

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL – SP

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 1027701-66.2014.8.26.0053

REQUERENTE: AUTOVIAS S/A

REQUERIDO: ESTADO DE SÃO PAULO E OUTRO

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e a AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP, por intermédio da Procuradora do Estado de São Paulo que esta subscreve, nos autos em epígrafe, vêm, respeitosamente, à presença de V. Exa. Apresentar CONTESTAÇÃO, em conformidade com os motivos de fato e de direito a seguir articulados:

### SÍNTESE

1. Trata-se de ação interposta por empresa que mantém contrato de concessão com o Estado de São Paulo para exploração do sistema rodoviário em que se pleiteia reajuste da tarifa de pedágio em valor superior ao autorizado pelas rés.

O juiz de 1º grau indeferiu o pedido de antecipação de tutela, sendo que dessa decisão foi interposto agravo de instrumento, que até o momento ainda não foi julgado.

Sustenta que a negativa de reajuste nos moldes pretendidos viola os termos do contrato de concessão de serviço público firmado, bem como seu direito ao contraditório e ampla defesa, pois não pôde se defender administrativamente da decisão que concedeu o reajuste abaixo do previsto.

A pretensão apresentada, no entanto, há que ser rechaçada.

### NO MÉRITO

#### ***DA REGULARIDADE E LEGALIDADE DAS MEDIDAS ADOTADAS PARA AFASTAMENTO DO PRETENDIDO REAJUSTE***

2. O objetivo da demandante, de auferir lucros independentemente da aplicação dos princípios que norteiam as relações contratuais, notadamente o da manutenção do equilíbrio econômico, não pode alcançar êxito.

De fundamental importância é compreender que o Estado de São Paulo e a ARTESP cumpriram todas as cláusulas contratuais, tanto às relativas ao reajuste das tarifas quanto as que determinam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Cumpriram a lei, o contrato e o novo marco regulatório (Resolução SLT 4/13).

É certo também que foram devidamente respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sustenta a demandante que o índice aplicado pela ARTESP para reajuste da tarifa de pedágio não se mostra correto e que foi obtido mediante processo administrativo em que não lhe foi possibilitado direito à manifestação.

Por não terem sido aceitas as impugnações administrativas, tenta a autora invalidar o procedimento que culminou com a preservação do equilíbrio econômico do contrato e consequente rejeição da pretensão ao reajuste indicado.

De se ponderar que a utilização dos conceitos de “revisão tarifária” e “reajuste tarifário” não passa de mero exercício de retórica para impor o afastamento dos fatores que permitem a preservação dos objetivos contratuais.

A posição adotada pela ARTESP tem base legal e contratual, diversamente do que quer fazer crer a concessionária demandante.

No documento anexo, as afirmações sobre as circunstâncias que impedem o acolhimento da pretensão, ora reiteradas, estão apresentadas em resumo:

1. Há risco de dano reverso caso seja julgado procedente o pedido da Autora;
2. Houve o reajuste integral das tarifas pelo IPCA em 2014, aprovado pela Deliberação do Conselho Diretor da ARTESP, da 592ª Reunião do Conselho Diretor, de 26 de junho de 2014, publicada no DOE, 124 (119), pág. 62, 28/06/2014 (fls. 95 e segs., Processo nº 016.967/2014, Protocolo nº 267.522/14);
3. Há prova inequívoca do reajuste integral do Contrato de Concessão, o que indica que a Concessionária está tentando invalidar o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão autorizado pelo Secretário de Transportes e Logística, nos termos do Contrato e Resolução SLT nº 4/2013 por via transversa, induzindo o MM. Juízo a erro ao alegar não ter havido reajuste integral anual do Contrato;
4. Não houve homologação tácita do pedido de reajuste formulado pelas Concessionárias, uma vez que há manifestação tempestiva da Diretoria de Controle Econômico impugnando os cálculos. Em detalhe: em 20 de junho de 2014, a Diretoria de Controle Econômico emitiu parecer,

contestando o pedido da Concessionária, o qual foi ratificado e aprovado pelo Conselho Diretor na primeira oportunidade, qual seja, a Reunião de Diretoria subsequente (fls. 76 e segs., Processo nº 016.967/2014, Protocolo nº 267.522/14);

5. O processo administrativo nº 015.539/2013 (Protocolo 241.660/13) de aferição dos saldos resultantes da permissão de cobrança de eixos suspensos, instaurado nos termos da Resolução SLT nº 4/13, atende ao princípio do devido processo legal, com amplo contraditório. Além disso, foi instaurado individualizadamente para cada Concessionária, dadas as suas especificidades, tendo a concessionária ciência plena da sua instauração e nele se manifestado sempre que entendeu necessário para a defesa de seus interesses;
6. A metodologia aplicada para a aferição dos insumos para cálculo dos saldos de desequilíbrio é robusta, e a decisão de autorizar a revisão tarifária concomitantemente ao reajuste foi técnica e teve por objetivo não trazer prejuízo ao fluxo de caixa da concessionária e a evitar repetidas alterações no valor da tarifa cobrada ao usuário, e vem sendo analisada e bem avaliada pelo mercado;
7. Nas manifestações da Concessionária, embora tenha atacado a metodologia do relatório da Consultoria contratada pela ARTESP, não apresentou alternativa para a aferição;
8. Não houve prejuízo à Concessionária, uma vez que os efeitos de eventual reajuste integral pelo IPCA, com posterior (e não concomitante) reequilíbrio nos termos do art. 2º, da Res. 04/13 c.c. art. 2º, II, Res. 02/05 seriam os mesmos obtidos pela Deliberação publicada;
9. Os valores autorizados para o reajuste tarifário (isto é, tarifa reajustada **pelo IPCA**, mas **com** os descontos acarretados pelo reequilíbrio na modalidade empregada pelo Secretário) estão em absoluta consonância à Lei, ao Contrato e ao determinado na Resolução SLT nº 04, de 22-07-2013.

De se salientar que houve o reajuste integral das tarifas pelo IPCA em 6,37%, nos termos do contrato e seus aditivos. Foi ele aplicado de forma concomitante ao reequilíbrio pertinente ao “crédito” gerado em favor do Poder Concedente pela incidência da Resolução SLT nº 4, de 22-7-2013 da Secretaria Estadual de Logística e Transportes, que permitiu às concessionárias a cobrança de todos os eixos no ano de 2013, inclusive os que não tocassem o chão; e do desconto de 50% sobre o ônus variável mensalmente devido pelas Concessionárias à ARTESP, autorizado por Deliberação do Conselho Diretor da ARTESP, na medida do desequilíbrio identificado em cada Contrato de concessão.

Tais medidas, em especial a citada Resolução, buscaram atingir os objetivos pretendidos pela Lei Federal nº 8.987/95, em especial o artigo 6º, § 1º, o qual dispõe que serviço adequado é o que apresenta modicidade das tarifas:

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.

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

Nesse sentido, importante destacar que a cobrança de todos os eixos foi autorizada em razão da necessidade da adaptação à metodologia do ponto a ponto, a qual permite o pagamento somente pelo trecho percorrido pelos veículos comerciais, e se insere numa política pública do Estado de São Paulo que busca maior justiça tarifária e atendimento ao princípio da modicidade das tarifas.

Os saldos que desequilibraram o contrato decorrem tanto da permissão para se passar a cobrar pelos eixos suspensos dos veículos comerciais quanto do desconto – autorizado na 5ª Reunião Extraordinária do Conselho Diretor da ARTESP – de 50% cinquenta por cento no ônus variável, devido mensalmente, pela Concessionária à ARTESP.

No caso da AUTOVIAS, isso significa R\$ 6.220.839,04 (SEIS MILHÕES, DUZENTOS E VINTE MIL, OITOCENTOS E TRINTA E NOVE REAIS E QUATRO CENTAVOS) de saldo em favor do Poder Concedente, conforme se verifica na tabela abaixo, que devem ser reequilibrados. E a opção do Poder Concedente, nos termos da Lei e do Contrato, foi por aplicar este saldo para a modicidade tarifária, com redução da tarifa de pedágio (cf. previsto no artigo 2º da Resolução SLT nº 04/2013).

De outra parte, a pesquisa encomendada pela Agência para apurar os impactos da cobrança de que trata a Resolução SLT nº 04/2013 e do desconto no percentual de ônus variável observou critérios metodológicos rígidos, de forma individualizada para cada Concessionária, observando-se os princípios do devido processo legal e contraditório.

Com efeito, foram instaurados 19 processos para aferição dos saldos, um para cada concessionária, cada um observando suas especificidades e com amplo contraditório.

Relativamente à AUTOVIAS, em agosto de 2013 foi aberto o processo administrativo de autos nº 015.534/2013 (Protocolo nº 241.664/13), em obediência à determinação do Secretário de Logística e Transportes que, por meio da Resolução SLT nº 04 de 22/07/2013, incumbiu à ARTESP a apuração dos impactos da cobrança [pelos eixos suspensos] para cada concessionária e dos descontos tarifários equivalentes para os usuários, uma vez que, no caso de darem causa a aumento da arrecadação das concessionárias de Rodovias do Estado de São Pau-

lo, este deverá servir, com exclusividade, à diminuição da tarifa de pedágio nas Rodovias concedidas no Estado de São Paulo.

Nesse passo, o procedimento de apuração de valores não padece de qualquer vício, tanto em relação ao critério utilizado quanto pelo fato de que a autora exerceu efetivamente seu direito de defesa em regular processo administrativo.

A inocorrência de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa é inequívoca, porquanto:

A concessionária em 01/10/2013 protocolou na ARTESP pedido de cópia integral do referido processo administrativo, bem como solicitou as planilhas eletrônicas utilizadas – “garantindo a esta concessionária amplo acesso a todos os dados [...]” (fl. 52).

A ARTESP disponibilizou em 04/10/2013 toda documentação solicitada (fl. 54), tendo sido retirada pela concessionária somente em 08/10/2013 (fl. 56).

Em 13/11/2013, a concessionária protocolou na ARTESP manifestação questionando a assertividade das conclusões apresentadas pela consultoria Praxian e solicitou que lhe fosse conferida oportunidade de apresentar estudo detalhado considerando todas as variáveis aplicáveis (fls. 67-68). A concessionária jamais apresentou tal estudo.

Em 17/12/2013, a concessionária questionou a aplicabilidade do desconto de 50% sobre o pagamento da outorga variável da competência do mês de outubro/2013 (fl. 75), tendo sido respondido tal questionamento pela Diretoria de Controle Econômico e Financeiro, via correio eletrônico, em 26/12/2013.

A concessionária protocolou em 08/01/2014 (fl. 76) correspondência noticiando sua ciência da prorrogação por prazo indeterminado quanto ao recolhimento pela alíquota de 1,5%, conforme publicação no D.O. de 14/12/2013 (fl. 71).

Em 27/06/2014, a concessionária apresentou manifestação em face dos impactos decorrentes do repasse zero aos usuários do reajuste tarifário de 01/07/2013 e da necessidade de reequilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão (fls. 94-102).

Novo pedido de vistas foi realizado pela concessionária (fl. 104), em 04/07/2014, solicitando cópia do processo, das planilhas eletrônicas, garantindo amplo acesso a todos os dados que culminaram na elaboração do “Relatório Final de Pesquisas de Eixos Suspensos em Caminhões” realizada pela consultoria Praxian. Em 10/07/14, a ARTESP disponibilizou novamente cópia de inteiro teor.

A concessionária, em 14/07/2014, protocolou na ARTESP seu Recurso Administrativo pleiteando que seja garantido o reajuste tarifário pelo IPCA e a anulação da deliberação do Conselho Diretor da ARTESP de 26/06/2014, publicado no D.O. em 28/06/2014.

Quanto aos autos que tratam do Reajuste Tarifário (Protocolo nº 267.522/2014), referem-se a todas as Concessionárias e estão instruídos com as conclusões extraídas de cada processo de apuração dos impactos da Resolução SLT nº 4/2013, bem como com o pedido de reajuste das tarifas de pedágio formulado pela Concessionária para o corrente ano.

Ocorre que as propostas encaminhadas pelas Concessionárias desatenderam o novo marco regulatório trazido pela Deliberação do Conselho Diretor em sua 5ª Reunião Extraordinária realizada em 24/06/2013 e pela Resolução SLT nº 04 de 22/07/2013, especialmente o art. 2º, uma vez que não consideraram o desequilíbrio gerado em prejuízo do Poder Concedente.

Assim, não houve violação ao contraditório, mas decisão desfavorável ao pleito das concessionárias. Tal decisão foi devidamente fundamentada e amparada em estudo técnico desenvolvido com conhecimento das concessionárias.

Em 20 de junho de 2014, isto é, no **10º dia** seguinte à comunicação prevista na cláusula 25.3 do Contrato, o Coordenador da Diretoria de Controle Econômico e Financeiro da ARTESP se manifestou **oficialmente**, por meio do despacho FD.DCE.1575/14, contestando os valores pleiteados pela Concessionária e apresentando planilha com memória de cálculo com as determinações do Conselho Diretor e Secretário de Logística e Transportes para a aferição do índice de reajuste a ser aplicado. Sua manifestação foi acolhida pelo Diretor de Controle Econômico e encaminhada para Deliberação do Conselho Diretor. Na primeira Reunião de Diretoria subsequente, o despacho foi ratificado pelo Conselho Diretor.

Por outro lado, a manifestação do Coordenador de área foi feita especificamente nos autos do processo de Reajuste Tarifário Ordinário do ano de 2014, que é processo público, instaurado **anualmente**, de ciência das concessionárias e tendo em vista justamente a provocação das concessionárias – nos termos do Contrato de Concessão. Impende observar, ademais, que a provocação da concessionária autora, pelo ofício protocolado às 9h18 do dia de 10 de junho de 2014 (sob o nº 000267967) consta do processo, como se vê às fls. 81 e seguintes dos autos.

Em observância à Resolução SLT nº 4/2013 houve – além do reajuste ordinário autorizado nos termos propostos pela Concessionária – o reequilíbrio autorizado pelo Secretário, **que apenas foi conjugado com o reajuste para não causar prejuízo a alguns usuários que trafegariam pela rodovia num eventual íterim entre as ações**. Se não bastasse, **os efeitos do reajuste somente seriam surtidos a partir de 1º de julho**, data em que o reequilíbrio, nos termos do art. 2º, da Res. 04/13, c.c. art. 2º, II, Res. 02/05, já estava aprovado e vigente – fato este também admitido pela parte em sua Inicial.

Além disso, a cláusula 25.3 do Contrato de Concessão é clara ao prever a possibilidade de revisão extraordinária da tarifa de pedágio para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em caso de não haver acordo entre as partes, o que ocorreu no presente caso:

25.3 Sempre que se deva fazer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, pela ocorrência dos fatos definidos no item 25.1, essa recomposição poderá ter lugar, caso não haja acordo entre as PARTES, pela forma que for escolhida pelo CONTRATANTE, e aprovada pelo PODER CONCEDENTE, através de uma das seguintes modalidades:

- I. Prorrogação ou redução do prazo da CONCESSÃO;
- II. Revisão extraordinária da tarifa de pedágio;
- III. Uma combinação das modalidades anteriores.

De conformidade com referida cláusula, promoveu a revisão da tarifa no momento oportuno, especificamente na data do reajuste anual.

Em suma, **houve o reajuste integral do valor da tarifa de pedágio e houve o reconhecimento de direito a reequilíbrio, na forma da Resolução SLT nº 4/2013**; direito este que passaria a *produzir seus regulares efeitos a partir de 1º de julho de 2014*, conforme determinado no despacho de homologação do Secretário de Logística e Transportes.

Nessa senda, a determinação da aplicação do índice de reajuste questionado pela demandante não implicou descumprimento de contrato e tampouco empecilho para a reposição da inflação para a concessionária. Ao contrário: as rés fizeram cumprir os exatos termos do contrato, com a recomposição da inflação, considerando-se em tal índice, após estudos, o aumento na arrecadação pela agravante, em razão da cobrança de todos os eixos dos veículos comerciais. **O índice de reposição proposto pelas demandantes, combinado com os ganhos obtidos com a cobrança do eixo suspenso e desconto de 50% da outorga são suficientes para manutenção da higidez financeira da concessionária.**

Verifica-se, ainda pelos documentos fornecidos pela área técnica da ARTESP, que a conclusão desta autarquia está assentada em trabalho realizado por empresa idônea (a PRAXIAN), considerando amostragem derivada de critério absolutamente técnico, que, aliada a outros fatores, justificou a aplicação do índice em questão, observados os seguintes passos:

“[...]”

1º Passo: Identificação da Taxa Nominal de Eixos Suspensos definida pelas contagens realizadas pela empresa Praxian:

$$\text{AUTOVIAS} = 14,681253\%$$

2º Passo: Acompanhamento da arrecadação mensal de pedágios, separando a arrecadação de veículos comerciais categoria 3 a 6 eixos adicionais para com isso isolar (via aplicação do percentual acima) a arrecadação aumentada com a cobrança de eixos suspensos.

Esta cobrança adicional caracterizou o ganho extraordinário das concessionárias.

3º Passo: Acompanhar a arrecadação mensal real e efetiva das concessionárias e ajustar a mesma com as tarifas contratuais, de maneira a apurar a perda extraordinária das concessionárias.

4º Passo: Acompanhar mensalmente a retenção equivalente a 50% da Outorga Variável devida à Agência Reguladora pelas concessionárias das rodovias. Este valor, somado ao ganho adicional pela nova cobrança dos eixos suspensos, caracterizou ganho extraordinário das concessionárias de rodovias.

[...]

A composição destes saldos – mês a mês – originou um saldo favorável ao Poder Concedente (as medidas mitigadoras implantadas em 2013 foram superiores às perdas pelo não repasse do reajuste tarifário de 2013 aos usuários).

Por força do artigo 2º da Resolução SLT nº 04, estes saldos remanescentes devem ser repassados à tarifa de pedágio. De que forma isso foi feito:

Diminuindo o efeito percentual desses saldos, do reajuste percentual devido conforme contratos.

[...]”

E tal cálculo foi realizado pela ARTESP, com a composição de todos esses fatores (perdas da concessionária – R\$ 20.707.000,00); ganhos da concessionária pela cobrança dos eixos suspensos (R\$ 22.741.000,00); ganhos da concessionária pelo desconto na outorga variável à razão de 50% (R\$ 4.187.000,00), apurando-se, por fim, um saldo a favor do poder Concedente no valor de R\$ 6.221.000,00. Com os tributos que a concessionária deve incorrer, o saldo remanescente será de R\$ 4.030.000,00, conforme fluxo de caixa demonstrado no incluso documento.

Foi considerada a arrecadação dos últimos 12 meses, o índice de reajuste previsto no termo aditivo (modificação de IGPM para IPCA), de 6,3749%, e o impacto do reajuste tarifário, o que resultou no percentual de 5,169268% a incidir nas tarifas quilométricas.

Tem-se, assim, que a composição de todas as receitas (ordinárias e extraordinárias), que foi levada a efeito por critérios estritamente técnicos, constantes do demonstrativo anexo, torna legítima a aplicação do índice na ordem de 5,169268%, para aumento das tarifas de pedágio.

Diga-se, uma vez mais, o ganho extraordinário auferido pela autora foi demonstrado de forma minuciosa, articulada e baseada em trabalho técnico de respeitada empresa no ramo; tanto assim que ela não logrou êxito em desconstituir seu resultado, limitando-se a tecer impugnação genérica, de forma simplista, de modo a desconsiderar as variáveis que compõem o preço e a dinâmica que caracteriza o processo de concessão.

Extrai-se, do que foi dito, que: (i) o índice aplicado deriva do estudo de diversas variáveis, que foram omitidas pela autora; (ii) o processo administrativo não está maculado, sendo que a autora dele participou ativamente; (iii) não houve homologação tácita, porque a ARTESP manifestou-se, dentro do prazo, acerca da pretensão da agravada; (iv) houve aplicação da modicidade tarifária, após a conclusão de estudo realizado por empresa idônea, sem qualquer prejuízo para a autora, porque lhe foi aplicado índice para compensar as perdas que sofreu.

3. A pretensão apresentada expressa, na verdade, uma tentativa de que os interesses da demandante possam se sobrepor aos interesses públicos relacionados aos direitos dos usuários da malha rodoviária administrada pela autora.

E nem mesmo está a empresa autora sofrendo prejuízos com as medidas adotadas pela Administração, sendo certo que experimentou ela lucros expressivos no ano de 2013.

Elucidativo nesse enfoque o v. Aresto a seguir transcrito:

“Não logrou apresentar o prejuízo experimentado com a adoção do percentual de 5,581606% como reajuste tarifário, em oposição aos pretendidos 6,3749%, considerando-se as compensações outorgadas pelo Poder Concedente.

Ressalte-se, a diferença entre os reajustes o implantado e o pretendido é inferior a 0,8%, a qual, com a devida permissão, não tem o condão de obstar a devida manutenção das rodovias ou acarretar prejuízos outros aos usuários, como levantado pela agravante em suas razões. Não se olvide, ainda, a autorização de cobrança dos eixos suspensos dos caminhões, dentre outras medidas, a aumentar a arrecadação de receita pelas concessionárias.” (Desembargador Relator LUIS GANZERLA – Agravo de Instrumento nº 2117000-02.2014.8.26.0000).

Não se pode desconsiderar as complexas medidas adotadas pela ARTESP nos anos de 2013 e 2014, que ensejaram reequilíbrio em favor do Poder Público, revertido em prol da modicidade das tarifas, como autorizam as normas regulatórias aplicáveis ao caso.

O reequilíbrio econômico do contrato, com vistas no gerenciamento dos interesses públicos, tem amparo fático e jurídico, o que torna inaceitável a pretensão apresentada.

A enfatizar a necessidade de preponderância dos interesses públicos em relação aos contratos de concessão, obtempera HELY LOPES MEIRELES:

“O que ocorre é que o contrato de concessão contém cláusulas de interesse do serviço (cláusulas regulamentares) e cláusulas de interesse privado do concessionário (cláusulas econômicas). Aquelas são fixadas e alteradas pela Administração segundo as exigências da coletividade; estas são imodificáveis por qualquer das partes, salvo por mútuo consenso e para manter-se o equilíbrio econômico-financeiro quando houver modificação nas cláusulas regulamentares, para melhor atendimento do serviço.” (in: Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 34. ed., p. 263 – nota do item 5.4).

De se atentar que a efetivação do reajuste pretendido não atinge somente as pessoas que trafegam pela rodovia, mas também os usuários em potencial, como bem explicitado no v. Aresto a seguir:

“a concessão imediata do reajuste pretendido teria um efeito factualmente irreversível, porquanto é impossível devolver o eventual sobrepreço para a grande parte dos milhares de usuários das rodovias em questão; na verdade, a prevalência, por ora, da decisão agravada protege a relação usuários-concessionária, que é interesse metaindividual, além do princípio da modicidade das tarifas de serviços públicos concedidos (Lei Federal nº 8.987/95, artigo 6º, § 1º). “O Conceito de ‘Usuário’ – A expressão usuário é utilizada para indicar todos os sujeitos que, em tese, possam vir a utilizar-se do serviço público, ainda que concretamente não o façam. Portanto, o usuário em potencial não é distinguido do usuário efetivo.” (Marçal Justen Filho, Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 549.)

Sendo assim, é de se ler a *contrario sensu* o respectivo argumento na petição recursal: “89. A SPVIAS não poderá jamais cobrar da infinidade de usuários a diferença no valor da tarifa que os mesmos deixaram de pagar, tendo em vista a impossibilidade de serem identificadas todas as pessoas que teriam se utilizado dos serviços na rodovia. No caso de concessão da liminar, por outro lado, os usuários poderão ser ressarcidos ao final, se improcedente a ação, mediante uma simples orientação para que guardem os comprovantes de pagamento das tarifas [...]” (fl. 36); a aplicação de reajuste não é simplória como pretende a agravante, mas depende de fórmula, ou seja, de outras variáveis, sendo o índice inflacionário apenas uma delas. Veja-se a fórmula no termo aditivo de 2011, item 2.2, fl. 469.” (g. n.) (Desembargador Relator Ponte Neto – Agravo de Instrumento nº 2109501-64.2014.8.26.0000).

A aplicação do reajuste, na verdade, afeta a coletividade como um todo, na medida em que projeta reflexos que serão exteriorizados pela inflação.

Essa realidade foi bem visualizada pela r. decisão proferida pela Presidência do E. TJSP ao suspender os efeitos de isoladas decisões concessivas de tutelas

antecipadas concedidas em ações movidas por outras Concessionárias (Pedido de Suspensão nº 2132554-74.2014.8.26.0000), “verbis”:

“[...] Sob outro prisma, resta evidente os efeitos imediatos do reajuste sobre a economia, seu impacto, enfim, sobre a inflação. Ora, o aumento será internalizado nos custos dos bens que, em função das exigências de tráfego negocial, circulam pelas rodovias exploradas pelas concessionárias”. (g. n.)

Eventual acolhimento da pretensão apresentada implicaria desconsideração à presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelo Poder Público e indevida interferência nas competências da ARTESP, Agência Reguladora autônoma e independente a qual incumbe, por força do disposto nos artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 914/02, as medidas necessárias para manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e a prestação de serviços adequados aos usuários (o que inclui a modicidade das tarifas).

Em Direito Administrativo, como se sabe, há o princípio da prevalência do interesse público sobre o privado, que, no caso, consiste na aplicação de reajuste módico da tarifa, que foi levado a efeito após realização de minucioso estudo acerca da matéria, e não prejudicou, em absoluto, a autora, que, como se viu, teve ganhos expressivos.

A atuação da Administração seguiu os princípios que norteiam os contratos administrativos, concebidos estes com cláusulas exorbitantes justamente para garantia dos interesses públicos.

No dizer do i. Jurista Hely Lopes Meirelles:

“Peculiaridades do contrato administrativo – **Da sua característica essencial, consubstanciada na participação da Administração com supremacia de poder, resultam para o contrato administrativo certas peculiaridades que os contratos comuns, sujeitos às normas do Direito Privado, não ostentam. Tais peculiaridades constituem, genericamente, as chamadas cláusulas exorbitantes, explícitas ou implícitas em todo contrato administrativo.**

**Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado.** A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque **visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.**

[...]

**As principais são as que se exteriorizam** na possibilidade de rescisão unilateral do contrato; **no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas;** na inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; no controle do contrato, na ocupação provisória e na aplicação de penalidades contratuais pela Administração”. (Op. cit., p. 216.) (g. n.)

Por todas essas razões, estando imunes a críticas todas as medidas tomadas pela ARTESP em relação à tarifa do pedágio em discussão, inafastável o reconhecimento da improcedência do pedido.

Diante do exposto, requerem os réus o reconhecimento da improcedência do pedido, carreando-se à autora o pagamento dos encargos da sucumbência.

Protestando pela produção de provas,

Pede deferimento.

São Paulo, 14 de outubro de 2014.

**MARISA MITIYO NAKAYAMA LEON ANIBAL**

Procuradora do Estado

OAB/SP 279.152

## SENTENÇA

Processo Digital nº: **1027688-67.2014.8.26.0053**

Classe – Assunto: **Procedimento Ordinário – DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS**

MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

Requerente: **Concessionária de Rodovias do Interior Paulista S/A**

Requerido: **ARTESP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo e outro**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Luiz Fernando Rodrigues Guerra**

### Vistos.

**CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS DO INTERIOR PAULISTA S/A** ajuizou ação cível contra a **AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP** e contra o **ESTADO DE SÃO PAULO**, feito que segue o rito comum ordinário.

Alega, em suma, que é concessionária de trecho de rodovia pertencente ao Estado de São Paulo e fiscalizado pela **ARTESP**, que foi celebrado termo de aditamento de contrato, em que foi estabelecido critério de correção de tarifas e que tais termos estariam sendo objeto de processo de revisão administrativa, pois a Administração intenta revogá-los. Segundo notícia, a celeuma se daria quanto à divergência de critérios para a fixação de tarifas como acertado no momento da celebração do aditamento ao contrato de concessão e novo estudo econômico encomendado pela agência reguladora.

No âmbito do processo administrativo, a ré teria referendado índice de reajuste anual tarifário (6,3749%), reajustamento de valores estabelecido em contrato administrativo. Contudo, teria deixado de aplicar o índice de reajustamento de forma integral, alegando em sua defesa o direito à compensação com valores outros obtidos pela autora, sem fundamentação legal. Tal decisão constaria de Deliberação Ordinária, tomada em 26 de junho de 2014, que tornou pública a adoção do índice de 4,669230 para reajustamento anual da tarifa de pedágio.

Segundo a autora, os ganhos compensados diriam respeito ao decorrente da utilização de 50% do valor de 3% previstos a título de ônus variável para fins de fiscalização do contrato, da cobrança dos eixos suspensos, medida imposta a partir da revisão da Portaria nº 11/1998 da Secretaria de Logística e Transportes e a utilização dos créditos nas adequações decorrentes de atrasos e postergações de obras. A despeito de tais deliberações, defende a aplicação do índice de

reajustamento, articulando que não se precisa o impacto financeiro das medidas econômicas adotadas para amortização dos efeitos da inflação.

Entende que a decisão administrativa fere os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da razoabilidade, da legalidade, entre outros.

Ao final, pugna pelo reconhecimento da abusividade da decisão administrativa atacada, com o reconhecimento do direito à aplicação do índice integral de reajuste anual, decorrência da nulidade parcial da Deliberação Ordinária de 26 de junho de 2014.

Foi negada medida liminar.

Devidamente citadas, as rés ofereceram resposta, sob a forma de contestação. Em síntese, defenderam a regularidade e legalidade das medidas adotadas para o afastamento do referido ajustamento, que houve reajuste integral das tarifas pelo IPCA de 2014, mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que não houve homologação tácita do pedido de reajuste formulado pela autora, que não há constatação de prejuízo materiais para a autora.

A autora manifestou-se em réplica.

Instados a especificarem provas, a autora não se manifestou e as rés pugnam pelo julgamento antecipado.

É o relatório.

## **FUNDAMENTO e DECIDO.**

Considerando que a documentação acostada aos autos permite a perfeita compreensão da lide, de rigor o julgamento no estado, na forma do disposto no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Na forma do entendimento jurisprudencial consolidado, mais do que uma faculdade, o julgamento antecipado das lides, sem custosa e desnecessária instrução processual, é manifestação de eficiência da máquina judiciária, sem se olvidar que vem ao encontro do princípio constitucional da duração razoável do processo.

A propósito, consigne-se julgado do Tribunal de Justiça a respeito da questão:

***Ementa: CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DE QUE O FATO DE HAVER DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS NÃO IMPEDE QUE O JUIZ, EM MOMENTO POSTERIOR E DE ACORDO COM SEU LIVRE CONVENCIMENTO, CONHEÇA DIRETAMENTE DO PEDIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA***

INOCORRENTE. VERIFICAÇÃO DE QUE A PRODUÇÃO DAS PROVAS PRETENDIDAS – DEPOIMENTO PESSOAL, OITIVA DE TESTEMUNHAS E PERÍCIA CONTÁBIL – NÃO TERIAM O CONDÃO DE INFLUENCIAR NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR EM RELAÇÃO ÀS MATÉRIAS DE FATO E DE DIREITO DISCUTIDAS NOS AUTOS. DECISÃO MANTIDA. *Agravo de instrumento improvido (Agravo de Instrumento nº 2095718-05.2014.8.26.0000, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desa. CRISTINA ZUCCHI, j. em 20.10.2014).*

No mérito, de rigor a improcedência dos pedidos formulados pela autora.

As questões candentes nos autos são de que a autora informa que não obteve acesso efetivo ao processo administrativo que resultou na Deliberação Ordinária de 26 de junho de 2014 e a lesividade do conteúdo da referida deliberação, que é fonte de prejuízos materiais à autora, com reflexos na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Segundo a autora, o direito à produção probatória tem natureza absoluta, não podendo ser negado diante do requerimento formulado pelo litigante. Contudo, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa devem ser considerados segundo um prisma da instrumentalidade e as consequências de suposta inobservância, sob a análise da presença do prejuízo processual.

No caso dos autos, não há notícias de que a Administração tenha produzido “prova pericial” unilateral, mas apenas encomendou estudo por instituição de renome para a análise econômica acerca do desenvolvimento dos reajustes de tarifas autorizadas pelo Poder Concedente. Se os aumentos são autorizados pelo Poder Concedente, nada mais justo que ele promovesse a encomenda de estudo de instituição de sua confiança.

Se tal documento foi usado como base para a instauração de processo administrativo revisional, ele foi considerado como prova documental, não como prova pericial. Assim, não há fundamento para se determinar a realização de prova pericial contábil e financeira esclarecedora, pois não se estabeleceu a divergência entre perícias.

Ainda, sem embargo da opinião da autora, entendo que a prova pericial somente tem cabimento no âmbito judicial, pois realizada sob o crivo do contraditório e da ampla defesa judiciais, efeito que não pode ser estendido aos estudos técnicos realizados no âmbito extrajudicial.

No contexto, se há divergência sobre as metodologias empregadas para a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias estaduais, melhor se fomentar a discussão judicial, única capaz de solucionar a controvérsia instaurada.

Por fim, na inexistência de previsão específica para o acolhimento do pedido de realização de prova pericial, até porque não há disciplina de como a prova se daria, não entendo que se possa invocar a existência de violação ao contraditório e da ampla defesa.

A propósito, recentemente decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

***Ementa:** Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Ato Administrativo. Contrato para exploração, mediante concessão, da malha rodoviária. Procedimento administrativo instaurado para invalidação do contrato administrativo. Pretensão à realização de prova pericial pela concessionária de rodovia. Pedido negado administrativamente. Impetração de Mandado de Segurança contra tal ato. Liminar denegada na origem. Pretensão da recorrente de obtê-la através de concessão de tutela antecipada recursal. Impossibilidade. Ausência de verossimilhança das alegações. Inexistência de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar o deferimento imediato da pretensão. Decisão mantida. Negado provimento ao recurso. (Agravo de Instrumento nº 2060363-65.2013.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. RUI STOCO, j. em 20.1.2014)*

Assim, o processo administrativo que resultou na deliberação atacada, por si só, não pode ser invalidado, pois observados os princípios constitucionais aplicáveis.

Quanto ao segundo ponto de divergência, a questão mostra-se mais abrangente, objeto de reflexão mais aprofundada.

A previsão do índice de reajuste anual de tarifas tem função única e exclusiva de compor o valor das tarifas a serem cobradas em determinado período de tempo, dirigida à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro da avença. E se equilíbrio se dá basicamente na composição entre os custos e o faturamento, de onde sai a remuneração da concessionária.

Ao longo de 2013, a ARTESP deliberou medidas a serem implementadas com finalidade de viabilizar futura redução do índice de reajustamento de tarifas, processo que é conhecimento público, pois encontra sua gênese na pressão popular contestatória.

Tendo como exemplo a cobrança de tarifa pelo eixo suspenso, da análise do contrato de concessão, verifica-se que a autora promoveu cobrança de valores não previstos em contrato, fruto de medida autoritária implementada pela ARTESP, questão que inclusive fora declarada ilegal em decisão interlocutória por esse magistrado em mandado de segurança coletivo que tramitou em outra Vara Judicial.

A defesa das rés seguiu lá no sentido da necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, já que se vislumbrava por acordo a redução do

reajustamento das tarifas em prol de toda a comunidade usuários, tese que fora acolhida pela Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A despeito do escorço histórico, de importante resta certo que as rés mantinham conversações com as concessionárias no sentido da amortização dos índices de reajustamento anual, com a existência de outras em entradas ou amortizações. É esse o resultado da Deliberação Ordinária atacada pela autora.

Ao contrário do que defende a autora, não havia homologação do índice de reajustamento proposto pela autora (6,3749%). A autora almejou a aplicação do índice que entendi correto, índice que não foi acatado pelas rés.

A aplicação do IPCA anual de 2014 afasta a certeza de que não houve reajustamento das tarifas e afasta a alegação de que, a partir da deliberação administrativa, há lesão ao equilíbrio financeiro do contrato. E isso porque as amortizações impostas em favor da autora são uma realidade e promoveram a recomposição dos valores de tarifas atingidos pela inflação anual.

Obviamente, pode-se conceber a existência de prejuízos financeiros decorrentes da implantação da deliberação administrativa atacada. Porém, a pretensão da declaração da nulidade parcial da medida administrativa é pretensão juridicamente que não tem idoneidade para ser acolhida.

Nesse sentido, interessa consignar trecho de voto proferido pelo Desembargador JOSÉ RENATO NALINI, *in verbis*:

“[...] No caso, as decisões questionadas permitem que as Concessionárias reajustem as tarifas de pedágio com base no índice integral apurado pelo IPCA (6,3749%), então em substituição ao definido pela ARTESP, que autorizou um reajuste de 5,29%. Em que pese bem fundamentadas as decisões, justificou-se a suspensão de seus efeitos, pois, a par de presente o *interesse público primário*, necessário para afastar o risco de grave lesão à ordem e à economia públicas. Na hipótese vertente, a subsistência dos efeitos das decisões questionadas compromete, *prima facie*, a manutenção da equação econômico-financeira do ajuste. Em princípio, e a partir de um juízo mínimo de delibação, o reajuste determinado afeta *política pública* em desenvolvimento, que, no caso, objetiva alcançar maior justiça tarifária e realizar o princípio da modicidade das tarifas. Contrária, ao que consta, o espírito da Resolução SLT nº 4 da Secretaria de Logística e Transportes, que, em 2013, estabeleceu medidas de mitigação e reequilíbrio contratual, contra as quais, parece, os concessionários não se insurgiram. Ao reverso, a revisão determinada pela ARTESP, aplicada com respaldo em cláusula contratual, está em sintonia com a política pública em comento, e levou em consideração o aumento da arrecadação auferido pelas concessionárias no último ano. Em outras palavras: num exame superficial, o reajuste

conforme o índice contratual convencionado não realiza, *in concreto*, o fim a que se destina; não se presta a resguardar a equivalência efetiva entre as prestações e o preço. E isso diante do impacto causado pelas medidas de mitigação e de reequilíbrio contempladas na Resolução SLT nº 4 acima referida. Por outro lado, não há dúvida de que o reajuste discutido afetará os usuários, que, é certo, uma vez desacolhido o pedido das concessionárias, terão enorme dificuldade para reaver os valores que foram indevidamente desembolsados. Ao contrário, caso ao final acolhido o pedido, as concessionárias mais facilmente obterão a adequação dos contratos. Sob outro prisma, resta evidente os efeitos imediatos do reajuste sobre a economia, seus reflexos sobre os valores de produtos e serviços, seu impacto, enfim, sobre a inflação. Ora, o aumento será certamente internalizado nos custos dos bens que, em função das exigências do tráfego negocial, circulam pelas rodovias exploradas pelas recorrentes. Vale dizer, no caso em apreço, ficou caracterizado o risco concreto de dano reverso. Ou seja, o perigo de dano inverso é mais acentuado, o que igualmente justificou a suspensão perseguida, à luz do princípio da proporcionalidade”. (Agravo Regimental nº 2132554-74.2014.8.26.0000, Rel. Des. JOSÉ RENATO NALINI, j. em 3.9.2014)

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido abordada no bojo do processo.

Nestes termos, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos formulados pela autora, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Por consequência, condeno a autora nas custas processuais, atualizadas a partir do desembolso pelas rés, e em honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da causa.

P.R.I.C.

São Paulo, 29 de outubro de 2014.

**LUIZ FERNANDO RODRIGUES GUERRA**

Juiz de Direito

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA  
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL**

DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA

AUTOS Nº 1054364-52.2014.8.26.0053

EXEQUENTE: BANCO DO BRASIL S/A

EXECUTADA: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu Procurador que esta subscreve, vem, respeitosamente perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 741 do Código de Processo Civil, opor os presentes EMBARGOS À EXECUÇÃO movida pelo BANCO DO BRASIL S/A, qualificação anexa, pelos motivos que passa a expor.

**I) CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Em 1990, o Estado de São Paulo optou por privatizar a VASP, que, na ocasião, possuía um endividamento externo estimado em US\$ 270.000.000,00.

No edital de privatização, foi esclarecido que os licitantes deveriam escolher entre duas opções, no que tange ao endividamento da empresa.

Dessa forma, (i) ou o consórcio vencedor se incumbiria de renegociar, com o Tesouro Nacional, tais dívidas, hipótese em que o Estado entregaria o controle acionário da empresa, sem qualquer responsabilidade sobre tal passivo, ou (ii) o Estado renegociaria a dívida externa da VASP, adimplida pela União, outorgando ao Tesouro Nacional, como garantia, direitos creditórios relativos ao Fundo de Participação dos Estados (FPE), na arrecadação de determinados tributos federais, com assunção de responsabilidade solidária com a VASP.

Em tal hipótese, o Estado exigiria do licitante vencedor contragarantias idôneas para indenizá-lo de eventuais gastos que viesse a fazer para cumprir a garantia outorgada.

O consórcio VOE-CANHEDO S/A sagrou-se vencedor da licitação e optou pela segunda forma de tratamento jurídico da dívida. Assim, quando da transferência do controle acionário ao consórcio vencedor, o Estado de São Paulo renegociou as dívidas da VASP com a UNIÃO, sendo o acordo instrumentalizado no “Contrato Particular de Refinanciamento e Financiamento de Dívida”, firmado em 26.09.1990, com participação do Banco do Brasil na condição de agente financeiro do Tesouro Nacional. O Estado ofereceu como garantia caução de direitos creditórios relativos ao Fundo de Participação dos Estados.

O negócio foi celebrado de acordo com a Lei Federal nº 7.976/89<sup>1</sup>, que dispõe sobre o refinanciamento pela União da dívida externa de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de modo que a União não poderia cobrar da VASP nenhum valor a mais do que tenha gasto no exterior ou antecipar qualquer cobrança relativa a pagamento que ainda não se tenha concretizado.

Contudo, a União rejeitou a possibilidade de repasse de tais benefícios por entender que a VASP, por ter sido privatizada, não se enquadraria no rol do art. 1º, que menciona “entidades da Administração Direta e Indireta, estadual e municipal”. A VASP estimava que, com a renegociação da dívida com os credores externos, a União obtivesse a redução do montante da dívida em cerca de 30%.

Diante dessa postura, com o objetivo de defender sua tese e obter os benefícios alcançados pela União no cenário internacional, a VASP ajuizou ação contra a União (0033172-54.1994.4.03.6100, 2ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo), pleiteando o reconhecimento do direito ao repasse dos benefícios alcançados pelo Tesouro Nacional no exterior. Essa ação foi julgada parcialmente procedente e está, no momento, pendente de julgamento de recurso de apelação no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

A despeito das previsões contratuais, a VASP não efetuou qualquer pagamento à União, razão pela qual o Estado sofreu retenções nos repasses do FPE, pelo valor total (sem deduzir os benefícios obtidos na renegociação), a partir de março de 1991.

Essa retenção **perdurou até 1997**, quando foi **suspensa** por força de medida liminar concedida pelo Sr. DES. PÉRSIO LIMA – Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em ação cautelar movida pela VASP contra a UNIÃO (0084426-28.1997.4.03.0000 – 918MC-SP), proposta com o **objetivo de suspender a exigibilidade da dívida**, tendo em vista a sentença de procedência proferida na ação ordinária entre as mesmas partes (VASP X UNIÃO – ord. nº 0033172-54.1994.4.03.6100, 2ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo), na qual **se discute o montante da dívida**.

Naquela ocasião, os efeitos da liminar concedida a favor da VASP foram estendidos ao Estado de São Paulo, quando a Secretaria do Tesouro Nacional acolheu o pedido deste para suspender quaisquer retenções do Fundo de Participa-

---

1 “Art. 1º - O Poder Executivo refinanciará, no prazo de 20 (vinte) anos, em prestações semestrais, as dívidas de entidades da Administração Direta e Indireta, Estadual e Municipal, derivadas de empréstimos que lhes tenham sido concedidos pela União, com a finalidade de honrar compromissos financeiros decorrentes de operações de crédito externos, garantidas pelo Tesouro Nacional. Parágrafo único – Em relação a cada entidade, o valor do refinanciamento de que trata o caput deste artigo será limitado ao montante correspondente ao saldo da dívida existente em 1º de janeiro de 1990.”

ção dos Estados em função da dívida mencionada, bem como efetuar a devolução das verbas retidas no período posterior à autorização judicial.

No entanto, em despacho publicado no DJU em 22.12.2004, acolhendo pedido formulado pela UNIÃO, o E. Tribunal Regional Federal – 3ª Região reconsiderou a decisão que havia concedido a medida liminar a favor da VASP. Esta interpôs agravo regimental, que, rejeitado, culminou com a decisão publicada no DJU de 11/03/2005.

Com a revogação da liminar, entendeu a União Federal por retomar automaticamente a sistemática de retenção das verbas destinadas ao Estado nos termos do artigo 159 da Constituição Federal, tendo sido enviado o Ofício 1403 STN/COAFI/GECEX da lavra do Senhor Secretário do Tesouro Nacional ao Senhor Secretário Estadual da Fazenda, no qual o mesmo comunica ter autorizado o Banco do Brasil a realizar imediatamente a retenção das cotas de FPE e IPI – Exportação do Estado de São Paulo, bem como a retenção de seus créditos de ICMS previstos na Lei Complementar nº 87, de 13.09.1996 (Lei Kandir) e o auxílio financeiro instituído pela Medida Provisória nº 237/2005. Fundamenta a retenção no § 3º do Art. 31 da referida lei complementar, bem como nos artigos 4º e 5º da Medida Provisória nº 237, de 27.01.2005.

A pretensão da União em executar unilateralmente os valores que entende devidos, por caracterizar-se em evidente abuso na interpretação da suspensão da liminar até então vigente, levou o Estado de São Paulo a ajuizar **Medida Cautelar perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, que recebeu o nº 704 (a posterior ação ordinária recebeu o nº 776), na qual foi deferida, em 31/03/2005, antecipação de tutela para suspender a execução do contrato.**

Na tentativa de solucionar o litígio instaurado perante o Supremo Tribunal Federal, os autos da ACO nº 776 foram encaminhados à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), em meado de 2013.

A tentativa de conciliação, contudo, restou infrutífera, razão pela qual os autos retornaram ao Supremo Tribunal Federal e a ação se encontra pendente de julgamento (andamento processual anexo).

Em decorrência, a decisão liminar concedida pela Suprema Corte em 31/03/2005 produz eficácia até hoje.

Pretende, agora, o Banco do Brasil S/A, com base no citado contrato de refinanciamento e financiamento de dívida, executar a comissão de administração que alega ter direito em razão da intermediação financeira do contrato.

Todavia, como se demonstrará a seguir, a pretensão não prospera.

## II) PRELIMINARMENTE – DA PRESCRIÇÃO

Preliminarmente, cumpre destacar que a pretensão executória do Banco exequente se encontra prescrita.

Como se vê na própria inicial, o exequente esgotou as vias executivas em relação ao **devedor principal em novembro/2005**, com a habilitação de seu crédito no processo de falência da VASP (valor do débito de R\$ 9.729.406,47, atualizado até 30/06/2005). **Tão somente agora, em 19/12/2014, redireciona sua pretensão em face da Fazenda Estadual, devedora subsidiária. Ou seja, passados nove anos, pretende obter da embargante o valor de seu crédito.**

Mais do que isso. Constata-se que o **exequente se encontra inerte desde 1997**, quando houve a cessação das retenções nos repasses do FPE, tanto do débito principal quanto da comissão de administração (acessório).

Se o exequente entende devida sua comissão de administração, mesmo com a execução do contrato suspensa, deveria ter diligenciado no sentido de obter a satisfação de seu crédito desde **1997**, o que não ocorreu. Note-se que o exequente somente buscou seu crédito em relação ao devedor principal em **2005, oito anos** após a cessação dos pagamentos. E em relação ao devedor subsidiário, somente em **19/12/2014, dezessete anos** depois!

Definitivamente, o direito não tutela a inércia do exequente.

Conforme estabelece o artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil<sup>2</sup>, cumulado com o artigo 10 do Decreto nº 20.910/32<sup>3</sup>, bem como o teor do enunciado da Súmula 150 do E. STF<sup>4</sup>, o prazo de prescrição da pretensão fundada em responsabilidade civil contratual é de 3 anos.

Não se ignora o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp 1.251.993, na sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, que reconheceu o prazo prescricional de 5 anos. Todavia, tal decisão ainda não transitou em julgado, pois pende de julgamento recurso extraordinário (ARE 807571) que aponta violação da cláusula de reserva de plenário no julgamento proferido pelo E. STJ, tal como prevê a Súmula Vinculante nº 10, ao afastar a aplicação do artigo 10 do Decreto 20.910/32.

---

2 Art. 206 - Prescreve: § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil.

3 Art. 10 - O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras.

4 Súmula 150: prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação.

E ainda que se considerasse o prazo prescricional de 5 anos, conforme o artigo 1º do Decreto 20.910/32<sup>5</sup>, a pretensão do Banco exequente também se encontraria prescrita, já que a execução do devedor principal e, por conseguinte, do devedor subsidiário, deveria ter sido promovida até 2002 (já estava prescrita quando da habilitação do crédito no processo de falência), o que não é o caso, visto que a presente execução só foi promovida em **19/12/2014**.

De outra sorte, ainda que se considerasse a fluência do prazo prescricional em face do devedor subsidiário a partir do esgotamento das vias executivas em relação ao devedor principal, o que ocorreu em novembro/2005, a presente execução deveria ter sido proposta até novembro/2010.

Portanto, os presentes embargos à execução devem ser julgados procedentes, reconhecendo-se a prescrição da pretensão do exequente, nos exatos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

Caso não se reconheça a prescrição, mesmo assim a pretensão do exequente não vinga.

### III) DA INEXIGIBILIDADE E ILIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO

#### III.1 – DA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO

Dispõem os artigos 580 e 586 do Código de Processo Civil que toda execução deve ter por base um título executivo que consubstancie obrigação certa, líquida e exigível<sup>6</sup>.

A obrigação representada no título que se pretende executar **não é exigível** e carece, portanto, de força executiva. Isso porque – **a execução do contrato está suspensa desde 1997 por força de decisão judicial!**

Como relatado acima, a execução do contrato foi suspensa em 1997 por força de medida liminar concedida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos autos da ação cautelar movida pela VASP contra a UNIÃO (0084426-28.1997.4.03.0000 – 918MC-SP), tendo em vista a sentença de parcial procedência proferida na ação ordinária 0033172-54.1994.4.03.6100, 2ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, na qual se discute o montante da dívida.

5 Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

6 Art. 580 - A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.

Art. 586 - A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

Essa liminar produziu efeitos até **11/03/2005**, quando foi revogada. Ato contínuo, diante da pretensão da União de executar a dívida, o Estado de São Paulo obteve **nova liminar** (anexa) perante o **Supremo Tribunal Federal**, nos autos da ação cautelar nº **704/SP**, em **31/03/2005**, que suspendeu a execução do contrato, nos seguintes termos:

*“Do exposto, defiro a antecipação da tutela cautelar, para suspender a retenção das cotas do Fundo de Participação dos Estados e do IPI-Exportação, do Estado de São Paulo, bem como a retenção de seus créditos de ICMS previstos na Lei Complementar nº 87/96, em função do contrato celebrado em 26 de setembro de 1990, bem como para determinar a imediata devolução de quantias acaso unilateralmente retidas após o ofício de fl. 57”.*

Assim sendo, a obrigação constante no contrato de refinanciamento e financiamento de dívida, principal e acessória, **não é exigível**, porque, conforme dispõe o artigo 807 do Código de Processo Civil, a **decisão liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal continua plenamente eficaz**, visto que não foi revogada e o processo principal (ACO 776) encontra-se pendente de julgamento, conforme andamento processual anexo.

Observe-se, ainda, a **cláusula quinta, item “c”, do contrato**, a qual prevê: *“comissão de administração correspondente a 0,20% (vinte centésimos por cento) ao ano, calculada sobre os saldos devedores diários registrados em dólar americano, debitada em 30.06 e 31.12, ou no dia útil imediatamente anterior, no vencimento e na liquidação da dívida”.*

Verifica-se que a comissão de administração, cuja execução pretende o exequente, somente é exigível no **vencimento** e na **liquidação da dívida**. Ora, como a execução do contrato encontra-se suspensa desde 1997, por força de decisão judicial (primeiro do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e, agora, do Supremo Tribunal Federal), **não houve o vencimento, muito menos a liquidação da dívida, de modo que o exequente não pode executar uma dívida não vencida, já que não é exigível!**

De fato, a suspensão da exigibilidade da obrigação constante no título equivale à postergação do vencimento da dívida garantida pelo Estado de São Paulo, que passou a ficar sujeito à condição suspensiva (revogação da medida liminar concedida).

Ademais, como a execução do contrato encontra-se suspensa, a função de administração financeira exercida pelo Banco-exequente não está sendo realizada, pelo que não é exigível a comissão de administração, assim como a obrigação principal, enquanto a execução do contrato permanecer suspensa por decisão judicial.

A comissão de administração, também denominada de taxa de administração em alguns contratos, tem a finalidade de remunerar a atividade de gerenciamento do contrato e fazer frente às despesas decorrentes da efetiva atuação da instituição financeira. Na medida em que o contrato se encontra suspenso, não tendo havido qualquer atuação do agente financeiro, seja no encaminhamento dos pagamentos, seja em efetuar retenções dos repasses de recursos do FDE que seriam destinados ao Estado de São Paulo, não há que se falar em custos a serem ressarcidos.

Ressalte-se a natureza acessória da obrigação de pagar a comissão de administração, dependente da obrigação principal objeto do contrato, que são os pagamentos devidos à União. Pretende a exequente cobrar o acessório sem que a obrigação principal tenha sido atendida, o que não pode ser admitido.

Destarte, como a dívida constante no contrato não é exigível, o título não possui força executiva, devendo a execução ser considerada nula, nos termos do artigo 618, inciso I, do Código de Processo Civil<sup>7</sup>.

### III.2 – DA ILIQUIDEZ DO TÍTULO

Além de não ser exigível, a obrigação representada no título **carece de liquidez em razão da sentença de parcial procedência proferida pela Justiça Federal** nos autos do processo nº 0033172-54.1994.4.03.6100, 2ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo.

Essa ação foi movida pela VASP em face da União para obter o reconhecimento do direito ao repasse dos benefícios alcançados pelo Tesouro Nacional no exterior, com base no artigo 4º da Lei nº 7.976/89<sup>8</sup>, reproduzido na **cláusula décima quinta** do contrato de refinanciamento celebrado em 26.09.1990.

Com efeito, a ação foi julgada parcialmente procedente “*para declarar a existência da relação jurídica entre as partes, pela qual devem ser repassados os benefícios obtidos pela ré no cenário internacional, pela média ponderada, nos moldes acima explicitados...*” (sentença anexa).

Por força dessa decisão judicial, **o montante da dívida principal constante no contrato deve ser recalculado**, considerando-se os benefícios obtidos pela União com os credores externos. Quer isso dizer que a dívida objeto do contrato

7 Art. 618 - É nula a execução: I - se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível (art. 586); II - se o devedor não for regularmente citado; III - se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572.

8 Art. 4º - Todos os eventuais benefícios que a União vier a obter em futuras renegociações com credores externos, referentes aos débitos financiados e refinanciados nos termos desta Lei, serão automaticamente repassados às entidades, referidas no art. 1º desta Lei.

é *incerta e ilíquida* e só poderá ser apurada após o trânsito em julgado da mencionada ação judicial.

Por conseguinte, como a comissão de administração é calculada à razão de 0,20% (vinte centésimos por cento) ao ano sobre o **saldo devedor** (que é incerto e ilíquido) da obrigação principal, conforme **cláusula quinta, item “c”, do contrato, o quantum devido a título de comissão de administração também é ilíquido, sendo impossível o seu cálculo até que ocorra o trânsito em julgado** do processo nº 0033172-54.1994.4.03.6100, 2ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, no qual houve determinação de redução do montante da dívida principal.

Claro está que é impossível, neste momento, calcular o saldo devedor da dívida e, conseqüentemente, a comissão de administração.

Portanto, é incontestável o fato de que a obrigação que se pretende executar (comissão de administração) é **ilíquida**, pois sua base de cálculo é desconhecida e demanda o recálculo de toda a dívida, conforme decidido pela Justiça Federal.

Logo, o título (contrato) não possui força executiva, devendo a execução ser declarada nula, nos termos do artigo 618, inciso I, do Código de Processo Civil.

#### IV) DO EXCESSO DE EXECUÇÃO

Subsidiariamente, em nome do princípio da eventualidade, caso superadas as questões apontadas, o que se considera por argumentação, verifica-se nos cálculos apresentados pelo exequente que houve equívoco na apuração do *quantum* devido, o que importa em excesso de execução no montante de **R\$ 6.137.638,53**.

Da análise da conta apresentada, constata-se que são apresentados valores da comissão de administração devida, calculados sobre o saldo devedor original, perfazendo um valor total de US\$ 1.646.145,16 (fl. 161).

O valor total cobrado pelo exequente corresponde a US\$ 4.061.779,17, o que representa um acréscimo de US\$ 2.415.634,01 em relação ao valor de US\$ 1.646.145,16. Esse valor adicional foi calculado pelo exequente com base na incidência da comissão de administração (i) sobre os valores vencidos de principal e juros, (ii) sobre o saldo devedor da comissão vencida, bem como (iii) pela incidência de juros (taxa trimestral = spread + Libor) sobre o saldo devedor da comissão vencida.

Em 30/06/2005, o valor de US\$ 4.061.779,17 foi convertido em R\$ 9.561.428,17 (taxa cambial de 2,354). O valor de R\$ 9.561.428,17 foi atualizado pelo IPCA até 30/11/14, perfazendo o valor total em execução de **R\$ 15.564.723,84**.

Todavia, o procedimento adotado pelo exequente para apurar o valor adicional de US\$ 2.415.634,01 está equivocado, pois **a incidência de juros (taxa trimestral**

= spread + Libor) sobre o saldo devedor da comissão vencida não encontra base contratual, pelo que esses valores devem ser excluídos do cálculo de atualização do débito. Dessa forma, o valor correto do débito é de US\$ 3.682.311,36 (em 30/06/2005), e não R\$ 4.061.779,17, como apresentado pelo exequente.

Quanto à atualização monetária, conforme a **cláusula quinta, item “a”**, do contrato de refinanciamento e financiamento, o correto é converter o valor em dólares pela Ptax de venda para o dólar de 30/11/2014 (taxa cambial de 2,5601), o que resulta no montante total do débito de R\$ 9.427.085,31, atualizado para 30/11/2014.

Desse modo, o valor correto do débito em execução é de **R\$ 9.427.085,31**, atualizado para 30/11/2014, conforme cálculos anexos, que equivale a um excesso de execução no importe de **R\$ 6.137.638,53** em relação ao valor pretendido pelo exequente.

## V) CONCLUSÕES

Ante o exposto, o Estado de São Paulo requer a Vossa Excelência que se digne de:

- a) receber os presentes embargos, na forma da lei, em apenso, e determinar a suspensão do processo de início mencionado;
- b) determinar a intimação do embargado pelo DOJ, na pessoa do seu nobre advogado, para, querendo, apresentar impugnação;
- c) sejam as publicações dos presentes autos realizadas em nome do Procurador que esta subscreve;
- d) julgar procedentes os presentes embargos, reconhecendo-se a prescrição da pretensão executória em face da Fazenda Estadual e, caso superada a questão, para que seja declarada a nulidade da execução por iliquidez e inexigibilidade do título executivo, arcando o embargado com os ônus da sucumbência;
- e) subsidiariamente, caso assim não se entenda, requer seja reconhecido o excesso de execução no importe de **R\$ 6.137.638,53**, com a declaração de que o valor correto é aquele apresentado pela embargante, no montante de **R\$ 9.427.085,31**, atualizado para 30/11/2014, conforme cálculos anexos.

Pretende provar o alegado por todos os meios de prova em direito permitidos.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

São Paulo, 27 de abril de 2015.

**RODRIGO LEITE ORLANDELLI**

Procurador do Estado

OAB/SP nº 328.898

## SENTENÇA

Processo Digital nº: **1014979-63.2015.8.26.0053**

Classe – Assunto: **Embargos à Execução – Nulidade / Inexigibilidade do Título**

Embargante: Fazenda do Estado de São Paulo

Embargado: Banco do Brasil S/A

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Fernão Borba Franco**

Vistos.

A FESP opôs estes embargos à execução que lhe move o Banco do Brasil S.A., alegando prescrição; inexigibilidade do título porque a execução do contrato está suspensa desde 1997 por força de decisão judicial, considerando-se ser acessória a obrigação objeto do processo executivo; iliquidez do título, porque está sendo discutido judicialmente o montante do débito principal, atingindo a liquidez da comissão de administração, e excesso de execução.

Em sua impugnação, a credora sustenta a inépcia da inicial, pois os cálculos demonstrativos do débito, juntados com a inicial, não são legíveis, não podendo impugnar a alegação de excesso de execução; não haver prescrição, pois o termo final da obrigação ocorreu antes dos cinco anos até o ajuizamento da inicial; ser divisível a obrigação em favor do embargado e da União Federal, não havendo, portanto, suspensão a ser observada; que o débito é líquido, certo e exigível, não sendo a embargada parte no processo que visa a discutir o débito principal.

É o relatório.

Passo a fundamentar.

Não há prescrição, uma vez que, havendo previsão específica a respeito de prescrição quinquenal em benefício da ora devedora, o prazo, que deve ser igual, iniciaria na data do último pagamento.

De um lado, esse último acontecimento ainda não ocorreu, de modo que ainda não se iniciou a contagem do prazo prescricional. De outro, como consta da impugnação, a demanda foi proposta antes do quinquênio imediatamente posterior ao da data do último pagamento, conforme previsto em contrato. Sob qualquer ângulo, portanto, não há prescrição.

Tampouco há inépcia da inicial dos embargos, uma vez que a tibia alegação de que a planilha demonstrativa dos valores cujos pagamentos admite a devedora não seriam legíveis não se sustenta, porquanto perfeitamente possível aumentar a fonte dessa planilha, disponível em via digital.

Há, entretanto, iliquidez do débito, a que se soma sua inexigibilidade, pois, enquanto não for ele devidamente liquidado, não é possível exigir o pagamento da comissão de administração. Essa comissão, de acordo com o contrato (fl. 128 destes autos) corresponde a “0,20% ao ano, calculada sobre os saldos devedores diários registrados em dólar americano, debitada em 30.06 e 31.12, ou no dia útil imediatamente anterior, no vencimento e na liquidação da dívida”.

Com isso, patenteia-se que o valor da comissão de administração está submetido ao valor da dívida integral. Consequentemente, é acessório em relação ao débito principal e, dessa maneira, segue sua sorte.

Portanto, para determinar o valor da comissão de administração é indispensável determinar o valor da obrigação principal, que é duvidoso, uma vez que já existe sentença, ainda não transitada em julgado, que reduziu esse importe, reduzindo, consequentemente, o valor da comissão de administração.

A circunstância de a ora exequente não ser parte nesse processo é irrelevante, uma vez que, contratualmente, existe essa relação de dependência entre o valor da comissão e o valor do débito principal. Caso seja este reduzido judicialmente, a eficácia natural da sentença faz com que seja necessariamente cumprida pela ora exequente, atingida pelo provimento jurisdicional. A propósito, deveria, se interessada fosse, ingressar naquele processo, podendo fazê-lo como assistente litisconsorcial, de vez que o contrato em execução faz com que seja indiretamente atingida em sua esfera de interesses jurídicos.

Portanto, a partir do momento em que discutido o valor devido, tornou-se igualmente discutido o valor da comissão de administração, que não mais possui liquidez suficiente para justificar a execução.

Finalmente, de ressaltar que, como a execução da comissão de administração só pode ser iniciada a partir do momento em que o valor do débito estiver fixado, apenas a partir do trânsito em julgado dessa sentença é que se iniciará o prazo prescricional para a primeira execução.

Por todo o exposto, decido, para julgar procedentes os embargos e extinguir a execução, reconhecida a iliquidez do título executivo.

Pela sucumbência, arcará a embargada com o pagamento das custas e despesas processuais comprovadas e com os honorários advocatícios do patrono da embargante, correspondente a 10% do valor da causa.

P.R.I.

São Paulo, 21 de julho de 2015.

**PROCESSO Nº: 1000058-693717/1999**

**PARECER Nº: 0018/2014**

**INTERESSADO: JOAQUIM SANTANA DE MORAIS**

**ASSUNTO: RECURSOS HUMANOS – CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO**

**EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE FISCAL DE RENDAS. REQUERIMENTO PARA CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO NA FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. ART. 76 DA LEI ESTADUAL Nº 10.621/1968.**

Senhora Doutora Procuradora do Estado Chefe substituta da Consultoria Jurídica,

1. Ingressa, neste órgão opinativo, processo de contagem de tempo de JOAQUIM SANTANA DE MORAIS, Agente Fiscal de Rendas, desde 06/03/1990, no qual se põe em dúvida se os períodos em que o interessado prestou serviços na Fundação para o Remédio Popular – FURP, entre 25/11/1974 a 15/12/1977, poderão ser contabilizados para todos os fins, inclusive como tempo de efetivo exercício no serviço público.
2. De fl. 110 consta o pedido do Agente Fiscal de Rendas para que o tempo de serviço prestado na FURP seja computado para fins de Adicional por Tempo de Serviço e de Licença-prêmio, devidamente acompanhado da certidão de contagem de tempo de serviço na mencionada Fundação.
3. Diante desses elementos, o Departamento de Recursos Humanos da Secretaria da Fazenda elaborou a Informação CLP nº 2005/2013 (fls. 113-114), indagando sobre a possibilidade de o tempo de serviço prestado na FURP poder ser considerado para todos os fins, inclusive para cômputo como tempo de efetivo exercício no serviço público.
4. A dúvida suscitada no presente caso deflui das disposições do art. 76 da Lei estadual nº 10.621/1968, a qual não considera o tempo prestado à fundação como de efetivo serviço público, em contraposição às disposições da Orientação Normativa MPS/SPS nº 02, que estabelece critérios, requisitos e exigências para a organização e funcionamento dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), a qual em seu artigo 2º, VIII, define o tempo de efetivo exercício no serviço público como aquele tempo de exercício de cargo, função ou emprego público, ainda que descontínuo, na Administração direta, indireta, autárquica ou fundacional de qualquer dos entes da federação.
5. Enfim, à fl. 105, a Senhora Diretora de Recursos Humanos da Secretaria da Fazenda encaminha os autos a esta Consultoria Jurídica para manifestação.

## É O RELATÓRIO. OPINO.

6. A dúvida levantada pelo DRH cinge-se a avaliar se o período em que o Agente Fiscal de Rendas prestou serviço na FURP pode ser considerado como tempo de efetivo exercício no serviço público para todos os fins.
7. A celeuma é colocada em face da aparente contrariedade entre as disposições da Lei estadual nº 10.621/1968 e as disposições da Orientação Normativa MPS/SPS nº 02/2009.
8. Antes de prosseguir no exame do mérito da questão propriamente dita, é de se ressaltar que há entendimento da Procuradoria Geral do Estado no sentido da inaplicabilidade das disposições das Orientações Normativas do Ministério da Previdência Social que disciplinem a aplicação de preceitos constitucionais relativos à aposentadoria dos servidores públicos estaduais titulares de cargos efetivos e vitalícios, ante a autonomia de que desfrutam os Estados-membros nesse tocante.
9. A esse respeito, me parece oportuno trazer excerto do Parecer CJ/SF nº 1292/2013, da lavra do Dr. Eduardo Walmsley Soares Carneiro, que, com muito acerto, enfrentou a questão. Peço vênica para reproduzi-lo.

*“Antes de seguir ao exame da matéria de fundo, põe-se em dúvida a aplicabilidade da Orientação Normativa MPS/SPS nº 02, de 02/04/2009, ao serviço público paulista.*

*Não é de hoje que a Procuradoria Geral do Estado tem se deparado com orientações normativas emanadas do Ministério da Previdência Social disciplinando a aplicação dos preceitos constitucionais relativos à aposentadoria dos servidores públicos estaduais titulares de cargos efetivos e vitalícios.*

*Ao analisar as diversas alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003, a Procuradoria Administrativa asseverou, no seio do Parecer PA nº 123/2004, que “as normas da Orientação Normativa nº 1, de 6.1.2004, da Secretaria da Previdência Social, ou de qualquer ato do Ministério da Previdência Social, não se aplicam aos servidores públicos estaduais titulares de cargos efetivos, cujas aposentadorias regem-se pelas disposições constitucionais e pela legislação estadual com elas compatíveis”.*

*Além de endossar a conclusão acima, o Parecer PA nº 198/2006 acrescenta que tal perspectiva é nitidamente fruto da autonomia de que desfrutam os Estados-membros (artigo 25, caput, da Constituição Federal) e da inaplicabilidade de norma infralegal editada por órgão da Administração Pública Federal aos demais entes políticos (artigo 24, inciso XII e § 1º, da mesma Carta).*

*Arrematando a questão, o Parecer PA nº 85/2007 destaca que as “[...] diversas disposições da Orientação Normativa simplesmente repetem normas da Constituição Federal ou de legislação federal, de observância obrigatória pelos Estados [...] assim, será o caso de dar cumprimento ao comando constitucional ou legal, não se tratando de simples cumprimento da Orientação”.*

*Diante disso, a indagação trazida pelo órgão consulente deve ser respondida a partir de uma atividade intelectual dos próprios preceitos constitucionais e das leis de regência, afastando-se, na hipótese, a disciplina ventilada na Orientação Normativa MPS/SPS nº 02, de 02/04/2009<sup>1</sup>.”*

10. Portanto, afastado, no presente caso, o conceito trazido pela Orientação Normativa MPS/SPS nº 02, quanto ao “tempo de efetivo exercício no serviço público”, passo a analisar o mérito da questão, analisando-se para tanto a ideologia que, a meu ver, perfilha a Constituição Federal e as disposições da Lei estadual nº 10.621/1968.
11. Pois bem. Como a questão no caso em comento é determinar se o serviço prestado pelo interessado na FURP pode ser considerado como tempo de efetivo exercício no serviço público, creio ser de suma importância analisar o regime jurídico aplicável às fundações.
12. As fundações instituídas pelo Poder Público, embora por este instituídas, podem tanto ser dotadas de personalidade jurídica de direito público como de direito privado.
13. Apenas a título elucidativo, antes da vinda da Constituição de 1988, o Decreto nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, tratava as fundações públicas como entidades da administração indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Com a vinda da Constituição de 1988, ante as disposições ali contidas, passou-se a entender que também seriam passíveis de ser criadas pelo Poder Público fundações de direito público. Alguns, tal como Hely Lopes Meirelles, passaram a entender que somente seriam passíveis de criação pelo Poder Público fundações de direito público.
14. Atualmente, a corrente majoritária no direito entende existirem duas modalidades de fundações passíveis de instituição pelo Poder Público: as fundações de direito público e as de direito privado. Obviamente, ainda que o Poder Público opte por autorizar a criação de fundação dotada de personalidade jurídica de direito privado, a esta se aplicarão regras de direito público, posto que membro da administração pública indireta.
15. De qualquer forma, pouco importa a denominação dada pela lei, que autorizar a criação de uma fundação, se lhe denomina de direito público ou privado; eis que, em verdade, importa verificar no caso concreto o regime jurídico aplicável de acordo com sua lei autorizativa e seu estatuto.<sup>2</sup>

1 Isso não quer dizer, todavia, que os preceitos da Orientação Normativa MPS/SPS nº 02, de 02/04/2009, não possam ser utilizados nessa tarefa de interpretação das normas da Constituição.

2 A esse título, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “Em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – pública ou privada – tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos”. (*Direito Administrativo*. Ed. Atlas, 2013. p. 495.)

16. É que apenas após a análise da lei autorizativa e do estatuto da fundação propriamente dita se poderá dizer se se trata de fundação de direito público, à qual se aplicará o regime jurídico integralmente de direito público, ou de direito privado, à qual se aplicará o regime jurídico de direito privado, com as derrogações de direito público.
17. Tratando-se de fundação cujo regime jurídico seja integralmente o de direito público, então poder-se-á equiparar o seu regime jurídico ao de uma autarquia. Não por outro motivo são chamadas “autarquias fundacionais” ou “fundações autárquicas”. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Em rigor, as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm”.<sup>3</sup>
18. Assim, caso da análise da lei autorizativa e do estatuto deflúa que o regime jurídico aplicável é integralmente o de direito público, então poderemos considerar que o tempo de efetivo exercício ali prestado será computável para todos os fins. Essa é a abrangência da redação do art. 76, da Lei estadual nº 10.621/1968, de modo que, a meu ver, ao mencionar que o tempo de serviço prestado nas autarquias, o qual poderá ser computado para todos os fins, agasalha em sua redação as já mencionadas fundações autárquicas.
19. Contudo, caso da análise da lei autorizativa e do estatuto se extraia regime jurídico de direito privado, as regras aplicáveis quanto à contagem de tempo de efetivo exercício no serviço público são as mesmas aplicáveis aos entes componentes da administração indireta dotados de personalidade jurídica de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista); ou seja, o tempo ali prestado não será computado como efetivo exercício no serviço público.
20. Da análise da Lei estadual nº 10.071, de 10 de abril de 1968, a qual autorizou a criação da Fundação para o Remédio Popular – FURP, e do Decreto estadual nº 52.470, de 17 de junho de 1969 (ambos acompanham esta peça opinativa), verifica-se que o regime jurídico aplicável é o de direito privado.
21. As conclusões acima delineadas foram extraídas da análise de alguns artigos específicos, notadamente seguindo as lições de José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra *Manual de Direito Administrativo*.
22. De acordo com o autor, algumas matérias tratadas na lei e no estatuto podem ser estudadas a fim de que se possa chegar a uma conclusão quanto ao regime jurídico aplicável à determinada fundação.

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 2007. p. 181.

23. A primeira delas se refere aos recursos utilizados pela fundação. Nas palavras do autor, as fundações públicas dependem diretamente do orçamento público e às custas dele subsistem, ao passo que as fundações de direito privado dependem de rendas de serviços que prestam, de outras rendas e eventuais doações de terceiros. A esse título, importante conferir a redação da lei autorizativa.

Artigo 3º - O patrimônio da Fundação será constituído:

- I - pela dotação inicial do Estado, com o capital de NCr\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de cruzeiros novos);
- II - por subvenções, dotações ou auxílios federais, estaduais e municipais;
- III - por doações e legados;
- IV - pelos bens que vier a adquirir a qualquer título;
- V - pelas rendas que auferir de suas atividades e operações de crédito que vier a realizar; e
- VI - pela receita resultante da exploração de patentes, cobranças de “royalties” e similares.

24. Portanto, verifica-se que a FURP subsiste, de acordo com sua lei autorizativa, por meio de outros recursos que não somente os orçamentários.

25. Ainda, da redação do artigo primeiro da lei autorizativa, verifica-se a opção do legislador, para regência da fundação em questão, pelas normas civis, o que revela uma expressa opção pelo regime jurídico de direito privado.

26. Ainda, seguindo as lições de Carvalho Filho, importante notar que o regime jurídico aplicável ao pessoal da FURP é o celetista. A esse título, importante notar que a referida lei possui disposição expressa, vedando qualquer vinculação de seu pessoal ao estatuto dos servidores estaduais, nos seguintes termos:

Artigo 9º - O pessoal técnico e administrativo da Fundação será admitido no regime das leis trabalhistas, sem qualquer vinculação com o estatuto dos servidores estaduais.

27. Por fim, ainda que se possa conjecturar no sentido de que as finalidades desenvolvidas pela FURP são de caráter público, o que, em tese, nos levaria à conclusão de que se trata de fundação instituída pelo Poder Público, integralmente regida por regime jurídico de direito público, esta caracterização não permite conclusão no sentido acima.

28. É que apenas poderiam ser consideradas integralmente de direito público aquelas fundações cujos objetos estivessem dentro das atividades administrativas de titularidade exclusiva do Estado.

29. No caso em apreço, o objeto da FURP é a prestação de serviços relativos à saúde. Embora a saúde seja bem cara à sociedade, não se encontra dentro do rol das atividades de prestação exclusiva do Estado, conforme se infere da redação do art. 199 da Constituição Federal<sup>4</sup>.
30. No sentido acima, elucidativas as palavras de Carvalho Filho, ao mencionar as diferenças entre as fundações de direito público e as de direito privado.
- “Há outro aspecto diferencial que deverá marcar a distinção entre as duas categorias fundacionais. As fundações governamentais de direito privado são adequadas para a execução de *atividades não exclusivas do Estado*, ou seja, aquelas que são também desenvolvidas pelo setor privado, como **saúde**, educação, pesquisa, assistência social, meio ambiente, cultura, desporto, turismo, comunicação e até mesmo previdência complementar do servidor público.”
31. Portanto, em vista de todas as características arroladas acima, quais sejam, as regras de direito civil aplicáveis à FURP, o regime celetista aplicável ao seu pessoal, os recursos obtidos e a atividade prestada, não exclusiva do Poder Público, podemos concluir tratar-se de fundação instituída pelo Poder Público, cujo regime jurídico aplicável é de direito privado.
32. Nesse aspecto, não se pode deixar de concluir que o tempo de serviço prestado na FURP não pode ser equiparado àquele prestado nas autarquias ou no Estado de São Paulo, de modo que o tempo de serviço ali prestado não pode ser considerado como de efetivo exercício no serviço público.
33. Sendo essas as considerações a tecer, submetemos este opinativo à consideração de Vossa Senhoria.

CJ/SF, 07 de janeiro de 2014.

**BEATRIZ MENEGHEL CHAGAS CAMARGO**

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 257.307

<sup>4</sup> Art. 199 - A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

**PROCESSO Nº: 1000058-693717/1999**

**PARECER Nº: 0018/2014**

1. Aprovo o Parecer CJ/SF nº 0018/2014.<sup>5\*</sup>
2. Encaminhe-se ao DRH para as providências decorrentes.

CJ/SF, 07 de janeiro de 2014.

**MARIA MÁRCIA FORMOSO DELSIN**

Procuradora do Estado

Chefe Substituta da CJ/SF

---

5 \* Este expediente recebeu os seguintes enquadramentos, conforme as escalas de classificação divulgadas no *site* da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda: (i) **Primeira Categoria** pela qualidade da instrução, clareza na formulação da dúvida jurídica e antecedência do encaminhamento; e (ii) **Média Complexidade** pela extensão do trabalho realizado e o tempo despendido com o exame do assunto, incluindo a emissão de parecer ou manifestação.