

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

JULHO/AGOSTO 2016

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado

Elival da Silva Ramos

Procurador Geral do Estado Adjunto

José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Silvia Helena Furtado Martins

Subprocurador Geral da Consultoria

Cristina Margarete Wagner Mastrobuono

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Fernando Franco

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Maria Lia Pinto Porto Corona

Corregedor Geral

Sergio Seiji Itikawa

Ouidoria

Maria Rita Vaz de Arruda Corsini

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Fernando Franco, Maria Lia Pinto Porto Corona, Sergio Seiji Itikawa, Cláudia Bocardi Allegretti, Cláudio Henrique de Oliveira, Danilo Gaiotto, Kelly Paulino Venâncio, Maria Bernadete Bolsoni Pitton, Mariângela Sarrubbo Fragata, Patricia Helena Massa, Ricardo Rodrigues Ferreira, Salvador José Barbosa Júnior

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck,

Joyce Sayuri Saito, Mirian Kiyoko Murakawa

Escola Superior da PGE

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Coordenador Geral

Fábio André Uema Oliveira

Comissão Editorial

Presidência

Mariângela Sarrubbo Fragata

Secretária Executiva

Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Anselmo Prieto Alvarez, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Márcia Formoso Delsin, Rafael Carvalho de Fassio

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7016/7009. Homepage: www.pge.sp.gov.br E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

Rua da Mooca, 1.921 – Mooca

03103-902 – São Paulo – SP – Brasil

sac 0800 01234 01

www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 350 exemplares

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

Editorial	7
<i>Cursos e Eventos</i>	
Cursos do Centro de Estudos	9
<i>Peças e julgados</i>	
CONTESTAÇÃO. 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. Ação julgada improcedente	11
EMBARGOS À EXECUÇÃO. Embargos opostos pela FESP a execução movida pelo Banco do Brasil S.A., a fim de se reconhecer a prescrição de pretensão executória em face da Fazenda Estadual e, superada a questão, ser declarada nulidade da execução por iliquidez e inexigibilidade do título executivo, arcando o embargado com os ônus da sucumbência. Embargos acolhidos.....	29
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	40
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	
CONSTITUCIONAL. CARGO PÚBLICO. PROVIMENTO EM COMISSÃO. Destinam-se os postos de livre nomeação e exoneração apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal. Demonstrabilidade da natureza de direção, chefia ou assessoramento nas próprias legislações instituidoras de tais postos, mediante a descrição das respectivas atribuições. Firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	47
<i>Ementário</i>	
Consultoria	57
Contencioso Geral	66
Contencioso Tributário-Fiscal	68

Há um ano, com a edição da Nova Lei Orgânica da PGE, a Subprocuradoria Geral do Contencioso Tributário-Fiscal passou à condição de Órgão de Coordenação Setorial, assumindo a orientação de todo o contencioso tributário-fiscal do Estado, com a colaboração das Procuradorias Regionais e articulação entre os órgãos de execução especializada: Procuradoria Fiscal e Procuradoria do Estado em Brasília. Conta, ainda, com a assistência especializada da Procuradoria da Dívida Ativa, responsável pela inscrição e gerenciamento dos débitos tributários e não tributários na dívida ativa.

Foi um ano de transformações e desafios, marcado por fortes turbulências da conjuntura político-econômica, pela grave crise fiscal e contingenciamento de despesas. A área do contencioso tributário-fiscal se tornou o centro das atenções, com a paralisação dos investimentos e os cortes de verbas, que diminuíram drasticamente o ritmo das atividades do Estado e impuseram uma necessidade crescente e dramática de incremento da arrecadação. No cenário jurídico, o advento do Novo Código de Processo Civil trouxe muitas novidades e, com elas, as dúvidas e preocupações com os inevitáveis impactos na atuação contenciosa.

Estamos em franca recessão, sendo imprescindível racionalizar, priorizar e implementar medidas que ajudem o maior Estado da Federação a responder às expectativas de seus cidadãos. Esse é o norte da atuação da Subprocuradoria Geral do Contencioso Tributário-Fiscal, para além da justa consideração das necessidades dos Procuradores do Estado da área, que doam o máximo de suas capacidades no dia a dia do contencioso tributário fiscal.

Importante promover a qualificação da atuação, em sintonia com o programa institucional “Litigar menos e melhor”, sendo imprescindível adaptar a atuação contenciosa aos novos tempos, em que se verifica que é preciso lidar, ao mesmo tempo, com a advocacia de massa – alimentada pelo processo eletrônico que aumentou a quantidade de trabalho em níveis alarmantes – e com a chamada advocacia tradicional – que demanda estudo, tempo e criatividade na atuação judicial.

Junto à Assistência de Recuperação de Ativos, que compõe a estrutura da Subprocuradoria Geral do Contencioso Tributário-Fiscal ao lado da assistência de leilões, foi instituído o Grupo de Atuação Especial para Recuperação Fiscal (GAERFIS), em fevereiro de 2016. Composto por três Procuradores em dedicação exclusiva, o grupo vem centrando esforços na detecção e desmantelamento de casos de sonegação fiscal e fraude estruturada, promovendo o seu acompanhamento exclusivo e prioritário.

A qualificação da atuação produz resultados efetivos, como demonstram os artigos publicados nesta edição. Destaca-se contestação a uma ação, julgada improcedente, proposta por empresa concessionária de exploração do sistema rodoviário que pretendia reajuste da tarifa de pedágio, e fornece importantes subsídios aos colegas que atuam na Consultoria.

Outro trabalho interessante envolve uma causa bastante conhecida pela Administração: a privatização da VASP. A peça se destaca não só pelos argumentos jurídicos, mas também pelo histórico do caso, que nos ajuda a entender a origem de tantos problemas judiciais que envolvem esta empresa.

Há também sólido parecer que analisa o aproveitamento, para fins de aposentadoria, do tempo em que o servidor público prestou serviços na Fundação para o Remédio Popular (FURP).

Outro brilhante parecer, que adaptou a orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal, dentre outras conclusões, recomendou a alteração das leis que criem cargos em comissão e empregos em confiança, para incluir a descrição das respectivas atribuições no âmbito da Administração direta e indireta.

Boa leitura!

MARIA LIA PINTO PORTO CORONA
Subprocuradora Geral do Estado
Contencioso Tributário-Fiscal

Cursos do Centro de Estudos

04.08 – “*Workshop* sobre o sistema de Teletrabalho”.

10.08 – Palestra “Natureza Jurídica dos Convênios. Repensando o Instituto”.

15.08 – Palestra “Regulação, tarifação e regime contratual do serviço de transporte público de passageiros – a experiência da Agência Reguladora de transporte público na Região Metropolitana de Paris”.

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 conseqüente 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 notificando 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:

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 a 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 mantenham 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 7.976/89¹, 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 entendidos 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 (accessório).

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 Civil², cumulado com o artigo 10 do Decreto nº 20.910/32³, bem como o teor do enunciado da Súmula 150 do E. STF⁴, 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 20.910/32⁵, 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 exigível⁶.

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 Civil⁷.

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 7.976/89⁸, 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 inexistência 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. Conseqüentemente, 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, conseqüentemente, 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 vênias 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 02/04/2009¹.”

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.²

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”.³
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 Federal⁴.
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

⁴ 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.^{5*}
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.

PROCESSO: 16847-62860/2016 (EXP-SAA 2338/2015)

PARECER: PA nº 39/2016

INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CARGO PÚBLICO. PROVIMENTO EM COMISSÃO. Destinam-se os postos de livre nomeação e exoneração apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal. Demonstrabilidade da natureza de direção, chefia ou assessoramento nas próprias legislações instituidoras de tais postos, mediante a descrição das respectivas atribuições. Firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1. Cuida-se de expediente instaurado a partir de ofício do Procurador-Geral de Justiça, dirigido ao Secretário da Agricultura e Abastecimento, solicitando cópia dos atos normativos que “criaram os cargos de provimento em comissão de Assistente de Gabinete I e Assistente de Gabinete II, lotados naquelas pastas, com a observação de que os cargos de Auxiliar Administrativo, Auxiliar de Gabinete, Auxiliar de Secretário Particular foram redenominados para Assistente de Gabinete I pelo Subanexo 4 do Anexo I da Lei Complementar Estadual nº 1.080/2008, e os cargos de Oficial de Gabinete e Secretária da Diretoria foram redenominados para Assistente de Gabinete II pelo Subanexo 4 do Anexo I da Lei Complementar Estadual nº 1.080/2008” (fl. 2).
2. Revelam os autos, além das respostas encaminhadas ao Ministério Público de São Paulo, mensagens eletrônicas trocadas entre as Chefias de Gabinete da Secretaria de Agricultura e Abastecimento e da Procuradoria Geral do Estado, nas quais se indagou eventual posicionamento desta Instituição no tocante à constitucionalidade da Lei Complementar nº 1.080, de 17 de dezembro de 2008, matéria essa que também foi objeto de questionamento do órgão ministerial (fls. 59-67, 75-78, 80-86, 87-94).
3. Em resposta, a Senhora Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria Geral encaminhou minuta padrão para envio ao Ministério Público em resposta aos questionamentos quanto à constitucionalidade da LCE nº 1.080/2008. Na minuta, afirma-se a regularidade do processo legislativo que redundou na edição da lei complementar e a presunção de constitucionalidade de que esta desfruta (fls. 95-96).

4. Ao final, o protocolado foi encaminhado a esta Instituição em razão da ordem manifestada pela Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral no sentido da necessidade de análise mais acurada concernente à proposta de aperfeiçoamento legislativo (fls. 87-88).
5. Assim instruídos, chegam-nos os autos para apreciação e manifestação, *ex vi* do despacho de fl. 104.

É o sucinto relato do necessário. Opinamos.

6. A regra para o preenchimento de cargos e empregos na Administração Pública é o concurso público, consoante reza o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal¹; a exceção, nos termos do mesmo dispositivo, são os cargos declarados em lei de livre provimento.
7. Sucede que não são quaisquer postos de trabalho que podem ser instituídos de livre nomeação e exoneração: o ordenamento constitucional destina tais provimentos “*apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento*” (artigo 37, inciso V, CF²).
8. Desse modo, “inexiste possibilidade de ter o legislador infraconstitucional discricionariedade para dispor sobre a natureza do provimento de cargo público que não seja de direção, chefia e assessoramento, pois não tendo tais atribuições há vinculação legislativa, e o provimento de tal cargo é, necessariamente e pelo fundamento constitucional, efetivo”³.
9. Como se registrou precisamente no Parecer **PA nº 4/2013**⁴, a doutrina entende que:

“para a viabilidade formal de existir cargo em comissão ou função de confiança, [exige-se] a **necessária e razoável demonstrabilidade da natureza de chefia ou direção** – de algum setor, unidade, área, departamento, divisão, grupamento, turma, seção, equipe, contingente, colegiado, por exemplos – ou ainda de alguma forma ou espécie de assessoramento profissional

1 *Verbis*: “Art. 37 [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

2 *Verbis*: “Art. 37 [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

3 CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 179.

4 De autoria do Procurador do Estado DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR que, por sua vez, citou IVAN BARBOSA RIGOLIN (“Cargo em comissão: se é constitucional a função criada (art. 37, V, da CF), o Judiciário não pode apreciar o mérito da criação”, *in*: Boletim de Direito Administrativo, v.º 19, nº 3, p. 187-197, mar. 2003, p. 191, *apud* Supremo Tribunal Federal, ADI 4.125, Rel.ª. Ministra CÁRMEN LÚCIA, Pleno, julgada em 10.6.2010), nessa parte aprovado superiormente.

e nitidamente caracterizado. Sem tais demonstráveis requisitos, inconstitucional será a criação de cargos em comissão ou funções de confiança”.

10. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Carta Constitucional, tem exigido que tal demonstração seja levada a efeito na legislação instituidora dos cargos em comissão.
11. Com efeito, diversos julgados, inclusive os proferidos em sede de controle abstrato de constitucionalidade, têm consignado que a criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais vem de exigir a **descrição de suas respectivas atribuições na própria lei**, a permitir o controle efetivo relativamente ao desempenho das atribuições de direção, chefia e assessoramento daqueles postos, como são exemplos os seguintes arestos da Corte Suprema:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE Nº 748.371. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. **1. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais pela Municipalidade exige a descrição de suas respectivas atribuições na própria lei.** Precedente: ADI 4.125, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 15/2/2011. [...] 5. Agravo regimental DESPROVIDO.

(RE 806436 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-09-2014 PUBLIC 17-09-2014)

Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito administrativo. 3. Criação de cargos em comissão por leis municipais. Declaração de inconstitucionalidade pelo TJRS por violação à disposição da Constituição estadual em simetria com a Constituição Federal. **3. É necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração.** Caráter de direção, chefia e assessoramento. Precedentes do STF 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 656666 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 02-03-2012 PUBLIC 05-03-2012)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. **CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO SEM INDICAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPON-**

DENTES. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 752769 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 08/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 23-10-2013 PUBLIC 24-10-2013)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES.** AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA Nº 283 DO STF. INCIDÊNCIA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

(RE 847397 AgR-ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 16-09-2015 PUBLIC 17-09-2015)⁵

12. No julgamento da **ADI nº 4.125** (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno, j. em 10/06/2010), restou expressamente declarada a inconstitucionalidade de dispositivo legal que delegava poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre “as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado”, porque permitiria, “em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei” (trecho da ementa do julgado).
13. É nessa ordem de ideias que inclinamo-nos a recomendar **alteração legislativa** para a inclusão das atribuições dos cargos em comissão/empregos em confiança nas leis que preveem os respectivos postos.
14. Com isso queremos dizer que, não apenas a Lei Complementar nº 1.080, de 17 de dezembro de 2008, mas, todos os diplomas normativos estaduais que criam ou instituem postos de confiança carecem de aperfeiçoamento legislativo para veicularem as respectivas atribuições que, como já asseverado, só podem destinar-se ao desenvolvimento de competências relacionadas à direção, chefia ou assessoramento.
15. Com efeito, os sistemas retributórios atualmente existentes no âmbito da Administração direta e indireta cuidam de estabelecer apenas os “*requisitos mínimos de escolaridade e experiência profissional*”⁶ ou, por vezes, fixam requisitos mínimos de investidura e relegam a ato infralegal a indicação das

5 Os destaques são nossos.

6 Como é exemplo o artigo 5º da LCE nº 1.080/2008, diploma este que rege o plano de carreira de todos os servidores da chamada “área meio” da Administração Pública direta e indireta.

atribuições dos postos de confiança⁷, práticas essas que vão de encontro às balizas assentadas pelo Supremo Tribunal Federal, como já registrado.

16. Já na seara dos outros Poderes, constatamos que as leis instituidoras de Planos de Cargos e Carreiras descrevem ao menos sumariamente as atribuições dos cargos de livre provimento, como é exemplo a LCE nº 1.111, de 25/05/2010 (servidores do Tribunal de Justiça de São Paulo)⁸, LCE nº 1.120, de 29/06/2010 (servidores do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo)⁹ e LCE nº 1.118, de 01/06/2010 (servidores do quadro de pessoal do Ministério Público de São Paulo). Interessante, nesta última, notar que a lei apenas estabelece uma “sumária” das atribuições, sendo que o rol completo deverá ser objeto de ato específico do Procurador-Geral de Justiça (art. 4º)¹⁰.
17. De outra banda, no tocante à aventada necessidade de exoneração de servidores que exercem funções técnicas, supostamente partindo-se da premissa de que haveria vedação quanto à existência de postos de confiança de natureza técnica¹¹, temos a dizer que não divisamos tal ordem de interdição na norma constitucional ou nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.
18. Ora, o fato de os postos de confiança desenvolverem atividades de direção, chefia e assessoramento não conduz à ilação de que tais postos prescindem de conhecimentos técnicos para seu desempenho. Como bem sustentou a então Assessoria Jurídica do Governo no **Parecer AJG nº 0717/2014**:

Ressaltamos que muitas vezes é imprescindível para o exercício do cargo em comissão que seu titular tenha conhecimentos técnicos específicos e, até, uma determinada habilitação legal. Nos cargos em comissão de recru-

7 É o caso, por exemplo, das legislações que instituem o plano de carreira das seguintes entidades: JUCESP (LCE nº 1.187, de 28/09/2012), ARTESP (LCE nº 1.267, de 14/07/2015), SPPREV (LCE nº 1.058, de 16/09/2008). Há outras entidades que criam os postos de confiança e sequer elencam os requisitos mínimos de investidura, como é o caso da FAMERP (LCE nº 1.130, de 27/12/2010), ou aquelas que não delegam a ato infralegal a fixação das atribuições dos postos, como é a hipótese do DETRAN (LCE nº 1.195, de 17/01/2013). No caso do DER (Decreto-Lei nº 16.546, de 26/12/1946), sequer logramos identificar o regime jurídico de contratação de seus servidores e a legislação que teria criado os cargos ou empregos em confiança.

8 No subanexo 2 do Anexo VII estão relacionadas as sumárias e os pré-requisitos para os cargos em comissão.

9 No subanexo 2 do Anexo VII estão relacionadas as sumárias e os pré-requisitos para os cargos em comissão.

10 A LCE nº 1.111/2010 veicula disposição semelhante, autorizando ao Presidente do Tribunal de Justiça estabelecer outras atribuições além daquelas previstas na lei (art. 41, *caput*), quer dizer, a lei estabelece um rol mínimo, podendo o dirigente ampliá-la.

11 É o que se depreende do teor da mensagem eletrônica subscrita pelo Chefe de Gabinete da Pasta, dirigida à Chefe de Gabinete desta Instituição, na qual relata as providências que estariam sendo demandadas pelo Ministério Público no bojo do Inquérito Civil nº 710/2003, dentre elas, “a exoneração de todos os funcionários contratados que exercem funções técnicas, mas que foram contratados para exercer funções comissionadas” (fls. 59-61).

tamento restrito ou limitado observa-se tal situação, onde os servidores são necessariamente servidores de carreira, a exemplo dos cargos em comissão exercidos no âmbito da Procuradoria Geral do Estado.

Em geral, a distinção feita pela doutrina e jurisprudência envolvendo este assunto estabelece outro parâmetro de distinção, a dos cargos técnicos ou científicos, que requeiram a aplicação de conhecimentos científicos ou artísticos obtidos em nível superior de ensino ou mesmo os cargos de nível médio para os quais se exige conhecimento técnico ou habilitação legal específica para o seu provimento, dos cargos e empregos cujas atribuições se caracterizam como de natureza burocrática, repetitiva e de pouca ou nenhuma complexidade.

19. Mais a mais, da análise da jurisprudência da Corte Maior, extraímos algumas exigências fundamentais para que seja preservado o princípio do acesso aos cargos e empregos públicos mediante concurso público:

i) atribuições de chefia, direção ou assessoramento: nos termos do artigo 37, V, da Constituição Federal, tanto as funções de confiança quanto os cargos em comissão destinam-se apenas a atribuições de direção, chefia e assessoramento;

ii) relação de confiança: a cláusula fiduciária caracteriza a livre nomeação, isto é, tem de haver relação de confiança entre o nomeado para cargo em comissão e seu superior hierárquico;

iii) descrição legal das atribuições: é necessário que a própria lei defina atribuições compatíveis com o livre provimento e exoneração que caracterizam os cargos em comissão;

iv) proporcionalidade: deve haver correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão nos quadros da Administração Pública.¹²

20. Destarte, a análise da regularidade no provimento dos cargos ou empregos em comissão deve ser pautada pelos pressupostos constitucionais acima elencados, e não em razão da natureza técnica destes postos.

21. São, assim, as seguintes conclusões que extraímos do opinativo e alçamos à consideração superior:

(i) Os postos de confiança, de livre provimento, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

(ii) A demonstrabilidade da natureza de direção, chefia e assessoramento deve ser levada a efeito na legislação instituidora de tais postos, mediante a descrição sumária das respectivas atribuições.

12 Além das já referidas neste opinativo, também citamos os seguintes julgados: **ADI 3602**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, j. em 14/04/2011; **ADI 3706**, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. em 15/08/2007; **RE 365368 AgR**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, j. em 22/05/2007; **RE 806436 AgR**, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. em 02/09/2014; **RE 735788 AgR**, Min. Rel. ROSA WEBER, Primeira Turma, j. em 12/08/2014; **RE 503436 AgR**-segundo, Min. Rel. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. em 16/04/2013; **RE 693714 AgR**, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. em 11/09/2012.

(iii) São exigências fundamentais para que seja preservado o princípio do acesso aos cargos e empregos públicos mediante concurso público: (a) atribuições de chefia, direção ou assessoramento; (b) relação de confiança; (c) descrição legal das atribuições; (d) proporcionalidade.

(iv) A análise da regularidade no provimento dos cargos ou empregos em comissão deve ser pautada pelos pressupostos constitucionais, e não em razão da natureza técnica destes postos.

(v) É recomendável alteração legislativa para a inclusão das atribuições dos cargos em comissão/empregos em confiança nos diplomas normativos que preveem os respectivos postos no âmbito da Administração direta e indireta.

22. São as considerações que entendemos pertinentes na análise do caso *sub examine* e propomos, ao final da tramitação deste expediente, seja dada ciência do processado à Secretaria de Planejamento e Gestão para avaliação do quanto recomendado no item 13 deste opinativo.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 21 de junho de 2016.

SUZANA SOO SUN LEE

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 227.865

PROCESSO: GDOC nº 16847-62860/2016

PARECER PA nº 39/2016

INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

De acordo com o **Parecer PA nº 39/2016**.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

P.A., em 21 de junho de 2016.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa

OAB/SP nº 245.540

PROCESSO nº: 16847-62860/2016

INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA

ASSUNTO: ENCAMINHA PROTOCOLADO. Nº 120.900/2014 MP SOLICITA CÓPIA DO ATO NORMATIVO QUE CRIARAM OS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSISTENTE DE GABINETE I E ASSISTENTE DE GABINETE II DA LEI Nº 1.080, DE 17/12/2008 – ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI.

1. Manifesto minha concordância com o **Parecer PA nº 39/2016**, que conclui por recomendar a alteração da Lei Complementar Estadual nº 1.080, de 17 de dezembro de 2008, para incluir a descrição das atribuições dos cargos em comissão e empregos em confiança ali criados, adaptando-a à orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal.
2. Às razões expostas no parecer acrescento a informação de que o Estado de São Paulo tem sido instado a contestar várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionando leis instituidoras de Planos de Cargos e Carreiras que não descrevem as atribuições dos cargos de livre provimento. Cito como exemplo a ADI 2104514-14.2016.8.26.0000 que pretende ver declarada a inconstitucionalidade das Leis estaduais nº 7.821/92, 7.823/92, 8.901/94 e 9.114/95, e a ADI 2240254-75.2015.8.26.0000, que impugna a Lei Complementar estadual nº 1.211, de 27 de setembro de 2013, a qual inclusive já foi julgada procedente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em 01.06.2016.¹
3. Tratando-se de assunto de extrema importância para a Administração do Estado de São Paulo, proponho a aprovação do parecer e o encaminhamento deste expediente à Secretaria de Planejamento e Gestão com recomendação de ser efetuado levantamento da legislação estadual que disponha sobre Planos de Cargos e Carreiras, visando sua adequação à orientação ora traçada.

SubG-Consultoria, 14 de julho de 2016.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO

Subprocuradora Geral do Estado
Consultoria Geral

¹ De se apontar que as razões de decidir pela inconstitucionalidade dessa lei abarcaram outros argumentos além da ausência de descrição, no texto da lei, da descrição das atribuições dos empregos em confiança.

PROCESSO: 16847-62860/2016

INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA

ASSUNTO: ENCAMINHA PROTOCOLADO. Nº 120.900/2014 MP SOLICITA CÓPIA DO ATO NORMATIVO QUE CRIARAM OS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSISTENTE DE GABINETE I E ASSISTENTE DE GABINETE II DA LEI Nº 1.080, DE 17/12/2008

1. Aprovo o **Parecer PA nº 39/2016**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.
2. Retornem os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento, com o envio do presente à Secretaria de Planejamento e Gestão, para ciência, com a recomendação de ser efetuado levantamento da legislação estadual que disponha sobre Planos de Cargos e Carreiras, objetivando sua adequação à orientação ora traçada.

GPG, em 18 de julho de 2016.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Consultoria

59) CONTRATO ADMINISTRATIVO. GARANTIAS. Solicitação de parecer sobre a aceitação de cartas de fiança emitidas por sociedade não registrada como instituição financeira junto ao Banco Central do Brasil, como garantia em procedimentos licitatórios. Impossibilidade. Violação à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Posicionamento corroborado pela jurisprudência. **(Parecer PA nº 63/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 04/07/2016)**

60) AGENTE PÚBLICO MILITAR. COMPONENTE DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. INATIVIDADE TEMPORÁRIA. AGREGAÇÃO. Praça. Prisão cautelar. Permanência do militar exclusivamente à disposição da Justiça comum, para ser processado. Agregação com base no artigo 5º, VIII, do Decreto-lei Estadual nº 260, de 29 de maio de 1970. Superveniência de sentença penal condenatória. Condenação a pena restritiva de liberdade por tempo superior a dois anos. Irrelevância, por ora. Inexistência de trânsito em julgado. Garantia constitucional da presunção da inocência. Instauração de processo administrativo com vistas à demissão. Necessidade de condenação definitiva, nos termos do artigo 45, I, do mesmo

decreto-lei. Sistemática local que, pelo princípio da legalidade, não cede mesmo diante de eventual execução provisória da pena imposta. **(Parecer PA nº 14/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 07/07/2016)**

61) CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO (CTC) RELATIVA AO PERÍODO EM QUE SERVIDOR APOSENTADO MINISTROU AULAS NA ACADEMIA DE POLÍCIA DR. CORIOLANO NOGUEIRA COBRA. Servidor público estadual, em atividade ou aposentado, ao ministrar aulas na Academia de Polícia recebe honorários, nos termos do art. 124, inciso VIII da Lei estadual nº 10.261/68, em razão de designação para exercer a função de professor. Inexistência de outro vínculo funcional entre tais servidores e a Administração que implique vinculação ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). Impossibilidade de expedição de Certidão de Tempo de Contribuição (CTC) relativa ao período em que o Interessado, policial civil aposentado em 2002, ministrou aulas na Academia de Polícia. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 246/93, 404/93, 7/95, 106/98 e 77/2001. **(Parecer PA nº 109/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 07/07/2016)**

62) CONSTITUCIONAL. AGENTE PÚBLICO, SERVIDOR PÚBLICO. TETO REMUNERATÓRIO. CUMU-

LAÇÃO DE PROVENTOS COM REMUNERAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. Considerando a norma disposta no parágrafo 11 do artigo 40, aplica-se o limite fixado no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, ao total do montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo em comissão. Orientação jurídica fixada nos precedentes Pareceres PA nº 156/2004, 130/2011 e 112/2015. **(Parecer PA nº 36/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 07/07/2016)**

63) VANTAGENS PECUNIÁRIAS. DIÁRIAS. Concessão de diária integral sempre que o deslocamento exigir pernoite fora da sede de exercício, não importando a forma pela qual ele se operou (Pareceres PA nº 417/2004 e 87/2014), desde que demonstrada a “permanência do servidor no local de destino da viagem até as quatro horas do dia seguinte”. Artigo 5º, §§ 1º e 5º, do Decreto Estadual nº 48.292, de 2 de dezembro de 2003. Vedação ao pagamento de diárias quando o deslocamento constituir exigência permanente do cargo ou função. Artigo 144, § 2º, da Lei Estadual nº 10.261/1968. A circunstância de o deslocamento constituir exigência permanente do cargo ou função, a elidir o pagamento de diárias, depende do exame de cada caso concreto, à vista da legislação pertinente. Pareceres PA-3 nº 98/1997 e PA nº 93/2015. Regime Especial de Trabalho Policial – RETP. Gratificação instituída para compensar o horário de trabalho diferenciado. Pretensão de compensação da jornada

de trabalho eventualmente excedida pelos integrantes da carreira de Agente de Segurança Penitenciária que não comporta acolhimento, uma vez submetidos ao RETP. Artigo 3º da LCE nº 959/2004 c.c. artigo 44 da LCE nº 207/1979. **(Parecer PA nº 33/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 08/07/2016)**

64) INDENIZAÇÃO. Lei Estadual nº 14.984, de 12 de abril de 2013. Morte ou invalidez de servidores que exercem atividades de risco acentuado em unidades da Secretaria da Administração Penitenciária. Exigência do nexo de causalidade do evento lesivo a uma das hipóteses autorizadoras da indenização. Artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei Estadual nº 14.984/2013. Direito à indenização instituída pela Lei Estadual nº 14.984/2013 decorre de direito próprio dos herdeiros, não se cogitando de alvará judicial para o seu recebimento. Precedente: **Parecer PA nº 5/2003.** A identificação dos herdeiros ou sucessores da vítima seguirá a ordem de vocação hereditária estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil, buscando-se na mesma lei civil as regras para a definição do quinhão de cada herdeiro. **(Parecer PA nº 27/2016 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado em 13/07/2016)**

65) SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS. Médico. Acumulação tríplex. Violação ao disposto no artigo 37, inciso XVI, alínea “c” da Constituição Federal. Situação

que se estende há mais de trinta anos. Em regra, nas situações de acumulação ilícita, a passagem do tempo não é hábil a fundamentar a manutenção da irregularidade. Detectadas situações aptas a configurar acumulação ilícita, deverá ser instaurado processo administrativo para as apurações pertinentes, nos termos do artigo 174 da Lei estadual nº 10.261/68. A acumulação ilícita configura infração de natureza permanente, aplicando-se o disposto no artigo 261, § 1º, nº 2 da Lei estadual nº 10.261/68. **(Parecer PA nº 35/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 13/07/2016)**

66) CONTRATO ADMINISTRATIVO CELEBRADO COM FIRMA OU EMPRESA INDIVIDUAL. MORTE DO TITULAR. Considerações relativas aos conceitos de Empresa Individual (EI), Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), Microempresário Individual (MEI), Microempresa (ME), e Empresa de Pequeno Porte (EPP). A morte do empresário acarreta a extinção da empresa individual, salvo na hipótese de sua continuidade por autorização judicial ou sucessão por escritura pública de partilha de bens. Autorização judicial concedida à inventariante, no caso concreto submetido. Viabilidade de prosseguimento da execução da avença. Artigo 78, inciso X da Lei nº 8.666/93. Caso, no entanto, a sucessão hereditária da firma individual resulte em alteração estrutural na empresa, nociva ao cumprimento da prestação contratual, situação a ser aferida obje-

tivamente em cada caso concreto, poderá ser invocado o disposto no inciso XI do artigo 78 da Lei nº 8.666/93, configurando motivo para rescisão do contrato. **(Parecer PA nº 31/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 14/07/2016)**

67) SERVIDOR PÚBLICO. EMENDA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL Nº 34/2012. NOVOS REQUISITOS PARA NOMEAÇÃO PARA CARGOS EM COMISSÃO E DESIGNAÇÕES E CONTRATAÇÕES PARA FUNÇÕES E EMPREGOS DE CONFIANÇA, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL E DOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO.

Todas as nomeações para cargos em comissão e designações e contratações para funções e empregos de confiança, a partir da data da vigência da emenda, foram atingidas pela nova regra. Tal regra também se aplica aos titulares de cargos em comissão e aos ocupantes de funções e empregos de confiança, ainda que nomeados, designados ou contratados antes da data da vigência da emenda. Os titulares de cargos em comissão e ocupantes de funções e empregos de confiança, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, deverão comunicar por escrito a seus superiores hierárquicos, no prazo de até trinta dias, contados da respectiva ciência, a superveniência de enquadramento em qualquer das hipóteses de inelegibilidade prevista em lei federal, nos termos do disposto no art. 3º, I do Decreto nº 57.970/12.

Para as futuras nomeações para cargos em comissão e designações e contratações para funções e empregos de confiança é de ser cumprida a regra do art. 2º do Decreto nº 57.970/12, no sentido de que os interessados em os ocupar deverão subscrever a Declaração, prevista no Anexo daquele Decreto. **(Parecer PA nº 85/2013 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 14/07/2016)**

68) CONSTITUCIONAL. CARGO PÚBLICO. PROVIMENTO EM COMISSÃO. Destinam-se os postos de livre nomeação e exoneração apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal. Demonstrabilidade da natureza de direção, chefia ou assessoramento nas próprias legislações instituidoras de tais postos, mediante a descrição das respectivas atribuições. Firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **(Parecer PA nº 39/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 18/07/2016)**

69) INDENIZAÇÃO. Lei Estadual nº 14.984, de 12 de abril de 2013. Morte ou invalidez de servidores que exercem atividades de risco acentuado em unidades da Secretaria da Administração Penitenciária. Acidente *in itinere*. Se onexo causal é o próprio trajeto, desarrazoado que a norma ampare apenas o deslocamento do servidor de sua residência ao local de trabalho, excluindo-se o inverso. A hipótese do inciso II do artigo 2º da Lei Estadual nº 14.984/2013 deve contemplar o *deslocamento do mi-*

litar ou do servidor até o seu local de trabalho, e vice-versa. Artigo 21, IV, “d”, da Lei Federal nº 8.213/1991. Artigo 194 c.c. 197 da Lei Estadual nº 10.261/1968. Artigo 1º, inciso VI, do Decreto Estadual nº 20.218/1982. Interpretação extensiva da norma. Demais questionamentos enfrentados no **Parecer PA nº 27/2016**. **(Parecer PA nº 28/2016 – Aprovado parcialmente pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 18/07/2016)**

70) INDENIZAÇÃO. Lei Estadual nº 14.984, de 12 de abril de 2013. Morte ou invalidez de servidores que exercem atividades de risco acentuado em unidades da Secretaria da Administração Penitenciária. Exigência donexo de causalidade do evento lesivo a uma das hipóteses autorizadoras da indenização. Artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei Estadual nº 14.984/2013. Precedente: **Parecer PA nº 27/2016**. **(Parecer PA nº 29/2016 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 18/07/2016)**

71) REPOSIÇÃO. DISPENSA. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema da reposição dos valores indevidamente percebidos pelos servidores ou titulares de benefícios previdenciários que vem se assentando na forma apontada no ofício inaugural. Devida a reposição ao erário de valores recebidos por força de decisão judicial precária posteriormente revogada. Tese submetida a julgamento no REsp nº 1.384.418/SC, finalmente ratificada no REsp nº 1.401.560/MT, este último representativo da controvérsia. Proposta

de manutenção da diretriz fixada no Parecer PA-3 nº 205/1999. **(Parecer PA nº 43/2016 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 10/08/2016)**

72) SERVIDOR PÚBLICO. DIREITOS E VANTAGENS. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. SERVIDOR AFASTADO EM VIRTUDE DE REQUISIÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL. Por força do princípio federativo, o afastamento de servidores estaduais para exercer atividades no âmbito da Justiça Eleitoral fora do período eleitoral não se reveste de obrigatoriedade, tendo por fundamento os artigos 65 e 66 da Lei Estadual nº 10.261/1968. O artigo 9º da Lei Federal nº 6.999/1982, segundo o qual “o servidor requisitado para o serviço eleitoral conservará os direitos e vantagens inerentes ao exercício de seu cargo ou emprego”, deve ser interpretado à luz do princípio federativo, reconhecendo-se a prevalência da legislação estadual relativa ao regime jurídico dos servidores públicos paulistas. Inequívoca aplicação da Lei Estadual nº 7.524/1991 que, ao instituir o auxílio-alimentação como benefício devido em função dos dias efetivamente trabalhados, obsta sua incidência sobre os servidores afastados para prestar serviços obrigatórios por lei (artigo 4º, III) e para prestar serviços junto a órgãos ou entidades da União (artigo 4º, IV). Logo, qualquer que seja o período em que ocorrer o afastamento do servidor para prestar serviços junto à Justiça Eleitoral, é certo que ele não fará jus ao auxílio-alimentação. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 364/1987,

469/1988, 342/1992, 191/1993, 371/1994, 49/1999 e 218/1999; PA nº 459/2004; GPG nº 01/2009; e PA nº 27/2015. **(Parecer PA nº 48/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 10/08/2016)**

73) VANTAGENS PECUNIÁRIAS. DIÁRIAS. Artigo 144 da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. **HONORÁRIOS.** Artigo 124, inciso VIII, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo. Deslocamento da sede em virtude de missão ou estudo. Artigo 68 da Lei nº 10.261/68, regulamentada pelo Decreto estadual nº 52.322, de 18 de novembro de 1969. A missão pressupõe a realização de um encargo específico (PA-3 nº 30/2002), exigindo-se, ainda, que as atribuições do cargo exercido pelo servidor sejam diretamente relacionadas com o objetivo da missão (artigo 3º, II, do Decreto nº 52.322/1969). Os honorários instituídos pelo inciso VIII do artigo 124 do EFP são atribuíveis para a realização de atividades fora do período normal ou extraordinário de trabalho a servidor designado para exercer as funções de professor em cursos de formação e aperfeiçoamento dos servidores. Inexistência do direito à percepção de diária na hipótese versada. **(Parecer PA nº 40/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 10/08/2016)**

74) CONSTITUCIONALIDADE. AUTORIZAÇÃO PARA AS ASSOCIAÇÕES DE PAIS E MESTRES LOCAR O ESPAÇO DOS MUROS DAS ESCOLAS ESTADUAIS. Lei Estadual nº 6.479, de 15 de agosto de 1989, de

iniciativa parlamentar, que autorizou as APMs das escolas estaduais a locar, para propaganda, o espaço dos muros dos respectivos estabelecimentos. Violação dos artigos 2º, 61, parágrafo 1º, inciso II, “e” c.c. artigo 84, inciso VI, “a” da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF Minuta de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade, a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência é remansosa no sentido da invalidade de lei estadual de iniciativa parlamentar que disciplina aspectos de atribuições de órgãos da administração pública, ínsitos à função de administrar. **(Parecer PA nº 49/2012 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 16/08/2016)**

75) SERVIDOR TRABALHISTA. Contrato de Aprendizagem. Artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho. Princípio da legalidade. No âmbito das pessoas jurídicas de direito público da Administração direta, autárquica e fundacional, a contratação de aprendizes somente será viável mediante lei específica de cada ente federado, no exercício de competência concorrente que lhe foi reservada pelo constituinte, nos termos do artigo 24, inciso XV c.c. artigo 227 da Constituição Federal. Artigo 16, parágrafo único, do Decreto Federal nº 5.598, de 1º de dezembro de 2005. **(Parecer PA nº 32/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 16/08/2016)**

76) AGENTE PÚBLICO. AGÊNCIA REGULADORA. DIRETOR. MANDATO. PERÍODO DESIGNADO “QUA-

RENTENA”. Término do mandato de dirigente. Previsão legal de pagamento por quatro meses de valor correspondente à remuneração mensal antes recebida como compensação pela proibição de atuar profissionalmente no mercado regulado. Pagamento condicionado à declaração do beneficiário, feita sob as penas da lei, de que não percebe remuneração pelo exercício de outro cargo, emprego ou função na Administração Pública, inclusive em autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público. Artigo 37, XVII, da CF. Precedente: **PA nº 94/2011. (Parecer PA nº 108/2015 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 17/08/2016)**

77) PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO. Autarquia. Agência reguladora. Transparência e democracia. Constituição da República. Princípio da publicidade da Administração (artigo 37, *caput*). Direito fundamental de informação (artigo 5º, XXXIII). Dever de publicidade dos atos processuais (artigo 5º, LX). Publicidade como regra e sigilo como exceção. Interpretação conforme a Constituição do artigo 64 da Lei estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Norma válida em relação a certo número de casos e inválida em relação a outros, em que não há fundamento constitucional para o sigilo. Decisão sobre a restrição da

publicidade dos procedimentos sancionatórios a ser motivadamente tomada, caso a caso, pelo Diretor-Presidente da autarquia, na forma regimental.

A norma do “caput” do artigo 64 da Lei Estadual de Processos Administrativos tem aplicação restrita às hipóteses em que a Constituição da República, intermediada ou não por lei, admita o sigilo como exceção à regra da publicidade. (Parecer PA nº 6/2012 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 17/08/2016)

78) SERVIÇO PÚBLICO. AGÊNCIAS REGULADORAS. QUARENTENA. Renúncia de membro da Diretoria. Previsão legal de pagamento por quatro meses de valor equivalente à remuneração mensal antes percebida como compensação pela proibição de atuação profissional no mercado regulado. Assunção de posto de Diretoria em outra agência reguladora do Estado. Proibição de acumulação remunerada de cargo, emprego ou função pública. Vedação constitucional que se aplica também à hipótese de percepção da remuneração devida a título de quarentena. **(Parecer PA nº 94/2011 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 17/08/2016)**

79) ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. AUTARQUIA. EMPREGO PÚBLICO. ESTABILIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. Não se aplica aos empregados da Administração Pública a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição da República. Eventual dúvida que houvesse a respeito foi dirimida com a promulgação da Emenda

Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. À míngua do direito à estabilidade, não cabe estabelecer estágio probatório para tais empregados. Constitucionalidade da utilização do contrato de experiência pela Administração Pública, com cautelas. Orientação a respeito dos empregados que, após aprovação em concurso público, tencionam assumir outro núcleo de encargos regido pela legislação trabalhista. **(Parecer GPG-AEF nº 01/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 25/08/2016)**

80) CONSTITUCIONALIDADE. Emenda nº 33 à Constituição do Estado de São Paulo, de 1º de novembro de 2011, que estabelece regras para a escolha de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado. Incompatibilidade com a Súmula nº 653 do Supremo Tribunal Federal que já disciplinou a matéria. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF, com pedido de interpretação “conforme a Constituição”. Apresentação da Minuta de ADI. Pedido de medida cautelar, suspensiva da execução da Emenda Constitucional, na medida em que poderá haver dúvida sobre qual o Poder do Estado de São Paulo (Executivo ou Legislativo) deverá fazer a escolha do futuro Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado. **(Parecer PA nº 143/2011 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 25/08/2016)**

81) SERVIDOR TRABALHISTA. Contrato de Experiência. Estabilidade de empregado público. Correção

de rumo da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho para conferir interpretação conforme a Súmula nº 390, I, desta Corte. Artigo 41, *caput*, da Constituição Federal com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Parecer **PA nº 3/2013**. Não sendo alcançados pela estabilidade, não há que se falar em estágio probatório aos empregados públicos, tampouco a instituição de comissão de avaliação de desempenho na forma do artigo 41, § 4º, da Constituição Federal. Distinção entre dever de motivação e dispensa sem justa causa. Possibilidade de a Administração dispensar seus empregados, a qualquer tempo, ora com fundamento na justa causa, ora sem justa causa, desde que motivadamente. RE nº 589.998/PI. Parecer **PA nº 47/2004**, **PA-3 nº 138/1991**, **PA-3 nº 175/1991**. Poderá o Estado-empregador valer-se do contrato de experiência para a admissão de seus empregados, desde que o faça através de concurso público e sua dispensa se dê por meio de ato motivado, dentro do prazo máximo de noventa dias. (Parecer **PA nº 43/2015 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 25/08/2016**)

82) SERVIDOR PÚBLICO. DÚVIDA QUANTO À POSSIBILIDADE DE COMPUTAR O PERÍODO DE AFASTAMENTO PARA DESENVOLVER ATIVIDADES JUNTO A ENTIDADES REPRESENTATIVAS DOS INTEGRANTES DO QUADRO DE APOIO ESCOLAR PARA FINS DE PROMOÇÃO POR MERECIMENTO. Não incidência da exceção posta na par-

te final do artigo 38, IV, da Constituição Federal, sobre os afastamentos para exercício de mandato sindical. Exe-gese do artigo 125, § 1º, da Constituição Estadual, que em homenagem ao direito de sindicalização contemplou os servidores públicos com o direito ao afastamento para ocupar cargo em sindicato de categoria, conferindo ao legislador ordinário a competência para regular a matéria. Recepção do artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 343/1984 pela nova ordem constitucional, que alargou seu espectro de incidência para abarcar, além das associações profissionais, os sindicatos de categoria. Constitucionalidade da aplicação, sobre estes, do artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº-343/1984, que autoriza o cômputo do período de afastamento para exercício de mandato de dirigente de entidade de classe como tempo de efetivo exercício para todos os efeitos legais. Constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar Estadual nº 1.144/2011 que disciplinam a contagem do tempo de afastamento para desenvolver atividades junto à entidade representativa dos integrantes do Quadro de Apoio Escolar para fins de promoção por merecimento. Regulamentação dessas leis que deve ficar adstrita ao quanto nelas disposto. Inexistência de incompatibilidade entre promoção por merecimento e cômputo de períodos de “exercício ficto”. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 373/1990 e 14/1992. (Parecer **PA nº 44/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 26/08/2016**)

83) AFASTAMENTO. PRISÃO. Servidor preso cautelarmente e absolvido ao final de regular processo criminal. Artigo 70, *caput*, da Lei nº 10.261/68, com a alteração promovida pela LCE 1.012/2007. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 482.006/MG, fixou diretriz no sentido de que a redução de vencimentos por força de prisão cautelar viola os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. Arguição de inconstitucionalidade voltada contra o artigo 70 da Lei nº 10.261/68 instaurado perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Efeitos do controle difuso e incidental. Considerações finais. Parecer PA nº 91/2014. **(Parecer PA nº 124/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 30/08/2016)**

84) PREVIDÊNCIA SOCIAL. AFASTAMENTO SEM DIREITO À REMUNERAÇÃO OU COM PREJUÍZO DOS VENCIMENTOS. Artigo 12 da Lei Complementar nº 1.012/2007 (artigo 10 da Lei Complementar nº 1.013/2007). A suspensão da qualidade de segurado não terá o condão de obstar a concessão de aposentadoria voluntária a servidor que tenha implementado os requisitos previstos na Constituição Federal, sob pena de criar-se critério adicional não fixado

pelo legislador constituinte. **(Parecer PA nº 50/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 30/08/2016)**

85) SERVIDOR ABSOLVIDO EM PROCESSO CRIMINAL POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, QUE ESTEVE PRESO DURANTE O PROCESSO. ARTIGO 70 DO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE SÃO PAULO, ALTERADO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 1.012/2007. NORMA CONFIGURANDO ESSA SITUAÇÃO COMO AFASTAMENTO DO CARGO, COM PREJUÍZO DA REMUNERAÇÃO. Proposta de reexame das conclusões dos Pareceres PA nº 49/2004 e 252/2007, em face da alteração da referida norma. É inconstitucional o artigo 70 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.012/2007, por violação dos princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade dos vencimentos, conforme decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 482.006-4 MG. Ainda que não se reconheça essa inconstitucionalidade, devem ser mantidos os entendimentos dos referidos Pareceres. **(Parecer PA nº 91/2014 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado em 30/08/2016)**

Contencioso Geral

86) **APELAÇÃO.** Embargos à execução. Sucumbência. FESP que opõe embargos à execução, alegando excesso nos cálculos. Embargos julgados procedentes, sem fixação de verba honorária por ausência de resistência. Princípios da causalidade e da sucumbência. Sentença reformada na parte da sucumbência. Recurso provido, conforme fundamentação. (**Apelação Cível nº 1040121-69.2015.8.26.0053 – São Paulo – 12ª Câmara de Direito Público – Relator: J. M. Ribeiro de Paula – 20/07/2016 – 21.885 – V.U.**)

87) **APELAÇÃO.** Ação Ordinária. Pretensão de conversão do tempo de serviço prestado em condições especiais em tempo de serviço comum. Impossibilidade de aplicação da regra do artigo 57 da Lei Federal nº 8.2133/91. A possibilidade de contagem diferenciada do tempo de serviço não decorre do disposto no artigo 40, § 4º, da CF/88, que trata da concessão de aposentadoria especial. Inexistência de norma autorizadora na legislação previdenciária estadual que possibilite a conversão pretendida. Mantida a sentença de improcedência. Recurso não provido. (**Apelação Cível nº 1018589-81.2014.8.26.0309 – Jundiaí – 7ª Câmara de Direito Público – Relator: Magalhães Coelho – 25/07/2016 – 32.896 – V.U.**)

88) **APELAÇÃO.** Responsabilidade Civil do Estado. Indenização por danos morais. Suposta prisão indevida. Suposto cometimento de crime de es-

tupro. Prisão preventiva determinada após reconhecimento fotográfico feito pela vítima em sede de inquérito policial. Não ratificação na fase judicial ante a não localização da vítima. Comprovação de negativa de autoria do crime por exame de DNA. Absolvção por negativa de autoria do fato. Pretensão de condenação do Estado ao pagamento de indenização por danos morais. Descabimento. Inexistência de irregularidade na prisão cautelar, executada na presença dos pressupostos legais autorizadores. Persecução penal legitimamente procedida, fundada em atos devidamente fundamentados e realizados nos estritos limites legais. Responsabilidade civil do Estado. Inocorrência. Absolvção não torna ilegal ou ilícita a conduta do Estado, que permite que haja prisão e persecução penal nos casos estipulados em lei. Precedentes. Não comprovação de erro judiciário ou a atuação com dolo ou fraude dos agentes públicos. Sentença de improcedência mantida. Recurso do autor improvido. (**Apelação nº 1007003-43.2014.8.26.0278 – Itaquaquecetuba – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: Maurício Fiorito – 16/08/2016 – 9930 – V.U.**)

89) **APELAÇÃO CÍVEL.** Administrativo. Servidor Público do Estado. Magistrada substituta. Pretensão de recebimento de supostas diferenças de valores de diárias decorrentes de deslocamento. Sentença de procedência. Reexame necessário suscitado e recurso pela FESP. Provimento de rigor. 1. Inexistem diferenças a serem

pagas à Magistrada porque o pagamento realizado pelo Tribunal de Justiça observou o regramento específico da matéria tal como disciplinado pelo Conselho Superior da Magistratura LCE nº 234/80, que não foi recepcionada em sua inteireza pelo novo regime constitucional de subsídios do art. 39, § 4º, da CF e LCE nº 1.031/07. Valor da diária que deve ser proporcional e razoável, sem que seja desvirtuado seu propósito sob pena de enriquecimento indevido do servidor público. Fixação do valor que deve observar escalonamento e proporcionalidade. Precedente da Câmara. Improcedência que se impunha. 2. Ônus de sucumbência invertidos. Sentença reformada. Reexame necessário e apelação da FESP providos. **(Apelação nº 0050221-70.2013.8.26.0506 – Ribeirão Preto – 6ª Câmara de Direito Público – Relator: Sidney Romano dos Reis – 29/08/2016 – 27404 – V.U.)**

90) APELAÇÃO. Ação de indenização por danos morais. Ação movida por filhos de detento, vítima de homicídio no Presídio do Carandiru em São Paulo, em outubro de 1992, na conhecida “Chacina do Carandiru”. Sentença de procedência. Recurso da Fazenda Estadual. Admissibilidade. Prescrição extintiva configurada. Inaplicabilidade da causa impeditiva da prescrição, prevista no artigo 200 do Código Civil, porque inexistente relação de prejudicialidade entre as esferas cível e criminal, haja vista que a apuração do fato cível em nada dependia da ação penal. Recurso provido para, acolhendo a preliminar de prescrição, extinguir o processo, com exame do mérito, com fundamento no art. 487, II, do NCPC. **(Apelação nº 1039765-11.2014.8.26.0053 – São Paulo – 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Aroldo Viotti – 30/08/2016 – 34853 – V.U.)**

Contencioso Tributário-Fiscal

91) AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Anulatória de Protesto. Cancelamento de protesto de CDA. Antecipação de tutela para suspender os efeitos do protesto. Impossibilidade. Legalidade ao condicionar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário mediante o prévio depósito do valor do tributo. Súmula 112 do STF. Decisão mantida. Recurso desprovido. (**Agravo de Instrumento nº 2260097-26.2015.8.26.0000 – Guaíra – 4ª Câmara de Direito Público – Relatora: Ana Liarte – 04/07/16 – 14.892 – V.U.**)

92) APELAÇÃO. Embargos à Execução. ICMS. 1) Alegação de cerceamento de defesa afastada. Desnecessidade de produção de outras provas além daquelas já encartadas nos autos. 2) Alegação de nulidade do auto de infração e da CDA. Inocorrência. Inexistência de defeitos no auto de infração e na CDA aptos a inviabilizar a execução. Atendimento aos pressupostos legais insculpidos nos art. 202 do CTN e § 5º do art. 2º da Lei 6.830/80. Presunção de liquidez e certeza do título executivo. 3) ICMS. Saída de mercadorias para o Estado de Espírito Santo, com recolhimento do ICMS com alíquota interestadual de 7%. Ausência de comprovação de que a mercadoria saiu do Estado de São Paulo. Aplicação da alíquota interna de 25%. Cláusula FOB “freeonboard” que não pode ser invocada perante o fisco. Inteligência dos artigos 123 e 124, I, ambos do CTN. Sentença man-

tida. Recurso improvido. (**Apelação nº 0008304-23.2010.8.26.0459 – Pitangueiras – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Eutálio Porto – 16/07/16 – 26241 – V.U.**)

93) AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação anulatória. Pretensão de cancelamento de protesto cambial de Certidões de Dívida Ativa. Liminar indeferida. Possibilidade jurídica inscrita na Lei nº 9492/97 c.c. Lei nº 12767/12. Ausência dos requisitos legais pertinentes. Agravo de instrumento não provido. (**Agravo de Instrumento nº 2129924-74.2016.8.26.0000 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Antônio Celso Aguilar Cortez – 25/07/16 – 8424 – V.U.**)

94) APELAÇÃO. Anulatória de CDA. Possibilidade do protesto das CDA. Inteligência da Lei nº 9492/97 c.c. Lei nº 12.767/12. Ação improcedente. Recurso não provido. (**Apelação nº 1051025-85.2014.8.26.0053 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Antônio Celso Aguilar Cortez – 25/07/2016 – 8401/16 – V.U.**)

95) APELAÇÃO. Execução fiscal. IPVA. CDA que não indica número nem data de inscrição do crédito tributário na dívida ativa. Mero erro formal. Reconhecimento. Oportunidade para emenda da inicial com substituição da CDA. Necessidade. Inteligência dos arts. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/1980 e 284 do CPC/1973 (art. 321 CPC/2015). Precedente da Câmara. Sentença que extinguiu a execução fiscal desde logo. Recurso provido para determinar seja

dado à exequente oportunidade para substituição da CDA. (**Apelação nº 0217981-65.2013.8.26.0014 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Antônio Celso Aguilar Cortez – 25/07/16 – 8261/16 – V.U.**)

96) APELAÇÃO. Execução fiscal. IPVA. Exercícios de 2011, 2012, 2013 e 2014. Emenda da petição inicial para substituição do polo passivo. Incorporação da devedora por outra empresa. Legitimidade passiva da sucessora. Desnecessidade de substituição da CDA. Precedentes. Apelação provida. (**Apelação nº 1505669-28.2015.8.26.0068 – Baureri – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Antônio Celso Aguilar Cortez – 25/07/2016 – 8290 – V.U.**)

97) APELAÇÃO. Mandado de Segurança. ICMS. Impetrante que pretende suspender registro no CADIN, relativo a débitos tributários inscritos na dívida ativa. Descabimento. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário que depende de garantia. Artigo 151, II, do CTN. Segurança denegada. Apelação e recurso oficial providos. (**Apelação nº 1017071-82.2013.8.26.0053 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Antônio Celso Aguilar Cortez – 25/07/2016 – 8343 – V.U.**)

98) AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Prescrição intercorrente. Inércia da Fazenda Estadual por mais de 5 anos. Inocorrência. Pedidos de sobrestamento do feito e de suspensão do processo, os quais se opõem a um pretensão desinteresse da agrava-

da. Súmula 314 do STJ. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Recurso ao qual se nega provimento. (**Agravo de Instrumento nº 2038283-05.2016.8.26.0000 – Catanduva – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Luís Geraldo Lanfredi – 26/07/16 – 1131 – V.U.**)

99) AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução fiscal. Recusa de bens ofertados à penhora. Decisão que acolheu a recusa apresentada pela Fazenda Pública em relação aos títulos emitidos pela Eletrobrás oferecidos à penhora pela agravante. Pleito de reforma da decisão para que sejam aceitas as debêntures. Inadmissibilidade. O princípio da menor onerosidade não pode afastar o direito da exequente em buscar garantia efetiva da execução. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que os títulos ao portador emitidos pela Eletrobrás, com base na Lei Federal nº 4.162, de 04/12/1962, não têm natureza jurídica de debêntures. Ausência de liquidez e certeza para a garantia da execução fiscal. Recusa justificada. Decisão mantida. Recurso não provido. (**Agravo de Instrumento nº 2095058-40.2016.8.26.0000 – Capão Bonito – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: Kleber Leyser de Aquino – 26/07/16 – 00171 – V.U.**)

100) APELAÇÃO. Embargos à Execução. Crédito tributário decorrente de ICMS. Existência de ação anulatória de débito fiscal. Identidade de parte, causa de pedir e objeto. Possibilidade do reconhecimento da litispendência entre ação anulatória e embargos à

execução. Precedente deste E. Tribunal de Justiça. Extinção do processo, sem resolução do mérito, em razão de litispendência, nos termos do art. 267, V, do CPC/1973. Recurso da Fazenda provido. Recurso da Embargante não conhecido. (**Apelação nº 0002829-30.2013.8.26.0185 – Estrela D'Oeste – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Luís Geraldo Lanfredi – 26/07/16 – 1160 – V.U.**)

101) APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. IPVA. Sentença de extinção do feito, nos termos do art. 794, I, do CPC. Executada que ingressou com ação anulatória de débito fiscal, tendo à Fazenda Estadual requerido a extinção da execução, apontada a quitação da dívida. Verificação posterior da subsistência do débito, sendo então manejado o presente recurso. Princípio da indisponibilidade do interesse público. Hipótese em que se verificou equívoco na condução do processo. Prosseguimento do feito que se impõe. Apelo da Fazenda Estadual provido, determinando-se o retorno dos autos à origem, para o prosseguimento da execução fiscal. (Apelação nº 0244470-76.2012.8.26.0014 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: José Luiz Gavião de Almeida – 26/07/16 – 35945 – V.U.**)**

102) APELAÇÃO. Anulatória de ato administrativo. Intimação ocorrida em processo administrativo tributário. Pedido de reabertura de prazo para interposição de recurso ordinário ao Tribunal de Impostos e Taxas. Intimação da decisão de primeira instância do proces-

so administrativo tributário que se deu por meio de publicação no Diário Oficial Eletrônico e não de modo pessoal. Legalidade. O legislador possui a discricionariedade de realizar as intimações de processos administrativos tributários por meio eletrônico e/ou de modo pessoal. Inteligência do art. 9º da Lei Estadual 13.457/09. Sentença que deve ser mantida. Apelo não provido. (**Apelação nº 1018182-33.2015.8.26.0053 – São Paulo – 8ª Câmara de Direito Público – Relator: Ronaldo Andrade – 27/07/16 – 10361 – V.U.**)

103) APELAÇÃO. Débito de IPVA. Ação de indenização por danos morais. Comprovada alienação de veículo. Não exigência do tributo da alienante. Não reconhecimento da ocorrência de danos morais na situação descrita na petição inicial. Indevida fixação da respectiva indenização. Sentença reformada. Recurso oficial e de apelação providos, para afastar a indenização por danos morais. (Apelação nº 1001470-75.2015.8.26.0664 – Votuporanga – São Paulo – Relator: Ronaldo Andrade – 27/07/16 – 11312 – V.U.**)**

104) APELAÇÃO. Declaratória de inexigibilidade de débitos. IPVA e multas. Vendedora do veículo que, após a tradição e enquanto não comunicar a transferência ao órgão de trânsito, permanece atrelado ao fato gerador do IPVA, bem como às multas, devendo arcar com o pagamento dos débitos, a título de responsável solidário. Leis Estaduais nº 13.296/2008 e 6.606/1989, bem como do artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro. Veículo em nome

da autora (vendedora) na data do fato gerador do IPVA (1º de janeiro), sendo esta responsável solidária pelo pagamento do tributo do respectivo exercício em seu valor integral. Sucumbência invertida. Autora sucumbente na quase totalidade de seus pedidos, devendo responder integralmente pelas custas e despesas processuais, assim como pelos honorários de advogado, englobando esta ação e a medida cautelar de protesto. Recurso da Fazenda do Estado de São Paulo provido. **(Apelação nº 1019990-73.2015.8.26.0053 – São Paulo – 13ª Câmara de Direito Público – Relator: Spoladore Dominguez – 27/07/16 – 3475 – V.U.)**

105) APELAÇÃO. Ordinária. Tributário reconhecimento da imunidade tributária prevista no art. 150, vi, “d”, da CF para leitor de livros digitais (*e-reader*). Equipamento eletrônico que não pode, nem por analogia, ser equiparado a um livro. O *e-reader* é também um produto, uma mercadoria para determinado grupo de pessoas cujo poder aquisitivo permite adquiri-lo, ou seja, não tem o mesmo significado do livro impresso, que é destinado a toda coletividade em geral, especialmente porque está ligado ao princípio da livre expressão do pensamento. Sentença de procedência reformada. Recursos providos. **(Apelação: 0050024-53.2012.8.26.0053 – São Paulo – 13ª Câmara de Direito Público – Relator: Ferraz de Arruda – 10/08/16 – 35.879 – Por maioria.)**

106) APELAÇÃO. Anulatória. IPVA. Pedido de cancelamento de débito, devolução de valores e indenização por

danos morais. Veículo sinistrado. Documentos dos autos que não permitem concluir pela perda total do veículo. Acordo entabulado com a Companhia de Seguros que previu o pagamento de indenização inferior ao correspondente ao valor de mercado e também a devolução do automóvel ao proprietário. Inteligência dos arts. 2º e 14, § 2º, da Lei Estadual nº 13.296/2008 e Resolução CONTRAN nº 11/98. Sentença de improcedência mantida. Recurso conhecido e desprovido. **(Apelação nº 0001890-12.2015.8.26.0369 – Monte Aprazível – 2ª Câmara de Direito Público – Relatora: Vera Angrisani – 16/08/16 – 27548 – V.U.)**

107) APELAÇÃO. Embargos à Execução Fiscal. ICMS. Valor inferior a 500 salários mínimos, não sendo caso de remessa necessária. Responsabilização dos sócios decorrente da constatação de que a executada deixara de funcionar em seu endereço. Presunção de dissolução irregular. Inteligência da Súmula nº 435 do C. STJ. Falência da executada que, na espécie, é posterior ao pedido de redirecionamento da execução para os sócios. Precedentes. Redirecionamento para os sócios menos de 5 anos após a constatação do encerramento irregular. Prescrição não caracterizada, dado que não configurada, no caso, a inércia da exequente. Questão que será objeto de julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos. Sentença reformada. Prejudicado o apelo dos embargantes, que versava unicamente sobre o quantum dos honorários sucumbenciais, vez que in-

vertido o respectivo ônus. Remessa necessária não conhecida. Apelo da FESP conhecido e provido, prejudicado o dos embargantes. (**Apelação nº 0009929-85.2012.8.26.0568 – São José da Boa Vista – 2ª Câmara de Direito Público – Relatora: Vera Angrisani – 16/08/16 – 27609 – V.U.**)

108) APELAÇÃO. Execução Fiscal. Prescrição reconhecida em primeira instância. Afastamento. Instituto cuja configuração não repousa única e exclusivamente sobre o decurso do tempo, supondo ainda inércia do credor, e na espécie a Fazenda Pública não deixou ao longo dos anos de requerer providências com vistas a satisfazer o crédito tributário. Redirecionamento contra os sócios da empresa executada. Inviável o reconhecimento da prescrição extintiva em relação aos sócios, por não se considerar o lapso quinquenal transcorrido desde a citação da pessoa jurídica executada, devedora principal. Hipótese em que não há nenhuma prova de haver ocorrido fato ensejador do “redirecionamento” da execução contra a executada (v.g., o encerramento irregular da sociedade). No mais, a inclusão dos sócios no polo passivo da execução não induz à desistência tácita da Fazenda Estadual em relação à execução, não configurando assim ausência de interesse processual superveniente. Recursos oficial, considerado interposto, e voluntário provido, para cassar o decreto extintivo, determinando o prosseguimento da execução fiscal em primeiro grau. (**Apelação nº**

0019539-75.2001.8.26.0564 – São Bernardo do Campo – 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Aroldo Viotti – 16/08/16 – 34.866 – V.U.)

109) AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Pretensão do agravante de ver acolhida exceção de pré-executividade em razão de sua hipossuficiência econômica. Rejeição da exceção de pré-executividade. CDA que consignou crédito oriundo de processo findo, por ausência de pagamento das taxas judiciárias. Questão que envolve matéria dependente de prova. Teoria da exceção de pré-executividade que não pode ser banalizada. Matéria restrita àquelas de ordem pública, desde que prescindam de dilação probatória. Necessidade de dilação probatória para se perquirir a respeito do direito do agravante naquela ação originária. Decisão mantida. Recurso não provido. (**Agravo de Instrumento nº 2148065-44.2016.8.26.0000 – Bananal – 13ª Câmara de Direito Público – Relator: Djalma Lofrano Filho – 17/08/16 – 8339 – V.U.**)

110) APELAÇÃO. IPVA. Execução Fiscal. Embargos. Responsabilidade solidária de empresa locatária de veículos automotores de propriedade de firma locadora sediados em outro Estado. Art. 6º, VIII, da Lei Estadual nº 13.296/08. Constitucionalidade da lei reconhecida pelo C. Órgão Especial desta Corte. Tributo devido. Prescrição. Inocorrência com relação ao crédito fiscal relativo ao exercício de 2010. Ajuizamento da ação em 2014. Cita-

ção. Demora imputada exclusivamente ao Poder Judiciário. Súmula nº 106 do STJ. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido. (**Apelação Cível nº 1024909-85.2015.8.26.0577 – São José dos Campos – 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Luis Ganzerla – 19/08/16 – 26.605 – V.U.**)

111) AGRAVO DE INSTRUMENTO. Gratuidade de justiça à pessoa jurídica. Afastada a pretensão da agravante à concessão da benesse ou a que lhe seja permitido diferir o recolhimento das custas para o final da lide, eis que ausente comprovação da alegada miserabilidade jurídica e da incapacidade momentânea de arcar com os encargos

financeiros do processo. Inteligência da Súmula 481, do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. Decisão mantida. Tutela antecipada. Pretensão destinada à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários. Indeferimento em Primeiro Grau. Manutenção. Ausência dos requisitos necessários à concessão do pedido de antecipação de tutela. Inexistência de ilegalidade nas multas impostas pelo Fisco Estadual. Auto de infração lavrado em observância à legislação de regência da matéria. Recurso não provido. (**Agravo de Instrumento nº 2149982-98.2016.8.26.0000 – São Paulo – 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Jarbas Gomes – 23/08/16 – 16.489/2016 – V.U.**)

