l'esercizio di quest'ultimo “Non impedisce il autorità competenti per raccogliere prove che possono essere ottenute ricorrere legalmente a poteri legali coercitivi che esistono indipendentemente per volontà dell'indagato o imputato ”.”<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20170601/snpen@s40@a2017@n27545@tS.clean.pdf>

18 Countermeasures That Work: A Highway Safety Countermeasure Guide For State Highway Safety Offices, Ninth Edition, 2017. Disponível em <<https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/documenten>

Dados da CONFERÊNCIA NACIONAL DE LEGISLATURAS ESTADUAIS indicam que todos os Estados-Membros dos EUA, exceto Wyoming, punem a recusa com suspensão do direito de dirigir, e 15 deles criminalizam a recusa.¹⁹

Ademais, o governo federal dos EUA estimula as operações denominadas "No Refusal" (Sem Recusa)²⁰, nas quais, em cooperação com o Poder Judiciário, a polícia pode obter de um juiz plantonista, por meio eletrônico, mandado judicial que permita, na linha permitida pela Suprema Corte, a obtenção compulsória de exame de sangue do motorista que se negar a se submeter ao teste (ressaltando-se que para exigir o teste do etilômetro a ordem judicial é desnecessária).

No julgamento do caso **BIRCHFIELD V. NORTH DAKOTA** a SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS entendeu que é lícito exigir do condutor a submissão a testes de etilômetro, o que não depende de ordem judicial, exigida apenas para os exames de sangue.²¹

Entendeu a Suprema Corte americana que *"porque os testes de respiração são significativamente menos intrusivo que exames de sangue e na maioria dos casos amplamente servem aos interesses de aplicação da lei, um teste de respiração, mas não um teste de sangue, pode ser administrado como um incidente de busca para uma prisão legal por dirigir embriagado. Nenhuma autorização é necessária nesta situação."*

No Reino Unido a recusa ao teste é punida criminalmente se a pessoa, sem justificativa razoável, não cooperar com um teste preliminar que lhe for solicitado, como se vê no *Road Traffic Act 1988*, seção 6.²² No site oficial do governo britânico, exemplifica-se como justificativa razoável doença mental ou física que impeça o fornecimento de amostras²³.

ts/812478_countermeasures-that-work-a-highway-safety-countermeasures-guide-.pdf>

19 Tabela completa disponível em <http://www.ncsl.org/Portals/1/Documents/transportation/Criminal_or_Enhanced_Civil_penalties_implied_consent_refusal_27135.pdf> atualizada em junho de 2018

20 Detalhes em <<https://www.nhtsa.gov/staticfiles/planners/NoRefusalWeekend/index.htm>>

21 Birchfield v. North Dakota, disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-1468_8n59.pdf>

22 "A person commits an offence if without reasonable excuse he fails to co-operate with a preliminary test in pursuance of a requirement imposed under this section."

23 "If you refuse to take a breath test, or fail to supply a sample of breath and do not have a 'reasonable

Além dos países citados, penalidades criminais por recusa a testes que permitam certificar a influência de álcool são impostas no Canadá, Áustria e parte da Austrália²⁴.

DA PENALIZAÇÃO DA RECUSA DE SUBMISSÃO À FISCALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Veja-se, portanto, que em diversos países se adotam práticas muito mais severas do que a legislação brasileira, que apenas **pune a recusa aos testes de forma administrativa**, e não criminal.

Ou seja, a discussão no cenário internacional é a possibilidade de criminalizar a própria recusa de submissão ao teste, sendo possível, atendidos certos requisitos, a obtenção da prova de forma coercitiva, se necessário - o que por aqui a jurisprudência pátria dominante *não admite nem com ordem judicial*.

A punição administrativa é amplamente aceita sem maiores dificuldades e **não se encontra, no estrangeiro, qualquer discussão séria no sentido de simplesmente despenalizar completamente (criminal e administrativa) a recusa à fiscalização**.

Em tais países, que conseguiram significativas reduções no número de mortes, **predomina a compreensão de que o direito a não produzir provas contra si mesmo não significa imunidade à submissão a procedimentos administrativos de fiscalização**.

Por tal motivo, a recusa em submeter-se a exames e testes configura conduta ilícita que pode ser punida, a critério do legislador, de forma administrativa (e, em alguns países, como demonstrado, penalmente) sem que essa exigência configure ofensa ao direito a não autoincriminação.

Essa constatação não escapou à compreensão da melhor doutrina e jurisprudência nacionais.

Analisando a questão de modo aprofundado, o Superior Tribunal de Justiça, no RESp 1.677.380/RS, em brilhante voto de lavra do Min. HERMAN BENJAMIM, afirma que:

excuse', you can be arrested. A reasonable excuse could be a genuine physical or mental condition stopping you from giving a sample." Disponível em <<https://www.gov.uk/stopped-by-police-while-driving-your-rights/breath-tests>>

24 Nesterode, J. (2017). From Schmerber to McNeely to Birchfield: The Life and Death of the "Per Se" Rule. Criminal Law Bulletin, 53(1), 110-157. Disponível em <Retrieved from http://digitalcommons.wcupa.edu/crimjust_facpub/7>

Não há incompatibilidade entre o princípio *nemo tenetur se detegere* e o § 3º do art. 277 do CTB, pois este se dirige a deveres instrumentais de natureza estritamente administrativa, sem conteúdo criminal, em que as sanções estabelecidas têm caráter meramente suasório da observância da legislação de trânsito.

A dignidade da pessoa humana em nada se mostra afrontada pela obrigação de fazer prevista no *caput* do art. 277 do CTB, com a consequente penalidade estabelecida no § 3º do mesmo dispositivo legal.

Primeiro, porque inexistente coação física ou moral para que o condutor do veículo se submeta ao teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro. Só consequência patrimonial e administrativa pelo descumprimento de dever positivo instituído pela legislação em favor da fiscalização viária. Pode o condutor livremente optar por não realizar o teste, assumindo os ônus legais correspondentes.

Segundo, porque a sanção administrativa pela recusa em proceder na forma do art. 277, *caput*, não presume culpa de embriaguez, não implica autoincriminação, tampouco serve de indício da prática do crime do art. 306 do CTB. Restringe-se aos efeitos nela previstos, sem qualquer repercussão na esfera penal ou na liberdade pessoal do indivíduo.

Igualmente, em diversos arestos das Câmaras de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proclamou-se a constitucionalidade do dispositivo questionado, afastando-se expressamente a violação ao princípio “*nemo tenetur se detegere*”.

Ressaltando a impossibilidade de vedar o exercício do poder de polícia, em voto de lavra do Des. BANDEIRA LINS, a 8ª Câmara de Direito Público firmou entendimento segundo o qual

“não houve punição do impetrante por eventual embriaguez ao volante, mas sim por descumprimento de um comando normativo geral, a todos imposto como forma de exercício do Poder de Polícia, que, no interesse da coletividade, concernente à segurança viária e à garantia da incolumidade física das pessoas, tem a prerrogativa de, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regular a prática de ato ou a abstenção de fato.”²⁵

Igualmente, a 10ª Câmara de Direito Público entendeu, no voto-condutor da

25 Apelação Cível 1046624-37.2017.8.26.0506; Relator (a): Bandeira Lins; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/03/2019; Data de Registro: 03/04/2019

Des. TERESA RAMOS MARQUES que:

O direito à não autoincriminação restringe-se à esfera penal, de modo que não pode a parte se valer dele no âmbito administrativo. Note-se que a recusa a se submeter ao teste de bafômetro configura infração autônoma, que não implica a presunção de direção sob a influência de álcool, ainda que determine a aplicação da mesma sanção.²⁶

Por fim, destaca-se julgamento da 7ª Câmara de Direito Público, por voto do Des. FERNÃO BORBA FRANCO, consignou que *“é possível ao Administrador conferir punição administrativa (não-penal) àqueles que se recusarem à submissão da atividade verificatória, como incentivo de natureza negativa para que contribua voluntariamente com a atividade.”*

Deste modo, conclui

*“[...] nenhuma garantia constitucional está sendo ferida com a pena estipulada pela norma, na medida em que o “nemo tenetur se detegere” tem aplicação apenas na seara penal. Toda verificação do cumprimento de normas administrativas implica em algum desconforto da parte verificada, **desconforto este que deve ser suportado na medida em que protege um bem maior, qual seja, a segurança no trânsito.**”²⁷*

Destarte, como demonstrado, as Leis federais nº 11.705/2008 e 13.281/16 não incidem em qualquer vício de inconstitucionalidade.

Ao contrário são medidas proporcionais e adequadas, que estão de acordo com a prática internacional e em nada infirmam o princípio da vedação da autoincriminação.

Portanto, a procedência deste incidente, embora não tenha efeitos erga omnes, por ter efeito vinculante, incentivará a judicialização e colocará o Estado de São Paulo numa exótica posição: qualquer um que aqui se recuse ao teste do etilômetro não sofrerá nenhuma consequência, inclusive administrativa, caso ingresse com demanda judicial (diante do disposto no art. 927, V do CPC) requerendo anulação da pena imposta.

26 Apelação Cível 1013074-86.2015.8.26.0032; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Araçatuba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/12/2018; Data de Registro: 19/12/2018

27 Agravo de Instrumento 2014691-58.2018.8.26.0000; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Franca - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/09/2018; Data de Registro: 24/09/2018

Ademais, a declaração de inconstitucionalidade seria contrária a toda evidência empírica e científica sobre o tema e estaria em desacordo com a experiência internacional.

PEDIDOS

Por todo o exposto, o ESTADO DE SÃO PAULO pede e espera sua admissão no incidente e, no mérito, seja declarada a constitucionalidade dos dispositivos legais questionados.

São Paulo, 12 de agosto de 2019.

FREDERICO JOSÉ FERNANDES DE ATHAYDE
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CONTENCIOSO-GERAL
OAB/SP 270.368

PAULO BRAGA NEDER
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO ADJUNTO DO CONTENCIOSO-GERAL
OAB/SP 301.799

JORGE ANTONIO DIAS ROMERO
PROCURADOR DO ESTADO
OAB/SP 314.507

AUGUSTO BELLO ZORZI
PROCURADOR DO ESTADO
OAB/SP 234.949

Registro: 2020.0000099188

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0021435-69.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a se-guinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, REJEITARAM A ARGUIÇÃO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. MOACIR PERES. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ANTÔNIO CEL-SO AGUILAR CORTEZ (COM DECLARAÇÃO), XAVIER DE AQUINO (COM DECLARAÇÃO). ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, MÁRCIO BÁRTOLI, GERALDO WOHLERS E PEREIRA CALÇAS. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR OS EXMOS. SRS. DES. ÁLVARO PASSOS E LUIS SOARES DE MELLO. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), ALVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTI-NA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, LUIS SOARES DE MELLO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CAS-CONI, RENATO SARTORELLI E CARLOS BUENO.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2020

MOACIR PERES
RELATOR DESIGNADO

VOTO Nº 32.677 (processo digital)

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 0021435-69.2019.8.26.0000 de São Paulo

SUSCITANTE: 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

INTERESSADOS: * E OUTROS**

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – RECUSA À SUBMISSÃO AO TESTE DO ETILÔMETRO – PREVISÃO COMO INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA.

I. PEDIDO DE SUSPENSÃO ENQUANTO PENDENTE ADIN PERANTE O E. STF – Ações distintas, com efeitos diversos, independentes entre si – Ausência de prejudicialidade – Hipótese em que não há decisão liminar do E. Supremo Tribunal Federal determinando a suspensão nem há pronunciamento dos Tribunais Superiores sobre a questão (parágrafo único, artigo 949, CPC) – Pedido de suspensão indeferido.

II. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – Infração de natureza administrativa de mera conduta – Penalidades que não importam efeito penal Inaplicabilidade do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) – Princípio decorrente das garantias constitucionais do direito ao silêncio e do princípio da presunção da não culpa, características do processo judicial criminal – Aplicabilidade relativizada – Precedentes – Garantias que não se aplicam indiscriminadamente a toda espécie de processo, sob pena de tornar inúteis determinados procedimentos.

Inexistência de consenso neste E. Tribunal de Justiça sobre o tema, prevalecendo em larga escala, todavia, o entendimento de que são aplicáveis os aludidos dispositivos legais.

Pendência de ação direta de inconstitucionalidade a ser julgada pelo E. STF na qual não foram suspensos os efeitos dos dispositivos legais ora impugnados.

Inexistência de vício de inconstitucionalidade. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade, suscitada pela 13ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, contra o artigo 165-A e o § 3º do artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, que aplica penalidades e medidas administrativas à conduta do condutor de veículo automotor que se recusa a se submeter a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa.

O órgão fracionário, em v. acórdão que teve a relatoria do Des. Borelli Thomaz,

entendendo que “[...] a regra do art. 227, § 3º do Código de Trânsito Brasileiro, de se apenar como se embriagado estivesse quem apenas e tão só exerceu legítimo direito de não se submeter a descabido exame, não podendo, por isso, caracterizar 'infração autônoma', é irregular e afrontosa a comezinhos princípios de Direito, mormente a princípios da Constituição Federal” (fls. 106).

Por essa razão, invocando a cláusula de reserva de plenário, suscitou o presente incidente.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do incidente (fls. 482/489).

É o relatório.

Inicialmente, indefere-se o pedido de suspensão do julgamento enquanto pendente análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.103/DF, perante o E. Supremo Tribunal Federal, que tem por objeto esses mesmos dispositivos legais.

Como é cediço, a pendência de ação direta de inconstitucionalidade, que tem efeito *erga omnes* e vinculante, não prejudica a tramitação de arguição que visa a dar cumprimento à cláusula de plenário, resolvendo a questão incidental da alegação de inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal, com efeito inter partes, a fim de permitir o julgamento da ação principal.

Trata-se de ações distintas, com efeitos diversos. São, por isso, independentes entre si.

Não seria descabida a pleiteada suspensão caso houvesse decisão liminar do E. Supremo Tribunal Federal determinando-a ou se já existisse pronunciamento destes ou do plenário do E. STF sobre a questão, conforme determina o parágrafo único do artigo 949 do Código de Processo Civil. Não é o caso, contudo.

Incabível, portanto, a pretendida suspensão.

É esse o entendimento deste C. Órgão Especial:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — Remessa ao Colendo Órgão Especial para apreciação da constitucionalidade de texto de lei estadual em relação à Constituição Federal, em controle difuso, na forma da Súmula Vinculante nº 10 do S.T.F. — Suspensão da tramitação por relator anterior em razão do ajuizamento de ADI pelo Governador do Estado contra o mesmo texto perante o Supremo Tribunal Federal — Situação em que a exegese dos artigos

948 e seguintes do NCPC não aponta para a inviabilidade da tramitação do incidente na pendência de julgamento de ação direta de mesmo objeto, se nela não tiver sido proferida nenhuma decisão determinando a suspensão – Hipótese de tramitação simultânea expressamente acolhida no S.T.F. (Ag.Rg na Reclamação nº 26.512/ES) – Suspensão arredada. Oportuno ressaltar que aquela ADI em tramitação no

S.T.F. foi ajuizada pelo Governador do Estado de São Paulo, eis que seu veto integral ao Projeto de Lei nº 942/2011, motivado pelo vício na iniciativa parlamentar, foi derrubado pela Assembleia Legislativa, resultando na promulgação da Lei 15.301/2014, ora impugnada. (...) Incidente acolhido (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0043759-58.2016.8.26.0000 rel. des. Jacob Valente j. em 15.05.2019).

Por essa razão, indefiro o pedido de suspensão e passo ao julgamento do mérito da arguição.

No mérito, o incidente de inconstitucionalidade deve ser rejeitado.

Pretende ***, por meio do presente mandado de segu-rança, obter ordem “a fim de confirmar a liminar deferida, bem como declarar nulo o auto de infração de trânsito nº 3C366521-7, instaurado de forma manifestamente ilegal em desfavor do condutor Impetrante” (fls. 12/13).

A Câmara ora suscitante, ao apreciar o recurso de Apelação interposto contra a r. sentença que concedeu a ordem, entendeu que a recusa do motorista a se submeter ao teste do etilômetro não pode, per si, caracterizar infração, suscitando o presente incidente a fim de verificar a consonância dos artigos 165-A e 277, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro com as normas constitucionais vigentes.

Assim dispõe o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997:

Art. 165-A. *Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277: (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)*

Infração - gravíssima; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270. (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)

[...]

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

[...]

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016)

Entendo que os dispositivos legais impugnados não padecem de vício material de inconstitucionalidade.

Inicialmente, é necessário analisar a natureza da infração em questão.

Trata-se de infração administrativa. As penalidades cominadas (multa e suspensão do direito de dirigir) são administrativas, aplicadas pela própria autoridade de trânsito, e não importam efeito penal. A simples recusa não implica enquadramento da conduta no crime definido no artigo 306 do CTB (“Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”).

E trata-se de infração administrativa de mera conduta. Para que o condutor consuma a infração prevista no artigo 165-A, basta a simples recusa a se submeter ao teste do “bafômetro”, ainda que não apresente nenhum sinal que possa levar à constatação da embriaguez.

No caso dos autos, a título de exemplo, o agente autuador não indicou nenhum dos “Sinais de alteração da capacidade psicomotora” elencados no item 5.8 do auto de infração, dentre os quais se encontram: sonolência, arrogância, não saber a data e hora, olhos vermelhos, exaltação, não saber onde está, vômito, ironia, não saber seu endereço, soluços, estar falante, não lembrar dos atos cometidos, desordem nas vestes, dispersão, odor de álcool, dificuldade no equilíbrio, agressividade e fala

alterada. Ainda assim, simplesmente por ter se recusado a se submeter ao teste, a impetrante foi autuada (fls. 24 e 25).

E, em se tratando de infração administrativa sem reflexos penais automáticos, não há se falar em inobservância ao princípio da não autoincriminação.

De fato, a Constituição Federal assim prevê:

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

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...]

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Como corolário dos princípios da presunção da não culpa e do direito de permanecer calado, assegurados nos citados dispositivos constitucionais, surge o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), segundo o qual ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Da simples leitura do texto constitucional se verifica que essas são garantias do processo judicial criminal daí as menções ao trânsito em julgado da sentença e à prisão.

Mas, mesmo na órbita criminal, o princípio da não incriminação tem sua aplicabilidade relativizada, como se observa da decisão tomada recentemente pelo E. Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário n. 971.959, relatado pelo Min. Luiz Fux, sob o rito da repercussão geral (**Tema 907**):

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 907 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “A regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade”, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que votaram contrariamente à tese. Não participou, justificadamente

te, da votação da tese, o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, a Ministra Rosa Weber. Plenário, Sessão Ordinária, 14.11.2018.

O aludido Tema 907 cristalizou o entendimento de que o condutor que se evade do local de acidente pode ser punido criminalmente por ter tentado evitar a responsabilização criminal e civil, sem que esse tipo penal importe violação ao princípio da não incriminação. Ora, se é permitida a imposição de sanção penal por ter o agente fugido para evitar responsabilização, com mais razão poderia ser sancionada administrativamente a conduta de motorista que se recusa a se submeter a teste que poderá ou não dar suporte à verificação da prática de infração administrativa ou de crime.

Se nem na esfera criminal a observância ao princípio, portanto, é absoluta, pode-se concluir que as garantias constitucionais do direito ao silêncio e do princípio da presunção da não culpa não se aplicam indiscriminadamente a toda espécie de processo, sob pena de tornar inúteis determinados procedimentos.

É o caso, por exemplo, do procedimento administrativo para apuração de infração tributária. O contribuinte, segundo a legislação vigente, pode ser compelido a apresentar sua documentação contábil a fim de permitir ao agente fiscalizador a apuração de eventual infração. Caso se entendesse aplicável a esse tipo de procedimento o princípio da não autoincriminação, garantindo-se ao fiscalizado o direito de manter segredo sobre seus registros, seria impossível ao agente fiscal apurar os fatos, tornando inútil o procedimento.

Da mesma forma, a observância a esse princípio impediria a efetividade das ações de vigilância sanitária, submetendo a população a todo tipo de risco à saúde e à segurança.

Neste E. Tribunal de Justiça, não há um consenso a respeito desse tema.

Alguns desembargadores reconhecem a inconstitucionalidade dos dispositivos legais analisados, como, p.e.:

- Apelação n. 1028442-38.2016.8.26.0053, Rel. Des. Gavião de Almeida, j. em 09.04.2019, 3ª C.
- Apelação n. 1000096-51.2018.8.26.0136, Rel. Des. Coimbra Schmidt, j. em 03.06.2019, 7ª C.
- Apelação n. 1030461-46.2018.8.26.0053, Rel. Des. Décio Notarangeli, j. em 18.09.2019, 9ª C.

- Apelação n. 1006960-14.2018.8.26.0037, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, j. em 09.07.2019, 11ª C.
- Apelação n. 1033131-57.2018.8.26.0053, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. em 24.04.2019, 13ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2137755-71.2019.8.26.0000, Rel. Des. Djalma Lo-frano Filho, j. em 16.10.2019, 13ª C.

Outros, por sua vez, entendem serem constitucionais os artigos do CTB, como, v.g.:

- Agravo de Instrumento n. 2255467-82.2019.8.26.0000, Rel. Des. Rubens Rihl, j. em 19/11/2019, 1ª C.
- Apelação n. 1001947-97.2019.8.26.0037, Rel. Des. Marcos Pimentel Tamas-sia, j. em 13/11/2019, 1ª C.
- Apelação n. 1000033-77.2018.8.26.0022, Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, j. em 27/06/2019, 1ª C.
- Apelação n. 1002583-47.2017.8.26.0453, Rel. Des. Encinas Manfré, j. em 24/09/2019, 3ª C.
- Apelação n. 1000119-44.2016.8.26.0531, Rel. Des. Camargo Pereira, j. em 30/07/2019, 3ª C.
- Apelação n. 1004617-22.2018.8.26.0077, Rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. em 23/10/2018, 6ª C.
- Apelação n. 1000155-49.2019.8.26.0477, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. em 18/11/2019, 7ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2014691-58.2018.8.26.0000, Rel. Des. Fernão Bor-ba Franco, j. em 11/09/2018, 7ª C.
- Apelação n. 1046624-37.2017.8.26.0506, Rel. Des. Bandeira Lins, j. em 27/03/2019, 8ª C.
- Apelação n. 1050390-65.2018.8.26.0053, Rel. Des. J.M. Câmara Jr, j. em 07/08/2019, 8ª C.
- Apelação n. 1000275-18.2018.8.26.0125, Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. em 25/06/2019, 9ª C.
- Apelação n. 1011714-96.2018.8.26.0037, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. em 04/07/2019, 9ª C.
- Apelação n. 1003284-84.2019.8.26.0114, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. em 07/10/2019, 10ª C.
- Apelação n. 1057170-21.2018.8.26.0053, Rel. Des. Paulo Galizia, j. em 22/07/2019, 10ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2016767-21.2019.8.26.0000, Rel. Des. Teresa Ra-

mos Marques, j. em 15/02/2019, 10^a C.

- Agravo de Instrumento n. 2218325-15.2017.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Tadeu Ottoni, j. em 15/08/2018, 13^a C.

E há ainda desembargadores que, deixando de mencionar a questão da constitucionalidade dos dispositivos legais, aplicam-nos, entendendo válida a autuação, como, p.e.:

- Agravo de Instrumento n. 2185208-62.2019.8.26.0000, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. em 22/10/2019, 1^a C.
- Apelação n. 1037975-50.2018.8.26.0053, Rel. Des. Aliende Ribeiro, j. em 08/10/2019, 1^a C.
- Apelação n. 1005057-56.2019.8.26.0053, Rel. Des. Danilo Panizza, j. em 17/04/2019, 1^a C.
- Agravo de Instrumento n. 2220828-38.2019.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Vieira Von Adamek, j. em 01/11/2019, 2^a C.
- Agravo de Instrumento n. 2213354-16.2019.8.26.0000, Rel. Des. Vera Angrisani, j. em 30/10/2019, 2^a C.
- Apelação n. 1029825-52.2018.8.26.0224, Rel. Des. Renato Delbianco, j. em 18/09/2019, 2^a C.
- Apelação n. 1005502-69.2018.8.26.0066, Rel. Des. Luciana Bresciani, j. em 12/08/2019, 2^a C.
- Apelação n. 1001629-40.2019.8.26.0482, Rel. Des. Alves Braga Jr, j. em 19/07/2019, 2^a C.
- Apelação n. 1016095-10.2018.8.26.0309, Rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi, j. em 10/05/2019, 2^a C.
- Agravo de Instrumento n. 2218386-02.2019.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, j. em 21/10/2019, 4^a C.
- Apelação n. 1000532-79.2018.8.26.0695, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 11/03/2019, 4^a C.
- Agravo de Instrumento n. 2068820-13.2018.8.26.0000, Rel. Des. Osvaldo Magalhães, j. em 07/05/2018, 4^a C.
- Agravo de Instrumento n. 2193093-30.2019.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Bianco, j. em 07/10/2019, 5^a C.
- Apelação n. 1002920-24.2017.8.26.0360, Rel. Des. Heloísa Mimessi, j. em 12/09/2018, 5^a C.

- Agravo de Instrumento n. 2127662-83.2018.8.26.0000, Rel. Des. Maria Laura Tavares, j. em 17/07/2018, 5ª C.
- Apelação n. 1006849-79.2018.8.26.0053, Rel. Des. Leme de Campos, j. em 14/10/2019, 6ª C.
- Apelação n. 1009649-57.2019.8.26.0114, Rel. Des. Sílvia Meirelles, j. em 03/10/2019, 6ª C.
- Apelação n. 1006495-22.2016.8.26.0248, Rel. Des. Maria Olívia Alves, j. em 19/03/2018, 6ª C.
- Apelação n. 1000841-45.2018.8.26.0196, Rel. Des. Fernão Borba Franco, j. em 23/10/2019, 7ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2096110-66.2019.8.26.0000, Rel. Des. Percival Nogueira, j. em 28/05/2019, 8ª C.
- Apelação n. 1046030-98.2018.8.26.0114, Rel. Des. Ponte Neto, j. em 22/07/2019, 8ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2244024-37.2019.8.26.0000, Rel. Des. Marcelo Semer, j. em 18/11/2019, 10ª C.
- Apelação n. 1003029-26.2019.8.26.0309, Rel. Des. Aroldo Viotti, j. em 06/11/2019, 11ª C.
- Apelação n. 1001715-62.2019.8.26.0077, Rel. Des. Afonso Faro Jr, j. em 23/10/2019, 11ª C.
- Apelação n. 1001390-82.2017.8.26.0651, Rel. Des. J.M. Ribeiro de Paula, j. em 26/09/2019, 12ª C.
- Apelação n. 1005126-23.2014.8.26.0196, Rel. Des. Souza Meirelles, j. em 13/08/2019, 12ª C.
- Apelação n. 1006184-63.2018.8.26.0053, Rel. Des. Isabel Cogan, j. em 25/09/2018, 12ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2065983-82.2018.8.26.0000, Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, j. em 12/09/2018, 12ª C.

A jurisprudência também não é pacífica nos tribunais superiores.

O E. Superior Tribunal de Justiça, contudo, já entendeu no sentido da impossibilidade de afastamento da punição administrativa pela recusa de submissão ao teste do etilômetro em razão da observância ao princípio da não autoincriminação:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TAXISTA. TESTE DE ALCOOLEMIA, ETILÔ-

METRO OU BAFÔMETRO. RECUSA EM SE SUBMETER AO EXAME. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 277, §3º C/C

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL Nº 0021435-69.2019.8.26.0000 SÃO PAULO VOTO Nº 32.677

ART. 165 DO CTB. AUTONOMIA DAS INFRAÇÕES. IDENTIDADE DE PENAS. DESNECESSIDADE DE PROVA DA EMBRIAGUEZ. INFRAÇÃO DE MERA CONDUTA. DEVER INSTRUMENTAL DE FAZER. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. INAPLICABILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. TIPO ADMINISTRATIVO QUE NÃO CONSTITUI CRIME. SEGURANÇA VIÁRIA. DIREITO FUNDAMENTAL. DEVER DO ESTADO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA RESPEITADA. SÚMULA 301/STJ. PREVISÃO DE EFEITOS LEGAIS CONTRÁRIOS A QUEM SE RECUSA A SE SUBMETER A PROVA TÉCNICA. TEMA NÃO EXCLUSIVO DO CTB E SUMULADO PELO STJ. INFRAÇÃO COMETIDA NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE TRANSPORTE REMUNERADO DE PASSAGEIROS. ATIVIDADE DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO ESTATAL. SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA REGIDO PELA LEI 12.587/2012. OBRIGAÇÃO DE CUMPRIR A LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO REFORÇADA.

1. A controvérsia sub examine versa sobre a consequência administrativa da recusa do condutor de veículo automotor a se submeter a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa.

[..]

6. Interpretação sistemática dos referidos dispositivos permite concluir que o CTB instituiu duas infrações autônomas, embora com mesmo apenamento: (i) dirigir embriagado; (ii) recusar-se o condutor a se submeter a procedimentos que permitam aos agentes de trânsito apurar seu estado.

7. A recusa em se submeter ao teste do bafômetro não presume a embriaguez do art. 165 do CTB, tampouco se confunde com a infração ali estabelecida. Apenas enseja a aplicação de idêntica penalidade pelo descumprimento do dever positivo previsto no art. 277, caput.

[...]

12. A prova da infração do art. 277, § 3º é a de descumprimento do dever de agir. Tão só. Sem necessidade de termo testemunhal ou outro meio idôneo admitido no § 2º do mesmo dispositivo legal.

13. O princípio *nemo tenetur se detegere* tem origem na garantia constitucional contra a autoincriminação e no direito do acusado de permanecer calado, sem ser coagido a produzir provas contra si mesmo. Aplica-se de forma irrestrita aos processos penais, sendo essa a sua esfera nuclear de proteção.

14. É possível admitir a incidência ampliada do princípio *nemo tenetur se*

detegere quando determinada infração administrativa também constituir ilícito penal. Nesses casos, a unicidade de tratamento confere coerência interna ao sistema jurídico.

15. Nas situações em que a independência das instâncias é absoluta e os tipos infracionais distintos, a garantia do nemo tenetur se detegere não tem aplicação sobre a função administrativa exercida no âmbito da sua competência ordenadora, por falta de amparo no ordenamento pátrio.

16. Entender o contrário levaria ao absurdo de se admitir que o condutor pudesse recusar-se, sem as penalidades cabíveis, a submeter seu veículo a inspeção veicular ou a apresentar às autoridades de trânsito e seus agentes os documentos de habilitação, de registro, de licenciamento de veículo e outros exigidos por lei, para averiguação da regularidade documental prescrita pela legislação.

[...]

27. Não há incompatibilidade entre o princípio nemo tenetur se detegere e o §3º do art. 277 do CTB, pois este se dirige a deveres instrumentais de natureza estritamente administrativa, sem conteúdo criminal, em que as sanções estabelecidas têm caráter meramente persuasório da observância da legislação de trânsito. 28. A dignidade da pessoa humana em nada se mostra afrontada pela obrigação de fazer prevista no caput do art. 277 do CTB, com a consequente penalidade estabelecida no §3º do mesmo dispositivo legal.

29. Primeiro, porque inexistente coação física ou moral para que o condutor do veículo se submeta ao teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro. Só consequência patrimonial e administrativa pelo descumprimento de dever positivo instituído pela legislação em favor da fiscalização viária. Pode o condutor livremente optar por não realizar o teste, assumindo os ônus legais correspondentes.

30. Segundo, porque a sanção administrativa pela recusa em proceder na forma do art. 277, caput, não presume culpa de embriaguez, nem implica autoincriminação. Tampouco serve de indício da prática do crime do art. 306 do CTB. Restringe-se aos efeitos nela previstos, sem repercussão na esfera penal ou na liberdade pessoal do indivíduo.

31. A exigência legal de submissão a exame técnico ou científico, com os consectários jurídicos da recusa, não é exclusividade do CTB. Consta, v.g., dos art. 231 e 232 do Código Civil.

[...]

37. Recurso Especial provido. (REsp 1677380/RS, rel. ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017)

Assim, entendo que, em que pese a lucidez de sua lógica argumentativa, sempre com o devido respeito, discorda-se do posicionamento adotado pela **Min. Carmem**

Lúcia quando, atuando como relatora de recursos extraordinários nos quais se realiza o controle difuso da constitucionalidade dos dispositivos legais ora questionados, invoca jurisprudência do E. STF a fim de justificar a aplicabilidade do princípio da não autoincriminação ao caso (p.e., RE 1243634/RS, j. em 21/11/2019; ARE 1242504/RS, j. em 11/11/2019; RE 1224546/RS, j. em 14/08/2019; RE 1223845/RS, j. em 06/08/2019).

A Ministra, ao fundamentar seus votos, justifica que o princípio da não autoincriminação é aplicável de forma ampla a processos e investigações criminais, ultrapassando a limitação ao direito de permanecer calado, além de a processos administrativos.

Conforme já afirmado, não se nega que o princípio se aplique a processos criminais. O que ocorre, no caso dos autos, é que a simples recusa à submissão ao teste não importa, diretamente, efeitos criminais, razão pela qual não se pode falar em aplicabilidade do princípio por esse motivo.

Ademais, os processos administrativos mencionados pela ilustre Ministra, nos quais entende o E. STF dever ser observado o princípio da não incriminação, são pontuais e não implicam a adequação da garantia individual a toda e qualquer situação. Em contraponto aos casos citados nos julgamentos dos referidos recursos extraordinários (v.g., a possibilidade de testemunha em processo administrativo disciplinar permanecer calada), citamos outros casos em que a própria legislação expressamente admite seja o indivíduo compelido a produzir prova contra si mesmo (o que ocorre na fiscalização tributária, por exemplo).

Ademais, não é prudente que este C. Órgão Especial declare, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados, se há **ação direta de inconstitucionalidade pendente perante o E. STF na qual não foram suspensos os seus efeitos.**

De fato, ao receber a petição da ADI 4103, ajuizada pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento ABRASEL NACIONAL, o Min. Gilmar Mendes, então Presidente daquele E. Tribunal, deixou de apreciar o pedido de cautelar para determinar a submissão do processo ao rito definido no artigo 12 da Lei n. 9.868/99, segundo o qual:

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a

manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Processada a ação, não houve em nenhum momento a apreciação do pedido de suspensão dos efeitos dos dispositivos legais impugnados, que permanecem vigentes e de observância obrigatória.

Assim, não se verifica vício de inconstitucionalidade nos artigos 165-A e 277, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro.

Diante do exposto, pelos motivos supramencionados, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

MOACIR PERES
RELATOR DESIGNADO

EXMO(A). SR(A). DR(A). DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – SP

AGRAVANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVADO: CARLOS ALEXANDRE KLOMFAHS E OUTRO

O ESTADO DE SÃO PAULO, pela Procuradora do Estado que esta subscreve, vem, com fundamento no Código de Processo Civil, artigo 1.015, inciso I, oferecer recurso de **AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO** em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz da 15^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo no processo nº 1020031-35.2018.8.26.0053, que indeferiu a impugnação ao valor fixado de honorários periciais e determinou que a FESP depositasse a quantia.

Requer, com amparo no artigo 1.019, inciso I do CPC, a suspensão da eficácia da r. decisão agravada, até o pronunciamento definitivo, em virtude da lesão grave e de difícil reparação que pode redundar da decisão agravada, como será a seguir demonstrado.

Por se tratar de processo eletrônico, nos termos do art. 1.017, §5º do CPC, é dispensada a juntada das peças arroladas no inciso I e II do referido dispositivo.

Salienta-se, por oportuno, a ausência de cópia da procuração da agravante, em razão de sua representação ser feita, nos termos da lei, pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, conforme prevê o art. 99, I, da Constituição Estadual, com redação dada pela EC nº 19, de 14/04/2004.

Indica-se, ainda, os nomes e endereços dos advogados das partes, nos termos do art. art. 1.016, IV, do Código de Processo Civil:

O agravante é representado pela Procuradora do Estado Graziella Moliterni Benvenuti, OAB/SP nº 319.584, subscritora da presente, com endereço para intimações na Rua Dona Maria Paula, nº 67, 5º andar, Bela Vista, São Paulo/SP, CEP 01501-020, telefone 3130-9100.

Os agravados são representados nos autos pelo Dr. Carlos Alexandre Klomfahs, OAB/SP nº. 346.140, com endereço na Rua Rio Branco, n. 234, apto. 34, Centro,

São Bernardo do Campo - SP, CEP 09710-090; e Dr. Marcelo Feller, OAB/SP nº 296.848, com endereço na Alameda Santos, nº . 2222/2224, conj. 51, Jardins, São Paulo- SP, CEP: 01418-200.

Assim, o agravante requer o recebimento e processamento do presente recurso.

Pede deferimento.

São Paulo, 24 de janeiro de 2020.

GRAZIELLA MOLITERNI BENVENUTI
PROCURADORA DO ESTADO OAB/SP Nº 319.584

RAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTES: ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVADO: CARLOS ALEXANDRE KLOMFAHS E OUTRO

Egrégio Tribunal, Ilustres julgadores,

Trata-se de ação popular que tem por objeto a desconstituição de contrato administrativo com objeto de pintura de quadro oficial do ex-governador José Serra, com inexigibilidade de licitação, sob o argumento de ofensa à moralidade administrativa.

O MM. Juízo deferiu a realização de prova pericial "para avaliação especializada da obra em questão, para análise do ponto controvertido quanto à existência de superfaturamento".

A segunda perita nomeada apresentou sua estimativa de honorários em R\$ 12.500,00, considerando um trabalho de 50 (cinquenta) horas, ao custo de R\$ 250,00 por hora.

A FESP impugnou a proposta porque a perita não trouxe elementos suficientes que teriam servido de base para a valoração de seus honorários, limitando-se a afirmar que estipulou o valor da hora técnica com base na relevância do tema litigado, a complexidade dos serviços a se executar e nas questões a serem respondidas.

O MM. Juízo indeferiu a impugnação nos seguintes termos:

Vistos.

Em que pese as considerações tecidas pela requerida, a impugnação aos honorários periciais guarda caráter genérico, sem apontar em que medida o valor estaria superestimado.

Ademais, o número de horas guarda compatibilidade com a complexidade e relevância do trabalho a ser desenvolvido, além de corresponder à estimativa apresentada pelo perito que havia sido nomeado.

Observa-se, por fim, que o valor é semelhante àquele sugerido pelo Ministério Público na manifestação às fls. 354/357.

Fixo os honorários, pois, na quantia estimada pela i. Perita.

Deverá a Fazenda do Estado depositar o valor relativo aos honorários provisórios. Intime-se.

Conforme se verá a seguir, a decisão deve ser reformada.

I. DO CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO – MITIGAÇÃO DO ROL DO ART. 1015 DO CPC – RESP 1.696.396 E DO RESP 1.704.520

O STJ mitigou o rol estabelecido pelo legislador no art. 1.015 do CPC, conforme julgamentos do REsp 1.696.396 e do REsp 1.704.520 (Recurso Repetitivo - Tema 988), na hipótese de se tratar de tema urgente, cuja apreciação em apelação seria inócuo:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

(...)

6 - Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

(...) (REsp 1696396/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018)

Como o presente caso trata da fixação de honorários periciais em ação popular que devem ser pagos imediatamente pela FESP, a discussão de seu valor e quem deve pagar deve ser feita neste momento processual.

Eventual análise em sede de recurso de apelação seria totalmente inócua.

Portanto, o presente recurso de agravo de instrumento deve ser conhecido, nos termos da referida jurisprudência da Corte Especial STJ.

II. DA DESPROPORCIONALIDADE DO VALOR DOS HONORÁRIOS PERICIAIS.

O valor da obra de arte que será avaliada é de R\$ 85.000,00 e a estimativa de honorários periciais é de R\$ 12.500,00, o que corresponde a 14,7% do valor da obra.

É flagrante a desproporcionalidade do valor estimado.

Ora, se nesta ação popular se questiona o pagamento de R\$ 85.000,00 para a contratação de um artista para a elaboração de um quadro, é desarrazoado despende R\$ 12.500,00 de verba pública para o pagamento de perito para avaliar o preço do mesmo quadro.

E a i. Perita estimou que o trabalho de avaliação levará 50 horas, sendo R\$ 250,00 por hora, porém não especificou como serão gastas essas 50 horas:

Izabel Muanis do Amaral Rocha, perita, com escritório localizado na Rua Joaquim Cândido de Azevedo Marques, 1200, Morumbi, 05688-021, São Paulo - SP, nomeada e compromissada nos autos desta Ação Popular, proposta por Carlos Alexandre Klomfahs e outros contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outros, vem, respeitosamente perante V. Exa., em atenção ao despacho de folha 368, apresentar estimativa de honorários periciais provisórios, orçados em R\$12.5000,00 (doze mil e quinhentos reais), considerando um trabalho de 50 (cinquenta) horas, ao custo de R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais) / hora à título de honorários, proposta a qual submeto a aprovação de V. Exa. e do Ministério Público.

Para elaboração desta proposta, considerou-se a relevância do tema litigado, a complexidade dos serviços a se executar, assim como as questões a serem respondidas, as horas estimadas para a realização do trabalho, análise minuciosa da obra, além do prazo fixado em 60 dias, após aprovação desta.

Veja-se que a estimativa do valor total da perícia e das horas que serão necessárias são totalmente genéricas, porque a i. Perita não trouxe elementos suficientes que teriam servido de base para a valoração de seus honorários.

Não há sequer um cronograma das tarefas que serão desenvolvidas!

Cinquenta horas de trabalho corresponde a pouco mais de uma semana de trabalho (oito horas por dia), o que também parece superestimado para avaliação de preço de uma obra artística.

Com efeito, o valor fixado a título de honorários periciais deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e mostrar-se compatível com a complexidade, o lugar e o tempo da execução da prova técnica. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DO VALOR DAS PRES-TAÇÕES E SALDO DEVEDOR, COMINADA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO, DE COMPENSAÇÃO, EXTINÇÃO DE DÍVIDA E DE TUTELA JURISDICIONAL ANTECIPADA – PROVA PERICIAL – HONORÁRIOS PERICIAIS – REDUÇÃO – POSSIBILIDADE – Arbitramento deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além da complexidade do trabalho desenvolvido. No presente caso, verifica-se, de fato, excesso no valor fixado a título de honorários periciais, uma vez que, inexistem circunstâncias excepcionais, como dificuldades encontradas pelo profissional ou complexidade excessiva, a justificar a quantia estimada (R\$ 19.200,00). Assim, em atenção ao princípio da razoabilidade e às circunstâncias do presente caso, os honorários periciais comportam redução para o valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), o qual remunera adequadamente e com dignidade o profissional nomeado. - DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2047979-60.2019.8.26.0000; Relator (a): Eduardo Siqueira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/12/2019; Data de Registro: 11/12/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO HONORÁRIOS PERICIAIS - A fixação dos honorários do perito deve ser feita em atenção não só a natureza e complexidade do exame, como também, o quanto possível, com adequação ao bem da vida objeto do litígio. (TJSP; Agravo de Instrumento nº 0033953-09.2010.8.26.0000; 30ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Orlando Pistoresi; J. 24.03.2010) (gn)

Importante destacar que o CNJ editou a Resolução nº 232, de 13/07/2016, para regulamentar os valores dos honorários a serem pagos aos peritos, nos casos de beneficiário da gratuidade da justiça, no âmbito da Justiça de primeiro e segundo graus, nos termos do disposto no artigo 95, §3º, II, do CPC.

O valor máximo estabelecido pelo CNJ para o pagamento de perícia judicial é de R\$ 870,00 para o caso de laudo em ação demarcatória.

A perícia a ser realizada na presente demanda, para avaliação do trabalho artístico realizado, tem enquadramento no item 6.3 – Outras, cujo valor é de R\$ 300,00, sendo possível ao juiz, justificadamente, ultrapassar tal valor em até no máximo 5 (cinco) vezes (art. 2º, § 4º, da Resolução 232/2016).

Assim, aplicando-se a citada norma do CNJ, o teto para os honorários no presente caso é de R\$ 1.500,00.

Portanto, no presente caso o valor estimado se mostra totalmente desproporcional, tanto em relação ao valor da causa quanto aos parâmetros estabelecidos pelo CNJ, e não restou demonstrado que está de acordo com a complexidade da perícia, razão pela qual deve ser reduzido.

III. DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Verifica-se que o Ministério Público requereu a realização da prova pericial (fls. 275/282), motivo pelo qual deve arcar com o seu custeio. Vejamos.

Em primeiro lugar, está superado, diante da vigência do artigo 91 do novo Código de Processo Civil, o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.253.844-SC, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos, que, **calcado na aplicação analógica da súmula 232 do STJ**, estabelecia a obrigação de a Fazenda Pública custear o adiantamento dos honorários periciais nas ações civis públicas promovidas Ministério Público.

Com efeito, citado dispositivo legal estabeleceu o seguinte **regime legal** para o adiantamento dos honorários periciais: quando houver disponibilidade orçamentária, o adiantamento se dará no mesmo exercício financeiro, ao passo que, quando não houver, o adiantamento deverá ser realizado no exercício financeiro seguinte. **Em ambos os casos o custeio do adiantamento será realizado por aquele que requerer a prova**. É o que se extrai:

Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido.

§ 1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova.

§ 2º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.

Dessa forma, o Novo Código de Processo Civil superou os entendimentos jurisprudenciais anteriores e disciplinou que a obrigação de custeio dos honorários periciais é daquele que requereu a prova, seja ele o Ministério Público, a Defensoria Pública ou a Fazenda Pública.

Dessa forma, no presente caso, é o Ministério Público que deveria adiantar os custos dos honorários de acordo com a **lógica processual estabelecida pelo novo CPC**.

EXATAMENTE nesse sentido, confira-se recente decisão do E. Ministro Ricardo Lewandowski do STF:

(...)

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que se aplica supletivamente ao sistema processual coletivo, composto pela Lei da Ação Civil Pública e parte processual do Código de Defesa do Consumidor, nos termos do art. 1.046, § 2º, do NCPC e do art. 19 da LACP, a interpretação vigente ao tempo do Códex antigo deve ser repensada, sobretudo porque a LACP era omissa com relação ao responsável pelo pagamento dos honorários processuais.

Verifico a compatibilidade dos dispositivos do Código de Processo Civil/1973 com o artigo supra transcrito da LACP, eis que não concebiam o adiantamento dos honorários periciais pelo Ministério Público: “Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas ao final pelo vencido.”

Já o NCPC, redigido à luz da realidade atual, em que se sabe que os peritos qualificados para as perícias complexas a serem produzidas nas ações coletivas dificilmente podem arcar com o ônus de receber somente ao final, trouxe dispositivo condizente com os ditames econômicos da vida contemporânea e, no que tange ao aspecto específico objeto deste processo, assim dispôs no seu art. 91: “Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido.

§ 1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova.

§ 2º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.” Ora, como todos sabemos, propor ações civis públicas, sobretudo contra as Fazendas Públicas respectivas, é uma das principais atribuições dos Ministérios Públicos em nosso sistema processual. **Assim, parece-me inexorável reconhecer que o dispositivo foi redigido para vigorar também no processo coletivo, provocando uma**

releitura do art. 18 da Lei da Ação Civil Pública para conferir maior responsabilidade ao Parquet no ingresso das ações coletivas, por meio de incentivos financeiros voltados a esta finalidade.

Outrossim, o NCPD disciplinou o tema de forma minudente, tendo instituído regime legal específico e observado que o Ministério Público ostenta capacidade orçamentária própria, tendo, ainda, fixado prazo razoável para o planejamento financeiro do órgão.

(...)

Destaco que o fortalecimento do processo coletivo brasileiro passa, necessariamente, pela maior equiparação do poder das partes, pela melhor calibração dos incentivos para o agir responsável e pelo fortalecimento da atuação dos agentes privados, como forma de estimular a advocacia a envolver-se e a comprometer-se com este ramo da ciência processual, que é mais condizente com as necessidades atuais da burocratizada e complexa sociedade brasileira.

O NCPD trouxe regra que, a meu sentir, amolda-se a essas três necessidades e que deve ser prestigiada, porque harmônica com o desenho ideal do sistema processual coletivo.

Sublinho, em suma, que cabe à jurisprudência construir melhores soluções à luz do ordenamento de que dispomos para o regramento processual coletivo e que, neste aspecto ora em debate, parece-me claro em apontar o caminho, que é o da maior responsabilização do Parquet pela sua atuação em tais processos. Ante todo o exposto, acolho a argumentação da União Federal para responsabilizar o Ministério Público pelo pagamento dos honorários periciais da perícia por ele requerida, nos termos do art. 91 do Código de Processo Civil.

(...)

(ACO 1590/MS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/12/2018).

IV. DA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO:

Caso não sejam suspensos os efeitos da decisão agravada, ocorrerá uma série de atos judiciais desnecessários e dispendiosos, em razão da necessidade de depósito dos honorários periciais fixados pela FESP.

Como exposto anteriormente, o valor é totalmente desproporcional, havendo risco de lesão ao patrimônio público.

Assim, impõe-se a concessão de efeito suspensivo ao presente Agravo de Instrumento, para que sejam imediatamente afastados os efeitos da decisão agravada.

V. DO PEDIDO:

Por todo o exposto requer:

i) a concessão, *inaudita altera pars*, de efeito suspensivo ao presente recurso, suspendendo-se a eficácia da r. Decisão agravada até o julgamento definitivo;

ii) seja conhecido e provido esse Agravo de Instrumento, a fim de que seja reformada a decisão agravada para que seja reduzido o valor dos honorários periciais e que o depósito seja realizado pelo Ministério Público.

Pede deferimento.

São Paulo, 24 de janeiro de 2020.

GRAZIELLA MOLITERNI BENVENUTI
PROCURADORA DO ESTADO OAB/SP N° 319.584

Registro: 2020.0000265853

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3000274-15.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado CARLOS ALEXANDRE KLOMFAHS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI E CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 16 de abril de 2020.

RENATO DELBIANCO
RELATOR
ASSINATURA ELETRÔNICA

Voto nº 17.086

Agravo de Instrumento nº 3000274-15.2020.8.26.0000

Feito originário nº 1020031-35.2018.8.26.0053

Agravante : ESTADO DE SÃO PAULO

Agravados: CARLOS ALEXANDRE KLOMFAHS e OUTRO Interessados : GERALDO JOSÉ RODRIGUES ALCKMIN FILHO e OUTROS

Comarca: SÃO PAULO

Juiz de 1º Grau: ENIO JOSÉ HAUFFE

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação popular. Decisão que rejeitou impugnação ao valor fixado para fins de honorários periciais e determinou a intimação do Estado de São Paulo, ora agravante, para depósito da quantia. Adiantamento dos honorários periciais que deve ser feito pelo Ministério Público, que foi quem requereu a realização da prova, nos termos do art. 91 do Código de Processo Civil. Superado o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo de controvérsia (REsp nº 1.253.844/SC), porquanto o aludido precedente firmou-se sob a égide do regramento processual anterior. Precedentes desta C. Câmara e do Supremo Tribunal Federal. Valor dos honorários periciais que não se mostra desarrazoado. Decisão parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão de fls. 397 que, em sede de ação popular, rejeitou impugnação ao valor fixado para fins de honorários periciais e determinou a intimação do Estado de São Paulo, ora agravante, para depósito da quantia.

Sustenta o agravante, em suma, que os honorários periciais devem ser custeados por quem requereu a realização da prova pericial, vale dizer, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a teor do disposto no art. 91 do Código de Processo Civil, bem como que o valor seja reduzido.

Foi atribuído efeito suspensivo ao agravo

(fls. 15/17).

Certificado o decurso *in albis* do prazo para apresentação de contraminuta (fls. 22), opinou a douta Procuradoria de Justiça pelo desprovisionamento recursal (fls. 27/44).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 21).

É o relatório.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo em face da r. decisão que rejeitou impugnação ao valor fixado para fins de honorários periciais e determinou a sua intimação para depósito da quantia, em sede ação popular visando à anulação do contrato n.º 01/2018, firmado pelo Governo estadual com o artista Luiz Gregório Novaes Correia, para pintura em tela do retrato do ex-Governador José Serra, mediante o pagamento de R\$ 85.000,00.

Sustenta o agravante que a prova foi requerida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 275/282) e que, com o advento do art. 91 do Código de Processo Civil atual, encontra-se superado o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.253.844-SC, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos, que, calcado na aplicação analógica da Súmula 232 do STJ, estabelecia a obrigação da Fazenda Pública custear o adiantamento dos honorários periciais nas ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público. Pugna, subsidiariamente, pela redução do montante.

Revedo posicionamento anterior, considero superado o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo de controvérsia (REsp n.º 1.253.844/SC), porquanto o aludido precedente firmou-se sob a égide do regramento processual anterior, sendo que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o legislador optou por uma nova sistemática para fins de pagamento dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, nos termos do art. 91, §§ 1.º e 2.º, *in verbis*:

Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido.

§ 1.º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova.

§ 2.º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou

ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.

Com efeito, sob a nova ótica processual, depreende-se que as perícias requeridas pela Fazenda Pública, Ministério Público ou Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter seus valores adiantados por aquele que requerer a prova (§ 1.º) ou, inexistindo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público (§ 2.º).

Nesse sentido, recentemente tem decidido esta C. Câmara:

MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. Ação Civil Pública

*Adiantamento dos honorários periciais pelo Ministério Público, autor da ação – Possibilidade, nos termos do art. 91 do Código de Processo Civil – Superado o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo de controvérsia (REsp n.º 1.253.844/SC), porquanto o aludido precedente firmou-se sob a égide do regramento processual anterior. Precedente desta C. Câmara. Segurança concedida. (TJSP; Mandado de Segurança Cível 3001453-18.2019.8.26.0000; Relator (a): **Renato Delbianco**; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Pacaembu - 1ª Vara; Data do Julgamento: 10/07/2019; Data de Registro: 10/07/2019).*

*MANDADO DE SEGURANÇA. Decisão que determina que a Fazenda Pública efetive depósito a título de custeio pelo adiantamento dos honorários periciais em Ação Civil Pública - da qual não é parte - promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Inteligência do artigo 91 do CPC/15. Apesar do que dispõe o artigo 18 da Lei da ACP e da Súmula 232 do STJ, na espécie, pertinente que a prova pericial seja custeada pelo Ministério Público Estadual que deve realizar previsão orçamentária para tal fim, nos termos das disposições processuais atuais, devendo no final do processo reaver os valores relativos ao adiantamento dos honorários periciais do vencido na demanda. Segurança concedida. (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2153750-95.2017.8.26.0000; Relator (a): **Vera Angrisani**; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Bauru - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/10/2017; Data de Registro: 23/10/2017).*

E não destoa decisão monocrática proferida pelo Excelso Pretório, na qual o seu

prolator, o Exmo. Min. Ricardo Lewandowski, traça relevante esboço sobre a evolução tanto legislativa quanto jurisprudencial em tela:

“Trata-se de agravo regimental interposto pela União contra decisão de minha lavra, referente às custas da perícia nesta ação cível originária que, a princípio, foi proposta como ação civil pública.

A respeito do custeio da perícia nas ações coletivas propostas pelo Ministério Público, observo que o entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no REsp 1.253.844 / SC, julgado em 13/3/2013, portanto, sob a vigência do antigo Código de Processo Civil, é o refletido na ementa do julgado:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. NÃO CABIMENTO. INCIDÊNCIA PLENA DO ART. 18 DA LEI N. 7.347/85. ENCARGO TRANSFERIDO À FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 232/STJ, POR ANALOGIA. 1. Trata-se de recurso especial em que se discute a necessidade de adiantamento, pelo Ministério Público, de honorários devidos a perito em Ação Civil Pública. 2. O art. 18 da Lei n. 7.347/85, ao contrário do que afirma o art. 19 do CPC, explica que na ação civil pública não haverá qualquer adiantamento de despesas, tratando como regra geral o que o CPC cuida como exceção. Constitui regramento próprio, que impede que o autor da ação civil pública arque com os ônus periciais e sucumbenciais, ficando afastada, portanto, as regras específicas do Código de Processo Civil. 3. Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas. Ocorre que a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 desta Corte Superior ('A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o Parquet arque com tais despesas. Precedentes: EREsp 981949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 15/08/2011; REsp 1188803/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 21/05/2010; AgRg no REsp 1083170/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010; REsp 928397/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 25/09/2007 p. 225; REsp 846.529/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado

em 19/04/2007, DJ 07/05/2007, p. 288. 4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08." Destaco que, a despeito da vigência do novo Código de Processo Civil, o entendimento fixado no Recurso Repetitivo acima firmado mantém-se incólume. Cito os mais recentes julgados a respeito do tema: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE DO ESTADO A QUE ESTIVER VINCULADO O MINISTÉRIO PÚBLICO, AUTOR DA AÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 232/STJ. INAPLICABILIDADE DO ART. 91 DO CPC/2015. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 22/03/2018, que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015. II. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, impetrado pelo Estado de São Paulo, em razão da decisão proferida nos autos de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que determinou que o impetrante efetue o pagamento da verba honorária do perito. O Tribunal de origem concedeu parcialmente a ordem, aplicando, por analogia, a Súmula 232/STJ, ressaltando que 'a Fazenda Pública da esfera governamental correlata ao âmbito de atuação do Ministério Público é quem deve antecipar os honorários periciais'. Contudo, como a perícia foi requerida por ambas as partes, na ação civil pública, concedeu parcialmente a ordem, determinando que a aludida verba seja rateada entre a Fazenda Pública Estadual, ora agravante, e a empresa ré. III. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.253.844/SC (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, Dje de 17/10/2013), submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73 (art. 1.036 do CPC/2015), firmou entendimento no sentido de que, em sede de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público, o adiantamento dos honorários periciais ficará a cargo da Fazenda Pública a que está vinculado o Parquet, pois não é razoável obrigar o perito a exercer seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas, aplicando-se, por analogia, a orientação da Súmula 232/STJ, in verbis: 'A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'. No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.702.151/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Dje de 27/06/2018; AgInt no REsp 1.426.996/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Dje de 19/03/2018; AgInt no REsp 1.420.102/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, Dje de 30/03/2017; REsp 1.582.602/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Dje de 2/9/2016; AgRg no AREsp 600.484/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, Dje de 28/04/2015. IV. Na forma da jurisprudência, 'não se sustenta a tese de aplicação das disposições contidas no art. 91 do Novo CPC, as quais alteraram a responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais; isto porque a Lei 7.347/1985 dispõe de regime especial de custas e despesas

processuais, e, por conta de sua especialidade, a referida norma se aplica à Ação Civil Pública, derogadas, no caso concreto, as normas gerais do Código de Processo Civil' (STJ, RMS 55.476/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017). Em igual sentido: STJ, AgInt no RMS 56.454/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/06/2018. V. Agravo interno improvido." (AgInt no RMS 56423 / SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJ 04/09/2018). "AGRAVO INTERNO SUBMETIDO AO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS. PROVA PERICIAL REQUERIDA TANTO PELO AUTOR DA AÇÃO CIVIL PÚBLICO COMO PELOS RÉUS. 1. A

Primeira Seção desta Corte, em sede de julgamento recurso especial repetitivo, assentou o entendimento de que, em sede de ação civil pública promovida pelo Ministério Público, o adiantamento dos honorários periciais ficará a cargo da Fazenda Pública a que está vinculado o Parquet, pois não é cabível obrigar o perito a exercer seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas (REsp 1253844/SC, de minha relatoria, DJe de 17/10/2013). 2. Aplicação analógica da orientação da Súmula 232/STJ: 'A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'. 3. No caso, a produção de prova pericial foi requerida tanto pelo Ministério Público Federal como pelos demandados (incluindo a ora agravada), razão pela qual é de se determinar que a União (Fazenda Pública a que está vinculado o autor da ação civil pública) arque com parte do adiantamento dos honorários periciais, até porque não se mostra razoável imputar tal ônus somente aos particulares, nos termos da orientação acima referida. 4. Agravo interno não provido." (AgInt no REsp 1702151 / SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 19/06/2018).

Não obstante o entendimento atualmente predominante no Superior Tribunal de Justiça, entendo, com o devido respeito, que existem interpretações mais condizentes com o atual arcabouço legislativo processual e que calibram melhor os incentivos para a atuação das partes no processo.

Inicialmente, transcrevo o art. 18 da Lei da Ação Civil Pública LACP, que é tradicionalmente invocado para sustentar a compreensão prevalente no Superior Tribunal de Justiça:

"Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais."

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que se aplica supletivamente ao sistema processual coletivo, composto pela Lei da Ação Civil Pública e parte processual do Código de Defesa do Consumidor, nos termos do art. 1.046, § 2º, do NCPC e do art. 19 da LACP, a interpretação vigente ao tempo do Códex antigo deve ser repensada, sobretudo porque a LACP era omissa

com relação ao responsável pelo pagamento dos honorários processuais.

Verifico a compatibilidade dos dispositivos do Código de Processo Civil/1973 com o artigo supra transcrito da LACP, eis que não concebiam o adiantamento dos honorários periciais pelo Ministério Público:

“Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido.”

Já o NCPC, redigido à luz da realidade atual, em que se sabe que os peritos qualificados para as perícias complexas a serem produzidas nas ações coletivas dificilmente podem arcar com o ônus de receber somente ao final, trouxe dispositivo condizente com os ditames econômicos da vida contemporânea e, no que tange ao aspecto específico objeto deste processo, assim dispôs no seu art. 91:

“Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido.

§ 1.º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova.

§ 2.º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.”

Ora, como todos sabemos, propor ações civis públicas, sobretudo contra as Fazendas Públicas respectivas, é uma das principais atribuições dos Ministérios Públicos em nosso sistema processual. Assim, parece-me inexorável reconhecer que o dispositivo foi redigido para vigorar também no processo coletivo, provocando uma releitura do art. 18 da Lei da Ação Civil Pública para conferir maior responsabilidade ao Parquet no ingresso das ações coletivas, por meio de incentivos financeiros voltados a esta finalidade.

Outrossim, o NCPC disciplinou o tema de forma minudente, tendo instituído regime legal específico e observado que o Ministério Público ostenta capacidade orçamentária própria, tendo, ainda, fixado prazo razoável para o planejamento financeiro do órgão.

Note-se que, com a presente interpretação, não se está, de maneira nenhuma, enfraquecendo o processo coletivo. Pelo contrário, o que se pretende é, de fato, fortalecê-lo, desenvolvendo-se incentivos para que apenas ações coletivas efetivamente meritórias sejam ajuizadas.

Não é demais lembrar que no sistema estadunidense da class action, um

importante paradigma de sistema processual coletivo, as partes têm o dever de arcar com custos elevados, de lado a lado, e os incentivos financeiros são calibrados para evitar ações frívolas mas, de outra parte, para representar risco real às atividades empresariais em desacordo com a lei (Ver: HENSLER, Deborah R. et al. Class action dilemmas: Pursuing public goals for private gain. Rand Corporation, 2000). Frequentemente, o atual regramento do processo coletivo não cumpre a nenhum desses objetivos. Voltando ao sistema brasileiro, ressalto que perícias poderão ser realizadas por entidades públicas, cujo rol é bastante vasto. Sublinho que até mesmo as universidades públicas podem ser convidadas a colaborar para as perícias judiciais e que, nesses casos, eventualmente os custos podem ser menores ou inexistentes, a depender das cooperações a serem desenvolvidas.

Penso que aprimorar os incentivos financeiros para que o Parquet tome medidas judiciais com maior responsabilidade é de todo desejável, eis que a atuação do Ministério Público como curador universal de todos os valores públicos, e sua pujante proeminência nessa função (ver, e.g.: SBDP. Ações Coletivas no Brasil: Temas, Atores e Desafios da Tutela Coletiva. Série Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2017), não encontra justificação nem prática nem teórica.

Criar incentivos para que esse órgão público passe a atuar, com maior frequência, juntamente com legitimados de direito privado, aperfeiçoando suas parcerias e oportunidades de litisconsórcio, é uma das tarefas pendentes para que a tutela do interesse público seja feita de forma mais profissional, especializada e responsável.

Todas essas ponderações parecem-me da maior relevância diante do que dispõem os arts. 5º e 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que enfatizam o dever do juiz de atender aos fins sociais a que a lei se dirige, as consequências práticas da decisão e às exigências do bem comum.

Destaco que o fortalecimento do processo coletivo brasileiro passa, necessariamente, pela maior equiparação do poder das partes, pela melhor calibração dos incentivos para o agir responsável e pelo fortalecimento da atuação dos agentes privados, como forma de estimular a advocacia a envolver-se e a comprometer-se com este ramo da ciência processual, que é mais condizente com as necessidades atuais da burocratizada e complexa sociedade brasileira.

O NCPD trouxe regra que, a meu sentir, amolda-se a essas três necessidades e que deve ser prestigiada, porque harmônica com o desenho ideal do sistema processual coletivo.

Sublinho, em suma, que cabe à jurisprudência construir melhores soluções à luz do ordenamento de que dispomos para o regramento processual coletivo e que, neste aspecto ora em debate, parece-me claro em apontar o caminho, que é o da maior responsabilização do Parquet pela sua atuação em tais processos.

Ante todo o exposto, acolho a argumentação da União Federal para responsabilizar o Ministério Público pelo pagamento dos honorários periciais da perícia por ele requerida, nos termos do art. 91 do Código de Processo Civil.

Julgo prejudicado o agravo regimental.

Dê-se ciência do teor desta decisão ao juízo a quo, responsável pelo cumprimento da carta de ordem.

(ACO 1560, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 13/12/2018, publicado em DJe-271 DIVULG 17/12/2018 PUBLIC 18/12/2018).

Quanto ao valor dos honorários periciais a serem adiantados, qual seja R\$ 12.500,00, correspondente a 50 horas ao custo de R\$ 250,00 por hora (fls. 372/373), verifica-se não se mostrar desarrazoado, tanto que o órgão ministerial de primeiro Grau (fls. 392/395) e a douta Procuradoria de Justiça (fls. 27/44) igualmente assim entenderam, razão pela qual fica mantido.

Assim, deverá o Juízo determinar ao Parquet arcar com o adiantamento dos honorários periciais concernentes à prova por ele requerida, se houver previsão orçamentária para tanto, sempre resguardado o pagamento ao final pelo vencido, nos termos do art. 91 do Código de Processo Civil, sendo de rigor, portanto, a reforma da r. decisão nesse sentido.

Fica, contudo, assegurada a possibilidade de, a critério do órgão ministerial, relegar a realização da perícia a entidade pública conveniada ou, em caso de manutenção da nomeação de particular, mediante pagamento no exercício seguinte, a depender de requerimento expresso nesse sentido e aquiescência, nesse último caso, do expert já nomeado pelo Juízo ou outro que lhe faça as vezes, tal como disposto no aludido art. 91.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão tenha sido analisada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao recurso.

RENATO DELBIANCO
RELATOR



ASSESSORIA TÉCNICO-LEGISLATIVA

PROCESSO: 1348221/2019, GDOC 1000881-365666/2019 (SEDUC-PRC 2019/0027)

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO

ASSUNTO: NOTA TÉCNICA N° 02/2019. CRIAÇÃO DO PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA PAULISTA.

Ementa: PROCESSO LEGISLATIVO. Anteprojeto de lei que institui o "Programa Dinheiro Direto na Escola Paulista - PDDE", viabilizando a transferência direta de recursos financeiros do Estado para Associações de Pais e Mestres, independentemente de celebração de termo de parceria ou outro instrumento jurídico congênere. Manifestação em sentido favorável da Consultoria Jurídica da Secretaria da Educação, com fundamento em disposições da Lei Federal n° 4.320, de 17 de março de 1.964 e da Lei Complementar Federal n° 101, de 4 de maio de 2000. Viabilidade. Programa estadual similar ao instituído pela Lei Federal n° 11.947, de 16 de junho de 2009, expressamente excluído do âmbito de aplicação da Lei Federal n° 13.019, de 31 de julho de 2014 (artigo 3º, inciso VII), que dispõe sobre as parcerias realizadas com organizações da sociedade civil. Inaplicabilidade do regime instituído pela Lei Federal n° 13.019, de 2014, também às transferências de recursos previstas no anteprojeto de lei em exame. Recomendações de aperfeiçoamento de redação feitas por esta Assessoria Técnico-Legislativa já acolhidas pela Pasta de origem, nos termos da minuta que acompanha este parecer. Proposta de submissão do anteprojeto de lei ao Governador.

PARECER N° 80/2019

1. Tratam os autos de anteprojeto de lei encaminhado pela Secretaria da Educação, que prevê a instituição do programa "Dinheiro Direto na Escola Paulista - PDDE", com o objetivo de prestar assistência financeira suplementar às escolas públicas da educação básica da rede estadual paulista, a fim de promover melhorias em sua infraestrutura física e pedagógica, com vistas a fortalecer a participação da comunidade e a autogestão escolar." (Cf. minuta às fls. 74/77).

2. Ao expor os motivos que ensejaram a proposta (fls. 72), o Titular da Pasta da Educação afirmou que o projeto fornece "bases para a institucionalização de uma política de fomento à autogestão escolar no âmbito estadual", registrando que o aporte financeiro para a efetivação do programa dar-se-á "através da estrutura orçamentária, de acordo com a finalidade do serviço ou aquisição da modalidade

das despesas de interesse da unidade executora.”

3. Os autos também estão instruídos com Nota Técnica elaborada no âmbito do Gabinete do Secretário da Educação (fls. 2/4), em que se esclareceu que, atualmente, 5.103 (cinco mil, cento e três) Associações de Pais e Mestres percebem recursos para manutenção e recuperação de equipamentos de prédios escolares, mediante celebração de “convênios” com a Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE, conforme constou também da manifestação da Coordenadoria de Orçamento e Finanças da Secretaria da Educação (fls. 10).

4. O Departamento de Orçamento da Pasta ainda esclareceu que as transferências de recursos para as APM’s atenderão a cinco programas orçamentários atualmente já existentes, sem prejuízo de possíveis alterações futuras (fls. 11).

5. Encaminhados os autos à Consultoria Jurídica da Secretaria da Educação, foi proferido o minudente parecer CJ/SE nº 444/2019 (fls. 14/60), aprovado em quase sua totalidade pela chefia do órgão jurídico (fls. 61). A par de recomendar alterações pontuais de redação da proposta, o referido parecer opinou pela viabilidade jurídica do anteprojeto de lei, anotando, em resumo, que:

a) o programa estadual que se pretende instituir é similar ao existente no âmbito da União, disciplinado no artigo 22 da Lei federal nº 11.947, de 16 de junho de 2009;

b) o modelo federal foi adotado por diversos Estados da Federação, bem como pelo Distrito Federal e pelo Município de São Paulo;

c) a proposta encontra fundamento no direito financeiro, estando em conformidade com as disposições da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, que autoriza o Poder Público a conceder subvenções sociais para entidades de direito privado, visando a “prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada, aplicadas a esses objetivos, revelar-se mais econômica” (cf. artigo 12, § 3º, inciso I e artigos 16 e 17);

d) a transferência de recursos para fazer frente às dívidas das APM’s, também autorizada no projeto, está respaldada pelo artigo 16 da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000, que autoriza a destinação de recursos públicos para cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas, mediante previsão em lei específica e atendimento às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, além de previsão orçamentária.

6. Após atendidas as recomendações consignadas pela Consultoria Jurídica (fls. 67/68), os autos foram instruídos com planilha que registra as obrigações das Associações de Pais e Mestres que são objeto de cobrança judicial (fls. 70/71).

7. Os autos então foram encaminhados à Casa Civil para submissão da matéria ao Governador, tendo a Assessoria Técnica da Pasta solicitado a manifestação desta Assessoria Técnico-Legislativa.

Essa é a síntese do necessário. Passo a opinar.

8. O exame da viabilidade jurídica do projeto pressupõe que se analise matéria controversa na Doutrina, qual seja, a possibilidade de serem transferidos recursos financeiros do Estado para entidades privadas sem fins lucrativos, que atuem em colaboração com a Administração Pública, independentemente de celebração de qualquer acordo jurídico.

9. Como bem apontado no parecer elaborado pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Educação, a transferência de recursos prevista na proposta submete-se às normas federais em matéria de direito financeiro, sobretudo àquelas que disciplinam a concessão de subvenções sociais.

10. De acordo com a Lei Federal nº 4.320, de 1964, as dotações orçamentárias “para contribuições e **subvenções** destinadas a atender à manutenção de outras entidades de direito público ou **privado**” classificam-se como “transferências correntes”, tratando-se de dotações voltadas para o pagamento de despesas desprovidas de “contraprestação direta em bens ou serviços” (§§ 2º e 3º, I do artigo 12 da lei).

11. A mesma lei federal permite ao Poder Público conceder **subvenções sociais** a entidades de direito privado para prestação de serviços essenciais de assistência educacional, observadas as seguintes condições, previstas nos artigos 16, I e 17 da referida lei ¹:

a) a suplementação de recursos de origem privada deve revelar-se mais econômica ao Estado;

1 “Art. 16. Fundamentalmente e nos limites das possibilidades financeiras a concessão de subvenções sociais visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica.

Parágrafo único. O valor das subvenções, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados.

Art. 17. Somente à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização serão concedidas subvenções.”

b) o valor das subvenções, “sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados” e que

c) somente serão concedidas subvenções “à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização”.

12. A transferência de recursos do orçamento fiscal para suprir necessidade de “empresas, fundações e fundos” vem, também, genericamente disciplinada na Constituição Federal, cujo artigo 167, inciso VIII, condiciona-a à “autorização legislativa específica”.²

13. O artigo 26 da Lei Complementar Federal nº 101, de 2000, por sua vez, permite ao Poder Público cobrir déficits de pessoas jurídicas de direito privado desde que seja: **(a)** autorizado por lei específica; **(b)** atenda às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e **(c)** que os respectivos recursos estejam previstos no orçamento ou em seus créditos adicionais³.

14. Esse quadro normativo, aliado ao princípio da legalidade administrativa, permitiria concluir que a transferência de recursos públicos para as Associações de Pais e Mestres, sem que haja contraprestação por parte dos beneficiários, pode encontrar fundamento legal, e não convencional, dispensando a celebração de ajuste que defina os termos em que se dará o repasse. Estando a transferência de recursos especificamente prevista em lei, atendidos os princípios constitucionais da morali-

2 Art. 167 – São vedados:
(...)

VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º; ...”.

3 “Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se a toda a administração indireta, inclusive fundações públicas e empresas estatais, exceto, no exercício de suas atribuições precípua, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil.

§ 2º Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital.”

dade, impessoalidade, publicidade e eficiência (artigo 37, “caput” da Constituição Federal) e observadas as normas constitucionais e legais em matéria orçamentária, o repasse para as referidas entidades privadas poderia, assim, dispensar a celebração de acordo de vontades que detalhe os termos em que se dará a transferência de recursos, exigindo mera adesão das entidades às condições fixadas em lei.

15. De outro lado, poder-se-ia argumentar que a previsão, em lei específica, de transferência de recursos públicos para entidades de direito privado, que atuem em colaboração com o Poder Público, não afasta a incidência da disciplina estabelecida pela Lei Federal nº 13.019, de 2014, que “institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco...”. De acordo com a referida lei federal, as transferências de recursos para esses fins pressupõem a celebração de instrumentos jurídicos disciplinados naquele diploma legal, como o *termo de colaboração* e o *termo de fomento* ⁴.

16. A Lei Federal nº 13.019, de 2014, foi editada pela União com fundamento na competência que lhe foi conferida pela Constituição Federal para legislar sobre normas gerais em matéria de licitação e contratação⁵, cabendo aos Estados o exercício da competência legislativa para suplementá-las (inciso XXII do artigo 22, c/c

4 Tratam-se de instrumentos jurídicos previstos na Lei Federal nº 13.019, de 2014. Nesse sentido, confira-se: “Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros; ...”

5 Artigo 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

parágrafos do artigo 24). Isso significa, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que em matéria de licitação e contratação compete aos Estados preencher vazios ou lacunas deixadas pela legislação federal, sendo-lhes vedado dispor em diametral objeção a esta⁶.

17. Independentemente de analisar-se, em tese, a possibilidade de lei específica autorizar a transferência de recursos públicos e dispensar a celebração de instrumentos jurídicos entre as partes envolvidas⁷, é preciso considerar, para o exame da viabilidade jurídica do anteprojeto de lei em tela, que a **própria Lei Federal nº 13.019, de 2014, excepciona de seu âmbito de incidência as transferências realizadas com fundamento no programa federal “Dinheiro Direto na Escola”, instituído pela Lei federal nº 11.947, de 16 de junho de 2009, ao dispor que:**

“Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

...

VII - às transferências referidas no art. 2º da Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e **22 da Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009;**”

18. O “Programa Dinheiro Direto na Escola” foi instituído pelo artigo 22 da Lei Federal nº 11.947, de 2009, nos seguintes termos:

“Art. 22. O Programa Dinheiro Direto na Escola - PDDE, com o objetivo de prestar **assistência financeira, em caráter suplementar**, às escolas públicas da educação básica das redes estaduais, municipais e do Distrito Federal, às escolas de educação especial qualificadas como beneficentes de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público, às escolas mantidas por entidades de tais gêneros e aos polos presenciais do sistema Universidade Aberta do Brasil - UAB que ofereçam programas de formação inicial ou continuada a profissionais da educação básica, observado o disposto no art. 25, passa a ser regido pelo disposto nesta Lei.

§ 1º A assistência financeira a ser concedida a cada estabelecimento de ensino

6 Nesse sentido são os seguintes precedentes: ADI nº 2396/MS, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgada em 8/5/2003; ADI nº 3645/PR, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgada em 31/5/2006 e ADI nº 3098/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, julgada em 24/11/2005.

7 Lembre-se, a esse propósito, que a redação original do inciso II do artigo 3º da Lei Federal nº 13.019, de 2014, excluía do âmbito de incidência da referida lei as “transferências voluntárias regidas por lei específica, naquilo que houver disposição expressa em contrário”. Todavia, esse dispositivo foi revogado pela Lei Federal nº 13.204, de 2015, o que dificulta que se conclua que a mera existência de lei específica estadual em matéria de transferências voluntárias afastaria a aplicação da Lei Federal nº 13.019, de 2014.

beneficiário e aos polos presenciais da UAB que ofertem programas de formação inicial ou continuada a profissionais da educação básica será definida anualmente e terá como base o número de alunos matriculados na educação básica e na UAB, de acordo, respectivamente, com dados do censo escolar realizado pelo Ministério da Educação e com dados coletados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior - CAPES, observado o disposto no art. 24.

§ 2o - A assistência financeira de que trata o § 1o será concedida sem a necessidade de celebração de convênio, acordo, contrato, ajuste ou instrumento congêneres, mediante crédito do valor devido em conta bancária específica:

I - diretamente à unidade executora própria, representativa da comunidade escolar, ou àquela qualificada como beneficente de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público;

II - ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município mantenedor do estabelecimento de ensino, que não possui unidade executora própria.

Art. 23. Os recursos financeiros repassados para o PDDE serão destinados à cobertura de despesas de custeio, manutenção e de pequenos investimentos, que concorram para a garantia do funcionamento e melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino.

Art. 24. O Conselho Deliberativo do FNDE expedirá normas relativas aos critérios de alocação, repasse, execução, prestação de contas dos recursos e valores per capita, bem como sobre a organização e funcionamento das unidades executoras próprias.

Parágrafo único. A fixação dos valores 'per capita' contemplará, diferenciadamente, as escolas que oferecem educação especial de forma inclusiva ou especializada, de modo a assegurar, de acordo com os objetivos do PDDE, o adequado atendimento às necessidades dessa modalidade educacional.

Art. 25. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão inscrever, quando couber, nos respectivos orçamentos os recursos financeiros destinados aos estabelecimentos de ensino a eles vinculados, bem como prestar contas dos referidos recursos.

Art. 26. As prestações de contas dos recursos recebidos à conta do PDDE, a serem apresentadas nos prazos e constituídas dos documentos estabelecidos pelo Conselho Deliberativo do FNDE serão feitas:

I - pelas unidades executoras próprias das escolas públicas municipais, estaduais e do Distrito Federal e dos polos presenciais do sistema UAB aos Municípios e às Secretarias de Educação a que estejam vinculadas, que se encarregarão da análise, julgamento, consolidação e encaminhamento ao FNDE, conforme estabelecido pelo seu conselho deliberativo;

II - pelos Municípios, Secretarias de Educação dos Estados e do Distrito Federal e pelas entidades qualificadas como beneficentes de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público àquele Fundo.

§ 1º - As prestações de contas dos recursos transferidos para atendimento das escolas e dos polos presenciais do sistema UAB que não possuem unidades executoras próprias deverão ser feitas ao FNDE, observadas as respectivas redes de ensino, pelos Municípios e pelas Secretarias de Educação dos Estados e do Distrito Federal.

§ 2º - Fica o FNDE autorizado a suspender o repasse dos recursos do PDDE nas seguintes hipóteses:

I - omissão na prestação de contas, conforme definido pelo seu Conselho Deliberativo;

II - rejeição da prestação de contas;

III - utilização dos recursos em desacordo com os critérios estabelecidos para a execução do PDDE, conforme constatado por análise documental ou de auditoria.

§ 3º - Em caso de omissão no encaminhamento das prestações de contas, na forma do inciso I do caput, fica o FNDE autorizado a suspender o repasse dos recursos a todas as escolas e polos presenciais do sistema UAB da rede de ensino do respectivo ente federado.

§ 4º - O gestor, responsável pela prestação de contas, que permitir, inserir ou fizer inserir documentos ou declaração falsa ou diversa da que deveria ser inscrita, com o fim de alterar a verdade sobre os fatos, será responsabilizado na forma da lei.

Art. 27. Os entes federados, as unidades executoras próprias e as entidades qualificadas como beneficentes de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público manterão arquivados, em sua sede, em boa guarda e organização, ainda que utilize serviços de contabilidade de terceiros, pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado da data de julgamento da prestação de contas anual do FNDE pelo órgão de controle externo, os documentos fiscais, originais ou equivalentes, das despesas realizadas na execução das ações do PDDE.

Art. 28. A fiscalização da aplicação dos recursos financeiros relativos à execução do PDDE é de competência do FNDE e dos órgãos de controle externo e interno do Poder Executivo da União e será feita mediante realização de auditorias, inspeções e análise dos processos que originarem as respectivas prestações de contas.

Parágrafo único. Os órgãos incumbidos da fiscalização dos recursos destinados à execução do PDDE poderão celebrar convênios ou acordos, em regime de mútua cooperação, para auxiliar e otimizar o controle do Programa.”

19. Diante da norma geral editada pela União (artigo 3º, VII da Lei Federal nº 13.019, de 2014), que exclui de seu âmbito de incidência os repasses de recursos financeiros realizados por meio do programa federal “Dinheiro Direto na Escola”, disciplinado na Lei Federal nº 11.947, de 2009, faz-se necessário examinar se o programa estadual que se pretende instituir mostra-se similar ao programa federal,

podendo, nesse caso, beneficiar-se do mesmo tratamento jurídico que o legislador federal conferiu às transferências de recursos federais.

20. Isso porque no Estado Federal vige o princípio da **igualdade entre os entes federativos**⁸ ou, como afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA, o princípio da “**paridade federativa**”⁹, acolhido no artigo 19 da Constituição Federal, que assim prescreve:

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”

21. Considerando esse dispositivo constitucional, não pode a lei instituir preferências entre os entes federativos, sendo, portanto, vedada a instituição de tratamento jurídico benéfico a uns em detrimento de outros.

22. Em razão disso, não se mostra admissível que a União, ao dispor em matéria de parcerias com a Administração Pública, preveja tratamento jurídico diferenciado para os ajustes firmados por ela própria e submeta os demais entes federativos a regras mais rígidas.

23. Com essas considerações, pode-se concluir que a exceção prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei Federal nº 13.019, de 2014, **mostra-se aplicável a programas instituídos pelos Estados e pelos Municípios** que sejam similares ao programa federal, afinal esse comando normativo caracteriza norma geral, de âmbito nacional, em matéria de contratação pública.

24. Questão semelhante foi enfrentada por THIAGO MARRARA e NATÁLIA DE QUINO CESÁRIO ao examinarem os incisos III e VI do artigo 3º da Lei Federal nº 13.019, de 2014, que também excluem do âmbito de sua aplicação os *contratos de gestão* firmados com organizações sociais que atendam aos requisitos da Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, bem como os *termos de parceria* celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos

8 Nesse sentido, afirma CÍNTIA REGINA BÉO que o inciso III do artigo 19 da Constituição Federal traduz “regra de equilíbrio e igualdade, demonstrando que os entes federativos possuem o mesmo ‘status’ entre si.” (Constituição Federal Interpretada. COSTA MACHADO, Antônio Cláudio, organizador; CUNHA FERRAZ, Anna Cândida, coordenadora – São Paulo: Manole, 2010, p. 132).

9 Comentário Contextual à Constituição. 9ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 256.

os requisitos da Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1.999.

25. De acordo com os mencionados autores, embora a lei federal determine a sua inaplicabilidade aos ajustes firmados com base em lei federal, estão também fora do alcance de seu âmbito de incidência os contratos de gestão firmados nos termos de lei estadual, dado que a Lei Federal nº 13.019, de 2014 caracteriza norma geral, aplicável a todos os entes federativos, sendo vedada a instituição de privilégios em favor da União. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho:

“... o capítulo ainda trata da aplicabilidade da Lei nº 13.019 e, ao fazê-lo, exclui inúmeras relações jurídicas de seu âmbito, como os contratos de gestão com OS e os termos de parceria com Oscip (art. 3º, III e VI). O problema desse dispositivo reside no fato de que ele se refere apenas às relações com OS e Oscip qualificadas de acordo com a legislação federal e, na prática, sabe-se que existem Estados e Municípios que também reconhecem essas figuras por lei própria. Nesse sentido, afigura-se adequado excluir do âmbito da Lei os contratos de gestão e termos de parceria estaduais e municipais regidos por lei própria, dando à Lei nº 13.019 um caráter mais subsidiário. **Afinal, seria inaceitável supor que o Congresso edita uma norma geral que é mais interventiva sobre a Administração estadual e local, que sobre a Administração federal, já que a norma geral deve ser por essência uma norma básica, vedando-se-lhe aniquilar a flexibilidade ou gerar privilégios indevidos à União.**”¹⁰

26. Acrescente-se que, embora o inciso VII do artigo 3º da Lei Federal nº 13.019, de 2014, possa caracterizar norma excepcional, esse fato não impede que seja estendida às transferências estaduais e municipais similares, caso contrário a regra federal não poderia ser admitida como válida perante o ordenamento constitucional. Ademais, o legislador federal não teria como mencionar as transferências específicas previstas em leis dos estados e municípios por absoluta inviabilidade fática de fazê-lo, considerando a necessidade de examinar-se a legislação de cada ente da federação para que se conclua a respeito de sua similaridade com o programa federal “Dinheiro Direto na Escola”.

27. Por essas razões, é imperioso verificar se o anteprojeto de lei elaborado pela Secretaria da Educação contempla características do PDDE federal, a fim de que se conclua a respeito de sua submissão às normas da Lei Federal nº 13.019, de 2014.

10 O que sobra da competência estadual e municipal para normatizar parcerias com o terceiro setor após a Lei nº 13.019?. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges e OLIVEIRA, Rafael Arruda, Coordenadores. Parcerias com o Terceiro Setor. As inovações da Lei nº 13.019/2014. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 103.

28. A análise dos artigos 22 a 28 da Lei Federal nº 11.947, de 2009, permite concluir que o programa foi instituído pela União com as seguintes características:

- a) objetiva “prestar assistência financeira, em caráter suplementar, às escolas públicas da educação básica das redes estaduais, municipais e do Distrito Federal” (artigo 22);
- b) a assistência financeira realiza-se mediante transferências de recursos da União (Fundo Nacional de Desenvolvimento para o Ensino) diretamente a unidades executoras **representativas da comunidade escolar**, ou àquelas qualificadas como beneficiárias de assistência social ou de atendimento direto e gratuito, independentemente de celebração de “convênio, acordo, contrato, ajuste ou instrumento congêneres”, mediante crédito do valor devido em conta bancária específica (artigo 22, § 2º, I);
- c) os recursos são transferidos de acordo com o número de alunos matriculados em cada escola beneficiária (§ 1º do artigo 22);
- d) os recursos devem ser utilizados para “cobertura de despesas de custeio, manutenção e de pequenos investimentos, que concorram para a garantia do funcionamento e melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino” (artigo 23);
- e) as unidades executoras devem prestar contas dos recursos recebidos, nos prazos e nos termos estabelecidos pelo Conselho Deliberativo do FDNE (artigo 26);
- f) a fiscalização da aplicação dos recursos é realizada pelo FNDE e por órgãos de controle externo e interno do Poder Executivo (artigo 28).

29. O anteprojeto de lei em tela contempla as mesmas características do Programa Dinheiro Direto na Escola instituído no âmbito federal, daí porque pode-se afirmar que também se encontra excluído do âmbito de incidência da Lei Federal nº 13.019, de 2014, sendo, portanto, **juridicamente viável que as transferências de recursos previstas na minuta em exame sejam concretizadas sem a necessidade de celebração de convênio, termo de parceria, termo de fomento ou instrumento congêneres.**

30. Não se desconhece que as Instruções do Tribunal de Contas do Estado nº 2/2016 (TC-A0011476/026/16) determinam, em seu artigo 129¹¹, que as transferências voluntárias a Organizações da Sociedade Civil (OSC), com classificação econômica de subvenções, auxílios e contribuições, “serão realizadas exclusivamente

11 “Art. 129. As transferências voluntárias a Organizações da Sociedade Civil (OSC), com classificação econômica de subvenções, auxílios e contribuições, nos termos da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, serão realizadas exclusivamente mediante formalização de termo de colaboração ou termo de fomento.”

mediante formalização de termo de colaboração ou termo de fomento”.

31. Embora a orientação da Corte de Contas do Estado reflita entendimento defendido por parte da Doutrina¹², trata-se de instrução que desconsidera situações específicas que estão expressamente excluídas do âmbito de incidência da Lei Federal nº 13.019, de 2014.

32. Ainda no que toca à análise da proposta sob o ângulo estritamente jurídico, cabe anotar que o anteprojeto examinado não contraria as disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias vigente (cf. artigos 34 a 38 da Lei nº 16.884, de 21 de dezembro de 2018), tendo observado o artigo 26 da Lei Complementar Federal nº 101, de 2000.

33. Quanto aos demais aspectos da minuta em análise, esta Assessoria recomendou alterações que aperfeiçoam sua redação e que já contaram com a aprovação da Pasta, conforme troca de mensagens eletrônicas que acompanham esta peça opinativa.

34. Por essa razão, a Secretaria da Educação encaminhou à Secretaria da Casa Civil nova minuta de anteprojeto de lei, acompanhada de nova exposição de motivos, documentos estes produzidos pela origem nos autos eletrônicos SEDUC-PRC 2019/0027 e também encaminhados a este órgão jurídico pela Assessoria Técnica da Casa Civil (cf. cópias anexadas ao presente parecer).

35. Diante do exposto, conclui-se que o **anteprojeto de lei que se encontra anexado a este parecer poderá ser submetido à apreciação do Governador**, motivo pelo qual se propõe o encaminhamento dos autos à Assessoria Técnica da Casa Civil para as providências cabíveis.

São Paulo, 26 de agosto de 2019.

TELMA DE FREITAS FONTES
PROCURADORA DO ESTADO ASSESSORA

12 TOLEDO JR., Flávio Corrêa de. O Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil e o Alcance dos Auxílios e Subvenções. Disponível em: https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/20150724_-_artigo_morst-flavio.pdf

PROCESSO N.º 1348221/2019, GDOC 1000881-365666/2019

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO

ASSUNTO: NOTA TÉCNICA N.º 02/2019. CRIAÇÃO DO PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA PAULISTA.

1. Aprovo o Parecer ATL n.º 80/2019 por seus próprios fundamentos.
2. Encaminhe-se o expediente à Assessoria Técnica da Casa Civil, para prosseguimento.

ATL, 28 de agosto de 2019.

VINICIUS TELES SANCHES
PROCURADOR DO ESTADO ASSESSOR CHEFE
ASSESSORIA TÉCNICO-LEGISLATIVA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR FRANCISCO CASCONI, DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2150329-92.2020.8.26.0000

A PROCURADORA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos do processo referido supra, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, expor o quanto segue:

Na presente demanda, pleiteia-se a declaração de inconstitucionalidade do artigo 9º, § 2º, da Lei Complementar nº 1.012, de 5 de julho de 2007, com redação dada pelo artigo 31 da Lei Complementar Estadual nº 1.354, de 6 de março de 2020, que amplia a base de cálculo da contribuição previdenciária de inativos e de pensionistas em caso de déficit atuarial do Regime Próprio de Previdência do Estado; artigos 1º a 4º do Decreto do Estado de São Paulo nº 65.021, de 19 de junho de 2020, por arrastamento, que dispõem sobre a declaração de déficit atuarial do Regime Próprio de Previdência do Estado; e artigo 126, § 21, da Constituição do Estado de São Paulo, com a redação dada pelo artigo 1º da Emenda Constitucional nº 49, de 6 de março de 2020, que suprime o direito de aposentados e pensionistas portadores de doença incapacitante à imunidade da contribuição previdenciária sobre o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Próprio de Previdência Social, na qual se alega, em apertada síntese, suposta afronta ao artigo 273 da Constituição Estadual, à razoabilidade, à isonomia, à irredutibilidade dos vencimentos e à obrigação de reajuste anual

Entendendo estar prejudicado o exame da tutela de urgência em razão do acórdão proferido nos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº 2145293-69.2020.8.26.0000, o Exmo. Sr. Desembargador Relator determinou, desde logo, a citação da Procuradora-Geral do Estado para manifestar-se, nos termos do artigo 90, § 2º da Constituição do Estado, o que passo a fazer nos termos abaixo expostos.

I - DA CONTRIBUIÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS INATIVOS EM CASO DE DEFICIT ATUARIAL

Histórico da disciplina constitucional da contribuição previdenciária devida pelos servidores públicos inativos

Para melhor compreensão da matéria, vale recordar a evolução do tratamento jurídico-constitucional dado ao tema.

A redação original da Constituição Federal de 1988 adotou o regime previdenciário não-contributivo para os servidores públicos, custeado integralmente com recursos do erário.

Com a inclusão do § 6º no artigo 40 da Constituição Federal, operada por meio da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, tal sistema constitucional passou a admitir a cobrança de contribuições dos servidores públicos (inclusive inativos), visando ao custeio, juntamente com os recursos do Tesouro, das respectivas aposentadorias e pensões¹. A constitucionalidade da mudança veio a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1.441-2/DF (DJ 18.10.96 - Relator Min. Octávio Galotti²).

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, veio a proibir expressamente a incidência de contribuição previdenciária sobre os benefícios recebidos pelos aposentados e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social³. Esse fato, somado à ausência de previsão constitucional para a inci-

1 “Art. 40.”

§ 6.º As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.”

2 O mérito da causa não chegou a ser julgado devido à caducidade da Medida Provisória nº 1.463-17/1997. Todavia, por ocasião do julgamento do pedido cautelar, o Tribunal pronunciou-se nos seguintes termos:

- a) Voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE: “Contribuição social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a da Seguridade.”
- b) Voto do Min. OCTÁVIO GALLOTTI: “Ainda em um primeiro exame, não se mostra relevante o apelo ao princípio da irredutibilidade do provento, que, assim como os vencimentos do servidor, não se acha imune à incidência dos tributos e das contribuições dotadas deste caráter. (...) Dita correlação (entre os proventos e os vencimentos dos aposentados e os servidores da ativa), capaz de assegurar aos inativos aumentos reais, até os motivados pela alteração das atribuições do cargo em atividade, compromete o argumento dos requerentes, no sentido de que não existiria causa eficiente para a cobrança de contribuição do aposentado, cujos proventos são suscetíveis, como se viu, de elevação do próprio valor intrínseco, não apenas da sua representação monetária, como sucede com os trabalhadores em geral.”
- 3 “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

dência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensão percebidos por servidores públicos inativos fundamentou a decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, julgando inconstitucional o artigo 1º da Lei Federal nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999, que instituiu a contribuição previdenciária para os servidores *inativos* (ADI nº 2010, Rel. Min. Celso de Mello).

Vale recordar que, quando das discussões parlamentares da então Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 33, de 1996, a exclusão dos inativos como sujeito ativo da contribuição foi objeto de deliberação expressa, que resultou na aprovação da emenda supressiva do § 1º do artigo 40, que previa a hipótese de exação em referência ⁴.

Já a Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, previu expres-samente, no texto do *caput* do artigo 40, a **contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas** para manutenção do regime de previdência.

A previsão foi reafirmada com a inclusão do § 18 ao artigo 40, nos seguintes termos: ***“Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões***

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, **não incidindo contribuição sobre aposen-tadoria e pensão** concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; ...”

- 4 Calha, pois, transcrever o voto do Ministro Celso de Mello nos autos da já citada ADI nº 2010: “O regis-tro histórico dos debates parlamentares em torno da proposta que resultou na Emenda Constitucional nº 20/98, **especialmente** se considerado o contexto que motivou a supressão do § 1º do art. 40 da Constituição, nos termos referidos no art. 1º da PEC nº 33/95 (Substitutivo aprovado pelo Senado Federal), revela-se extremamente importante na constatação de que a única base constitucional – que poderia viabilizar a cobrança, relativamente aos inativos e aos pensionistas da União, da contribuição previdenciária – foi **conscientemente** excluída do texto, como claramente evidencia o teor do **seguinte comunicado parlamentar** publicado no **Diário da Câmara dos Deputados**, edição de 12/2/98, p. 04110. (...)”

Na realidade, esse elemento de natureza histórica evidencia que, sob a égide da EC 20/98, o regime de previdência de caráter contributivo a que se refere o art. 40, *caput*, da Constituição, em sua nova redação, foi instituído somente em relação **“Aos servidores titulares de cargos efetivos...”,** determinando-se, por isso mesmo, o cômputo, **como tempo de contribuição**, do tempo de serviço até então cumprido por agentes estatais”(Grifos originais).

concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.”

O artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, previu uma regra de transição nos seguintes termos:

“Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.”

Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da contribuição dos inativos, mas entendeu inconstitucional parte da regra de transição por violação ao princípio da isonomia, em decorrência do estabelecimento de base de cálculo distinta entre os servidores públicos dos entes federativos (os servidores públicos dos Estados, Distrito Federal e Municípios estariam sujeitos a base de cálculo superior à dos servidores públicos da União, nos termos dos incisos I e II. Nesse sentido, confira-se:

“1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003.

No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda."

(ADI 3105, Relatora ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2004, DJ 18-02-2005)

Em julgamento relativamente recente, o Supremo Tribunal Federal veio a declarar constitucional o § 18 do artigo 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE INATIVOS E PENSIONISTAS. ARTS. 40, CAPUT – EXPRESSÕES ‘E SOLIDÁRIO’ E ‘E INATIVOS E DOS PENSIONISTAS’ -, § 7º, INC. I E II, E § 18, E 149, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA; E ART. 4º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INC. I E II, DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DE CONTRARIEDADE AO ART. 5º, CAPUT, INC. XXXVI E LIV E § 2º, C/C O ART. 40, § 12, ART. 150, INC. II, ART. 195, INC. II, C/C ART. 60, § 4º, INC. I E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

...

3. A discriminação determinada pelo art. 40, § 18, da Constituição da República, segundo a qual incidirá contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadorias e pensões que excederem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social configura situação justificadamente favorável àqueles que já recebiam benefícios quando do advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, incluídos no rol dos contribuintes (Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.105/DF e 3.128/DF): improcedência do pedido nessa parte.”

...

(ADI 3133, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2020)

No âmbito do Estado de São Paulo, a Emenda Constitucional nº 21, de 14 de fevereiro de 2006, repetiu as disposições da Emenda à Constituição Federal nº 41, de 2003, no que diz respeito à contribuição dos servidores inativos e pensionistas, alterando a redação do caput do artigo 126 e inserindo o § 18 no mesmo artigo:

“Artigo 126 - Aos servidores titulares de cargos efetivos do Estado, 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.

...

§ 18 - Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.”

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, manteve o regime jurídico de contribuição dos servidores inativos e pensionistas tal como prevista na Emenda Constitucional nº 41, de 2003, com o acréscimo de duas hipóteses, excepcionais e temporárias, de majoração do tributo: (I) alargamento da base de cálculo, podendo incidir sobre o valor dos proventos de aposentadoria e de pensões que supere o salário-mínimo quando houver **déficit atuarial**, conforme **§ 1º-A do artigo 149 da Constituição Federal**, incluído pelo artigo 1º da Emenda à Constituição Federal nº 103, de 2019 e (II) cobrança de contribuição extraordinária, prevista no § 1º-B do artigo 149 da Constituição Federal, caso a providência prevista no § 1º-A seja insuficiente para equacionamento do déficit atuarial:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por meio de lei, contribuições para custeio de regime próprio de previdência social, cobradas dos servidores ativos, dos aposentados e dos pensionistas, que poderão ter alíquotas progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e de pensões.

§ 1º-A. Quando houver déficit atuarial, a contribuição ordinária dos aposentados e pensionistas poderá incidir sobre o valor dos proventos de aposentadoria e de pensões que supere o salário-mínimo.

§ 1º-B. Demonstrada a insuficiência da medida prevista no § 1º-A para equacionar o déficit atuarial, é facultada a instituição de contribuição extraordinária, no âmbito da União, dos servidores públicos ativos, dos aposentados e dos pensionistas.

§ 1º-C. A contribuição extraordinária de que trata o § 1º-B deverá ser instituída simultaneamente com outras medidas para equacionamento do déficit e vigorará por período determinado, contado da data de sua instituição.”

A vigência de tais disposições nos Estados é condicionada à edição de referendo por meio de **lei de cada ente federativo**, nos expressos termos do inciso II do artigo 36 da Emenda Constitucional nº 103, de 2019:

“Art. 36. Esta Emenda Constitucional entra em vigor:

...

II - para os regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e

dos Municípios, quanto à alteração promovida pelo art. 1º desta Emenda Constitucional no art. 149 da Constituição Federal e às revogações previstas na alínea "a" do inciso I e nos incisos III e IV do art. 35, na data de publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que as refere integralmente.”

No caso do Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 1.354, de 2020, de iniciativa do Governador do Estado de São Paulo, por meio de seu artigo 32, fez exatamente isso: **referendou expressamente** a alteração em tela. Eis o teor da regra estadual:

“Artigo 32 - Fica referendada integralmente a alteração promovida pelo artigo 1º da Emenda à Constituição Federal nº 103, de 12 de novembro de 2019, no artigo 149 da Constituição Federal, bem como à revogação do § 21 do artigo 40, dos artigos 2º, 6º e 6º-A da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, promovida pela alínea “a” do inciso I e pelos incisos III e IV do artigo 35 da Emenda Constitucional Federal nº 103 de 12 de novembro de 2019.”

Como decorrência, no exercício de sua competência tributária instituída pelo Constituinte federal reformador, a mesma Lei Complementar nº 1.354, de 2020, incluiu o § 2º ao artigo 9º da Lei Complementar nº 1.012, de 2007, prevendo que, em caso de haver déficit atuarial no âmbito do Regime Próprio de Previdência do Estado, a contribuição dos aposentados e pensionistas incidirá sobre o montante dos proventos de aposentadorias e de pensões que supere um salário mínimo nacional.

DA COMPATIBILIDADE DO § 2º DO ARTIGO 9º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 1.012, DE 2007, COM O § 18 DO ARTIGO 126 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO

O fato do § 18 do artigo 126 da Constituição Estadual⁵ – que permite que a contribuição previdenciária incida ordinariamente sobre o que superar o limite máximo do RGPS, sem qualquer referência ao que superar o salário mínimo em caso de déficit

⁵ Constituição Estadual:

“Artigo 126 - ...

§ 18 - Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.”

atuarial – não ter sofrido modificação apenas confirma o raciocínio acima exposto.

Com efeito, a *regra ordinária* da base de cálculo da contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas para o regime próprio de previdência está prevista no já citado § 18 do artigo 40 da Constituição Federal, introduzido no texto por meio da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

Tratando-se de comando também dirigido aos servidores públicos dos Estados-membros, a norma federal acima referida foi reproduzida no já citado § 18 do artigo 126 da Constituição do Estado pela Emenda Constitucional nº 21, de 14 de fevereiro de 2006.

A disciplina normativa introduzida pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003, ao mesmo tempo em que determina a incidência de contribuição previdenciária devida pelos beneficiários de aposentadorias e pensões, prevê imunidade à incidência dessa exação ao excluir a possibilidade de serem tributados os valores de proventos e aposentadorias inferiores ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.

A norma prevista no § 18 do artigo 40 da Constituição Federal exclui, portanto, do âmbito da **competência tributária ordinária dos Estados**, os benefícios de aposentadoria e pensão inferiores ao limite máximo de benefícios do regime geral de previdência social.⁶

No que tange ao tema da “imunidade tributária”, registra a Doutrina que:

“a imunidade tributária apresenta dúplice natureza: de um lado, exsurge como norma constitucional demarcatória de competência tributária, por continente de hipótese de intributabilidade, e, de outro, constitui direito público subjetivo das pessoas direta ou indiretamente por ela favorecidas.”⁷

“Basicamente, a diferença entre a imunidade e a isenção está em que a primeira atua no plano da definição da competência, e a segunda opera no plano do exercício da competência. Ou seja, a Constituição, ao definir a competência, excepciona determinadas situações que, não fosse a imunidade, quedariam dentro do campo de competência, mas, por força da norma de imunidade, permanecem fora do alcance do poder de tributar outorgado pela Constituição. Já a isenção atua noutro plano, qual seja o do exercício, do poder de tributar: quando a pessoa política competente exerce esse poder, editando a lei instituidora do tributo, essa lei pode,

6 FREITAS, Lúcia de Faria, “As imunidades pertinentes às contribuições sociais para a seguridade social”, in *Tratado das Imunidades Tributárias*, Org.: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães, São Paulo, Verbatim, 2011, p. 384.

7 COSTA, Regina Helena, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 79.

usando a técnica da isenção, excluir determinadas situações que, não fosse a isenção, estariam dentro do campo de incidência da lei de tributação, mas, por força da norma isentiva, permanecem fora desse campo.”⁸

Ocorre (e este ponto merece especial ênfase) que o § 1º-A do artigo 149 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019, **ampliou a competência tributária dos entes federativos**, permitindo-lhes instituir contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria e de pensões que **superem o salário-mínimo** – e não o valor máximo dos benefícios do regime geral da previdência social – **quando houver déficit atuarial**.

Em outras palavras, a reforma constitucional promovida pelo constituinte federal, dentre as medidas voltadas para **superar o déficit do sistema previdenciário e garantir sua solvabilidade em todos os níveis da federação**, alterou a regra de exclusão de competência tributária em matéria previdenciária devida pelos aposentados e pensionistas do Regime Próprio, de modo que a **imunidade tributária passou a restringir-se ao valor do salário mínimo no caso de haver déficit atuarial**.

O comando normativo previsto no § 1º-A do artigo 149 da Constituição Federal claramente aplica-se a todos os entes federativos, **independentemente de qualquer alteração a ser efetivada nas Constituições estaduais**, seja porque (i) trata-se de norma constitucional de delimitação de competência tributária, seja porque (ii) o já citado artigo 36, II, da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, é claro ao dizer que o novo regime constitucional aplica-se aos Estados e Municípios, **entrando em vigor na data de publicação da lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo que o referende**.

Esses dispositivos constitucionais permitem concluir que a competência tributária dos entes federativos prevista no artigo 149 do texto Constitucional **deve ser exercida por meio de lei de cada ente federativo**, independentemente, portanto, de qualquer alteração em sede constitucional em âmbito estadual, respeitados os seguintes limites:

- a) a contribuição incidirá sobre os proventos de aposentadorias e pensões que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos (§ 18 do artigo 40 da CF);
- b) em caso de déficit atuarial, poderá incidir sobre proventos de aposentadoria e

8 AMARO, Luciano, Direito Tributário, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 152.

pensões que superem o valor do salário mínimo (§ 1º-A do artigo 149 da CF).

A tais ponderações, cabe acrescentar que a edição de emenda à Constituição do Estado para dispor sobre a matéria é que acarretaria inconstitucionalidade.

Isso porque o inciso II do artigo 36 da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, **peremptoriamente** submeteu a disciplina da matéria tratada em tal dispositivo à edição de lei de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo local. Quanto ao ponto, vale recordar que a Corte Suprema rejeita a edição de emendas constitucionais em matérias sujeitas à edição de lei em sentido estrito. A título de exemplo, cite-se o seguinte julgado:

“A Emenda Constitucional 61/2012 de Santa Catarina conferiu status de carreira jurídica, com independência funcional, ao cargo de delegado de polícia. Com isso, alterou o regime do cargo e afetou o exercício de competência típica da chefia do Poder Executivo, o que viola a cláusula de reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, c, extensível aos Estados-Membros por força do art. 25 da CF). (ADI 5.520, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 6-9-2019, P, DJE de 20-9-2019).

À luz do princípio da simetria, é de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo estadual as leis que disciplinem o regime jurídico dos militares (art. 61, § 1º, II, f, da CF/1988). Matéria restrita à iniciativa do Poder Executivo não pode ser regulada por emenda constitucional de origem parlamentar.”

(ADI 2.966, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 6-4-2005, P, DJ de 6-5-2005).

No mesmo sentido: ADI 858, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 13-2-2008, P, DJE de 28-3-2008 e ADI 2.102, rel. min. Menezes Direito, j. 15-4-2009, P, DJE de 21-8-2009.

Este Colendo Órgão Especial também tem adotado esse posicionamento:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL Nº 46, DE 08 DE JUNHO DE 2018, QUE FIXOU O SUBSÍDIO MENSAL DOS DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO SUBTETO ÚNICO PARA SUBSÍDIOS, PROVENTOS, PENSÕES OU OUTRA ESPÉCIE REMUNERATÓRIA, NO ÂMBITO DO ESTADO DE SÃO PAULO E SEUS MUNICÍPIOS - INADMISSIBILIDADE - INTERFERÊNCIA NA AUTONOMIA MUNICIPAL - VIOLAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO - COMPETÊNCIA, ADEMAIS, DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO DE CADA ENTE FEDERADO PARA DISPOR SOBRE TETO REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS, OBSERVADAS AS DIRETRIZES ESTABELECIDAS PELO CONSTITUINTE FEDERAL - AFRONTA AOS ARTIGOS 1º, 5º, 22, INCISO II, 24, § 2º, ITEM 4, E 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE, ALÉM DOS ARTIGOS 37, INCISO XI E §

12, E 60, § 4º, INCISO III, DA CARTA DA REPÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA - AÇÃO PROCEDENTE". "A autonomia municipal é princípio constitucional sensível que repousa no artigo 34, inciso VII, alínea 'c', da Lei Maior, impondo-se ao legislador constituinte estadual observar os parâmetros definidos no plano federal, sob pena de ofensa ao pacto federativo". "Infere-se claramente das alterações promovidas pelas EC nos 41/03 e 47/05 que a adoção do subteto único estadual ou distrital opera-se apenas 'em seu âmbito' e 'mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica', subsistindo para os servidores municipais o teto remuneratório específico previsto no inciso XI, do artigo 37, da Constituição Federal, correspondente ao subsídio do Prefeito". "A faculdade conferida aos Estados e ao Distrito Federal para adotar o subteto único regional não permite que essas pessoas políticas estendam aos Municípios norma contrária ao sistema vigente, ampliando aos servidores municipais regra prevista apenas para entes federados diversos, mostrando-se a Emenda Constitucional Estadual nº 46/2018 incompatível com os artigos 1º e 144 da Carta Paulista". "As hipóteses previstas nos artigos 61, § 1º, da Lei Maior e 24, § 2º, da Carta Bandeirante não podem ser disciplinadas por meio de emenda constitucional de iniciativa parlamentar, incumbindo apenas ao Governador regular o assunto, seja em projeto de lei de sua autoria, seja mediante proposta de emenda, nos termos do artigo 22, inciso II, da Constituição Estadual". (TJ/SP – Ação Direta de Inconstitucionalidade 2116917-44.2018.8.26.0000 - Relator Des. Renato Sartorelli - Órgão Especial - Data do Julgamento: 31/10/2018)

Nesse contexto, tem-se que a imunidade prevista no § 18 do artigo 126 da Constituição Paulista não pode ser aplicada isoladamente, sem considerar a nova competência tributária conferida aos entes federativos pelo § 1º-A do artigo 149 da Constituição Federal, cujo exercício foi submetida ao regime jurídico da “reserva de lei” (cf. § º do artigo 149 e inciso II do artigo 36 da Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

Diante desse quadro jurídico, a tese jurídica sustentada na petição inicial, ao impedir o exercício de uma competência constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo estadual, (i) mostra-se incompatível com o novo regime constitucional aplicável às contribuições devidas por aposentados e pensionistas do Regime Próprio de Previdência Social, (ii) contraria os princípios que regem a boa gestão fiscal, (iii) sendo, ainda, incompatível com os desígnios do Constituinte Federal no que toca à adoção de medidas para a solvabilidade do Regime Próprio de Seguridade Social.

Como já detalhado alhures, o § 18 do art. 126 da Constituição Estadual repete a disciplina do § 18 do artigo 40 da Constituição Federal⁹, que tampouco foi alte-

9 Constituição Federal:

rado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019. Ambos os dispositivos seguem em vigor, ou seja: a regra ordinária é de que a contribuição previdenciária só incidirá sobre os proventos que superem o limite máximo dos benefícios do RGPS.

Por sua vez, a hipótese especial, que amplia a incidência para atingir os benefícios que superem o salário mínimo apenas em caso de *déficit atuarial*, decorre diretamente da Constituição Federal e da lei estadual que referendou, nesta pessoa política.

Em suma, o § 18 do artigo 126 da Constituição Estadual não foi alterado pela mesma razão de não ter sido alterado o § 18 do artigo 40 da Constituição Federal: **essa regra permanece em vigor**, salvo em caso de déficit atuarial no RPPS.

Pelas mesmas razões, resta constitucional o Decreto Estadual nº 65.021, de 19 de junho de 2020, que se limitou a regulamentar as prescrições de tais dispositivos.

Diante da inequívoca compatibilidade entre as normas estaduais impugnadas e a Emenda Constitucional federal n.º 103, de 2019, é forçoso concluir que eventuais questionamentos quanto à constitucionalidade da reforma perpetrada pelo constituinte federal devem ser realizados em sede própria¹⁰, por meio de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

DA DEMONSTRAÇÃO DO DÉFICIT ATUARIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A anexa Nota Técnica da SPPREV nº 03, de 19 de junho de 2020 (DOCUMENTO 1), é **categorica ao constatar a situação de déficit atuarial** mesmo após a aprovação da reforma previdenciária no âmbito estadual, conforme excerto a seguir:

“Assim, verifica-se que a avaliação atuarial, combinada com o ‘valor justo dos ativos do plano’ indicado no quadro acima apresentado (nota explicativa 5.1.13 - fls. 175/177) contemplam o conceito de ‘valor presente, entre o fluxo das receitas estimadas e das despesas projetadas, apuradas atuarialmente, que, juntamente com os bens, direitos e ativos vinculados, comparados às obrigações assumidas’, previsto no §1º do artigo 9º da Emenda Constitucional nº 103/19, o que, **no caso concreto, evidencia a constatação de déficit atuarial caracterizado pelo valor presente negativo apurado a partir**

“Artigo 40 - ...

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.”

10 No caso, a questão está sendo analisada, pelo STF, nas ADIs n.º 6254, 6255, 6256 e 6258.

do fluxo das receitas estimadas e das despesas projetadas, apuradas atuarialmente, adicionado os bens, direitos e ativos vinculados ao regime próprio.”

Para o mês de maio de 2020, a insuficiência financeira do regime atingiu o valor de R\$ 1.794.779.064 (um bilhão, setecentos e noventa e quatro milhões, setecentos e setenta e nove mil e sessenta e quatro reais) e, no acumulado do ano, o valor de R\$ 9.752.857.259 (nove bilhões, setecentos e cinquenta e dois milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil e duzentos e cinquenta e nove reais), conforme apurados em balancete elaborado pela SPPREV (DOCUMENTO 2).

Tais dados são públicos e constam do Balanço Geral do Estado (DOCUMENTO 3), valendo destacar que a demonstração do déficit previdenciário decorre da mera observação matemática dos números presentes nas manifestações técnicas da SPPREV, extraídos de dados públicos, não carecendo de interpretações ou subjetivismos para se chegar ao seu resultado.

Assim sendo, a apresentação da Proposta de Emenda Constitucional nº 18, de 2019, e do Projeto de Lei Complementar nº 80, de 2019, que originaram na aprovação da Emenda Constitucional nº 49, de 2020, e da Lei Complementar nº 1.354, de 2020, teve por escopo a busca pelo equilíbrio do regime próprio de previdência social do Estado de São Paulo, que depende não apenas de ajustes em relação à despesa com pagamento de benefícios previdenciários, em meio a um contexto de envelhecimento populacional, mas também de adequadas fontes de financiamento. Na exposição de motivos do Projeto de Lei Complementar nº 80, de 2019, consta a tabela abaixo, demonstrativa do crescimento da insuficiência financeira nos cinquenta anos subsequentes caso nenhuma medida tivesse sido adotada:

Custos e Contribuições – Servidores e Governo (Orçamento Plurianual)

Ano	Custo dos Benefícios e Despesas Administrativas		Contribuições dos Servidores		Contribuições do Governo		APORTES EXTRAORDINÁRIOS DO GOVERNO (*)	
	Valor	%	Valor	%	Valor	%	Valor	%
2019	36.839.256	112,05%	4.720.632	14,36%	7.233.363	22,00%	24.885.261	75,69%
2029	54.905.491	206,08%	4.802.898	18,03%	5.861.358	22,00%	44.241.235	166,05%
2039	63.548.307	272,29%	4.874.629	20,89%	5.134.478	22,00%	53.539.200	229,40%
2049	66.931.750	322,03%	4.666.407	22,45%	4.572.549	22,00%	57.692.794	277,58%
2059	61.299.970	298,75%	4.230.933	20,62%	4.514.145	22,00%	52.554.892	256,13%
2069	50.440.857	241,20%	3.544.807	16,95%	4.600.821	22,00%	42.295.229	202,25%

Base: 1 - Folha dos Ativos Atuais e Ativos Futuros (até o Teto do RGPS), exceto Polícia Militar

(*) Inclui a Compensação Financeira entre os Regimes de Previdência e Royalties.

Os Aportes Extraordinários, por conta do Governo, são destinados para cobertura das despesas que as contribuições normais (22% + 11% + 3% = 36%) não cobrem.

A tabela acima explicita que **75,69% do sistema previdenciário paulista foi custeado por meio de aportes extraordinários do Tesouro Estadual** em 2019, com tendência de crescimento exponencial para os próximos cinquenta anos. A contribuição dos servidores, por outro lado, se prestou a financiar apenas 14,36% do custeio com o pagamento dos benefícios respectivos, sem projeção de ampliação para as próximas décadas.

Sem que tivesse havido a alteração do regime de custeio ocorrida por meio da Reforma Previdenciária, o sistema entraria em colapso já na próxima década (2029), como revela a informação constante da exposição de motivos que acompanhou o projeto de lei (devidamente publicada e que se encontra disponível para consulta junto ao sítio eletrônico da Assembleia Legislativa).

Dessa forma, seguindo a trilha da Emenda à Constituição Federal nº 103, de 2019, o Estado assumiu sua responsabilidade, impondo ao seu regime próprio de previdência a observância de critérios para preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, estabelecendo regras para evitar distorções e corrigir situações que não guardam conformidade com os objetivos da previdência dos servidores públicos civis titulares de cargo efetivo do Estado de São Paulo. Essas medidas contribuirão para a redução do elevado comprometimento dos recursos públicos com despesas obrigatórias, favorecendo investimentos financeiros em outras áreas de interesse de toda a sociedade, como saúde, educação, segurança e infraestrutura.

De outro lado, ainda que, por hipótese, não houvesse déficit a equacionar, esse fundamento não justificaria a declaração de inconstitucionalidade do artigo 9º, § 2º, da Lei Complementar nº 1.012, de 2007, mormente em se tratando de ação de controle abstrato de constitucionalidade.

Eventual discussão sobre a existência ou não de déficit não pode voltar-se contra a lei e o respectivo decreto que a regulamenta, na medida em que tão somente preveem, abstratamente, os efeitos jurídicos decorrentes da existência de déficit.

Assim sendo, demonstrada a conformidade normativa dos diplomas impugnados com o texto constitucional vigente, qualquer discussão a respeito da ocorrência concreta do déficit atuarial discrepa das finalidades da presente ação de controle abstrato de constitucionalidade.

Objetivamente, os diplomas impugnados estão rigorosamente de acordo com o texto da Constituição Federal. Eventual inconformismo com sua aplicação deverá ser

combatido, se for o caso, pelas vias próprias.

DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Também não prospera a alegação de suposta violação à isonomia, numa interpretação equivocada do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da já mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105.

A controvérsia que o Supremo Tribunal Federal julgou na ADI nº 3105 dizia respeito à discriminação contida nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, que estabelecia percentuais distintos de contribuição previdenciária a servidores da União e os demais entes da Federação:

Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. (Vide ADIN nº 3105)

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que os diferentes percentuais (50% para Estados, Municípios e Distrito Federal, 60% para a União) violavam a isonomia.

Isso porque inexistem regimes distintos fixados na Constituição Federal aplicáveis aos servidores públicos, ao contrário: as regras são idênticas para todos os entes da Federação, todas elas se prestando a uma finalidade: a manutenção do equilíbrio financeiro do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, na linha do disposto no caput dos artigos 40, da Constituição Federal, e 126 da Constituição do

Estado de São Paulo¹¹.

A situação presente é completamente distinta da apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que o Constituinte federal permitiu a instituição de tratamento tributário específico para regimes previdenciários diferentes: Regime Geral de Previdência Social e Regime Próprio de Previdência Social. Não há, portanto, que se cogitar de ofensa à isonomia.

DA INEXISTÊNCIA DE OFENSA À IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS E PROVENTOS

A alegação de ofensa ao princípio da **irredutibilidade** de vencimentos e proventos, por sua vez, está em total discrepância com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

A instituição de alíquotas progressivas para a contribuição previdenciária **não implica redução remuneratória**.

Contribuições dessa natureza são tributos, não havendo imunidade tributária instituída pela Constituição Federal que impeça os servidores públicos inativos de serem sujeitos passivos da contribuição, como, aliás, já afirmou o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105,: *“não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos, de modo absoluto à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito”*.

Não há dúvida de que a condição de aposentado representa situação jurídica consolidada que gera direitos adquiridos, mas, *“no rol dos direitos subjetivos inerentes a situação de servidor inativo, não consta o de imunidade tributária absoluta dos proventos correlatos”*¹². Igualmente, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou na conclusão de seu voto vencedor:

“Com efeito, Sr. Presidente, não há direito adquirido a uma hipótese de não-incidência tributária. O fato de algum ato ou de algum bem não ser em determinado

11 Artigo 126 - O Regime Próprio de Previdência Social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do Estado de São Paulo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

12 ADI 3105, relator(a): min. ELLEN GRACIE, relator(a) p/ Acórdão: min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2004, p. 203-204 do acórdão. No mesmo sentido, v. ADI 3128.

momento objeto de incidência tributária não estabelece, em favor do seu titular, um estatuto pessoal de intributabilidade [...] (grifamos).¹³

Em suma, não há qualquer norma que garanta a manutenção da base de cálculo de imunidade tributária a contribuições que visam financiar regime previdenciário. Igualmente, embora a condição de servidor público garanta-lhe o *direito* ao pagamento de remuneração como contraprestação a seu trabalho, tal condição não lhe assegura direito a imunidade tributária.

Assim, a invocação do princípio da irredutibilidade de vencimentos para fundamentar a alegação de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados certamente é descabida, pois, como também destacara o Ministro Cezar Peluso na ADI 3105, fosse levado a sério esse argumento haveria *“no restrito comando da irredutibilidade, obstáculo intransponível à exigência de contribuição, não só aos inativos, mas também aos servidores em atividade e, o que não é menos conspícua demais, proibição de qualquer tributo que tome por base de cálculo o valor da remuneração paga aos funcionários públicos!”*, ou, no mesmo sentido, como o Ministro Gilmar Mendes observou, *“fosse correto o argumento [da irredutibilidade], nenhuma espécie tributária poderia ser majorada ou instituída”*¹⁴

Ou seja, o acolhimento do pleito das entidades autoras levaria à conclusão de que são inconstitucionais, pois violadores da irredutibilidade, todos os tributos cobrados de servidores públicos. Como bem concluía o Ministro Cezar Peluso, *“o excesso da conclusão desnuda todo o excesso da premissa”*¹⁵.

DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À REGRA DO NÃO-CONFISCO

Tampouco deve impressionar o argumento de que haveria **confisco** na tributação em exame.

Quanto ao ponto, cabe enfatizar que a jurisprudência tem sido extremamente rigorosa no acolhimento de semelhante alegação, que está restrita a situações extremas, como no caso de cobrança de multa em valor superior a 100% do valor do

13 P. 426-427 do acórdão.

14 P. 313 do acórdão.

15 P. 209 do acórdão.

próprio tributo (e.g., Al 851.038 AgR, rel. min. Roberto Barroso, j. 10-2-2015, 1ª T, DJE de 12-3-2015.). Fora dessas hipóteses excepcionalíssimas, a exação tem sido considerada válida e eficaz. Como observou o Ministro Eros Grau no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105, “a entender-se que os inativos estariam gravados por um tributo confiscatório seríamos forçados a sustentar que os servidores ativos estariam também onerados pelo mesmo efeito, visto serem contribuintes da contribuição previdenciária”¹⁶.

DA INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE INICIATIVA LEGISLATIVA

Por fim, inexistente qualquer mácula em relação à iniciativa do Projeto de Lei Complementar nº 80/2019.

A sustentação dessa tese acaba por confundir institutos distintos: (I) o poder de iniciativa dos projetos de lei e (II) poder de emendar aos projetos de Lei.

Como é cediço, tanto a Constituição Federal como Constituição do Estado de São Paulo estabelecem uma série de matérias que devem ser reguladas por meio de Lei de iniciativa reservada aos Poderes respectivos, **sob pena de inconstitucionalidade formal**. A título de exemplo, vale indicar o artigo 24 da Constituição do Estado de São Paulo .

Esse é o caso de projeto de lei complementar que tenha por objeto o regime jurídico de aposentadoria dos servidores do Estado, tema que foi reservado à iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, na linha do disposto no artigo 24, § 2º, “4”, da Constituição do Estado de São Paulo.¹⁷

16 P. 268 do acórdão.

17 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.

§1º - Compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa a iniciativa das leis que disponham sobre:

1 - criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios; (NR)

2 - regras de criação, organização e supressão de distritos nos Municípios. (NR)

3 - subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado, observado o que dispõem os artigos 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, da Constituição Federal. (NR)

4 - declaração de utilidade pública de entidades de direito privado. (NR)

§ 2º - Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

1 - criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem

O poder de **emenda parlamentar**, por outro lado, é inerente à atividade legislativa e está sujeito a limitações muito menos rigorosas se comparadas com aquelas que incidem sobre a iniciativa legislativa privativa.

De fato, a jurisprudência tem exigido apenas duas limitações ao poder de emenda parlamentar: (I) a matéria constante da emenda deve ter pertinência com a tratada no projeto legislativo; e (II) não implicar aumento de despesas.

A esse respeito, confira-se:

“As normas constitucionais de processo legislativo não impossibilitam, em regra, a modificação, por meio de emendas parlamentares, dos projetos de lei enviados pelo

como a fixação da respectiva remuneração;

- 2 - criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX; (NR)
- 3 - organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;
- 4 - servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (NR)
- 5 - militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar; (NR)
- 6 - criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos.

§ 3º - O exercício direto da soberania popular realizar-se-á da seguinte forma:

- 1 - a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação de projeto de lei subscrito por, no mínimo, cinco décimos de unidade por cento do eleitorado do Estado, assegurada a defesa do projeto, por representante dos respectivos responsáveis, perante as Comissões pelas quais tramitar;
- 2 - um por cento do eleitorado do Estado poderá requerer à Assembleia Legislativa a realização de referendo sobre lei;
- 3 - as questões relevantes aos destinos do Estado poderão ser submetidas a plebiscito, quando pelo menos um por cento do eleitorado o requerer ao Tribunal Regional Eleitoral, ouvida a Assembleia Legislativa;
- 4 - o eleitorado referido nos itens anteriores deverá estar distribuído em, pelo menos, cinco dentre os quinze maiores Municípios com não menos que dois décimos de unidade por cento de eleitores em cada um deles;
- 5 - não serão suscetíveis de iniciativa popular matérias de iniciativa exclusiva, definidas nesta Constituição;
- 6 - o Tribunal Regional Eleitoral, observada a legislação federal pertinente, providenciará a consulta popular prevista nos itens 2 e 3, no prazo de sessenta dias.

§ 4º - Compete, exclusivamente, ao Tribunal de Justiça a iniciativa das leis que disponham sobre:

- 1 - criação e extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, incluído o Tribunal de Justiça Militar; (NR)
- 2 - organização e divisão judiciárias, bem como criação, alteração ou supressão de órgãos e cartórios judiciários.”

chefe do Poder Executivo no exercício de sua iniciativa privativa. Essa atribuição do Poder Legislativo brasileiro esbarra, porém, em duas limitações: a) **a impossibilidade de o Parlamento veicular matérias diferentes das versadas no projeto de lei, de modo a desfigurá-lo;** e b) **a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do presidente da República, ressalvado o disposto no § 3º e no § 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública** (inciso I do art. 63 da CF).”

(ADI 3.114, rel. min. Ayres Britto, j. 24-8-2005, P, DJ de 7-4-2006 e ADI 2.583, rel. min. Cármen Lúcia, j. 1º-8-2011, P, DJE de 26-8-2011)

“O poder de emendar – **que não constitui derivação do poder de iniciar o processo de formação das leis** – qualifica-se como prerrogativa deferida aos parlamentares, que se sujeitam, no entanto, quanto ao seu exercício, às restrições impostas, em *numerus clausus*, pela CF. A CF de 1988, prestigiando o exercício da função parlamentar, afastou muitas das restrições que incidiam, especificamente, no regime constitucional anterior, sobre o poder de emenda reconhecido aos membros do Legislativo. O legislador constituinte, ao assim proceder, certamente pretendeu repudiar a concepção regalista de Estado (RTJ 32/143 – RTJ 33/107 – RTJ 34/6 – RTJ 40/348), que suprimiria, caso ainda prevalecesse, o poder de emenda dos membros do Legislativo. Revela-se plenamente legítimo, desse modo, o exercício do poder de emenda pelos parlamentares, mesmo quando se tratar de projetos de lei sujeitos à reserva de iniciativa de outros órgãos e Poderes do Estado, incidindo, no entanto, sobre essa prerrogativa parlamentar – que é inerente à atividade legislativa –, as restrições decorrentes do próprio texto constitucional (CF, art. 63, I e II), bem assim aquela fundada na exigência de que as emendas de iniciativa parlamentar sempre guardem relação de pertinência (“afinidade lógica”) com o objeto da proposição legislativa.”

(ADI 2.681 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 11-9-2002, P, DJE de 25-10-2013.)

No caso em tela, resta incontroverso que o texto do PLC nº 80/2019, cuja aprovação gerou a Lei Complementar nº 1354, de 2020, foi encaminhado pelo Sr. Governador do Estado. Ou seja, **não há vício de iniciativa.**

Como esperado, dada a relevância e a sensibilidade do tema, o texto passou por diversas discussões naquela Casa, que culminaram na apresentação de mais de 150 propostas de emendas parlamentares.

Ao final, o texto do PLC nº 80/2019 foi aprovado em plenário, nos termos do Autógrafo nº 32.860, ao qual foi oposto veto parcial.

Assim, as emendas acolhidas no projeto sancionado encontram-se dentro da esfera de competência do Poder Legislativo, já que veicularam a mesma matéria (previdência dos servidores do Estado) e não implicaram aumento de despesa, tendo respeitado, portanto, as limitações impostas no artigo 63, incisos I, da Constituição Federal, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, a alegação de vício de iniciativa, na hipótese, merece pronta rejeição, eis que baseada em verdadeiro **embaralhamento conceitual** entre as restrições incidentes sobre a deflagração do processo legislativo e as limitações incidentes sobre o poder de emenda parlamentar.

II – DA ELEVAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS PORTADORES DE DOENÇA INCAPACITANTE

Consta da inicial a alegação de que o artigo 1º da Emenda Constitucional 49, de 6 de março de 2020, que alterou a redação do artigo 126, § 21, da Constituição Estadual, suprimiu o direito de aposentados e pensionistas portadores de doença incapacitante à imunidade da contribuição previdenciária sobre o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que constava na redação anterior do mesmo dispositivo¹⁸.

Segundo a inicial, referida supressão seria violadora de direito fundamental de pessoa vulnerável, que goza de proteção especial do Direito Constitucional pátrio e de tratado internacional de que o Brasil é signatário.

Novamente, a inicial socorre-se de um inexistente direito adquirido a regime jurídico de não ser tributado.

Com a revogação do § 21 do artigo 40 da Constituição Federal, referendada no âmbito do Estado de São Paulo pela Emenda à Constituição Estadual nº 49, de 2020 e pela Lei Complementar Estadual nº 1.354, de 2020, a redução da base de cálculo da contribuição previdenciária devida ao RPPS pelos inativos e pensionistas portadores de doença incapacitante não mais subsiste no sistema jurídico vigente.

¹⁸ Texto revogado do § 21 do artigo 126 da Constituição Estadual:

“A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante”.

Não há que se olvidar que o direito fundamental à percepção dos proventos de aposentadoria dos portadores de doença incapacitante resta inteiramente preservado em face de tal modificação normativa. O que se alterou foi, apenas, a base de cálculo da contribuição previdenciária.

A propósito da constitucionalidade dessa alteração, vale novamente reproduzir, pois, trecho do voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 3133, pela Ministra Relatora CÂRMEN LÚCIA:

“... como ponderado, no presente caso, pelo Advogado-Geral da União, ‘contribuições previdenciárias têm natureza de tributo, não havendo que se falar em direito adquirido a não ser tributado’ (fl. 255).

Observei antes que ‘o direito constitucional fundamental à aposentadoria se configura para o beneficiário no momento em que lhe é, formal e publicamente, reconhecido o seu direito, tendo ele cumprido todos os requisitos constitucionais e infraconstitucionais para o seu exercício na forma da legislação vigente’ (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 438).

Isso, entretanto, não se confunde com a possibilidade de, no exercício de suas funções, o Estado instituir tributação sobre proventos ou pensões de inativos e pensionistas por meio de emenda constitucional.”

A mesma conclusão ocorreu no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 3105 e 3128 (Rel. Ministra Ellen Gracie): “...**não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento**”.

Dessa forma, para os fins da presente ação direta de inconstitucionalidade, resta irrelevante essa aparente tensão de direitos fundamentais exposta na inicial. **O direito fundamental à aposentadoria do portador de doença incapacitante, do deficiente físico e – por óbvio – do idoso resta inteiramente preservado**, cada qual com seu conjunto de normas específicas do regime jurídico respectivo¹⁹.

19 Lei Complementar nº 1354, de 2020:

“Artigo 2º - O servidor público abrangido pelo regime próprio de previdência estadual será aposentado:

I - por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível

Por fim, nesse caso a insurgência também volta-se, em verdade, contra a Emenda à Constituição Federal nº 103, de 2019, que, nos termos de seu artigo 35, inciso

de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas, no mínimo, a cada 5 (cinco) anos, para verificar a continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, aplicando-se as normas que regem o processo administrativo estadual, naquilo que couber, e também regulamento específico a ser editado pelo Chefe do Poder Executivo;”

“Artigo 7º - O cálculo dos proventos de aposentadoria do servidor público titular de cargo efetivo considerará a média aritmética simples das remunerações adotadas como base para as contribuições aos regimes de previdência a que o servidor esteve vinculado, atualizadas monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

...

§ 5º - No caso de aposentadoria por incapacidade permanente, prevista no artigo 2º, inciso I, desta lei complementar, quando decorrente de acidente de trabalho, de doença profissional ou de doença do trabalho, os proventos corresponderão a 100% (cem por cento) da média aritmética definida na forma prevista no “caput” e no § 1º.”

...

“Artigo 3º - O servidor com deficiência será aposentado voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício de serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo, nível ou classe em que for concedida a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

- I - 20 (vinte) anos de contribuição, se mulher, e 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se homem, no caso de deficiência grave;
- II - 24 (vinte e quatro) anos de contribuição, se mulher, e 29 (vinte e nove) anos de contribuição, se homem, no caso de deficiência moderada;
- III - 28 (vinte e oito) anos de contribuição, se mulher, e 33 (trinta e três) anos de contribuição, se homem, no caso de deficiência leve;
- IV - 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

§ 1º - Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata o “caput”, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 2º - O deferimento da aposentadoria prevista neste artigo fica condicionada à realização de prévia avaliação biopsicossocial por equipe multiprofissional e interdisciplinar, nos termos do regulamento.

§ 3º - Se o servidor, após a filiação ao Regime Próprio de Previdência Social, tornar-se pessoa com deficiência ou tiver seu grau de deficiência alterado, os parâmetros mencionados no “caput” serão proporcionalmente ajustados, considerando-se o número de anos em que exerceu atividade laboral sem e com deficiência, observado o grau correspondente, nos termos do regulamento.”

I, alínea “a”²⁰, veio a revogar expressamente a previsão outrora constante do § 21 do artigo 40 da Constituição Federal, falecendo a esse Colendo Órgão Especial o exercício do controle de constitucionalidade do ato normativo federal pela via da ação direta de inconstitucionalidade, como se extrai dos incisos VI e XI do artigo 74 da Constituição Paulista.²¹

CONCLUSÃO

Com essas considerações, manifesto-me pelo julgamento de improcedência do pedido.

São Paulo, 10 de dezembro de 2020.

MARIA LIA PINTO PORTO CORONA
PROCURADORA-GERAL DO ESTADO
OAB/SP 108.644

NE: Peça minutada pelos Procuradores do Estado, Dra. Telma de Freitas Fontes e Dr. Fabio Trabold Gastaldo.

20 EC 103, de 2019:

“Art. 35. Revogam-se:

I - os seguintes dispositivos da Constituição Federal:

a) o § 21 do art. 40 (...).”

21 “Artigo 74 - Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:

(...)

VI - a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face desta Constituição, o pedido de intervenção em Município e ação de inconstitucionalidade por omissão, em face de preceito desta Constituição;

(...)

XI - a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestados em face da Constituição.”

DOCTRINA

A judicialização da saúde para o fornecimento de home care: a eficácia defensiva do argumento orçamentário na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Danilo Gaiotto

A repercussão geral como precedente obrigatório à luz do Código de Processo Civil de 2015

Talita Leixas Rangel

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PARA O FORNECIMENTO DE HOME CARE: A EFICÁCIA DEFENSIVA DO ARGUMENTO ORÇAMENTÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

DANILO GAIOTTO¹

RESUMO

As ações judiciais que veiculam pedidos de fornecimento de home care apresentam repercussão administrativa em razão dos altos custos envolvidos nos serviços a serem contratados e a inexistência de política pública padronizada que atenda de forma integral à pretensão dos pacientes. O presente artigo foi produzido a partir dos resultados de pesquisa empírica realizada no âmbito do Núcleo de Pesquisas Empíricas da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, verificando-se o índice de sucesso estatal nos julgamentos em segunda instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a incidência de fundamentos de ordem orçamentária nos acórdãos em que a tese defensiva do Estado foi acolhida.

Palavras-chave: judicialização, home care, saúde, reserva do possível, orçamento.

1. INTRODUÇÃO.

O presente artigo apresentará os resultados obtidos a partir de pesquisa empírica realizada em ações judiciais com pedido de fornecimento de home care ajuizadas em face do Estado de São Paulo, apreciando-se o índice de vitórias estatais em segunda instância em tais demandas e a incidência do manejo de fundamentos de ordem orçamentária para o proferimento de decisões favoráveis ao ente público em grau recursal.

A delimitação da pesquisa focou-se nos requerimentos judiciais de fornecimento de home care em razão dos elevados custos envolvidos em tais serviços e a inexistência de política pública padronizada que atenda de forma integral aos anseios dos pacientes.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Itu. Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

As pretensões deduzidas nas demandas judiciais envolvem a disponibilização pelo Poder Público de equipes multidisciplinares constituídas por profissionais das áreas de medicina, fisioterapia, terapia ocupacional, fonoaudiologia, enfermagem, psicologia, além de medicamentos, equipamentos, insumos e alimentação especial.

Os casos abrangem pedidos de pacientes que se encontram em grave situação de saúde, com recomendação médica de tratamento domiciliar, por fundamentos que envolvem impossibilidade de locomoção e/ou perspectiva de melhor resultado terapêutico, buscando o fornecimento de verdadeira estrutura hospitalar em âmbito doméstico.

Conforme pesquisa realizada no sistema eletrônico de acompanhamento processual da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGENET) no dia 26 de novembro de 2018, há 926 ações judiciais em andamento veiculando pedido de instalação de *home care* em face do Estado de São Paulo acompanhadas pelo órgão de representação judicial do ente público.

Para ilustrar a dimensão econômica de tais processos, de acordo com informações prestadas pelo Departamento Regional de Saúde de Sorocaba – DRS XVI por meio do Ofício AJ 2087/2016, constante dos autos do Processo n.º 1024701-89.2016.8.26.0602, em trâmite perante a Vara da Fazenda Pública de Sorocaba/SP, os 33 (trinta e três) contratos vigentes de *home care* para atendimento de decisões judiciais no âmbito territorial de suas atribuições consumiam, em 2016, o montante anual de R\$ 12.490.176,12 (doze milhões, quatrocentos e noventa mil, cento e setenta e seis reais e doze centavos).

Ainda de acordo com o órgão de saúde, o valor seria suficiente para custear a projeção de 7.476 (sete mil, quatrocentos e setenta e seis) internações hospitalares de média e alta complexidade previstas para o ano de 2016 na Santa Casa de Itu/SP, procedimentos que acarretariam o gasto de R\$ 11.140.134,96 (onze milhões, cento e quarenta mil, centro e trinta e quatro reais e noventa e seis centavos).

Nota-se, portanto, que o estudo ora proposto apresenta inegável importância para o aperfeiçoamento da defesa do ente público em juízo, com vistas ao aprimoramento das teses estatais de forma a minorar o impacto orçamentário de tais demandas no erário.

O artigo inicialmente discorrerá sobre a metodologia da pesquisa (capítulo 2). Prosseguirá com um breve panorama acerca do contexto atual da judicialização da

saúde no Brasil (capítulo 3) e apresentará síntese sobre a controvérsia estabelecida nas ações judiciais para o fornecimento de *home care* (capítulo 4). Nos capítulos 5 e 6, analisará os dados da pesquisa empírica proposta, com apreciação individualizada dos casos em que o Estado logrou êxito judicial com base em argumentos orçamentários. Por fim, serão apresentadas as conclusões com sugestões para a melhoria da atuação do ente público em juízo (capítulo 7).

2. METODOLOGIA.

A pesquisa foi realizada através de consulta individualizada ao acervo eletrônico de ações cadastradas no sistema PGENET.

Foram delimitadas as ações cadastradas entre 01 de janeiro de 2014 e 31 de dezembro de 2017, inserindo-se o mesmo período no campo de pesquisa “período de ajuizamento”, selecionando como assunto o código 4.8.11.9, definido pelo sistema como “Políticas Públicas – Saúde – Home Care” e restringindo-se geograficamente a pesquisa às ações cadastradas na Procuradoria Regional de Sorocaba – PR4 (código 28 do campo “Procuradoria”).

Ademais, por necessidade de melhor divisão de trabalhos no âmbito do Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas Empíricas para Racionalização das Estratégias de Litigância da Procuradoria Geral do Estado, o presente estudo analisará somente as demandas em que o Estado de São Paulo for demandado, excluindo-se a apreciação daquelas em que constar o Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE no polo passivo, tendo em vista que, em tais casos, o fundamento da postulação inicial não é o artigo 196 da Constituição Federal e sim a relação “contratual” entre o servidor público estadual e a autarquia de assistência médica.

A análise pretendeu observar exclusivamente as decisões de mérito proferidas pela Corte Estadual nos parâmetros acima, portanto foram excluídas da apreciação individualizada as ações ainda não julgadas, aquelas extintas sem resolução de mérito e as que, por qualquer outro motivo, não foram objeto de apreciação de mérito em grau recursal pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A pesquisa buscou, a partir dessa base de dados especificada, definir qual o índice de sucesso judicial do Estado em segundo grau de jurisdição após o proferimento da sentença de mérito e, nos casos vitoriosos, qual a porcentagem de utilização de argumentos de índole orçamentária para fins de proferimento de acór-

dãos favoráveis ao ente público, apresentando sugestões para o aperfeiçoamento da defesa do ente público.

3. O PANORAMA ATUAL DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL.

O cerne da controvérsia judicial envolvendo as ações relacionadas ao direito à saúde no Brasil se refere à amplitude conferida à interpretação da norma contida no artigo 196 da Constituição Federal.

Respeitável doutrina defende que se trata de norma constitucional de eficácia limitada e de caráter programático, o que ficaria evidente pela atenta leitura do dispositivo constitucional que exige sua implementação “mediante políticas sociais e econômicas”, previsão que deve ser apreciada em conjunto com o requisito de lei reguladora para as ações e serviços de saúde disposto no artigo 197 da Constituição Federal.

Nesse sentido, leciona Ramos (2007, p. 346):

O caráter programático dessas normas fica evidenciado quer pela redação inequívoca desses dois últimos dispositivos, que aludem à implementação de políticas públicas e à regulamentação legislativa, quer pelo delineamento, em nível constitucional, de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, intitulada de Sistema Único de Saúde – SUS, responsável pela concretização das prestações estatais nessa matéria e cuja efetiva estruturação ficou a cargo do legislador infraconstitucional.

Prossegue o autor asseverando que, ao contrário do direito à educação veiculado pelo direito de acesso ao ensino fundamental gratuito em norma de eficácia plena, o direito à saúde foi situado pelo constituinte como “dependente de legislação e de providências administrativas que completem a sua conformação” (RAMOS, 2007, p. 346).

Em entendimento contrário, defende Sarlet (2018, p. 14508) que o reconhecimento do direito à saúde como direito subjetivo a prestações materiais “constitui exigência inarredável da própria condição do direito à saúde como direito fundamental”.

Arremata o doutrinador fazendo a ressalva de que a conclusão acima não significa, porém, que o direito à saúde deva ser visto como um direito ilimitado a qualquer tipo de prestação estatal (SARLET, 2018, p. 14509-14510).

Por sua vez, Andrade (2014, p. 13), em detalhada monografia sobre o tema, sustenta que a divisão entre direitos fundamentais “de liberdade” – os quais seriam passíveis de pretensões reclamáveis judicialmente – e direitos sociais – que não seriam dotados do atributo da justiciabilidade – se revela insuficiente e superada.

Para o autor, com fulcro nas lições de García-Huidobro, Shue e Eide, a efetivação dos direitos envolve diferentes níveis de obrigações estatais, não havendo que se perquirir acerca da justiciabilidade dos direitos a partir da distinção entre direitos prestacionais ou não prestacionais e sim do conteúdo positivado de cada direito fundamental, condição que depende de escolhas políticas e ideológicas inseridas na Constituição (ANDRADE, 2014, p. 14-17).

Não obstante a fértil discussão doutrinária acerca do tema, a jurisprudência brasileira, inclusive nos Tribunais Superiores, tem se posicionado em sentido amplamente majoritário em favor da tese do direito à saúde como direito público subjetivo exigível mediante controle jurisdicional.

Nesse sentido, destaca Ciarlini (2013, p. 592-596) que:

No Brasil, a ênfase presente na grande maioria das decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde têm aplicabilidade imediata, à vista da preponderância do direito à vida e da fundamentalidade das pretensões à saúde, o que se compatibiliza com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal destaca-se o entendimento proferido nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela n.º 175, em que o Ministro Gilmar Mendes consignou que “há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”, embora tal direito não seja absoluto e ilimitado (BRASIL, 2010a, p. 10).

No mesmo sentido, a decisão proferida no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 734.487/PR (BRASIL, 2010b, p. 1), da relatoria da Ministra Ellen Gracie, estabeleceu que o direito à saúde se trata de “prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilite o efetivo acesso a tal serviço” e que é possível a determinação pelo Poder Judiciário de implementação de políticas públicas pelo Estado, quando inadimplente, “sem que haja ingerência

em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.

A seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, após a prolação de diversas decisões favoráveis à tese do direito à saúde como direito público subjetivo, julgou recentemente o Tema 106 de Repercussão Geral - REsp nº 1657156/RJ (BRASIL, 2018, p. 1-2) e definiu o dever de fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Poder Público nos seguintes termos:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

A prática forense demonstra que também nas instâncias ordinárias a grande maioria das ações judiciais são julgadas em sentido favorável aos autores, determinando-se ao Estado o fornecimento dos mais diversos tratamentos, fármacos, exames e insumos, independentemente da efetiva análise do impacto orçamentário da medida.²

Conforme Barcellos (2018, p. 204):

Como já se tornou corrente, a chamada judicialização da saúde descreve justamente o fenômeno de multiplicação de ações judiciais, sobretudo individuais, mas também coletivas, solicitando prestações de saúde, principalmente medicamentos e procedimentos médico-hospitalares. Essas ações têm se multiplicado ao longo do tempo, em geral com resultados positivos para o autor, e com a consequente condenação do SUS a custear ou fornecer tais bens e serviços.

E a repercussão de tais decisões nas finanças públicas e na administração dos órgãos de saúde tem acarretado severas críticas por parte de administradores públicos em razão da ingerência jurisdicional em assunto de natureza técnica-administra-

2 Pesquisa divulgada pela UNICAMP (GARDENAL, 2016) indica que apenas 1% das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em grau recursal nos casos relacionados ao direito à saúde oriundos da Comarca de Campinas foram desfavoráveis aos pacientes.

tiva e da falta de condições orçamentárias para atendimento de todas as decisões proferidas (UIP; SANTOS, 2016, p. 3).

Destaca-se que o controle jurisdicional das políticas públicas relacionadas ao direito à saúde é realizado, invariavelmente, mediante a ponderação entre o mínimo existencial alegado pelos pacientes e o argumento da reserva do possível sustentado pelo Poder Público sob fundamento da escassez dos recursos orçamentários.

E, historicamente, a balança tem sido favorável à tese da proteção do mínimo existencial em detrimento da efetiva discussão acerca da capacidade material de atendimento universalizado, argumento este que, por vezes, tem sido desconsiderado como se manejado como mero óbice burocrático da Administração Pública ao cumprimento de ordens judiciais.

É o que destaca Scaff (2011, p. 1793-1797) acerca do princípio da reserva do possível:

É importante observar que esta expressão vem sendo bastante maltratada pela jurisprudência brasileira, que a hostiliza de maneira praticamente unânime, tudo indica que em virtude de sua má compreensão. Ela vem sendo entendida como se existisse um complô no seio da Administração Pública para esconder recursos públicos visando a não cumprir as determinações judiciais e não implementar os direitos fundamentais sociais, sendo a “reserva do possível” uma tentativa de refúgio das ordens judiciais.

Bem sintetizando a controvérsia, Ciarlini (2013, p. 555-558) registra:

É inegável que a tensão existente entre a pretensão à realização dos direitos sociais e a escassez dos meios materiais aptos a provê-los é seguida de uma variada e complexa pletora de argumentos doutrinários que tendem a justificar o maior ou menor caráter impositivo ou de aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais que prescrevem sua defesa.

E essa relação entre o controle jurisdicional das políticas públicas e suas consequências orçamentárias ganha relevo ainda maior considerando-se a aventada redução da disponibilidade financeira para o custeio dos serviços de saúde em razão da Emenda Constitucional n.º 95/2016.³

3 Estudos recentes preveem a queda média nos recursos para financiamento saúde após a alteração

Portanto, inegável a importância de se verificar, empiricamente, de que forma a jurisprudência trata os argumentos orçamentários em casos que repercutem em altos valores a serem despendidos para fornecimento de tratamentos de saúde em decorrência de decisões judiciais, como ocorre nas demandas cujo objeto é a disponibilização de serviços de home care.

4. AS DEMANDAS JUDICIAIS ENVOLVENDO PEDIDOS DE FORNECIMENTO DE HOME CARE.

Antes da análise dos dados empíricos coletados na pesquisa, compre sintetizar a controvérsia envolvida nas ações judiciais que veiculam como objeto o fornecimento de home care.

Em termos gerais, a pretensão dos pacientes visa a disponibilização de estrutura hospitalar em âmbito residencial, com profissionais das mais variadas áreas da saúde, bem como equipamentos, insumos e medicamentos, tudo escorado na previsão contida no artigo 196 da Constituição Federal.

A amplitude do objeto de tais demandas foi brilhantemente sintetizada pela desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani, relatora do recurso de apelação n.º 1019469-67.2014.8.26.0602 (SÃO PAULO, 2017, p. 9), nos seguintes termos:

Neste sentido, diante dos numerosos casos enfrentados por este E. Tribunal acerca da questão, salutar destacar que por serviço “home care” deve-se entender como a extensão de serviço hospitalar realizado em domicílio, ou seja, é a prestação de serviço pelo ente público ou particular, a depender do caso, para paciente que ao invés de se encontrar internado gerando custos e riscos à sua saúde, encontra-se em casa, sem prejuízo de tratamento que seria realizado no seio hospitalar.

Em razão das peculiares necessidades de cada paciente, a diversidade dos pedidos é vasta, revelando-se impossível determinar um padrão de itens e serviços que são demandados, ao contrário das ações de medicamentos, exames, cirurgias e procedimentos médicos, nas quais a postulação pode ser facilmente individualizada e mensurada, inclusive em termos econômicos.

constitucional em R\$ 415 bilhões em 20 anos, em comparação com a alocação de recursos prevista na vigência da Emenda Constitucional n.º 86/2015, sendo R\$ 69 bilhões nos primeiros dez anos e R\$ 347 bilhões no decênio seguinte (VIEIRA; BENEVIDES, 2016).

A falta de padronização reflete na imprevisibilidade do impacto orçamentário decorrente de tais ações judiciais, visto que a contratação de atendimento personalizado e fora dos padrões do Sistema Único de Saúde – SUS exige a análise das necessidades médicas do paciente caso a caso.

Conforme informações do Departamento Regional de Saúde de Sorocaba – DRS XVI por meio do Ofício AJ 2087/2016, constante dos autos do Processo n.º 1024701-89.2016.8.26.0602, em trâmite perante a Vara da Fazenda Pública de Sorocaba/SP, o custo para o atendimento de tais demandas tem o impacto incrementado quanto maior a exigência de contratação de profissionais para operacionalizar o atendimento, especialmente em razão das escalas de plantão necessárias.

A título de exemplo, no ano de 2016 o órgão afirma que o atendimento domiciliar mais simples apresentava custo mensal de R\$ 5.352,98 (cinco mil, trezentos e cinquenta e dois reais e noventa e oito centavos), enquanto que o mais oneroso exigia o pagamento de R\$ 81.260,82 (oitenta e um mil, duzentos e sessenta reais e oitenta e dois centavos) ao mês, destacando-se casos em que há determinação de fornecimento, além dos produtos e serviços inerentes ao home care, de bens como ar-condicionado, tanque importado para hidroterapia, massagadores elétricos, mantas vibratórias, entre outros.

A defesa do Estado em tais ações é escorada nos argumentos da impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, da vedação de atendimento individualizado em detrimento da necessária isonomia, do alto impacto orçamentário da pretensão e da inexistência de norma que determine a instalação de serviço hospitalar em residência, ressaltando a existência de política pública de serviço de atenção domiciliar a cargo dos Municípios, regulamentada pela Portaria n.º 963/2013 do Ministério da Saúde.

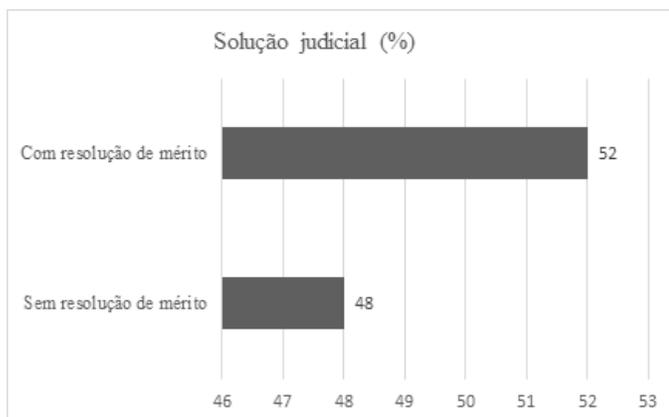
Ante o quadro acima exposto, o objetivo da presente pesquisa será verificar qual a taxa de sucesso do Estado de São Paulo nessas demandas e de que forma o argumento orçamentário tem sido acolhido nos julgados do Tribunal de Justiça Estadual favoráveis à tese fazendária em grau recursal.

5. DOS DADOS OBTIDOS PELA PESQUISA EMPÍRICA.

Aplicadas as balizas estabelecidas no capítulo 2 acima, houve a indicação de 52 (cinquenta e dois) processos judiciais a serem apreciados por meio do presente

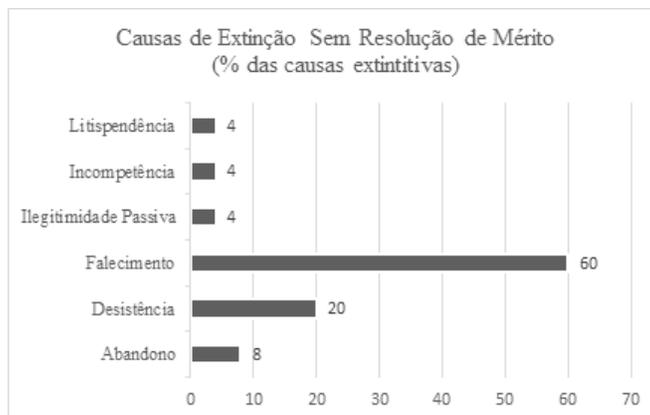
estudo, salientando-se que esse número já exclui as 5 (cinco) demandas ajuizadas em face do IAMSPE e um caso de erro no cadastro do processo (o qual não se referia a pedido de home care – PGENET 2016.01.038053).

O primeiro dado que se destaca ao pesquisador é o índice de demandas extintas sem resolução de mérito. Do total de ações objeto da pesquisa, 25 (vinte e cinco) foram extintas sem apreciação do mérito, o que equivale a, aproximadamente, 48% do total da amostra, montante estatisticamente relevante.



Dentre as causas extintivas sem resolução de mérito, outro aspecto de relevo: 15 (quinze) casos foram extintos antes do proferimento de acórdão em segunda instância em razão do falecimento do paciente (o que corresponde a 60% das causas extintivas e, aproximadamente, a 29% dos casos totais apreciados no presente estudo).

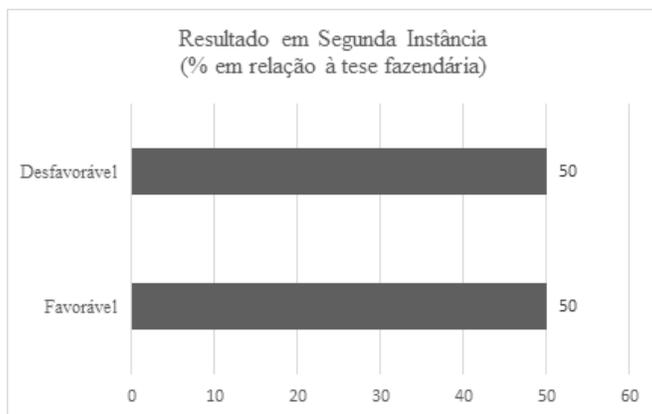
As demais razões de extinção verificadas foram: desistência (5 processos), abandono de causa (2 processos), incompetência absoluta (1 processo), ilegitimidade passiva (1 processo) e litispendência (1 processo).



Excluídas as ações extintas sem decisão meritória, o campo de pesquisa remanesceria com 27 (vinte e sete) demandas, das quais 7 (sete) não haviam sido julgadas até a conclusão do presente artigo e 2 (duas) foram objeto apenas de sentença (sem apreciação de mérito em segundo grau), restando, portanto, 18 (dezoito) casos em que houve discussão de mérito em segundo grau após o proferimento de sentença (ou cerca de 34% do campo inicial de pesquisa).

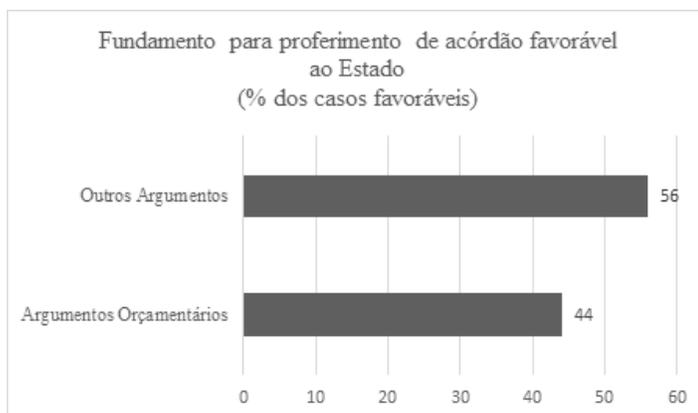
Do acervo de 18 (dezoito) casos apreciados no mérito em segunda instância, o Estado logrou êxito em sua tese defensiva em 9 (nove) demandas, o que corresponde a 50% dos casos que foram objeto de análise meritória pela Corte Bandeirante.

O dado indica que nos casos que envolvem *home care* há uma taxa mais elevada de vitórias judiciais do ente público em comparação com as estatísticas apresentadas em relação aos processos que tratam do direito à saúde em geral no estudo promovido pela UNICAMP (GARDENAL, 2016) mencionado no capítulo 3 acima.



Vale dizer: muito embora nas demandas relacionadas ao direito à saúde em termos amplos haja clara jurisprudência favorável aos pacientes, quando a controvérsia envolve a disponibilização de tratamento hospitalar em âmbito domiciliar há indicativo de que a tese fazendária ostenta maior eficácia judicial.

Por fim, analisados individualmente os 9 (nove) casos de sucesso judicial da tese fazendária, identificou-se o proferimento de 4 (quatro) acórdãos que se utilizaram de argumentos de índole orçamentária para justificar a rejeição da pretensão do paciente, o que equivale a 44% dos julgados favoráveis ao ente público.



Portanto, além de se verificar um nível mais elevado de vitórias estatais em processos envolvendo pedidos de *home care*, os dados da pesquisa evidenciaram que o argumento orçamentário é efetivamente considerado em parcela representativa dos acórdãos favoráveis ao ente público analisados no presente estudo.

Os fundamentos jurídicos desses 4 (quatro) acórdãos favoráveis serão objeto de análise detalhada no capítulo seguinte, permitindo-se apreciar de que forma o argumento orçamentário tem sido considerado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

6. ARGUMENTO ORÇAMENTÁRIO COMO FUNDAMENTO DE ACÓRDÃOS FAVORÁVEIS AO ESTADO EM CASOS DE HOME CARE

Conforme visto acima, em 4 (quatro) ações judiciais selecionadas pelos filtros da presente pesquisa o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo invocou argumentos de ordem orçamentária para afastar a pretensão dos autores e acolher a tese recursal apresentada pelo Estado.

Imprescindível, pois, analisar de maneira detida e caso a caso a fundamentação exarada pelos julgadores em tais demandas, de forma a melhor compreender o entendimento da Corte Estadual acerca do tema.

6.1. Processo n.º 0003602-43.2014.8.26.0443

Trata-se de demanda ajuizada na 1ª Vara Judicial da Comarca de Piedade/SP por autor que alega sofrer de sequelas de um acidente vascular cerebral e, portanto, requer o fornecimento pelo Estado de medicamentos, insumos e home care

consistente em prestação de serviços médicos, de enfermagem, fonoaudiologia e fisioterapia em domicílio.

A sentença foi de parcial procedência, afastando a pretensão de fornecimento de *home care* e deferindo os demais pedidos, e tanto o autor como o Estado inter-puseram recurso de apelação.

Os recursos foram apreciados pela 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria do desembargador Décio Notarangeli.

No tocante ao *home care*, o acórdão afastou o pedido do paciente, sob o seguinte fundamento:

Nesse particular, respeitados os entendimentos contrários, a pretensão ultrapassa o dever estatal, pois sendo os recursos públicos escassos e finitos não é razoável exigir do Estado a prestação de serviços de enfermagem em regime domiciliar, quando se sabe que há inúmeras outras demandas sociais prioritárias a serem atendidas. O tipo de atendimento reivindicado pela autora é devido pelos familiares em razão do parentesco e dos deveres de assistência recíproca e de solidariedade humana.

O que a Constituição Federal assegura é o direito à saúde mediante acesso universal e igualitário (art. 196) e não personalizado e com caráter privado. O direito à saúde não é ilimitado porque nenhum direito é absoluto, devendo o Estado estabelecer prioridades em relação ao emprego de recursos públicos que, como já dito, são escassos e finitos.

Nota-se, portanto, que a decisão colegiada realiza o cotejo entre o direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição Federal e a pretensão personalizada e individualizada da parte, salientando que o direito à saúde não é ilimitado e sofre restrições em razão da escassez e finitude dos recursos públicos, devendo o Estado estabelecer uma escala de prioridades no atendimento à população.

6.2. Processo n.º 1020655-91.2015.8.26.0602

A demanda foi ajuizada perante a Vara da Fazenda Pública de Sorocaba/SP com pretensão de fornecimento de *home care* consistente em prestação de serviços de auxiliar de enfermagem 24 horas, enfermeiras, fisioterapia motora, fisioterapia respiratória, fonoaudiólogo, geriatra, psicólogo, terapeuta ocupacional e nutricionista, além de equipamentos, alimentação especial, materiais, medicamentos e transporte em ambulância para emergências, sob alegação do paciente sofrer de sequelas de

acidente vascular cerebral isquêmico.

A sentença foi de parcial procedência, afastando a pretensão de atendimento domiciliar e concedendo os pedidos referentes a equipamentos, medicamentos, alimentos especiais, insumos e transporte em ambulância.

As partes apelaram e o recurso foi apreciado pela 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria do desembargador Maurício Fiorito, em decisão assim fundamentada:

Com efeito, não se nega a gravidade e as sequelas do acidente vascular cerebral, suficientemente demonstradas nos autos (fls. 31/40). Contudo, não restou demonstrada a necessidade de atendimento médico especializado no domicílio da paciente; há apenas indicação de que “a paciente não deambula e depende totalmente da ajuda de terceiros para a sobrevivência, tais como dar alimentos na boca, dar água, dar banho, trocar fraldas e mobilizar no leito” (fl. 26), atividades que, por óbvio, não demandam qualquer especialização, estando ao alcance de seus familiares.

Frise-se que o atendimento multidisciplinar domiciliar (*‘home care’*) é a última *ratio* de tratamento de saúde a ser dispensado pelo Poder Público, devendo sua análise ser feita com muito cuidado para que não haja favorecimento de um único indivíduo em detrimento dos demais, respeitando-se os princípios da igual (sic) e da universalidade tendo em vista que os recursos estatais são limitados e devem atender a toda a população.

O entendimento judicial, portanto, registra que o fornecimento de atendimento em sistema de home care deve ser encarado de forma cuidadosa e subsidiária, de modo a prestigiar os princípios da igualdade e da universalidade ante a escassez dos recursos estatais.

6.3. Processo n.º 1000176-69.2015.8.26.0443

O caso também tramita na 1ª Vara Judicial da Comarca de Piedade/SP e o paciente, alegando ser portador de Mal de Alzheimer e doenças cardíacas, sustenta a necessidade de ser atendido por equipe multidisciplinar em domicílio composta por fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, fonoaudiólogo e cuidador 24 horas, além de cama hospitalar, fraldas e medicamentos.

Escorada no laudo pericial produzido nos autos, a sentença julgou o pedido procedente, determinando o fornecimento de medicamentos e insumos pretendidos, além de tratamento domiciliar consistente em assistência pelo período de 12 (doze)

horas diárias com equipe de profissionais de enfermagem.

O recurso de apelação do Estado foi julgado pela 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob relatoria do desembargador Leme de Campos, afastando a determinação de fornecimento de home care, sob os seguintes argumentos:

E, no que tange ao serviço de “home care”, por tempo indeterminado, a sentença também comporta reparo.

É que não há como se exigir do Estado, na atual realidade econômica, o cumprimento de uma obrigação singular e sobremaneira onerosa, com o favorecimento de um indivíduo em detrimento de toda a coletividade, violando o princípio do atendimento universal e igualitário.

Atender a tal pleito implica no deslocamento de profissionais da rede pública, que já é carente nesse sentido, prejudicando os demais cidadãos que também necessitam de atendimento médico. A pretensão formulada, pois, agride a já mencionada norma do art. 196, da Constituição Federal.

Não se pode olvidar, outrossim, da aplicação do princípio da isonomia, segundo o qual todos devem ser tratados de forma igual perante a lei. Nessa medida, diante da inquestionável impossibilidade de se prover o tratamento de saúde aqui pleiteado a todos que dele necessitam, a manutenção da r. sentença, neste aspecto, implicaria em preterir o direito de outras pessoas em igualdade de condições com o postulante, com o que não se pode consentir.

O acórdão, ao que se nota, apresenta interessante ponderação entre a necessidade do paciente, o elevado custo do tratamento, a realidade econômica do país e os princípios da universalidade e isonomia, concluindo que se não é materialmente possível ao Estado fornecer o tratamento pretendido a todos os demais cidadãos que dele também necessitam, então o Poder Judiciário não pode consentir com a postulação individualizada pretendida.

6.4. Processo nº 1032792-71.2016.8.26.0602

Trata-se de mandado de segurança impetrado perante a Vara da Fazenda Pública de Sorocaba/SP em que o impetrante, alegando ser portador de sequelas decorrentes de acidente vascular encefálico, pretende a disponibilização pelo Estado de tratamento domiciliar consistente em enfermagem 24 horas, fisioterapia, fonoaudiologia e visita médica mensal, a lém de e equipamentos e insumos.

O pedido foi julgado improcedente em sentença denegatória de segurança e o impetrante interpôs recurso de apelação.

Ao apreciar o apelo, a desembargadora relatora, Silvia Meirelles, da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, manteve o entendimento de primeiro grau com esboço na seguinte fundamentação:

O serviço que se pretende impor ao Estado onera excessivamente o orçamento público, favorecendo um indivíduo em detrimento de toda a coletividade, violando, assim, o princípio do atendimento universal e igualitário.

Exigir que a apelada disponibilize uma equipe multidisciplinar (enfermagem, fisioterapia, fonoaudiologia e médico) para atendimento exclusivo do apelante em seu domicílio, pode afetar onerosamente os cofres públicos, além de privar de atendimento médico os demais cidadãos, já que os funcionários designados provavelmente sairão do quadro funcional estadual.

Desse modo, o atendimento deste pedido violaria o direito ao acesso universal e igualitário às ações e serviços relacionados à saúde (art. 196 da CF), bem como significaria a ruptura da isonomia.

Ademais, é fato público e notório o déficit de profissionais na área de saúde, sendo que o deslocamento dos poucos já existentes configura medida desarrazoada.

Assim, novamente o Tribunal acolhe a tese fazendária para recusar a pretensão do paciente, analisando o artigo 196 da Constituição Federal de forma global e sob o viés da capacidade material de atendimento igualitária e universal de todos os demais pacientes que também demandam atendimento médico do Estado, registrando que o acolhimento da pretensão do autor poderia onerar os cofres públicos e privar os demais cidadãos de atendimento.

7. Conclusão

Como visto, a judicialização da saúde é fenômeno que acarreta extensos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do permanente conflito entre o mínimo existencial, sustentado pelos pacientes para embasar suas demandas, e o argumento da reserva do possível, defendido pela Administração Pública como forma de justificar a impossibilidade material de atendimento à pleora de determinações judiciais em matéria de saúde pública.

Embora se tenha notado que nas demandas envolvendo o direito à saúde em

termos amplos o índice de vitórias dos pacientes é marcadamente majoritário, no caso específico das ações com pedidos de fornecimento de home care, ante os vultosos custos envolvidos, a pesquisa evidenciou que há maior taxa de sucesso judicial do Estado e que o argumento orçamentário foi acolhido em 44% dos casos com resultado de mérito favorável ao Estado em segundo grau, ainda que se considere o estreito campo delimitado para o estudo.

Não obstante a maioria dos processos analisados tenha se extinguido antes da apreciação do mérito em segunda instância, no mais das vezes pelo falecimento dos pacientes (dado que impressiona), o que verificou é que há efetivo acolhimento da tese da reserva do possível pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na apreciação das demandas em que se postula a disponibilização de tratamento multidisciplinar em âmbito domiciliar pelo Poder Público.

Em tais casos favoráveis, ressalta-se que o argumento orçamentário é reforçado pela análise conjunta com os princípios da universalidade do atendimento e da isonomia, reforçando-se, nessas decisões, que a concessão de tratamento individualizado de altíssimo custo a paciente determinado compromete o atendimento coletivo dos demais cidadãos que se submetem ao Sistema Único de Saúde – SUS.

Ainda, verifica-se que o princípio da isonomia é manejado de forma a justificar a impossibilidade financeira de se fornecer aquele mesmo tratamento a todos os demais pacientes que dele, em tese, necessitariam no âmbito da saúde pública universal e gratuita.

A pesquisa, contudo, permitiu observar que, em geral, a tese estatal é sustentada sem a devida instrução por elementos e dados técnicos que reforcem o argumento da reserva do possível. Ou seja, em grande parte dos casos os órgãos de saúde não fornecem aos representantes judiciais do Estado informações concretas e individualizadas caso a caso que permitam subsidiar de forma efetiva a defesa sob esse aspecto.

Assim, para que haja incremento das chances de sucesso da tese em sede judicial, destaca-se a necessidade de uma maior articulação entre os órgãos técnicos de saúde e a Procuradoria-Geral do Estado para que, desde a contestação, a atuação do Estado em juízo seja acompanhada de parecer técnico, planilhas e demais dados estatísticos que demonstrem os impactos financeiros do pedido do paciente em cada ação.

Dessa forma, lastreando-se o argumento orçamentário com a efetiva demonstração da repercussão financeira da pretensão do paciente, acredita-se que haverá

potencial aumento na perspectiva de vitória judicial nos casos relacionados ao fornecimento gratuito de home care.

Referências

ANDRADE, R. B. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

BARCELLOS, A. P. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, Edição Kindle.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Recurso Especial n.º 1.657.156/RJ. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fatima Thereza Esteves dos Santos de Oliveira. Brasília, DF, 25 abr. 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 04 mai. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 734.487/PR. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Brasília, DF, 03 de ago. de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 154, Brasília, DF, 20 de ago. de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Tutela Antecipada n.º 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Brasília, DF, 17 de mar. de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 76, Brasília, DF, 30 de abr. de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

CIARLINI, A. L. A. S.. **Direito à saúde - paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Sairava, 2013, Edição Kindle.

GARDENAL, Isabel. Judicialização da Saúde expõe divergências entre instâncias. **Jornal da UNICAMP**, Campinas, 13 de jun. a 19 de jun. 2016, n.º 659. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/ju/659/judicializacao-da-saude-expoe-divergencias-entre-instancias>>. Acesso em 27 nov. 2018.

RAMOS, E. S. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São**

Paulo, São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan. 2007. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67758/70366>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Público. Apelação n.º 1019469-67.2014.8.26.0602. Relatora: Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani. Recorrentes: Fazenda do Estado de São Paulo e Município de Sorocaba. Recorrido: Maria Lucia Monteiro. São Paulo, SP, 05 dez. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico** n.º 2.485, São Paulo, SP, 11 dez. 2017.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Edição Kindle.

SCAFF, F. F.; NUNES, A. J. A.. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, Edição Kindle.

UIP, D.; SANTOS, R. WhatsApp, Justiça e saúde. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 05 set. 2016, Tendências e Debates, p. 3.

VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 10, n. 3, 2016. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/re_pam/article/view/21860>. Acesso em 27 nov. 2018.

A REPERCUSSÃO GERAL COMO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

TALITA LEIXAS RANGEL¹

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de analisar o instituto da repercussão geral e a possibilidade de seu enquadramento como precedente de observância obrigatória por todos os juízes e tribunais do país, propondo uma leitura ampliada do rol do art. 927 do CPC, à luz da Constituição e do papel institucional do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Repercussão geral. Precedentes obrigatórios. Artigo 927 do Código de Processo Civil.

ABSTRACT

This article aims to analyze the institute of general repercussion and the possibility of its framing as a precedent of mandatory observance by all Brazilian judges and courts, proposing an extensive reading of the list contained in art. 927 of the CPC, considering the institutional role of the Brazilian Federal Supreme Court.

Keywords: General Repercussion. Precedent. Article 927 of Civil Procedure Code.

INTRODUÇÃO

O artigo 927 do Código de Processo Civil inovou ao prever um rol de decisões que devem ser obrigatoriamente observadas pelos órgãos judiciais brasileiros ao prolatar seus julgados, sob pena de serem considerados não fundamentados.

Tais precedentes, reputados pela doutrina como vinculantes, reforçam uma tendência de valorização da jurisprudência, inserindo no sistema brasileiro nuances que remontam ao *commom law*.

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

O citado dispositivo, contudo, não remete aos acórdãos proferidos pelo STF sob o regime da repercussão geral, fato que, em uma interpretação literal do texto, conduz à conclusão de que os citados pronunciamentos não são de observância obrigatória pelos juízos ordinários, quando do julgamento de outros casos concretos que envolvam a mesma questão de fundo.

Não obstante, nos parece que tal ilação enseja o surgimento de uma incoerência no bojo do ordenamento, haja vista a premissa de transcendência do interesse das partes que caracteriza o instituto da repercussão geral, bem como a irradiação dos efeitos de seu reconhecimento ou afastamento para outras relações processuais.

Nesta moldura, advoga-se por uma interpretação não taxativa do rol do art. 927 do CPC, mormente no que tange ao enquadramento das decisões em sede de repercussão geral enquanto precedente obrigatório, buscando-se, ao fim, demonstrar os impactos que entendimento em sentido contrário poderia acarretar ao contencioso judicial das Procuradorias das Fazendas.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que se propôs a empreender a “Reforma do Judiciário”, tinha como objetivo, em síntese, conferir maior eficiência e transparência à prestação jurisdicional no Brasil.

Nesta esteira, foi criada a figura da repercussão geral, por meio da inserção de um parágrafo terceiro no art. 102 da Constituição, cuja natureza jurídica é de pressuposto genérico de admissibilidade do recurso extraordinário, que demanda do recorrente a demonstração de que a matéria veiculada no recurso é relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que transcende os interesses das partes envolvidas.

O estabelecimento do filtro da repercussão geral teve origem na constatação de que a atuação do Supremo Tribunal Federal, enquanto instância recursal extraordinária, acabou por se desvirtuar, haja vista que a mera exigência de violação a dispositivo constitucional para fins de admissibilidade do recurso extremo não impedia que demandas de baixa relevância e complexidade chegassem aos montes à Corte Constitucional, em razão do caráter analítico da Carta de 1988.

Paralelamente, em razão do supramencionado volume de processos, o estabelecimento do filtro da repercussão geral também teve por finalidade evitar o assober-

bamento da Corte ².

Desta feita, a exigência de demonstração de repercussão geral estreitou a admissibilidade dos recursos extraordinários, com o objetivo de limitar a atuação do Supremo Tribunal Federal apenas às causas de efetiva relevância para a sociedade, a fim de evitar que o tribunal dissipasse seus esforços no enfrentamento de temas de duvidosa essencialidade, em harmonia com o que se espera de um Tribunal Constitucional.

Neste sentido, observa-se que:

“Instaura-se uma atuação seletiva. Pretende-se que a restrição quantitativa confira ao Supremo Tribunal um incremento qualitativo na sua atuação. Em tese, a filtragem propiciará mais tempo e recursos humanos e materiais para a Corte dedicar não só aos recursos extraordinários que versem sobre as questões tidas por relevantes, como também para os demais processos que permanecem em sua esfera de competência”³.

A inovação foi celebrada pela doutrina, que nela enxergou *“um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Aludido instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”*⁴.

A aferição acerca da existência ou não da repercussão geral compete exclusivamente ao STF, conforme se pode extrair do cotejo entre o § 3º e o caput do art. 102 da Constituição. E tal conclusão é reforçada pela dicção do art. 1035, § 2º, CPC.

2 O sucesso da medida neste particular, contudo, é questionável, haja vista a demora média de 4.914 dias, equivalente a mais de 13 (treze) anos, para que se ultime um julgamento no STF, conforme exposto por Luis Roberto Barroso em “Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal”.

3 TALAMINI, Eduardo. Novos Aspectos da Jurisdição Constitucional Brasileira: Repercussão Geral, Força Vinculante, Modulação dos Efeitos do Controle de Constitucionalidade e Alargamento do Objeto do Controle Direto, São Paulo, Tese de Livre-Docência, USP, 2008. p. 25 apud LEMOS, Vinicius Silva. A repercussão geral no novo CPC: a construção da vinculação da decisão de mérito proferida em repercussão geral pelo STF. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/27946/20285>. Acesso em 11 jul. 2020.

4 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo; Gonet; COELHO, Inocêncio Martires. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 1007

Decerto, conclusão diversa não encontra respaldo no ordenamento, haja vista que, constando a definição de repercussão geral da Constituição e sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da mesma, a verificação de sua existência encerra atividade de interpretação do bloco de constitucionalidade, de competência precípua da Corte Suprema.

A SISTEMÁTICA DE PRECEDENTES VINCULANTES INAUGURADA PELO ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A REPERCUSSÃO GERAL

O precedente pode ser definido como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”⁵.

Pode-se, portanto, cindir o precedente em duas partes distintas: “a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*)”⁶.

Nesta moldura, as razões de decidir estabelecidas no precedente se desprendem do caso específico que o originou e se tornam aplicáveis a outras situações concretas que se assemelhem àquele, sendo esta a essência do precedente: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto específico, e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes⁷.

Na busca por uma prestação jurisdicional mais isonômica, previsível e harmônica, o legislador processual civil de 2015 estabeleceu a figura dos precedentes vinculantes no art. 927 do CPC, indicando que os mesmos são de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, e acrescentando que, nos termos do artigo 489, §1º, VI, CPC, a decisão judicial que deixe de enfrentá-los padecerá de fundamentação omissa.

Relevante pontuar que, para parcela da doutrina, o art. 927 do CPC teria estabelecido para o órgão jurisdicional apenas o dever de levar em consideração, quando da prolação de suas decisões, os precedentes e súmulas ali arrolados, sem impor a obrigação de segui-los.

Assim, para os doutrinadores alinhados a esta corrente, os precedentes indica-

5 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. ed. 2014. p. 381.

6 TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT. 2004. p. 12.

7 DIDIER JR., Fredie; et al. Op. Cit. p. 382.

dos no art. 927 teriam caráter meramente persuasivo, haja vista que os magistrados estariam livres para decidir em sentido diverso do precedente, bastando fundamentar suas decisões com o argumento de ser equivocada o entendimento contido no verbete de súmula ou na decisão judicial⁸.

Parece-nos, contudo, que, ao adotar o termo “observarão”, o CPC consagra a eficácia vinculante dos precedentes listados no art. 927, indicando que sua aplicação pelos juízes e tribunais é obrigatória⁹.

Decerto, o recurso a tal instituto confirma uma tendência de valorização dos pronunciamentos judiciais que já se verifica no Brasil desde a previsão das súmulas vinculantes, a qual, em grande parte, se deve ao enorme número de ações em trâmite no país, circunstância que passou “a exigir a racionalização e simplificação do processo decisório”, pois “em uma realidade de litígios de massa, não é possível o apego às formas tradicionais de prestação artesanal de jurisdição”¹⁰.

Tornando ao artigo 927 do CPC, há quem entenda ser exaustivo o rol nele insculpido, sob pena de incorrer em violação ao princípio da legalidade e à separação dos Poderes.

Neste sentido, defende-se que os precedentes são subordinados à legislação, sendo o princípio da legalidade um limite à vinculatividade dos mesmos, *in verbis*:

[...] a função interpretativa dos juízes e tribunais não é independente da função do legislador e das normas previstas na Constituição eclipsadas como direitos fundamentais, limites e vínculos para a decisão judicial, pois os juízes e tribunais, ao chegarem a uma decisão que reconstrua o ordenamento, passam, necessariamente, pela observância do princípio democrático, pela tradição jurídica e por uma premissa racional de universalização, que os vincula e vinculará todos os demais juízes e tribunais no momento futuro. Não se pode falar em ofensa à legalidade, quando é a própria lei que estabelece a vinculatividade formal dos precedentes (art. 927). Obviamente, não haverá ofensa, desde que os precedentes formados respeitem à vinculatividade formal das leis, em uma relação circular (precedentes respeitam as normas legais e formam novas normas). Trata-se, portanto, de distinguir a função criativa do legislador da função interpretativa dos juízes e dos tribunais¹¹.

8 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil - Volume único - 8. Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. P. 1304.

9 Ibid.

10 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 167.

11 ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes juris-

Todavia, não obstante a relevância dos argumentos em sentido contrário, entendemos que o rol lançado no referido dispositivo não pode ser encarado taxativamente.

Isso porque a *mens legis* da previsão é concretizar a segurança jurídica, assegurando igualdade e previsibilidade das decisões judiciais, por meio de um sistema processual que permita impor a todos os casos similares a aplicação de uma mesma tese jurídica.

Por tal motivo, parece impositivo que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários submetidos à sistemática da repercussão geral sejam também consideradas como precedentes obrigatórios.

Inicialmente, em uma análise mais limitada ao Estatuto Processual Civil, a necessidade de observância, pelas Cortes locais, dos entendimentos exarados pelo STF em sede de repercussão geral decorre de uma análise conjunta dos artigos 1030, 1035, § 5º e 8º, e 1040 do CPC.

Isso porque os referidos dispositivos estabelecem uma sistemática que vincula o destino dos processos existentes nas instâncias inferiores e que versem sobre questão de fundo afetada à repercussão geral ao pronunciamento do STF acerca do instituto.

Com efeito, caso o entendimento do STF seja pela inexistência de repercussão geral de determinado tema, o Tribunal local deverá negar seguimento aos recursos extraordinários que sobre ele versem.

Por outro lado, caso o STF reconheça a repercussão geral de uma questão, o processamento de todas as demandas que dela tratem no território nacional deverá ser sobrestado e, após a publicação do acórdão paradigma, as Cortes ordinárias deverão aplicar a tese nele firmada aos casos até então suspensos, julgando-os de acordo com a orientação do tribunal superior.

Nota-se, portanto, que o legislador cunhou um regime no qual existe um óbice a que processos em trâmite nas instâncias ordinárias sejam sequer decididos enquanto o STF não fixar entendimento sobre a questão de fundo em sede de repercussão geral, a fim de evitar pronunciamentos que destoem do que vier a ser firmado pela Corte Suprema, e que impõe que, assim que fixada a tese, a mesma seja observada

prudenciais. Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis, Huyancayo, Peru, n.º 1, p. 48, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://journals.continental.edu.pe/index.php/iusettribunalis/issue/view/31/20>. Acesso em 11. Out. 2020.

no julgamento dos processos afins, o que denota, por certo, o caráter obrigatório de tal espécie de precedente.

Igualmente, as previsões dos arts. 525, § 12, e 535, § 5º, CPC, ao declararem inexecutível título executivo judicial fundado em norma tida pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, inclusive em sede de controle de constitucionalidade difuso - o qual se dá, via de regra, por meio do julgamento dos recursos extraordinários e, conseqüentemente, após o reconhecimento da repercussão geral - robustecem a transcendência dos pronunciamentos em sede de repercussão geral.

Nesta moldura, nos parece que a combinação de todos os dispositivos do CPC acima citados permite inferir que o legislador processual também erigiu os julgados proferidos em sede de repercussão geral à categoria de precedente obrigatório, embora sem os incluir no rol do artigo 927 do CPC.

Decerto, uma interpretação sistemática do ordenamento processual autoriza conclusão neste sentido e, conseqüentemente, a superação dos óbices vislumbrados pela parcela da doutrina que defende a taxatividade do artigo sob comento.

Lado outro, o papel institucional do Supremo Tribunal Federal e o caráter constitucional do instituto da repercussão geral reforçam sua qualificação como precedente obrigatório.

Com efeito, além de a repercussão geral possuir previsão constitucional e ser responsável por estabelecer uma filtragem ao recurso extraordinário, tornando possível a análise de seu mérito apenas nos casos em que presente relevante questão constitucional de fundo, deve-se rememorar que o STF, enquanto Corte Suprema, tem a função de definir o sentido do texto constitucional e, assim, agregar conteúdo à ordem jurídica, que deixa de ser sinônimo de direito positivo.

Assim, se o pronunciamento do Tribunal “reconstrói o produto do legislativo para atribuir sentido ao direito, a igualdade, a liberdade e a segurança jurídica apenas não serão violadas se o precedente instituído for respeitado pelos juízes e tribunais inferiores”¹².

12 MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o Novo CPC. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc#_ftn1. Acesso em 11 jul. 2020.

Daí se extrai a caracterização do STF como Corte de Precedentes, que, diferentemente das Cortes de Justiça, cuja função é solucionar controvérsias, tem por objetivo enriquecer o estoque de normas jurídicas.¹³

Nesta moldura, se o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sob o manto da repercussão geral, também atua na formação do bloco de juridicidade, a recusa de autoridade à interpretação judicial empreendida pelo Tribunal significa recusa de vinculação à própria ordem jurídica.¹⁴

De fato, entender que as decisões do STF em sede de repercussão geral não ostentam qualquer grau de obrigatoriedade para as Cortes inferiores para além do caso concreto analisado significaria atribuir ao Tribunal Constitucional uma atuação similar a de uma Corte de apelação, o que não se coaduna com o desenho institucional pensado pelo constituinte.

Por esse motivo é que a doutrina conclui que:

Não há como conciliar a técnica de seleção de casos [pela repercussão geral] com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda sim, permitir que pudessem ser tratadas de formas diferentes pelos diversos tribunais e juízos inferiores. A ausência de efeito vinculante constituiria mais uma afronta à Constituição Federal, desta vez à norma 102, §3º, que deu ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de atribuir – à luz do instituto da repercussão geral – unidade do direito mediante afirmação da Constituição.¹⁵

Assim, se a repercussão geral é calcada, essencialmente, na transcendência da questão jurídica, a ponto de justificar a atuação da Corte Constitucional na sua resolução, é no mínimo contraditório admitir que a tese oriunda de julgamento sob a referida sistemática seja desconsiderada por juízos ordinários em hipóteses semelhantes, sem que ao menos se demonstre a existência de distinção.

Nesta toada, o Min. Edson Fachin, no julgamento do RE 1212692 / SP, DJ

13 MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. Ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. P.38.

14 Daniel Mitidiero, op. Cit. p. 119

15 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P.475.

30/10/2019, afirmando a competência do STF para promover a unidade do Direito brasileiro, assentou que juízes e tribunais tem o dever de observar as decisões do Tribunal Constitucional. Pela sua relevância e pertinência, colaciona-se elucidativo trecho da citada decisão:

Poder-se-ia aduzir, em interpretação literal [do artigo 927, CPC], que a observância obrigatória das decisões desta Corte não se estende aos recursos extraordinários que fogem do regime do art. 1.036 do CPC. No entanto, a interpretação sistemática do Código exige que se leve em conta que, caso tenha a repercussão geral reconhecida, o efeito consequente é a suspensão de todos os processos pendentes e em trâmite em todo o território nacional (art. 1.035, § 5º, do diploma processual). Ademais, a contrariedade com súmula ou jurisprudência dominante implica presunção de repercussão geral (art. 1.035, § 3º, do CPC). Se a repercussão geral visa uniformizar a compreensão do direito, obrigação que atinge a todo o Poder Judiciário (art. 926 do CPC), então a estabilização, a integridade e a coerência, que têm na repercussão geral presumida importante garantia de uniformidade, devem, necessariamente, também atingir as decisões proferidas nos demais recursos extraordinários.

Estabelecidas as balizas teóricas do debate, cumpre analisar suas implicações práticas em tema bastante caro à atuação da Advocacia Pública.

TEMA 810 DO STF E O NECESSÁRIO ENQUADRAMENTO COMO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO

No bojo do Tema 810 (RE 870947/SE, Rel. Min. Luiz Fux), o Supremo Tribunal Federal se deparou com a questão dos consectários da mora incidentes sobre as condenações judiciais de pagar em face da Fazenda Pública.

Em brevíssima síntese, o que estava em jogo era a validade, ou não, da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), conforme determinava o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

A repercussão geral da questão foi reconhecida em 16/04/2015¹⁶, ficando

16 DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. TEMA 810. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

pendente de julgamento por cerca de quatro anos no STF, período em que se estima que mais de cem mil processos tenham sido sobrestados para aguardar o deslinde da controvérsia¹⁷.

A Corte Constitucional fixou que, (i) nas condenações de natureza jurídico-tributária da Fazenda Pública, os juros moratórios devem ser equivalentes aos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, (ii) nas condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, os juros moratórios no patamar de remuneração da caderneta de poupança são constitucionais e, (iii) nas condenações de qualquer natureza da Fazenda Pública, a atualização monetária deve ser feita com base no IPCA-E. Confira-se a tese, *in verbis*:

1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Trata-se de tese aplicável, portanto, a todos os cumprimentos de sentença contra as Fazendas Públicas municipais, estaduais e federal, sendo assim inegável o seu impacto e a sua relevância para o contencioso judicial envolvendo a Administração Pública, em especial no que se refere ao reconhecimento da validade dos juros de mora da poupan-

(RE 870947 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 24-04-2015 PUBLIC 27-04-2015)

17 Dados extraídos da Nota Técnica n. 07/2018 do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciais-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas/nt-07_tema-810-desdobramentos/@download/arquivo. Acesso em 12. Out. 2020.

ça para os débitos não-tributários, parcela na qual a tese fazendária se sagrou vitoriosa.

Todavia, caso não se considere que os acórdãos proferidos pelo STF sob a sis-temática da repercussão geral tenham status de precedentes obrigatórios, conforme regime instituído pelo art. 927, CPC, os juízos ordinários estariam – ao menos em tese – dispensados de observar os ditames do Tema 810 quando da prolação de suas decisões, sem que se pudesse vislumbrar qualquer vício de fundamentação nas mesmas à luz do art. 489, § 1º, do CPC.

Não se mostra razoável, contudo, cogitação neste sentido, seja por todas as razões expostas nos tópicos acima (apequenamento do papel institucional do STF e necessidade de interpretação sistemática do CPC), seja, sob um prisma mais pragmático, por razões de segurança jurídica e de racionalização e eficiência do trabalho dos órgãos jurisdicionais e de Advocacia Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, parece que, após uma interpretação sistemática do ordenamento, é insustentável não considerar as decisões proferidas pelo STF sob o manto da repercussão geral como precedentes obrigatórios.

Portanto, ainda que o legislador não tenha expressamente mencionado os acórdãos firmados em sede de repercussão geral no rol do artigo 927, a relevância constitucional dos mesmos e os efeitos gerados pelo seu reconhecimento ou afastamento pelo STF, bem como pelo julgamento do mérito nos casos em que seja reconhecida, no que tange à tramitação de processos que envolvam a mesma questão de fundo, somados ao status de Corte de Precedentes do STF, os qualificam como precedente obrigatório, ampliando o espectro de aplicação do rol do artigo 927.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 167.

_____. **Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 06. Jun. 2020.

CENTRO DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. **Nota Técnica nº 07 de 2018**. Desdobramentos do Tema 810 do STF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-jus->

tica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas/nt-07_tema-810-desdobramentos/@@download/arquivo. Acesso em 12. Out. 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, v. 2.

LEMOS, Vinicius Silva. **A repercussão geral no novo CPC: a construção da vinculação da decisão de mérito proferida em repercussão geral pelo STF**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/27946/20285>. Acesso em 11 jul. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 475.

_____. **A função das cortes supremas e o Novo CPC**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc#_ftn1. Acesso em 11 jul. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo; Gonet; COELHO, Inocêncio Martires. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. Ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis, Huyancayo, Peru, n.º 1, p. 31-49, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://journals.continental.edu.pe/index.php/iusettribunalis/issue/view/31/20>. Acesso em 11. Out. 2020.

ISSN 2237-4515



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO