

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

SETEMBRO/OUTUBRO 2014

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

Adalberto Robert Alves

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Fernando Franco

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Eduardo José Fagundes

Corregedor Geral

José Luiz Borges de Queiroz

Ouvidoria

Maria Rita Vaz de Arruda Corsini

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), José Luiz Borges de Queiroz, Adalberto Robert Alves, Fernando Franco, Eduardo José Fagundes, Alexander Silva Guimarães Pereira, Daniel Carmelo Pagliusi Rodrigues, Derly Barreto e Silva Filho, Dulce Ataliba Nogueira Leite, Egidio Carlos da Silva, João Cesar Barbieri Bedran de Castro, Margarete Gonçalves Pedroso, Mariana Rosada Pantano, Regina Marta Cereda Lima.

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck, Mirian Kiyoko Murakawa e Joyce Sayuri Saito.

Escola Superior da PGE

Diretora

Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-diretora

Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial

Presidência

Mariângela Sarrubbo Fragata

Secretária Executiva

Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Cláudia Garcia Grion, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Renata Capasso.

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. Telefone: (11) 3286-6998/6997. Home Page: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br*

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Rua da Mooca, 1.921 – Mooca

03103-902 – São Paulo – SP – Brasil

sac 0800 01234 01

www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 800 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
Eventos em Parceria com outras Instituições	9
<i>Peças e Julgados</i>	
CONTESTAÇÃO e RECONVENÇÃO. Ação trabalhista proposta contra o Hospital das Clínicas – Faculdade de Medicina de SP e Fundação Faculdade de Medicina, para obtenção de rescisão indireta, indenização por danos morais e materiais, diferenças de FGTS, juros e justiça gratuita. Ausência de comprovação. Abandono do emprego pela autora-reconvinda. Ação julgada improcedente e procedente a reconvenção	11
<i>Parecer da Coordenadoria de Empresas e Fundações, Consultoria Jurídica da Artesp e Consultoria Jurídica da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional</i>	
PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. CONCESSÃO PATROCINADA – ESTRADA DOS TAMOIOS (RODOVIA SP 099). Exame da minuta do edital e do contrato. Matéria regida pela Lei federal nº 11.079, de 30/12/2004, e suas alterações. Lei federal nº 8.987, de 13/02/1995 e Lei federal nº 8.666, de 21/06/1993. No âmbito estadual, aplicação das Leis nº 7.835/92 e nº 6.544/89. Atendimento dos Requisitos Legais. Observações	37
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	
ELEIÇÕES. CONDUTAS VEDADAS NO PERÍODO ELEITORAL. Revisão geral da remuneração dos servidores públicos. Inteligência do artigo 73, VIII, da Lei federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Conceito jurídico de servidores públicos. Tratamento constitucional da matéria. Artigos 37, X, e 61, § 1º, II, “a”, da Constituição da República. Vinculação desses agentes a pessoas jurídicas de direito público. Fixação ou alteração da remuneração dos servidores públicos por meio de lei de iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Proibição da Lei Eleitoral que não tem por objeto a remuneração dos empregados de empresas estatais ou de fundações instituídas pelo Poder Público. Análise da doutrina e da jurisprudência. Conveniência de formular consulta ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Proposta de alteração	

parcial do entendimento fixado com a aprovação do Parecer PA nº 76/2010, considerando-se acrescentada a nova orientação aos fundamentos do Parecer PA nº 1/2011 e do Parecer GPG/CONS nº 55/2014. A proibição contida no artigo 73, VIII, da Lei federal nº 9.504/1997 não alcança a remuneração dos empregados das entidades estatais de direito privado 71

Ementário

Consultoria	83
Contencioso Geral.....	94
Contencioso Tributário-Fiscal.....	96

Com muito prazer recebi o honroso convite para escrever o editorial deste conceituado periódico. Aproveito a oportunidade para registrar a importância desta ferramenta de divulgação, que já se encontra plenamente consolidada em nossa Instituição, fruto da contribuição dos colegas e do trabalho desenvolvido pelo nosso sempre operoso Centro de Estudos.

Dentro de nossa carreira, exerço atualmente a chefia da Procuradoria Regional de Sorocaba, que é uma das maiores unidades da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em extensão territorial e a terceira em população, com aproximadamente 3 milhões de habitantes.

Nos últimos anos, a nossa Instituição, principalmente as Unidades Regionais, sentiu um forte impacto relativo ao número crescente de demandas judiciais, tanto em razão do aumento expressivo da litigiosidade contra o Estado, como em razão da assunção da representação das autarquias e fundações estaduais.

Tenho observado que a sociedade brasileira está litigando cada vez mais. Os números constam do último balanço do Conselho Nacional de Justiça. O colapso só não foi maior por causa dos avanços propiciados pelos efeitos da súmula vinculante, do princípio da repercussão geral e da cláusula impeditiva de recursos, embora, ao meu ver, são remédios ainda utilizados de forma muito engessada pelo próprio Poder Judiciário.

Ademais, ainda não vislumbrei que esses mecanismos processuais tiveram o impacto esperado em relação ao julgamento dos chamados litígios de massa. A ideia era possibilitar que, com o estabelecimento de súmulas e a ampliação da jurisprudência, os processos mais corriqueiros pudessem ser encerrados em curto prazo de tempo na primeira instância, sem subir para as instâncias superiores. Todavia, por causa da crescente litigiosidade da sociedade e o congestionamento da base do Judiciário, a situação passou a ser crítica, tendo como fatores responsáveis por esse aumento a implantação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e a insegurança jurídica decorrente da proliferação desenfreada de leis, que prejudica os cidadãos e o próprio Poder Público.

Diante desse quadro, todos os nossos esforços devem estar concentrados no sentido de aparelharmos os nossos recursos, notadamente os intelectuais, para fazermos frente a essa quase invencível demanda do Poder Judiciário, sem prejuízo

do necessário e esperado apoio material, tido como uma necessidade premente de nossa carreira.

Em razão dessas premissas, devemos fazer o uso constante do poder de compartilhamento deste periódico, visando à divulgação e à troca de conhecimentos, para, em um verdadeiro esforço comum, enfrentarmos a crescente litigiosidade.

A edição apresentada conta com um parecer da douta Procuradoria Administrativa que, em suma, concluiu que a vedação contida no artigo 73, VIII, da Lei Federal nº 9.504/1997 não alcança a remuneração dos empregados de entidades estatais descentralizadas de direito privado, ressaltando a necessidade, por cautela, de se formular consulta específica ao Tribunal Regional Eleitoral, com fundamento no art. 30, VIII, da Lei Federal nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral).

Há também um parecer da Consultoria Jurídica da ARTESP, que analisa o projeto de parceria público-privada envolvendo a prestação dos serviços públicos de operação e manutenção de trecho de rodovia, fazendo a análise criteriosa dos requisitos legais e das minutas contratuais sugeridas quanto à abertura do certame.

O outro trabalho diz respeito a uma contestação em reclamação trabalhista, em que se discute a rescisão indireta e a indenização por suposta doença profissional. Por meio de relatos doutrinários e de pesquisa jurisprudencial, foi possível demonstrar a ausência de conduta dolosa ou culposa por parte da empregadora.

Ainda, consta uma reconvenção, também ofertada na mesma reclamação trabalhista, contrapondo o pedido da autora-reconvinda, mediante a caracterização do abandono do emprego após o término do auxílio-doença, em conformidade com a Súmula 32 do C. TST. Nessa mesma publicação, constam os termos da r. sentença proferida, que julgou procedente a pretensão formulada na referida reconvenção, declarando rescindido o contrato de trabalho por justa causa em razão do comprovado abandono do emprego.

Por fim, espero que o material presente nesta edição contribua para o desempenho de nossas atividades, que jamais perderam a qualidade, mesmo diante da crescente demanda judicial.

Vale a pena conferir. Boa leitura!

MARCELO GASPAR

**Procurador do Estado
Chefe da Procuradoria Regional de Sorocaba – PR4**

Cursos do Centro de Estudos

18 a 20.09 – Curso: “Encontro Ambiental”.

19.09 – Curso: “Aspectos teóricos e práticos das licitações e contratações na Administração Pública Estadual”.

24 e 25.09 – Curso: “Formação de Pregoeiros”.

02.10 – Palestra: “A experiência da Administração Indireta paulista nas Juntas de Litígio”.

07.10 – Palestra: “Contratos de Construção”.

23.10 – Seminário: “Panorama das PPPs no Estado de São Paulo – Análise de Casos Práticos – 1ª Parte”.

Eventos em parceria com outras instituições

09 a 12.09 – “XL Congresso Nacional de Procuradores do Estado”, promovido pela APEP – Associação dos Procuradores do Estado da Paraíba.

18 e 19.09 – “Simpósio sobre Grandes Questões Atuais do Direito Tributário”, promovido pela Dialética – Edições, Eventos e Cursos.

20 a 24.09 – “18º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública” – parceria com Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

29 e 30.09 – “VI Seminário Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde”, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Público.

09 e 10.10 – “5º Seminário sobre os Aspectos Controvertidos dos Recursos Excepcionais”.

10.10 – “X Congresso Brasileiro de Direito Previdenciário e IV Congresso de Direito Previdenciário do MERCOSUL”, promovido pelo IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário.

21 e 22.10 – “Seminário Avançado de Processo Administrativo Disciplinar”, promovido pela ERX do Brasil.

22 a 24.10 – “XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário”, promovido pelo IDEPE – Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DO TRABALHO DA 80ª VARA DO TRABALHO DA COMARCA DE SÃO PAULO

Processo nº 0001633-38.2011.5.02.0080

Reclamante: E. M. C.

Reclamado: HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, Autarquia Estadual criada pelo Decreto Lei nº 13.192 de 19 de janeiro de 1943 e Regulamento aprovado pelo Decreto nº 9.720 de 20 de abril de 1977, por intermédio da Procuradora do Estado que esta subcreve, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, nos termos a seguir expendidos:

Pretende a reclamante: a) o reconhecimento da rescisão indireta com o pagamento das verbas daí decorrentes, nos termos do art. 483, “d” e par. 3º da CLT, sustentando que o empregador deixou de cumprir obrigações legais e contratuais, b) o pagamento de indenização por danos morais e materiais em razão de suposta doença profissional adquirida pela reclamante; c) reconhecimento da responsabilidade solidária da segunda reclamada; d) o pagamento das multas dos artigos 477 e 467. Requer, ainda, sejam deferidos os benefícios da justiça gratuita, bem como seja reconhecida a responsabilidade exclusiva da reclamada pelo recolhimento das contribuições fiscais e previdenciárias.

Todavia, a ação é improcedente, como restará demonstrado.

PRELIMINAR DE MÉRITO

Inicialmente, como preliminar de mérito, argui-se a prescrição no que couber e a qualquer verba que, porventura, venha a ser condenado o reclamado, requerendo a aplicação do prazo prescricional previsto artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

A prescrição deve abranger, igualmente, os depósitos de FGTS devidos ao longo do pacto laboral.

Com efeito, o FGTS deriva de um contrato de trabalho, sendo que, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser um direito do trabalhador (art. 7º, III). Assim, está submetido como qualquer outro à regra do artigo 7º, inciso XXIX, da mesma Carta Política, que dispõe os prazos prescricionais, improrrogáveis, de dois anos (bienal) e de cinco anos (quinquenal) para discutir direitos decorrentes da relação de emprego, não fazendo qualquer ressalva.

Ou seja, a norma trata de todas as verbas trabalhistas de forma isonômica, limitando no tempo o direito de propor a respectiva ação.

Como destaca o ilustre professor e Juiz do Trabalho do E. TRT da 2ª Região, Sérgio Pinto Martins:

“Não poderia a Lei nº 8.036/90 tratar diversamente da Constituição e especificar o prazo de prescrição de 30 anos. Se a Lei Maior regula exhaustivamente a matéria de prescrição no inciso XXIX do art. 7º, não poderia a lei ordinária tratar o tema de forma diferente.” (Comentários à CLT. Ed. Atlas, 10ª ed., 2006. p. 51).

Nesse sentido, a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO. DATA DE JULGAMENTO: 22/03/2007.
RELATOR(A): ROVIRSO APARECIDO BOLDO. REVISOR (A): LILIAN LYGIA ORTEGA MAZZEU. ACÓRDÃO Nº: 20070205366 PROCESSO Nº: 00152-2005-491-02-00-9 – ANO: 2005 – TURMA: 8ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 03/04/2007

RECORRENTE: EVA APARECIDA PINTO

RECORRIDO: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

EMENTA:

FGTS – PRESCRIÇÃO – A prescrição trintenária definida pelo Enunciado nº 362, do C. TST, para apuração de direitos pertinentes aos depósitos de FGTS, não afasta a natureza trabalhista de que se reveste a parcela que, sob os mesmos critérios adotados para todas as outras verbas trabalhistas, exige que a reclamatória seja ajuizada no prazo improrrogável de 02 (dois) anos do término do liame laboral, sob pena de prescrição do direito de ação. Sobreleva notar que o privilégio da prescrição trintenária encontra fincas no artigo 23, § 5º, da Lei do FGTS (8.036/90, D.O. 11/05/1990, ret. D.O. 15/05/1990), que concede tal prerrogativa aos órgãos de administração e fiscalização do recolhimento do FGTS, na apuração das infrações praticadas pelo empregador, e não aos trabalhadores.

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO. DATA DE JULGAMENTO: 04/06/2002.
 RELATOR(A): SÉRGIO PINTO MARTINS. REVISOR(A): MÉRCIA TOMAZINHO. ACÓRDÃO Nº: 20020366994.
 PROCESSO Nº: 20000524616 – ANO: 2000 – TURMA: 3ª
 DATA DE PUBLICAÇÃO: 18/06/2002
 RECORRENTE: RAIMUNDO NONATO MOREIRA
 RECORRIDO: EMPRESA JORNALÍSTICA CHO SUN LTDA
 EMENTA:

Prescrição. FGTS. Com a Constituição de 1988, o FGTS passou a ser um direito do trabalhador (art. 7º, III, da Constituição). O prazo de prescrição para a sua cobrança também deve observar os prazos normais do inciso XXIX, do artigo 7º, da Constituição. Dessa forma, não poderia o parágrafo 5º do artigo 23 da Lei nº 8.036 tratar diversamente da Constituição e especificar o prazo de prescrição de trinta anos. Se a Lei Maior regula exaustivamente a matéria de prescrição no inciso XXIX, do artigo 7º, não poderia a lei ordinária tratar o tema de forma diferente. Quando a Constituição quis estabelecer direitos mínimos, foi clara no sentido de usar as expressões “nunca inferior” (art. 7º, VII), “no mínimo” (art. 7º, XVI e XXI), “pelo menos” (art. 7º, XVII). No inciso XXIX do artigo 7º não foram usadas tais expressões. O constituinte foi preciso no sentido de fixar o prazo, que, portanto, não pode ser modificado pela lei ordinária. O FGTS é um crédito resultante da relação de trabalho. Não pode a lei ordinária reduzir ou ampliar o prazo de prescrição previsto na Constituição. Há de ser observada a hierarquia da Constituição sobre a Lei nº 8.036. FGTS. Prescrição. A prescrição do FGTS não pode ser considerada trintenária, mormente porque a Constituição Federal de 05/10/88 fixou, em seu artigo 7º, inciso XXIX, apenas dois prazos prescricionais: o de 2 anos (prescrição extintiva do feito) e o de 5 anos, derogando, para efeitos trabalhistas, qualquer outro prazo prescricional anteriormente existente. (TRT 15ª Reg., Ac. 21616/2001, DJ 04.06.01, 5ª Turma, Relatora Designada Olga Ainda Joaquim Gomieri)

Merece, ainda, ser destacada a decisão proferida recentemente pelo MM. Magistrado da 82ª Vara do Trabalho de São Paulo, Dr. Bruno Wagner Filho, que decidiu nesse mesmo sentido: “A nova legislação que passou a reger o FGTS deixou o trabalhador com plenos poderes de conhecer a regularidade da efetivação dos depósitos fundiários por parte da empresa. O art. 17 da Lei nº 8.036/90 determina que o empregador deve fornecer ao empregado a comunicação dos recolhimentos feitos ao FGTS e repassar-lhe todas as informações sobre suas contas vinculadas recebidas da Caixa Econômica Federal ou dos bancos depositários, o que normalmente é realizado por meio de campo específico nos recibos de pagamento. A Caixa Econômica Federal passou a enviar ao empregado o extrato do recolhimento dos depósitos do FGTS, de modo que

o trabalhador pode efetivamente acompanhar se o empregador está realizando os depósitos naquele Fundo, o que antes não ocorria, podendo eventualmente ajuizar ação para receber os depósitos. O próprio art. 25 da Lei nº 8.036/90 permite não só ao empregado ajuizar ação para a cobrança do FGTS, mas ao sindicato, caso o empregado não queira se indispor com o empregador. A existência de informação, nos recibos de pagamento, permite ao empregado acompanhar a regularidade dos depósitos efetuados pela empresa e se os mesmos correspondem a 8% das verbas salariais pagas, além de o trabalhador possuir pleno acesso à sua conta vinculada, podendo obter a qualquer momento extrato analítico dos depósitos e perceber a existência de diferenças, aspectos que levam à conclusão não coincidente com a do antigo Enunciado nº 95 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo mérito estava em levar em conta a subordinação do empregado com as inerentes dificuldades para reclamar quando no emprego, que, diante das novas disposições, não mais ocorrem”.

Assim, a prescrição deve ser pronunciada para abranger, inclusive, os depósitos do FGTS eventualmente não recolhidos pelo empregador.

Ademais, a prescrição deve abranger também os pedidos de indenização por danos materiais e morais em razão da suposta doença ocupacional.

A presente demanda deverá ser extinta, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, em relação a todos os pedidos relacionados à suposta doença profissional da reclamante.

Isso porque o artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal estabelece o prazo prescricional de 5 anos para o ajuizamento da demanda a partir da data do acidente.

E, nos termos do artigo 23, da Lei nº 8.213/1991, “**considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro.**” – grifamos.

Conforme verifica-se da própria petição inicial, a reclamante foi segregada compulsoriamente pelo INSS em **22.4.2005**.

Ou seja, a partir dessa data, a autora dispunha de 5 anos para ajuizar a ação judicial.

No entanto, a autora apenas ingressou em juízo em 13.07.2011, ou seja, mais de 6 anos após o início da fluência do prazo prescricional.

Dessa forma, não há que se falar em pagamento de danos morais ou materiais, FGTS de 40% de todo o período de afastamento até setembro de 2009, multa do art. 467 e 477 da CLT.

Ante o exposto, de rigor o reconhecimento da prescrição de todos os pedidos concernentes à suposta doença profissional e ao não recolhimento do FGTS, nos termos do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

DO MÉRITO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SEGUNDA RECLAMADA

“*In casu*”, o pedido de condenação como responsáveis solidários não conta com amparo fático, tampouco jurídico, isto porque a reclamante possuía 2 contratos de trabalho distintos com os reclamados.

O simples fato de que algumas Fundações de apoio, como, por exemplo, a Fundação Zerbini e Fundação Faculdade de Medicina, atuem dentro do complexo do Hospital das Clínicas da FMUSP não os torna solidários pelas obrigações do outro, posto que as pessoas jurídicas não se confundem, sendo o vínculo empregatício estabelecido cada qual com seus funcionários. A única semelhança é a eventual utilização do mesmo espaço físico.

Ressalte-se que o reclamado é autarquia estadual, pessoa jurídica de direito público, motivo pelo qual apenas por meio de aprovação em concurso público (art. 37, II, da CF) se torna possível a vinculação de qualquer pessoa com o reclamado.

Pois bem, embora os reclamados tenham objetivos assemelhados e voltados a uma mesma finalidade, atuando de forma cooperada para atendimento à saúde da população paulista, intrinsecamente, são pessoas jurídicas diversas, sendo certo que têm naturezas jurídicas distintas e não se confundem.

O Hospital das Clínicas da FMUSP, como já mencionado, se constitui em Autarquia Estadual, pessoa jurídica de direito público, criada pelo Decreto-Lei 13.192/43, trata-se de um hospital-escola, estando ligado para efeitos administrativos à Secretaria do Estado da Saúde, com administração própria fazendo parte integrante da administração indireta do Estado.

Já o outro reclamado, Fundação Faculdade de Medicina, constitui-se em pessoa jurídica de direito privado, de fins não lucrativos, com ata de seus estatutos devidamente registrada no 1º Cartório de Títulos e Documentos desta Capital sob nº 160.208 e 160.209 e lavrada perante o 13º Tabelião de Notas no Livro 2.580, fls.171 e seguintes, cujos objetivos se resumem no desenvolvimento de ações e serviços para assistência integral à saúde da comunidade, a execução de ações de apoio

à vigilância sanitária e epidemiológica, o incremento ao desenvolvimento científico e tecnológico, a formação e o aprimoramento de recursos humanos na área de saúde e o aperfeiçoamento e a expansão de capacidade operacional do hospital.

Ante tais diferenças, resta evidente a falta de amparo fático para a responsabilização solidária dos reclamados.

Não obstante as circunstâncias fáticas, do ponto de vista jurídico, insubsistente a pretensão, por absoluta falta dos requisitos exigidos para sua constatação.

Não se admite a responsabilidade solidária fora da lei ou do contrato. Se não há expressa menção no título constitutivo, ou se omissa a lei, prevalece a presunção contrária à solidariedade.

Nesse mesmo sentido, ensina Washington de Barros Monteiro¹, que a solidariedade, como exceção, como derrogação a princípio dos mais comuns, não se presume: “resulta da lei ou da vontade das partes”.

No caso dos autos inexistente qualquer norma legal que vincule a autarquia estadual ao 2º reclamado, atribuindo-lhe a responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas ou qualquer cláusula contratual expressa nesse sentido.

Frise-se, ainda, que o reclamante não fez nenhuma menção aos fundamentos legais da corresponsabilização, nem sequer demonstrou, ao menos, indício de que o 2º reclamado não possuía capacidade econômico-financeira para suportar os ônus de uma eventual condenação.

É oportuno destacar que não há pedido de responsabilização subsidiária, motivo pelo qual qualquer pronunciamento judicial nesse sentido caracterizaria julgamento “*extra petita*”.

Logo, também sob esse ângulo não encontra amparo jurídico a pretensão.

Assim, uma vez ausentes os pressupostos fáticos e jurídicos necessários para a responsabilização solidária dos reclamados, a referida pretensão deve ser rechaçada, arcando cada qual com sua eventual sucumbência.

DA RESCISÃO INDIRETA – DA FALTA DO RECOLHIMENTO DO FGTS

Incabível o pedido de rescisão do contrato de trabalho, visto que não preenchidos os requisitos previstos no artigo 483 da CLT, e, consequentemente, os demais pedidos quanto às verbas rescisórias daí decorrentes.

1 Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações – 1ª parte – ed. Saraiva, págs. 144 e ss.

Ademais, é de se estranhar que a reclamante venha alegar os motivos acima mencionados para rescisão indireta depois de trabalhar desde 1989 na reclamada sob as mesmas condições.

Com efeito, para caracterizar o motivo determinante da rescisão indireta é imprescindível a imediatidade do empregado em adotar as medidas legais de insurgência, o que no caso em tela não aconteceu. Em suma: a insurgência do empregado tem que ser contemporânea à ofensa do empregador.

Assim, só pelo fato da mora do reclamante em se insurgir contra as alegadas irregularidades (iniciou exercício no HC em 31.10.1989 e ingressou com a ação apenas em 13.07.2011), impossível o reconhecimento da rescisão indireta. Nesse sentido, os seguintes julgados:

RECURSO ORDINÁRIO. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE IMEDIATIDADE. Um dos requisitos da rescisão indireta do contrato de trabalho é a imediatidade. Segundo esse requisito, a insurgência do trabalhador deve ser contemporânea à infração do empregador, pois do contrário pode ser configurado o perdão tácito quanto à falta do empregador. O ato faltoso do empregador que consiste na alteração unilateral do contrato de trabalho e prejudicial ao trabalhador é um ato único. A partir da sua data é que deve ser avaliada a imediatidade da reação do trabalhador. (TRT-2; j. 22/02/2007; Rel. Marcelo Freire Gonçalves; Acórdão 20070105272; Processo 00756-2004-371-02-00-1; 12ª Turma; Publicado em 02/03/2007)

RESCISÃO INDIRETA. IMEDIATIDADE ENTRE A FALTA E O DESEJO DE RESCINDIR. Deixar o emprego e só depois de estar trabalhando em outra empresa pedir rescisão indireta não tem amparo na lei. O pedido de rescisão indireta deve ser feito com o contrato em vigor, permanecendo ou não o empregado em serviço até o final do processo, segundo a previsão do art. 483, parágrafo 3º, da CLT. Assim, não tem amparo jurídico parar de trabalhar espontaneamente e só depois de dois meses vir à Justiça do Trabalho postular a rescisão indireta do contrato. (TRT-2; j. 31/05/2007; Rel. Luiz Edgar Ferraz de Oliveira; Acórdão 20070430874; Processo 02022-2006-084-02-00-0; 09ª Turma; Publicado em 22/06/2007)

Por sua vez, o ônus da prova é da reclamante em provar o fato constitutivo de seu direito, o que não ocorreu no caso em tela. Nesse sentido, o seguinte julgado:

RESCISÃO INDIRETA. ÔNUS DA PROVA. A reclamante, ao alegar a rescisão indireta, deve provar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, o que não ocorreu no caso. Ademais, o artigo 483, parágrafo 3º, da Consolidação das Leis

do Trabalho apenas autoriza que o empregado deixe imediatamente o trabalho nas hipóteses de suas alíneas “d” e “g”, sendo que, no caso, a violação afirmada pela obreira é da letra “e” do dispositivo legal citado, o qual não a autoriza a deixar de prestar serviço antes da decisão judicial. Recurso improvido. (TRT-2; j. 08/03/2007; Rel. VANIA PARANHOS; Acórdão 20070160737; Processo 01051-2005-371-02-00-2; 12ª TURMA; Publicado em 23/03/2007)

A reclamante menciona como motivo ensejador do pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho a alínea “d” do artigo 483 da CLT. Ocorre que razão não lhe assiste.

A alínea “d” do artigo 483 da CLT possibilita o pedido de rescisão pelo empregado quando o empregador não cumprir as obrigações do contrato, o que, de fato, nunca aconteceu, nem é evidenciado pelo narrado na inicial. Assim, de plano, tal motivo para rescisão do contrato de trabalho não restou configurado. Senão vejamos:

A reclamante afirma que a reclamada não recolheu o FGTS nos seguintes períodos: janeiro, fevereiro, março, abril, junho, julho e 13º salário de 1992, 13º salário de 1994, 13º salário de 1995, 13º salário de 1999, 13º salário de 2000, 13º salário de 2001, 13º salário de 2002, 13º salário de 2003, 13º salário de 2004, novembro e dezembro de 2007 e abril e maio de 2008.

No entanto, os recolhimentos foram devidamente efetuados, conforme comprovantes anexos. Vejamos:

1. janeiro, fevereiro e março de 1992 – doc. 6
2. abril, junho, julho de 1992 – doc. 7
3. 13º salário de 1992 – doc. 8
4. 13º salário de 1994 – doc. 9
5. 13º salário de 1995 – doc. 10
6. 13º salário de 1999 – doc. 11
7. 13º salário de 2000 – doc. 12
8. 13º salário de 2001 – doc. 13
9. 13º salário de 2002 – doc. 14
10. 13º salário de 2003 – doc. 15

11. 13º salário de 2004 – doc. 16

12. Extrato completo do período – doc. 17

Cumpra esclarecer que, até julho de 1992, os recolhimentos do FGTS eram efetuados no Banco do Estado de São Paulo S.A.

A partir de 1º de agosto de 1992, os recolhimentos de FGTS passaram para a Caixa Econômica Federal e os saldos das contas de FGTS também foram transferidos conforme documentos anexos.

Por fim, nos períodos de novembro e dezembro de 2007 e abril e maio de 2008, a reclamante estava afastada por licença médica junto ao INSS, portanto, não é devido o recolhimento do FGTS nesses períodos.

Uma vez corretos os pagamentos, inexistentes verbas a serem deferidas para a reclamante sob esses títulos.

Nesse esteio, restou demonstrada a ausência de descumprimento contratual por parte da reclamada, sendo incabível a rescisão indireta. Incabíveis também todas as verbas rescisórias pleiteadas, tais como aviso prévio, multa do art. 467, multa do art. 477, § 8º da CLT, 13º salário proporcional, férias proporcionais e o terço constitucional, bem como os direitos rescisórios relativos ao FGTS, devendo ser julgadas improcedentes tais pretensões.

DA SUPOSTA DOENÇA PROFISSIONAL

Muito embora as pretensões ressarcitórias da reclamante estejam fulminadas pela prescrição, em razão do princípio da eventualidade, a reclamada passa a impugnar especificamente todos os pedidos formulados na petição inicial, posto que desprovidos de qualquer fundamento fático ou jurídico. Vejamos:

A autora alega que, em razão da árdua rotina de trabalho a que fora submetida na reclamada durante os anos de labuta, contraiu doença ocupacional, tendinite crônica (CID M35-7, M65-4 e M75-2). Afirmar que laborava no Departamento Pessoal e que era responsável por separar toda documentação referente aos pagamentos, férias e afastamento, além de elaborar planilhas de cerca de 2 mil funcionários.

Inicialmente, há que se ponderar que a inicial sequer identifica em qual membro se apresentou a tendinite alegada, o que inviabiliza o direito da defesa da reclamada.

Ademais, não há como aceitar a imputação feita pela reclamante, uma vez que o nosocômio réu trata-se de Hospital de Referência no tratamento de saúde da população paulista, sendo cauteloso e responsável no trato com seus servidores.

Relevante apontar que as atividades desempenhadas pela reclamante, por si só, não poderiam ter dado azo à enfermidade apontada. As funções da reclamante são bem delimitadas e consistem no seguinte (doc. 18):

Atividades de digitação – frequência dos espelhos em sistema Forponto, preenchimento de comunicado de acidente de trabalho, expedientes diversos como processos e memorandos.

Atividades manuscritas – protocolo de expedientes internos e externos em cadernos, apontamento dos espelhos em pastas de frequência (sendo uma folha para cada servidor).

Atendimento pessoal e telefônico aos profissionais do instituto.

Afirma-se, categoricamente, que a reclamante não desempenhou funções outras que não as supradescritas.

Ademais, considerando-se a função/atividade da autora, o gênero feminino e sua faixa etária, não há como se comprovar o nexo de relação causal com o trabalho na patologia apontada.

A reclamante não logrou demonstrar o nexo de causalidade entre a patologia e o labor desempenhado, que pode ter sido causada por doenças reumáticas, atividades domésticas e desconforto em meios de locomoção.

A reclamante descreve uma série de padecimentos físicos e psicológicos que reputa terem sido causados pelas atividades que desempenhou na reclamada, entretanto não se desincumbiu do ônus que lhe cabia de demonstrar a existência desses padecimentos e do nexo de causalidade entre a patologia e o labor.

Deve-se acrescentar, ainda, que a reclamante foi afastada em 22.04.2005 pelo INSS e em 2008 retornou ao trabalho, com a documentação do INSS, para treinamento de suas atividades por 30 dias.

Cumprе mencionar que a unidade de trabalho atendeu à prescrição do INSS, alterando devidamente a rotina da servidora. Foi realizado rodízio das atividades, foi proporcionado mais tempo para repetir as atividades, foram concedidos mais intervalos durante o horário de trabalho. Foi, ainda, oferecido à servidora a oportunidade de atender no “Posso Ajudar”, posto fixo de orientação verbal aos pacientes ambulatoriais, sem necessidade de digitar, escrever ou deambular (doc. 18).

Porém, a autora realizou apenas dois dias de treinamento e não retornou ao trabalho até a presente data (doc. 20).

Ante o abandono de emprego, a reclamada deu início à sindicância interna para demissão da reclamante por justa causa, conforme documento 20 anexo.

Reitera-se, portanto, que pela natureza da atividade desenvolvida pela reclamante, seu gênero feminino e sua faixa etária, a patologia descrita não guarda qualquer nexo de causalidade com as funções desempenhadas na reclamada, não podendo imputar um eventual infortúnio à autarquia demandada.

Nesse sentido:

EMENTA: Pedido de indenização civil. Falta de prova. A ausência de nexo causal de doença com o trabalho na reclamada, sem prova de que a patologia decorreu das atividades laborativas, mas de fatores personalíssimos do trabalhador, obsta a postulada indenização pecuniária.²

Constata-se, portanto, a ausência de nexo causal entre as atividades laborativas desempenhadas pela reclamante e a patologia apresentada.

Caso restem demonstrados os padecimentos físicos e doença que a reclamante reputa terem sido causados em razão de seu trabalho e o nexo de causalidade, o que se admite para argumentar, para a responsabilização civil, imperioso se faz demonstrar a conduta dolosa ou culposa por parte do empregador.

Nesse sentido, cabe analisar se o empregador vem cumprindo com os deveres legais a ele impostos, notadamente no que se refere às condições de trabalho oferecidas à reclamante para o desempenho de suas funções.

Inicialmente observe-se que a reclamante é profissional experiente, atuou no HCFMUSP por 16 anos (outubro de 1989 até seu afastamento em 2005), podendo-se concluir que estava apta a desenvolver as atividades para as quais foi escalada.

A reclamada mantinha um quadro de pessoal suficiente para a realização das tarefas diárias do Departamento Pessoal, sendo certo que a reclamante não era responsável sozinha por toda a documentação dos quase 2 mil funcionários que menciona na inicial, não podendo ser caracterizada culpa quanto às condições de trabalho da reclamante no tocante a este item.

2 Acórdão nº 20090016950, proferido pela 3ª Turma do E. TRT, autos nº 0122720056102009, publicado em 10/02/2009.

A reclamante estava apta a desenvolver as atividades de sua responsabilidade e contava com o respaldo, em termos de pessoal, necessário ao desenvolvimento das mencionadas atividades.

Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente. (Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 4. 20. ed. Saraiva, 2007. p. 17.)

No caso em comento, **não restou configurada a conduta dolosa ou culposa por parte da empregadora**. Logo, não responde a reclamada pelas indenizações pleiteadas, pois ausente um dos pressupostos para responsabilização. Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO – RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR – PROVA DA CULPA – NÃO CONFIGURAÇÃO – Dada a ausência da prova da culpa da ré, essencial para se reconhecer a responsabilidade subjetiva, já que não basta, apenas, o nexo de causalidade entre a ação/omissão do agente e o dano, tem-se que não há como reconhecer a responsabilidade civil da empregadora. Sentença que se mantém³.

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR. A responsabilidade civil do empregador é subjetiva. Apenas quando agir com culpa ou dolo, a empresa tem a obrigação de indenizar o empregado. É o que impõe a Constituição Federal no art. 7º, inciso XXVIII. Também é o que se deduz dos arts. 186 e 927 do Código Civil, que fixam como requisito do ato ilícito a ser reparado a ação ou omissão voluntária do agente ou a conduta negligente ou imprudente. Não se trata da modalidade e responsabilidade objetiva, a qual independe da atuação culposa do agente, sendo devido o ressarcimento tão somente pela ocorrência do dano. Para que o empregador esteja obrigado ao ressarcimento civil, necessária a existência de dano ao empregado, o estabelecimento do nexo causal entre a lesão e as atividades laborais, e a atuação culposa ou dolosa do empregador para a ocorrência do acidente⁴.

3 Acórdão nº 20081097748, proferido pela 3ª Turma do C.TRT, publicado em 13/01/2008.

4 Acórdão nº 20081048844, proferido pela 4ª Turma do C.TRT, publicado em 12/12/2008.

Assim, não é possível afirmar que houve culpa e muito menos dolo da autarquia estadual, o que exclui sua responsabilização.

Ausentes os pressupostos da responsabilidade civil, é incabível a responsabilização do Hospital das Clínicas da FMUSP, motivo pelo qual se requer a total improcedência da demanda.

Pelo exposto, conclui-se que não restou demonstrado que a doença da reclamante foi desencadeada pelas atividades laborais. Caso assim não se entenda, forçoso concluir que a reclamada não manteve nenhuma conduta dolosa ou culposa, que tenha relação com o dano supostamente experimentado pela reclamante, motivo pelo qual indevidas as indenizações pleiteadas, tanto as relativas aos danos materiais, quanto as relativas aos danos morais. Entretanto, por amor à argumentação passa-se a abordar o pleiteado pela reclamante.

DOS DANOS MATERIAIS

Afirma a reclamante que se não fosse a doença/acidente de trabalho certamente estaria em atividade e percebendo um salário. Afirma, ademais, que não conseguiu arrumar emprego em nenhum lugar, tendo em vista sua deficiência. Pleiteia a reclamante pensão mensal no valor equivalente a seu salário, por um período de 28 anos, levando-se em conta uma expectativa de vida de 70 anos de idade.

Pondera-se, inicialmente, que a reclamante não só não logrou demonstrar não estar apta ao trabalho, como teve alta do INSS e não retornou ao trabalho na reclamada.

Relevante destacar, ademais, ser absolutamente inverídica a afirmação da autora de que se não fosse sua doença estaria em atividade e recebendo salário. Mais inverídica ainda se afigura a afirmação de que, em razão de sua deficiência, a reclamante não consegue arrumar emprego em lugar algum.

A reclamante ainda é servidora da reclamada, estando o vínculo empregatício em pleno vigor. Prova disso é o pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho formulado pela autora na exordial.

Em 2008, a reclamante retornou ao Instituto de Ortopedia do Hospital das Clínicas, com a documentação do INSS, para treinamento por 30 dias. Teve suas atividades readequadas conforme orientação do INSS, no entanto realizou o treinamento apenas durante 2 dias e não retornou à reclamada até a presente data.

A reclamante não retornou ao trabalho na reclamada por deliberação própria e ora responde à sindicância por abandono de emprego (doc. 20). Eventual recurso que ela tenha apresentado no INSS em face de sua alta não obstará o seu retorno ao trabalho, com a adaptação de suas funções.

Em suma, a reclamante deliberadamente abandonou seu emprego e ora pretende um pensionamento mensal até a idade em que completaria 70 anos!!! Nada mais absurdo!!!

De todo o já exposto, verifica-se que a suposta moléstia profissional que a reclamante afirma ter desenvolvido não se confirma.

Na remota hipótese de ser acolhida a tese da reclamante, relevante destacar que a conta feita pela reclamante de que ainda teria 28 anos de trabalho não poderá prevalecer.

A reclamante afirma que, por ocasião da doença (em 2005), contava com 42 anos de idade e, portanto, teria 28 anos de pensão a receber. Sucede que os períodos anteriores a 13.07.2006 estão fulminados pela prescrição.

Ademais, não pode incluir no pensionamento mencionado acima os períodos em que recebeu o benefício previdenciário pelo INSS, sob pena de *bis in idem*.

Incabível, portanto, a pensão mensal pleiteada, tendo em vista o recebimento do benefício previdenciário, ou seja, a reclamante não deixou de auferir renda, pois está recebendo o auxílio-doença, em valor compatível com seu salário, conforme explicitado acima.

Ainda que assim não se entenda o pagamento da pensão mensal, não poderia ultrapassar a data em que a reclamante completaria 65 anos de idade, ocasião em que ela, em tese, passaria à inatividade ante sua jubilação.

Por fim, destaca-se ser inviável o pagamento em uma única parcela da pensão, sob pena de desvirtuar a finalidade do pensionamento mensal, que seria substituir o salário auferido mensalmente pelo trabalhador.

Assim, pela improcedência do pedido de pensão mensal correspondente ao valor do salário da reclamante. Ainda que assim não se entenda, no caso de condenação, cada reclamada deverá responder pelo valor referente ao salário pago à reclamante, afastada a solidariedade e a soma dos salários e conforme o período acima mencionado.

DANOS MORAIS E SEUS VALORES

Ainda que seja demonstrada a ocorrência do acidente/doença do trabalho, não há que se falar em indenização por danos morais, como veremos.

Não obstante, cumpre destacar que a reclamante não descreve na inicial quais os sofrimentos entende passíveis de serem indenizados por dano moral, sendo vagos seus termos. De se notar que também não há prova dessas alegadas situações.

É de se concluir, portanto, que são absolutamente infundadas e incoerentes as alegações feitas, não havendo de se falar em responsabilização civil por inexistir nexo de causalidade e, muito menos, culpa ou dolo do agente e pela ausência de comprovação do dano.

Ausentes os pressupostos da responsabilidade civil, é incabível a responsabilização do Hospital das Clínicas da FMUSP, motivo pelo qual se requer a total improcedência da demanda.

Ainda que certo da improcedência da presente ação, em homenagem ao princípio da eventualidade, temos como descabido o valor pretendido pela reclamante, seja por ser elevado, sobretudo, se considerado a natureza e as atividades desenvolvidas pelo requerido, seja pela falta de proporcionalidade.

O critério trazido na inicial, além de não encontrar amparo legal, não observa que o reclamado trata-se de hospital público.

Pois bem, o reclamado trata-se de autarquia estadual, que presta serviços na área da saúde para toda a população do Estado de São Paulo. Nessa esteira, sendo pessoa jurídica de direito público, por via transversa, quem sofrerá o ônus da sucumbência e arcará com a condenação é toda a sociedade paulista.

É importante frisar, ainda, que a autarquia jamais se omitiu ou negligenciou acerca dos fatos, muito pelo contrário, sempre prestou o pronto atendimento à reclamante e acompanhou de perto sua evolução, precedendo a cada retorno ao trabalho avaliação médica, como se verifica das fichas médicas, o que também deve ser sopesado.

Ainda, temos que o valor pleiteado, 80 vezes o salário mínimo vigente, é excessivo e não leva em conta a condição econômica da reclamante, pessoa simples que exercia a função de auxiliar de nutrição e não se encontra desamparada, até porque está percebendo proventos do INSS.

Ademais, a Constituição veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim.

Assim, na hipótese de ser o hospital condenado a indenizar a autora, deve ser rechaçado o valor pretendido, fixando-se valor menor.

DO FGTS DO PERÍODO DE AFASTAMENTO

Improcedente também é o pedido de recolhimento do FGTS do período de afastamento pelo INSS.

É certo que o parágrafo 5º, do artigo 15 da Lei nº 8.036/90, apenas prevê a obrigatoriedade dos depósitos fundiários em caso de licença por acidente do trabalho. O que não se confunde com a hipótese versada no presente caso.

O afastamento da autora a partir de 22.04.2005 se deu em razão de auxílio-doença comum, prova disso é a ausência de emissão de CAT.

Portanto, a pretensão da autora deve ser rechaçada.

DA JUSTIÇA GRATUITA

Por derradeiro, temos que no presente caso não poderão ser deferidos os benefícios da justiça gratuita, uma vez que não restaram comprovados os requisitos previstos nas Leis de nº 1.060/50 e 7.115/73, que devem ser interpretados à luz do comando da Lei nº 5.584/70, por sua aplicação específica no processo do trabalho.

Como se verifica da análise dos autos, **a reclamante não está desempregada como afirma na inicial** e o valor recebido a título salarial é suficiente para arcar com as custas do processo, de forma que deverá o requerente comprovar a sua efetiva incapacidade financeira, o que não se verifica no caso, até porque houve a livre opção pela contratação de advogado particular.

Ademais, por constituir a gratuidade uma exceção à regra consubstanciada na onerosidade, a concessão deste benefício em situação desconectada da realidade resulta em típico desvio de finalidade, que deve ser coibida pela Justiça, sob pena de onerar indevidamente o erário.

A jurisprudência do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região aponta nesse sentido. Vejamos:

EMENTA: “Custas. Gratuidade. Quem ganha acima do dobro do mínimo precisa provar a incapacidade financeira (L. 5584/70, art. 14, parágrafo 1º)”. (grifo nosso) (TRT – 2ª Região – 6ª T., Acórdão nº 20060102289, Rel. Juiz Rafael E. Pugliese Ribeiro, j. 21.02.2006, DOE/SP 10.03.2006)

EMENTA: “A presunção advinda da declaração de pobreza prevista no art. 1º, da lei 7.115/83, pode ser elidida se os demais elementos constantes dos autos revelarem que o reclamante não é pobre e tem condições de arcar com as custas processuais. Nesse caso, a isenção no pagamento das despesas do processo deve ser evitada, pois não há como se conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita, em situação desconectada de sua finalidade, sem onerar indevidamente o erário público”. (grifos nossos) (TRT – 2ª Região – 1ª T., Acórdão nº 20060662446, Rel. Juiz Pedro Carlos Sampaio Garcia, j. 24.08.2006, DOE/SP 19.09.2006)

Assim, pugna-se pelo indeferimento dos benefícios da justiça gratuita.

Em atenção ao princípio da eventualidade, caso não seja julgada improcedente a reclamatória, o que se admite apenas a título hipotético, impugna-se todos os demais pedidos da exordial, atentando-se para os seguintes termos:

a) Juros e correção monetária

Tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, aí incluídas as suas autarquias, como é o caso dos autos, os juros deverão observar o disposto no artigo 1º - F da Lei federal nº 9.494 de 10.09.97, com redação dada pela Lei nº 11.960 de 29.06.2009, cuja aplicabilidade já está sedimentada pelo Pleno do C. TST na Orientação Jurisprudencial nº 7 e pelo Pleno do E. Tribunal Regional da 2ª Região na Súmula nº 09.

Já com relação à correção monetária, deverão ser aplicados os coeficientes relativos ao mês subsequente, como determina o art. 459, parágrafo único, da CLT e Súmula 381 do C. TST.

b) Custas

Incabível a condenação do reclamado em custas, uma vez que se tratando de ente pertencente à Administração Pública indireta com personalidade jurídica de direito público, isto é, uma autarquia estadual, **encontra-se inserida na isenção prevista no artigo 790-A, inciso I, da CLT.**

c) Recolhimentos fiscais e previdenciários

Quanto aos descontos previdenciários e fiscais, de rigor, que o reclamante arque com os valores correspondentes à sua cota, sendo o empregador tão somente responsável pelo seu recolhimento, consoante orientação jurisprudencial pacificada na Súmula 368 do C. TST.

Pugna-se pela compensação dos valores porventura devidos com aqueles já levantados.

No mais, requer que todas as notificações/intimações sejam encaminhadas juntamente com os autos à sala nº 1, situada no 19º andar – bloco B, do Fórum Trabalhista “Ruy Barbosa”, conforme dispõe o artigo 283, inciso I, do Provimento GP/CR Nº 13/2006 (Consolidação das Normas da Corregedoria do TRT – 2ª Região), com redação dada pela Portaria GP/CR 03/2007 – TRT/SP.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pelo depoimento pessoal, sob pena de confissão, oitiva de testemunhas, juntada de documentos e o que mais necessário for.

Diante de todo o exposto, requer-se que sejam todos os pedidos formulados julgados improcedentes, com a consequente condenação nas cominações de estilo.

Termos em que,
Pede deferimento.
São Paulo, 25 de novembro de 2011.

ANNA LUIZA QUINTELLA FERNANDES

Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 183.625

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DO TRABALHO DA 80ª VARA
DO TRABALHO DA COMARCA DE SÃO PAULO**

Distribuição por Dependência:

Autos do Processo nº 0001633-38.2011.5.02.0080

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.

HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – HCFMUSP, autarquia estadual criada pelo Decreto Lei nº 13.192 de 19 de janeiro de 1943 e Regulamento aprovado pelo Decreto nº 9.720 de 20 de abril de 1977, por intermédio da Procuradora do Estado que esta subscreve, consoante o determinado pelo artigo 99 da Constituição do Estado de São Paulo, na redação dada pela Emenda 19/04, que incumbiu a Procuradoria Geral do Estado da representação judicial das autarquias e pela Resolução PGE nº 10, de 26 de maio de 2006, publicada no Diário Oficial do Estado em 30 de maio de 2006, que disciplinou a transferência do acervo e a defesa judicial desta autarquia, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência para, com fundamento nos artigos 315 a 318 do Código de Processo Civil, apresentar sua

RECONVENÇÃO

em face de **E. M. C.**, brasileira, solteira, oficial administrativa, nascida em 15/04/1963, filha de **F. P. D.**, portadora da Cédula de Identidade RG nº xxxxxxxxxx/PE, inscrita no CPF/MF sob nº xxxxxxxxxx-xx, CTPS n. 55196, série 00004/PE, residente e domiciliada na rua xxxxx, nº 3, bloco 15, apto 23 – Jardim Tranquilidade – Guarulhos – São Paulo – SP, CEP: 07051-090, o que faz nos seguintes termos.

A autora-reconvinda propôs ação de indenização por danos materiais e morais, objetivando, além do recebimento dos valores relacionados aos supostos danos sofridos, o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho e o recebimento das verbas rescisórias.

Ocorre que **a reclamante confessou na inicial que não se apresentou para trabalhar após o término do auxílio-doença e que não pretende fazê-lo, configurando o abandono do emprego.**

Consoante jurisprudência dominante consagrada pela súmula 390 do C. TST, aos empregados celetistas se aplica a estabilidade prevista pelo artigo 41 da Constituição Federal, motivo pelo qual, em virtude do determinado pelo parágrafo 1º, inciso I do mesmo artigo, necessária se faz a propositura da presente.

A reclamante afirma na inicial que recebeu auxílio-doença previdenciário de 22.4.2005 a 20.09.2009 e não que retornou ao trabalho.

A reclamante não retornou à reclamada para regularizar sua situação junto ao Departamento de Recursos Humanos (DRH) até o presente momento, caracterizando o abandono de emprego consoante o entendimento cristalizado na Súmula 32 do C. TST:

Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer.

Observe-se, pelos documentos anexos, que já foi instaurada sindicância, medida administrativa necessária para a rescisão de seu contrato de trabalho.

Pelo exposto, de rigor seja declarada a justa causa para a rescisão do contrato de trabalho da autora-reconvinda, nos termos do artigo 482, “i”, da CLT, pondo-se fim à relação de emprego.

DOS PEDIDOS

Em face do exposto, requer a V. Exa.:

1) A intimação da autora-reconvinda para, querendo, apresentar a sua resposta à presente reconvenção, sob os efeitos da revelia;

2) A procedência da presente reconvenção, declarando-se a rescisão do contrato de trabalho entre as partes, nos moldes e pelos motivos acima expostos.

Provará o alegado por todos os meios em direito admitidos, requerendo desde logo o depoimento pessoal da autora-reconvinda, sob pena de confissão.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 para fins fiscais, salientando-se que a autora é autarquia estadual e encontra-se inserida na isenção prevista no artigo 790-A, inciso I, da CLT.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 25 de novembro de 2011.

ANNA LUIZA QUINTELLA FERNANDES

Procuradora do Estado

OAB/SP Nº 183.625

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Justiça do Trabalho – 2ª Região
80ª Vara do Trabalho de São Paulo – Capital
Processo nº 0001633-38.2011.5.02.0080

TERMO DE AUDIÊNCIA

Aos vinte e três dias do mês de abril de 2013, às 16h40min, sob a presidência do MM. Juiz do Trabalho, **LUÍS AUGUSTO FEDERIGHI**, foram apregoados os litigantes:

E.M.C., autor, e

HOSPITAL DAS CLÍNICAS – FACULDADE DE MEDICINA DE SP e FUNDAÇÃO FACULDADE DE MEDICINA, rés.

Partes ausentes.

Proposta final de conciliação prejudicada.

Foi proferida a seguinte:

SENTENÇA

Cuida-se de ação trabalhista aforada por **E.M.C.** em face de **HOSPITAL DAS CLÍNICAS – FACULDADE DE MEDICINA DE SP e FUNDAÇÃO FACULDADE DE MEDICINA**, em que são postulados: rescisão indireta; indenização por danos morais e materiais; diferenças de FGTS; juros e justiça gratuita. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 96.688,10. Com a inicial vieram documentos.

As reclamadas apresentaram suas defesas, impugnando as pretensões do autor e requerendo a improcedência dos pedidos às fls. 96/157. A 1ª reclamada apresentou reconvenção.

Juntaram-se documentos.

Laudo pericial médico às fls. 211/222.

Manifestação das partes ao laudo pericial às fls. 227/231.

Esclarecimentos periciais às fls. 233/234.

Sem outras provas e com a concordância das partes, encerrou-se a instrução processual.

Inconciliados.

Relatei.

DECIDO

Da prescrição

Acolhida a arguição de prescrição das parcelas anteriores a cinco anos antes do ajuizamento da reclamação (13.07.2005), nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal (ressalvadas diferenças de recolhimentos fundiários, cuja prescrição é trintenária, e do pedido de reconhecimento de vínculo empregatício, de natureza declaratória).

Litigância de má-fé

Não se vislumbra má-fé na atitude do reclamante em pleitear direitos que julgava devidos.

Da doença profissional e danos morais

Aduz o autor na prefacial ter contraído doença profissional, pleiteando indenização por danos morais daí decorrentes.

Com vistas à apuração do nexo causal, foi determinada a realização de perícia médica.

O laudo pericial acostado às fls. 211/222 é conclusivo no tocante à inexistência do nexo de causalidade entre as atividades profissionais desenvolvidas pelo autor e a doença a ele acometida (hipermobilidade articular com frouxidão ligamentar generalizada e síndrome de De Quervain no punho esquerdo), por tratar-se de patologia não relacionada ao trabalho exercido.

Registre-se que as críticas apresentadas pela reclamante ao trabalho do perito foram por ele devidamente esclarecidas, estando tudo pormenorizadamente informado no laudo técnico apresentado, cujas conclusões este Juízo adota.

Ressalte-se, ainda, que a prova testemunhal não tem a força probatória do laudo técnico, sendo dispensável, portanto.

Ante essas considerações, impõe-se a improcedência do pedido de indenização por redução da capacidade laboral e morais nos moldes da exordial.

Por rejeitado o principal, sucumbe-se o pedido acessório, pois seguem a mesma sorte do principal.

Defiro o requerimento do autor quanto aos benefícios da justiça gratuita eis que atendidos os pressupostos legais.

Diante da concessão dos benefícios da justiça gratuita ao reclamante, suprarreferida, fixo os honorários periciais em R\$ 1.000,00, a despeito dos artigos 141 e 142 do Provimento GP/CR nº 13/2006.

Da rescisão indireta

Na petição inicial, o reclamante alegou que, devido à falta de depósitos no FGTS em sua conta vinculada, deu por rescindido o contrato de trabalho, afirmando que a reclamada teria dado justo motivo para a cessação do pacto laboral nos termos do art. 483, d, da CLT, pleiteando o recebimento dos consectários legais não pagos.

A reclamada alegou em sua defesa que não houve afronta à lei e que não há motivos para a rescisão indireta do contrato de trabalho, juntando documentos, inclusive comprovando os depósitos ao FGTS (docs. 6/17 do volume de documentos).

Cabia ao reclamante provar as infrações cometidas pela reclamada, inteligência dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, ônus que não se desincumbiu. Não tendo o reclamante produzido nenhuma prova neste sentido, indefiro o pedido de rescisão indireta.

Das diferenças de FGTS

Alega o autor que a reclamada não recolheu o FGTS quando estava afastado por auxílio-doença.

Quando o empregado está afastado por auxílio-doença, após os 15 primeiros dias de afastamento, o contrato de trabalho fica suspenso, não sendo devidos os recolhimentos do FGTS para o período. O artigo 15, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e artigo 28, III, do Decreto 99.268/90 asseguram o recolhimento do FGTS apenas quando do afastamento por acidente do trabalho. Considerando que o reclamante afastou-se por auxílio-doença, resta improcedente o pedido.

Da reconvenção

Do abandono de emprego

Alega o reconvincente o abandono de emprego da autora-reconvinda.

Incontroverso que a cessação do benefício de auxílio-doença da autora-reconvinda ocorreu em 20.09.2009.

Cumpra esclarecer que, para que o abandono de emprego fique caracterizado, é necessário que o empregado deixe de trabalhar contínua e ininterruptamente dentro de certo período e que demonstre de maneira inequívoca sua vontade de não mais voltar a trabalhar para o empregador.

De acordo com a Súmula 32 do C.TST, somente após a ausência por um período maior que 30 dias ininterruptos estaria caracterizado o abandono. No caso em tela, é inequívoca a ausência do reclamante por um período maior que 30 dias ininterruptos.

Saliente-se que cabia ao reclamante comprovar que a reclamada o impediu de trabalhar, ônus este que não se desvencilhou.

Realmente, a ré-reconvinte não era obrigada a aguardar a resposta aos pedidos de reconsideração apresentados pelo autor-reconvindo. Desse modo, nos termos da Súmula nº 32 do C.TST, reconheço o abandono de emprego.

Por conseguinte, são indevidas as verbas rescisórias decorrentes da dispensa imotivada, multa do art.467 e 477 da CLT, além das guias do FGTS e do seguro-desemprego.

Arbitro a data de dispensa do reclamante em 20.10.2009.

Procede, portanto, o pedido reconvenicional.

Da justiça gratuita

Defiro o pedido de justiça gratuita, porque foram preenchidos os requisitos do artigo 790, § 3º, da CLT.

Em face do exposto, nos termos e limites da fundamentação supra, integrantes deste *decisum*, julgo **PROCEDENTE** a pretensão formulada na reconvenção, para declarar rescindido o contrato de trabalho em 20.10.2009, por justa causa, em razão de abandono de emprego, e **IMPROCEDENTE** a pretensão formulada na inicial.

Nos cálculos de liquidação deverão ser observados os limites e critérios impostos na fundamentação.

Deferido o benefício da Justiça gratuita.

A reclamada deverá anotar a baixa na CTPS da reclamante, para constar a correta data de demissão em 20.10.2009, no prazo de 10 dias após o encarte da CTPS aos autos pela reclamante e do trânsito em julgado desta decisão, sob pena de multa de R\$ 100,00 por dia de atraso no cumprimento da obrigação de fazer imposta pelo Juízo (artigo 461, §5º, do Código de Processo Civil), limitado em 30 dias, devendo ainda, no mesmo prazo, efetuar os recolhimentos previdenciários e fundiários, além de responder pelas multas administrativas cabíveis.

Oportunamente, a Secretaria da Vara providenciará a intimação da autora para que disponibilize o documento para viabilizar o cumprimento da determinação judicial, se for o caso.

Descontos previdenciários e fiscais na forma da Súmula 368 do C. TST c/c a IN 1127/11 da RFB.

Juros na forma da Lei 8.177/91 e correção monetária nos termos da Súmula 381 do C. TST.

Custas da ação originária, pelo reclamante, no importe de R\$ 1.933,76, calculadas sobre o valor dado à causa de R\$ 96.688,10, cujo recolhimento fica isento.

Custas da reconvenção, pela autora-reconvinda, no importe de R\$ 20,00, calculadas sobre o valor da reconvenção, ora arbitrado em R\$ 1.000,00, cujo recolhimento fica isento.

Intimem-se. Nada mais.

LUÍS AUGUSTO FEDERIGHI

Juiz do Trabalho

Parecer da Coordenadoria de Empresas e Fundações, Consultoria Jurídica da Artesp e Consultoria Jurídica da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional

PROCESSO: GDOC nº 18487-310037/2014

(Processos ARTESP nº 016.026/2013, 016.036/2013 e 016.162/2013)

PARECER: GPG nº 03/2014

INTERESSADOS: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP; Secretaria Estadual de Logística e Transportes de São Paulo – SLT.

ASSUNTO: PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. CONCESSÃO PATROCINADA – ESTRADA DOS TAMOIOS (RODOVIA SP 099). Exame da minuta do edital e do contrato. Matéria regida pela Lei federal 11.079, de 30/12/2004, e suas alterações. Lei federal 8.987, de 13/02/1995 e Lei federal 8.666, de 21/06/1993. No âmbito estadual, aplicação das Leis 7.835/92 e 6.544/89. Atendimento dos Requisitos Legais. Observações.

Senhor Procurador Geral,

1. Trata-se de proposta de concorrência pública de âmbito internacional objetivando a concessão patrocinada da prestação dos serviços públicos de operação e manutenção de trecho da Rodovia SP 099 (“Estrada dos Tamoios”), entre os quilômetros (km) 11+500 km e 83+400 km, das SPAS 032/099, 033/099, 035/099 e 037/099 e dos Contornos viários de Caraguatatuba e São Sebastião (“Contornos”), bem como para a execução de obras civis no trecho entre os quilômetros 60+480 km e 82+000 km da Rodovia SP 099 (“Projeto Tamoios”).

2. Os autos administrativos vieram encaminhados ao Gabinete do Procurador Geral do Estado para análise final das minutas do Edital e do Contrato e emissão de parecer, nos termos do Despacho CGD-ARTESP referente ao protocolo nº 252.261/13.

3. Foram anexados aos autos:

3.1. **Processo ARTESP nº 016.162/2013**

1. Minuta da Ata da 63ª Reunião Ordinária do CGPPP/SP (fls. 9.514/9.518 – 42º vol.)
2. Atas das 59ª e 60ª Reuniões Ordinárias do CGPPP/SP (fls. 422/426 – 2º vol.)
3. Ofício SLT GS nº 0409/2013, da SLT, requerendo o enquadramento do Projeto Tamoios no Programa Estadual de PPP (fls. 192/201 – 1º vol.)
4. Aprovação do Projeto Tamoios pelo Conselho Diretor da ARTESP e sua justificativa (fls. 03/04 e 07/08 do 1º vol.)
5. Relatório de Modelagem Econômico-Financeira da Parceria Público-Privada (PPP) da Rodovia dos Tamoios (SP-099) (fls. 306/365 do 2º vol.)
6. Relatório de Modelagem Jurídica e matriz de riscos (fls. 366/421 do 2º vol.)
7. Justificativas técnicas para as exigências de qualificação técnica (fls. 9.560/9.568 – 42º vol.)
8. Justificativas técnicas para o risco geológico (fls. 9.571/9.580 – 42º vol.)
9. Diretrizes para licenciamento ambiental
10. Licença Prévia da Ampliação Principal (fls. 11.829/11.842 – 54º volume)
11. Licença Prévia (fls. 11.750/11.759 – 54º volume) e Licença de Instalação (fls. 11.760/11.786 – 54º volume) do Trecho de Planalto
12. Licença Prévia (fls. 11.788/11.817 – 54º volume) dos Contornos de Caraguatatuba e São Sebastião e Licença de Instalação do Contorno Norte de Caraguatatuba – Prioridade 1 (fls. 11.818/11.827 – 54º volume)
13. Consulta à PGE sobre a estrutura de garantias (fls. 9.582/9.589 – 42º vol.)
14. Estudo de viabilidade econômico-financeira elaborado pela SLT (fls. 9.590/9.646 – 42º vol.)
15. Relatório Técnico sobre o Projeto produzido pela SLT e ARTESP (fls. 9.647/9.682 – 42º vol.)
16. NT nº 03/2014 da UPPP sobre Viabilidade orçamentária do Projeto Tamoios (fls. 9683/9691 – 42º vol.), em adendo à Manifestação UPPP 007/2013
17. Declaração do Sr. Secretário de Logística e Transportes sobre o preenchimento dos requisitos do art. 10 da Lei federal de PPP – fls. 9.692/9.694 – 42º vol.)
18. Minutas de Edital e Contrato e seus Anexos (fl. 9.698 e ss. do 43º vol. ao 55º vol.)

19. Projeto referencial para obtenção da Licença Prévia da Ampliação Principal (fl. 6.259 do 24º volume e seguintes)

3.2. Processo ARTESP nº 016.026/2013

20. Aviso de Audiência Pública no DOE de 12 de outubro de 2013
21. Aviso de Audiência Pública no *Diário de São Paulo* de 14 de outubro de 2013 (fls. 3 e 4) e na página eletrônica da ARTESP (fl.5)
22. Transcrição da Audiência Pública
23. Outros documentos da Audiência Pública

3.3. Processo ARTESP nº 016.036/2013

24. Aviso no DOE de 06 de novembro de 2013 da abertura da Consulta Pública no período de 06 de novembro de 2013 a 6 de dezembro de 2013 (fl. 5 do vol. 1)
25. Aviso no *Diário de São Paulo* de 6 de novembro de 2013 da abertura da Consulta Pública
26. Documentos disponibilizados na Consulta Pública (fl. 11 e seguintes)

4. Encontram-se nestes autos os projetos das obras do Trecho de Planalto e dos Contornos, os estudos de viabilidade, a modelagem econômico-financeira e jurídica, os estudos técnicos e de impacto ambiental. Em complementação aos documentos supramencionados, anexamos nesta data a Manifestação Formal nº 007/2013 da UPPP, que recomenda ao CGPPP/SP a aprovação da Modelagem Final do Projeto Tamoios, o Resumo dos Valores Finais do Projeto Tamoios, elaborado pela Consultoria Financeira, bem como as minutas finais de edital e contrato.

É o breve relatório. Opinamos.

5. O Projeto Tamoios contempla a prestação dos serviços públicos de operação e manutenção do trecho entre os quilômetros (km) 11+500 Km e 83+400 Km da Estrada dos Tamoios e a realização de obras no Trecho de Serra, entre os quilômetros 60+480 Km e 82+000 Km (“Ampliação Principal”). Cabe destacar que o Governo do Estado de São Paulo já está investindo nas obras de ampliação do Trecho de Planalto da Estrada dos Tamoios, assim como nas obras de implantação dos Contornos.

6. Para a implantação dos Contornos, foi celebrado convênio entre o Departamento de Estradas de Rodagem (“DER”) e a Desenvolvimento Rodoviário S.A. (“DERSA”), estabelecendo diretrizes e atividades correlatas para a implantação do empreendimento “NOVA TAMOIOS – CONTORNOS” nas cidades de Caraguatatuba e São Sebastião. Com base no referido instrumento, a DERSA celebrou contratos de empreitada para os quatro lotes em que foi segmentada a obra, disponibilizados na forma de Anexo ao Edital da Licitação em análise. A entrega final de todos os lotes que constituem os Contornos (1, 2, 3 e 4) está prevista para maio/2017, quando então serão transferidos ao Parceiro Privado, que ficará responsável por sua manutenção, conservação e operação até o término do prazo contratual.

7. A ampliação do Trecho de Planalto já foi concluída, restando apenas obras complementares a serem executadas, especificadas nos projetos constantes do Anexo XIII, com previsão de término em dezembro/2014.

8. O Projeto Tamoios é fruto de proposta feita pela Secretaria de Logística e Transportes (“SLT”), em conjunto com o DER, a DERSA e a ARTESP. Por ser uma concessão patrocinada, o Projeto foi submetido à análise, apreciação e aprovação do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas (“CGPPP/SP”). A Proposta Preliminar do Projeto Tamoios foi aprovada pelo CGPPP/SP em 20 de abril de 2011, em sua 36ª Reunião Ordinária. Após a 59ª Reunião Ordinária, os membros da Unidade de Parcerias Público-Privadas (“UPPP”) se reuniram com membros da SLT e da ARTESP para afinar os estudos e adequar os aspectos apontados na modelagem, de forma a fazer com que o Projeto Tamoios pudesse ser aprovado pelo CGPPP/SP.

9. Conforme noticiado na 42ª Reunião Ordinária do CGPPP/SP, houve a apresentação de Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP por parte da Odebrecht Transport Participações S.A., da Ecorodovias Infraestrutura e Logística S.A. e da Serveng-Civisan S.A. Empresas Associadas de Engenharia para realizar estudos pertinentes ao projeto. No entanto, conforme noticiado na Ata da 59ª Reunião Ordinária do CGPPP, a SLT concluiu pelo não acolhimento da referida MIP, “*em razão do escopo da proposta ser conflitante com a estratégia de implantação da Rodovia dos Tamoios, adotada pela Setorial*”, no que foi acompanhada pelo CGPPP.

10. A Concessão Patrocinada, nos termos do art. 3º, § 4º, da Lei estadual nº 11.688, de 19 de maio de 2004, foi incluída no Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo por recomendação do CGPPP/SP, em sua 60ª Reunião Ordinária, realizada em 04 de outubro de 2013, cuja ata foi publicada no DOE/SP, edição de 31 de outubro de 2013.

11. Naquela ocasião, foi aprovada a Modelagem Final do Projeto Tamoios, permitindo que se prosseguisse às fases seguintes de Audiência e Consulta Públicas.

12. Aos 29 de outubro de 2013, foi realizada Audiência Pública no Auditório da Secretaria da Justiça para apresentação do Projeto Tamoios. No período de 06/11/2013 a 06/12/2013, as minutas do edital e do contrato foram disponibilizadas para Consulta Pública, em cumprimento ao disposto no artigo 10, inc. VI, da Lei federal 11.079/2004 (“Lei federal de PPP”).

13. Aos 25 de março de 2014, o Governador do Estado assinou Decreto autorizando a publicação do Edital da PPP Tamoios, conforme amplamente noticiado nos veículos de comunicação.

14. A partir das informações, observações e sugestões colhidas na audiência e consulta públicas, bem como junto à equipe técnica da ARTESP, foi apresentado o modelo final do projeto, cujas minutas ora são analisadas.

I – DA CONCESSÃO PATROCINADA EM EXAME E SUAS CARACTERÍSTICAS

15. Define a Lei federal de PPP a concessão patrocinada em seu **artigo 2º, § 1º**, como “*a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado*”.

16. A contratação em exame tem prazo contratual de 30 (trinta) anos, contados da assinatura do Termo de Transferência Inicial, documento por meio do qual o Poder Concedente transfere ao Parceiro Privado o Sistema Existente (trechos de rodovias indicados no Anexo II do Contrato)¹.

17. A Ampliação Principal será executada pelo Parceiro Privado nos primeiros 05 (cinco) anos contados da data da transferência do Sistema Existente à Concessionária. Dessa forma, o prazo limite para encerramento do período de investimentos é de 60 (sessenta) meses.

1 O Sistema Existente contempla o trecho da Rodovia SP 099 entre os quilômetros 11+500 Km 83+400 Km, o Trecho de Planalto, conforme duplicado pelo Poder Concedente, o Trecho de Serra existente da Rodovia SP 099, bem como as Rodovias de Acesso (SPAs) indicadas no Anexo II da minuta do edital.

18. Cabe ressaltar, por oportuno, que, com a assinatura do Termo de Transferência Inicial, o Parceiro Privado assumirá a operação do Sistema Existente, se responsabilizando por sua exploração adequada, e, quando da conclusão das obras de Ampliação Principal e da entrega dos Contornos, do Sistema Rodoviário.

19. Após a implantação do Programa Intensivo Inicial – PII, descrito no Anexo V, e início das obras de Ampliação Principal, as Praças de Pedágio implantadas pelo Parceiro Privado no Sistema Existente poderão ser ativadas para início da cobrança das Tarifas de Pedágio. Ou seja, o início da Operação Comercial está condicionado ao cumprimento das etapas de investimento previstas no PII, bem como ao início das obras civis de duplicação do Trecho de Serra.

II – QUANTO AO PREENCHIMENTO DAS EXIGÊNCIAS DA LEI FEDERAL DE PPP

20. A lei estabeleceu diversas diretrizes para as contratações de Parcerias Público-Privadas, as quais se encontram alinhavadas no artigo 4º da Lei federal de PPP, tendo como principais objetivos assegurar a eficiência, o respeito aos interesses dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos de sua execução, a responsabilidade fiscal, a transparência, a sustentabilidade financeira, a indelegabilidade das funções típicas de Estado e a repartição de riscos entre os parceiros. Transcreva-se o teor do dispositivo citado:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

21. As justificativas apresentadas pela Administração Pública que deram ensejo ao presente projeto (conforme detalhado a seguir), bem como os termos do contrato, atendem às diretrizes legais para contratações no modelo de parceria público-privada.

III – DO PROCESSO LICITATÓRIO

22. Quanto ao processo licitatório, deve ele conter os elementos exigidos no artigo 10 da Lei federal de PPP, como a seguir exposto:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

III.1. Justificativa apresentada pela autoridade competente

23. Verifica-se que o requisito legal consistente no item I do artigo 10 acima transcrito foi atendido, conforme manifestação da autoridade competente consubstanciada, especialmente, na Declaração do Sr. Secretário de Logística e Transportes (fls. 9.693/9.694 – 42ª volume), no Relatório Técnico sobre o Projeto Tamoios produzido pela SLT e pela ARTESP (fls. 9.647/9.682 – 42ª volume, em especial, fls. 9.681/9.682), no Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira da Concessão elaborado pela SLT (fls. 8.768/8.833 – 37ª volume), bem como na Aprovação do Projeto de Concessão pelo Conselho Diretor da ARTESP (fls. 03/04 – 1ª volume) e na Justificativa apresentada pela Assessoria da Diretora Geral, Dra. Karla Bertocco (fls. 07/08 – 1ª volume). Referidos estudos fundamentaram a decisão do CGPPP/SP no sentido de autorizar as providências necessárias à publicação do Edital.

III.2. Análise pela Unidade de Parcerias Público-Privadas

24. Com a atenção voltada às exigências contidas no referido dispositivo legal, vale ressaltar os aspectos principais da NT UPPP nº 003/2014, Adendo à manifestação da UPPP nº 007/2013, acostada às fls. 9.685/9.691 (42ª volume).

25. Denota-se, de tal manifestação, que os órgãos competentes avaliaram o projeto do ponto de vista do artigo 10 da Lei federal de PPPs, estando assegurado que há margem no que tange ao limite de endividamento do Estado de São Paulo quanto à sua carteira de projetos de Parcerias Público-Privadas (art. 28 da citada lei).

26. A UPPP conclui por recomendar ao CGPPP/SP a aprovação do projeto ora em análise, em sua Manifestação 007/2013, datada de 03 de outubro de 2013.

27. Quanto aos aspectos orçamentários, constam os seguintes documentos:

28.1. Manifestação formal da UPPP acerca da viabilidade orçamentária do Projeto Tamoios, atestando: **(i)** que o projeto está previsto no PPA 2012-2015, no Programa 1606 “Ampliação, Recuperação e Modernização da Malha Rodoviária”, ação “Duplicação, Implantação e Recuperação de Rodovias Estaduais”; **(ii)** que a LDO lista como prioridade a mesma ação 1418 “Duplicação, Implantação e Recuperação de Rodovias Estaduais”; **(iii)** que a LOA-2014 apresenta rubrica orçamentária específica para a PPP Tamoios – “Apoio à Parceria Público-Privada para a Rodovia dos Tamoios – Trecho Serra”, que contará com recursos orçamentários a partir de 2015, ano em que serão iniciadas as obras.

28.2. Declaração do Sr. Secretário de Logística e Transportes no sentido de que: **(i)** as despesas criadas/aumentadas não afetarão os resultados previstos no Anexo de Prioridade e Metas da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2014, em conformidade com o estabelecido no parágrafo primeiro do art. 4º da Lei Complementar nº 101/2000; **(ii)** foram observados os limites e condições de endividamento da Administração Pública, havendo condições suficientes para cobrir os impactos orçamentários e financeiros em todos os exercícios do Contrato de Concessão Patrocinada do Projeto Tamoios, levando-se em conta as normas gerais relativas à consolidação das contas públicas, aplicáveis aos contratos de PPP; **(iii)** as obrigações a serem contraídas pela Administração no decorrer do Contrato são compatíveis com o Plano Plurianual – PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e estão previstas na Lei Orçamentária Anual – LOA; **(iv)** o contrato referente à PPP demandará despesas de caráter continuado, estando compatível com os limites estabelecidos pelo art. 28 da Lei federal nº 11.079/2004.

28.3. O Relatório Técnico sobre o Projeto Tamoios elaborado pela SLT (fls. 9.648/9.682) traz a estimativa do fluxo de recursos públicos necessários para o cumprimento das obrigações contratuais, consubstanciadas no pagamento de Aporte de Recursos durante o prazo de cinco anos e de contraprestações mensais pelo restante do prazo contratual. Esclarece o Relatório que o valor da Contraprestação corresponde a cerca de 157 MM/Ano, a ser paga a partir da conclusão das obras de Ampliação Principal, e que o Aporte de Recursos públicos corresponde ao montante de R\$ 2,185 bilhões (cerca de 75% do total dos investimentos iniciais), cujo desembolso deverá ocorrer trimestralmente, de acordo com os marcos fixados no contrato e seus Anexos.

28.4. Restam, portanto, atendidos os requisitos impostos pelos incisos I, “b” e “c”, II, III, IV e V do artigo 10 da Lei 11.079/2004.

28.5. Por outro lado, observando-se a proximidade do termo final do mandato governamental e o disposto no artigo 42 da Lei Complementar nº 101/2000

(LRF), entendemos que essa norma não possui o alcance de inviabilizar a celebração de contrato de Parceria Público-Privada, ainda que nos últimos dois quadrimestres do mandato do titular do Poder Executivo.

28.6. Com efeito, uma das exceções reconhecidas por esta Procuradoria Geral do Estado à aplicabilidade da vedação do artigo 42 da LRF reside, justamente, nas contratações incluídas no Plano Plurianual, tendo-se em vista que, nesses casos, *“a par de não se tratar de despesa nova, sem implicações eleitoreiras, o novo governo estará compelido a cumprir as metas do Plano Plurianual, como decorre do disposto no artigo 35, § 2º, inciso I, do Ato de Disposições Transitórias da Constituição Federal”*².

28.7. Para além desse aspecto – aplicável a qualquer contratação com objeto inserido no Plano Plurianual –, há, ainda, que se destacar uma especificidade das contratações de Parcerias Público-Privadas, para as quais o artigo 10 da Lei federal de PPP estabelece requisitos atinentes à responsabilidade fiscal, não trazendo, notadamente, qualquer alusão a restrições quanto ao momento da contratação. No silêncio da Lei 11.079/2004, parece razoável admitir-se que a vedação do artigo 42 da Lei Complementar nº 101/2000 não é aplicável aos contratos de Parcerias Público-Privadas³.

29. As minutas do edital e do contrato foram devidamente submetidas à consulta pública, restando atendido o inciso VI do artigo 10 supramencionado.

30. Em relação ao licenciamento ambiental, o processo veio instruído com a cópia das seguintes Licenças:

- **Ampliação Principal (Trecho de Serra):** Licença Prévia (fls. 11.829/11.842 – 54º volume).
- **Trecho de Planalto:** Licença Prévia (fls. 11.750/11.759 – 54º volume) e Licença de Instalação (fls. 11.760/11.786 – 54º volume).
- **Contornos de Caraguatatuba e São Sebastião:** Licença Prévia (fls. 11.788/11.817 – 54º volume) e Licença de Instalação do Contorno Norte de Caraguatatuba – Prioridade 1 (fls. 11.818/11.827 – 54º volume).

30.1. Verifica-se, portanto, o atendimento do inciso VII do artigo 10 supramencionado.

2 Parecer GPG nº 003/2006.

3 No mesmo sentido, a doutrina de Floriano de Azevedo Marques Neto e Eduardo Ferreira Jordão, in Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Ano 6, nº 21, abr/jun 2008, Belo Horizonte: Fórum, 2003.

III.3.Edital

31. As minutas de edital e contrato elaboradas pela ARTESP atenderam às orientações já traçadas pela Procuradoria Geral do Estado em projetos anteriores e serviram de ponto de partida para várias reuniões realizadas pelo grupo que vem acompanhando a elaboração do Projeto Tamoios (Setorial/PGE/Grupo Técnico/Secretaria da Fazenda), sendo que as alterações acordadas foram inseridas diretamente nas minutas ora anexadas.

32. A seguir, passamos a analisar as questões de cunho jurídico de maior relevância, recomendadas pela Procuradoria Geral do Estado:

III.3.a) Critério de Julgamento para a Licitação

32.1. O Edital contempla as diretrizes gerais, elaboradas em atendimento à decisão do CGPPP/SP, consistente em uma concorrência internacional.

32.2. Conforme definição governamental no âmbito do CGPPP/SP, o critério de julgamento contido no edital é o de MENOR VALOR oferecido a título de Contraprestação Pecuniária da Concessão, em conformidade com o artigo 12, inciso II, alínea “a” da Lei federal de PPP.

III.3.b) Garantia de Proposta

32.3. Pela regra do artigo 31, III, da Lei federal nº 8.666/93, em licitações tradicionais, sem inversão de fases, tal documento deve ser aberto em primeiro lugar, de modo a se poder conhecer os participantes que de fato tem condições de se apresentar para determinado certame licitatório.

32.4. A garantia da proposta foi fixada em R\$ 39.063.346,54, que corresponde a 1% (um por cento) do valor dos investimentos, e não pode ser considerada como barreira de entrada aos interessados em potencial, por não se caracterizar excessivo ao fim colimado. A lei de licitações, que tem aplicação subsidiária nos contratos de parceria público-privada, estabelece no artigo 31, III que a garantia da proposta pode ser fixada em até 1% do valor do contrato.

32.5. Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado tem entendido que o valor do contrato a ser considerado, nas concessões patrocinadas, para efeito de aplicação do percentual fixado em lei, deve corresponder ao valor dos investimentos do contrato. Considerando que o valor estimado para os investimentos do contrato que se busca licitar corresponde a R\$ 3.906.334.654,07, temos que o parâmetro legal foi atendido.

III.3.c) Atestados Exigidos para Habilitação Técnica e documentos de Qualificação Econômico-Financeira

32.6. O Edital prevê que o licitante apresente atestados que demonstrem experiência em várias atividades, com o objetivo de selecionar concorrentes que efetivamente detenham experiência na prestação dos serviços e obras relacionadas (experiências operacional e construtiva).

Experiência operacional:

- a. Comprovação de administração, gestão e operação de rodovias, com volume de tráfego médio diário anual (VDMA) superior a 10.000 (dez mil) veículos, bidirecional;
- b. Experiência na operação de sistemas de cobrança automática de pedágio;
- c. Experiência na elaboração e execução de projetos de sinalização, projetos de dispositivos de contenção viária, manutenção e conservação de sinalização vertical, sinalização horizontal e sinalização de obras;
- d. Experiência na elaboração de estudos e projetos de segurança viária.

Experiência construtiva:

- e. Comprovação da realização de serviços de terraplanagem contendo, no mínimo: (i) escavação de material de 1ª e 2ª categorias com, no mínimo, 600.000 m³ (seiscentos mil metros cúbicos); (ii) escavação de material de 2ª e 3ª categorias, com explosivos com, no mínimo, 135.000 m³ (cento e trinta e cinco mil metros cúbicos); (iii) transporte de qualquer natureza de, no mínimo, 6.550.000 m³ (seis milhões, quinhentos e cinquenta mil metros cúbicos);
- f. Comprovação da realização de serviços de pavimentação contendo, no mínimo: (i) pavimentação de concreto de cimento Portland com, no mínimo, 15.000 m³ (quinze mil metros cúbicos); e (ii) pavimentação de cimento asfáltico com, no mínimo, 4.500 m³ (quatro mil e quinhentos metros cúbicos);
- g. Comprovação da realização de serviços de execução de obras de arte especial e execução de túneis contendo, no mínimo: (i) execução de obra de arte especial em vigas pré-moldadas, lajes ou caixão com, no mínimo, 5.000 m² (cinco mil metros quadrados); (ii) execução de obra de arte especial em balanços sucessivos com vão maior ou igual a 85 m (oitenta e cinco metros) com, no mínimo, 4.000 m² (quatro mil metros quadrados);

- h. Comprovação de execução de túnel(is) em rocha com seção transversal maior ou igual a 80 m² (oitenta metros quadrados) e extensão de, no mínimo, 3.600 m (três mil e seiscentos metros);
- i. Comprovação de experiência: (i) em processos de licenciamento ambiental de obras rodoviárias com dimensões e características semelhantes ao objeto desta Licitação; e (ii) conhecimento na gestão ambiental em obras de transporte (rodovia ou ferrovia).

32.7. Apesar de admitir o somatório de até três atestados para fins de comprovação da experiência exigida, exceto no tocante à construção de túneis com seção transversal maior ou igual a 80 m², o Edital traz em seu bojo rol extenso de exigências relativas à qualificação técnica. Nesse sentido, de modo a ampliar a competitividade no certame e evitar eventuais questionamentos no Tribunal de Contas do Estado⁴, o mais recomendável seria adotar a técnica da subcontratação qualificada.

32.8. Por meio dessa técnica, o licitante poderia comprovar o atendimento da qualificação técnica ou, alternativamente e à sua escolha, comprometer-se a, previamente à contratação, apresentar o contrato celebrado com uma empresa subcontratada, comprovando que esta atende ao aludido requisito de qualificação técnica.

32.9. No entanto, a definição quanto às exigências técnicas que nortearão a qualificação exigida das licitantes no edital de licitação cabe à Administração Pública, que tem os conhecimentos necessários para tanto. Durante a elaboração do projeto foram feitas recomendações no sentido de que a Administração deve se assegurar quanto à efetiva competitividade do certame e orientações do Tribunal de Contas do Estado, sendo a própria Artesp competente para se certificar de que essas condições foram atendidas considerando as empresas que atuam no setor privado. Nesse sentido, consta justificativa elaborada pelo corpo técnico da AR-TESP acerca da necessidade das exigências acima arroladas (fls. 9552/9569 – 42º volume), o que respalda a opção do administrador por uma qualificação técnica detalhada.

32.10. Como exigências postas para qualificação econômico-financeira dos licitantes optou-se por exigir, além dos documentos legalmente previstos, que a licitante comprove, na data estabelecida para entrega da documentação e propos-

4 Considere-se, a esse respeito, o teor da Súmula nº 30 do TCE: “*Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica, poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, ficando vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais e outros itens.*”

tas, patrimônio líquido de, no mínimo, R\$ 195.316.732,70. Deverá se certificar a ARTESP que a exigência de patrimônio líquido nesse patamar atende à previsão legal do artigo 31, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, e que não compromete a competitividade potencial do certame, consideradas as empresas atuantes no mercado.

32.11. Para os licitantes reunidos em consórcio, o Edital fez uma exigência maior, ao determinar que o valor do patrimônio líquido mínimo a ser comprovado deverá ser 30% superior ao quanto exigido dos licitantes individuais.

III.3.d) Requisitos para SPE

32.12. O Edital faz referência à Sociedade de Propósito Específico – SPE, a ser constituída pelo licitante vencedor ou consórcio licitante vencedor para a assinatura do contrato. Esta deverá ser constituída na forma de sociedade por ações, na forma de companhia aberta, com valores negociados no mercado. A SPE deverá adotar padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, de acordo com as práticas contábeis do Brasil e seguindo a Lei nº 6.404/76.

III.3.e) Ressarcimento dos Estudos

32.13. Não há estudos a serem ressarcidos pela licitante vencedora do certame.

III.3.f) Metodologia de Execução/Plano de Negócios

32.14. A Metodologia de Execução está sendo exigida como elemento integrante dos documentos de habilitação, sob a denominação de “Metodologia de Execução”. No entanto, é necessário alertar que tal opção, apesar de constar do art. 30, § 8º, da Lei de Licitações, quando autoriza a exigência de metodologia de execução em “*obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade*”, tem por consequência necessária a avaliação detida, por parte da Administração, dos elementos técnicos referentes àquelas atividades (obras etc.), fundada exclusivamente em critérios objetivos devidamente explicitados no Edital.

32.15. Não haveria que se falar, por sua vez, na exigência do mencionado documento a título de elemento integrante da proposta técnica, tendo em vista o critério de julgamento escolhido (art. 12, II, “a”, da Lei federal nº 11.079/2004).

32.16. Já o Plano de Negócios está sendo exigido como documento integrante da Proposta de Preço (proposta econômica). Entendemos que sua análise conjunta com a proposta econômica traz maior segurança na verificação pelo Poder Concedente acerca da validade (exequibilidade, p. ex.) da proposta econômica apresentada, podendo, por isso, ensejar a desclassificação de eventual proposta que contrarie aqueles requisitos mínimos necessários ao Plano de Negócios.

32.17. Por fim, salientamos que sua adoção como elemento integrante da proposta econômica encontra não só respaldo doutrinário, como também junto aos Tribunais de Contas pátrios.

IV – CONTRATO

IV.1. Objeto do contrato

33. O objeto do contrato está descrito a contento, podendo ser resumido como a concessão patrocinada dos serviços públicos de operação e manutenção do Sistema Existente, correspondente aos trechos da Rodovia SP 099 compreendidos entre os quilômetros (KM) 11+500 Km a 83+400 Km, as SPAs 032/099, 033/099, 035/099 e 037/099, assim como a operação e manutenção dos Contornos Viários de Caraguatatuba e São Sebastião quando entregues pelo Poder Concedente, bem como a execução de obras civis para a construção da Ampliação Principal, no trecho compreendido entre os quilômetros 60+480 Km ao 82+000 Km da Rodovia SP 099.

IV.2. Condições para assinatura do Termo de Transferência Inicial e necessidade de obtenção das licenças ambientais a cargo do Poder Concedente

34. O início do Prazo Contratual se dará no momento da transferência do Sistema Existente ao Parceiro Privado, por meio da assinatura do documento denominado “Termo de Transferência Inicial”, no prazo de 60 (sessenta) dias da assinatura do Contrato, prorrogável por igual período. Nesse sentido, a minuta do Contrato prevê condições a serem preenchidas para a assinatura do referido documento, dentre as quais merece destaque a exigência de apresentação, pelo Poder Concedente, das Licenças Ambientais cuja obtenção esteja sob sua responsabilidade.

35. Nesse sentido, o Poder Concedente se comprometeu a obter as seguintes licenças ambientais:

- Ampliação Principal: (a) Licença Prévia para o trecho compreendido entre os quilômetros 60+480 Km ao 82+000 Km, da Rodovia SP 099.
- Contornos: (a) Licença Prévia para os Lotes 1, 2, 3 e 4; (b) Licença de Instalação para os Lotes 1, 2, 3 e 4.
- Trecho de Planalto: (a) Licença Prévia, Licença de Instalação e Licença de Operação para todo o trecho da Rodovia SP 099 compreendido entre os quilômetros 11+500 Km ao 60+480 Km.

36. Necessário pontuar que o atraso na obtenção de tais licenças ambientais poderá implicar pedido de reequilíbrio econômico-financeiro por parte do Parceiro Privado, tendo em vista que transferência do Sistema Existente ao Parceiro Privado é *conditio sine qua non* para o início das obras da Ampliação Principal e da Operação Comercial das praças de pedágio (uma vez cumprido o Programa Intensivo Inicial – PII).

IV. 3. Obras a cargo do Poder Concedente

37. O Poder Concedente ficou encarregado da execução das obras de ampliação do Trecho Planalto da Estrada dos Tamoios e da implantação dos Contornos viários de Caraguatatuba e São Sebastião. A minuta do contrato traz o cronograma de entrega das referidas obras.

38. Importante advertir, nesse particular, que o risco de obras é do Estado de São Paulo, razão pela qual eventuais intermitências no âmbito da execução dos contratos de empreitada pela DERSA podem impactar a Concessão ora analisada.

39. A corroborar a assertiva, a minuta do contrato traz em seu bojo cláusula que prevê o direito do Parceiro Privado ao reequilíbrio econômico-financeiro *“caso as obras a cargo do Poder Concedente não sejam entregues nos prazos estimados ou, no caso dos Contornos, em conformidade com os relatórios parciais de desenvolvimento das obras, os Contratos de Empreitada apresentados no Anexo XXIII e o Projeto “As Built”, em até 180 (cento e oitenta) dias após as datas previstas na cláusula 15.3”* (cronograma).

IV.4. Remuneração do Futuro Concessionário da Estrada dos Tamoios

40. A remuneração do Parceiro Privado será feita por meio do pagamento de Aporte de Recursos, de Contraprestação Mensal, da arrecadação de Receita Tarifária e das Receitas Acessórias.

41.1. **Aporte de Recursos.** O Aporte de Recursos é entendido como espécie de remuneração paga ao Parceiro Privado por ocasião da realização de obras e aquisição de bens reversíveis, conforme orientação delineada no Parecer GPG 01-2013, referente à PPP da Linha 6 do Metrô.

41.2. O parágrafo 2º do artigo 7º da Lei federal de PPP dispõe que o pagamento do Aporte de Recursos, quando realizado durante a fase dos investimentos, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas.

41.3. Para atender à previsão legal, o Contrato prevê que os desembolsos do Aporte de Recursos Públicos deverão ocorrer de acordo com os marcos estabelecidos no Contrato e, proporcionalmente, ao progresso físico acumulado das obras da Ampliação Principal.

41.5. Nesse sentido, podemos depreender que o desembolso dos valores a título de Aporte de Recursos dependerá do exercício de fiscalização da ARTESP sobre a efetiva realização de marcos predefinidos em cronograma contratual.

41.7. A minuta do Contrato admite a antecipação dos Eventos fixados para recebimento das parcelas do Aporte de Recursos, a critério do Parceiro Privado. No entanto, o Poder Concedente limitará a antecipação das parcelas de desembolso ao prazo de até 90 (noventa) dias, contado da data em que originalmente estiver previsto o desembolso.

41.8. Cabe ressaltar que a possibilidade de antecipação do cronograma e, consequentemente, do recebimento dos aportes se caracteriza como um incentivo à busca da eficiência pelo Parceiro Privado, que poderá se ressarcir dos custos incorridos quando completar antecipadamente (em relação ao cronograma inicial) as obras. Releva alertar, contudo, que a antecipação dos pagamentos pela Administração está limitada a noventa dias, em razão de questões ligadas à previsão e disponibilidade orçamentária de recursos, de maneira que caberá um acompanhamento da execução do contrato também sob esse aspecto. Nesse particular, a antecipação do pagamento das parcelas do Aporte de Recursos deverá atender às previsões da Lei Orçamentária Anual – LOA.

41.9. **Contraprestação pecuniária mensal.** O pagamento da Contraprestação será feito mediante recursos oriundos do orçamento do Poder Concedente, ficando a remuneração vinculada ao seu desempenho, conforme indicadores previstos no contrato.

41.10. A Contraprestação será mensal, iniciando-se seu pagamento a partir da conclusão das obras da Ampliação Principal. Caso a conclusão das obras ocorra antes do prazo limite fixado para o término do Período de Investimentos,

prevê a minuta do Contrato que o Parceiro Privado terá direito ao recebimento das Contraprestações Mensais, incrementando, com isso, a quantidade de contraprestações recebidas durante o prazo contratual. Por outro lado, no caso de atraso na conclusão das obras de Ampliação Principal, o Parceiro Privado não terá direito ao recebimento das respectivas Contraprestações Mensais, reduzindo, assim, a quantidade de contraprestações recebidas ao longo do Contrato, salvo se o Parceiro Privado comprovar que o atraso decorreu de motivo imputável ao Poder Concedente.

41.11. A Contraprestação sofrerá a incidência do *Coefficiente de Desempenho de Serviços*, por meio do qual serão avaliados os aspectos qualitativos dos serviços prestados pelo Parceiro Privado. Isso poderá significar um fator de redução sobre a Contraprestação.

41.12. Nesse sentido, a remuneração do contrato está prevista em função do desempenho do Parceiro Privado (*remuneração variável*), o qual fará jus a uma parcela fixa e outra variável da Contraprestação Pecuniária. Terá direito, quanto à parcela variável, a um valor determinado desde que atendidos os indicadores fixados pela Administração, conforme regramento previsto no Anexo III. Caso não os cumpra, será descontado de sua parcela variável o *quantum* correspondente aos serviços que deixarem de atender aos padrões exigidos. Tal disposição contratual encontra amparo no artigo 6º, § 1º, da Lei federal de PPP.

41.13. Cabe ressaltar, por fim, que a contraprestação poderá ser reduzida em até 20% do seu valor máximo (“Contraprestação Máxima Mensal”). Nesse sentido, o percentual de 20% parece ser adequado para os fins colimados, a saber, assegurar ao Parceiro Público o pagamento de remuneração correspondente ao desempenho do Parceiro Privado, aferido pelo cumprimento ou descumprimento dos indicadores de qualidade do serviço, em homenagem à exceção do contrato não cumprido, sem, de outro lado, configurar risco excessivo à previsibilidade de recebimento da contraprestação mensal por parte do Parceiro Privado, o que poderia prejudicar a financiabilidade do projeto. Cuida-se, portanto, de “*vincular a performance do parceiro privado às obrigações da Administração Pública, de modo a sofisticar o sinalagma, o elo entre as obrigações contrapostas das partes.*”⁵

41.14. **Receita Tarifária.** A contratação pretendida envolve, a partir do início da operação comercial dos postos de pedágio, a arrecadação de receitas tarifárias.

5 RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 193

41.15. A estrutura tarifária é descrita no Anexo IV e tem por base a Tarifa Quilométrica Básica, que *corresponde ao valor cobrado dos veículos de rodagem simples e dois eixos, na base quilométrica para pista dupla, nos pedágios tipo “barreira”, cobrado nos dois sentidos da rodovia*. O valor da Tarifa Quilométrica Básica a ser considerado para a PPP Tamoios é de R\$ 0,1080/Km, data-base de julho/2013.

41.16. A partir do cumprimento, pelo Parceiro Privado, do Programa Inicial Intensivo – PII e tendo sido verificado um avanço físico acumulado de, pelo menos, 6% das obras da Ampliação Principal, o Parceiro Privado poderá construir e ativar as praças de pedágio localizadas no Trecho de Planalto (instaladas nos quilômetros 12+800 e 56+500).

41.17. **Receitas Acessórias.** As Receitas Acessórias decorrem da execução de atividades acessórias e da gestão e fiscalização de Serviços Complementares. Nesse particular, dispõe a minuta do contrato que tais serviços deverão ser executados exclusivamente por terceiros contratados pelo Parceiro Privado. Nesse sentido, constituem fontes de receitas acessórias:

- (i) Rendimentos decorrentes de aplicações financeiras;
- (ii) Cobrança de serviços prestados aos usuários, com exceção dos previstos no Art. 5º, inciso I, alínea “d”, do Regulamento da Concessão – Anexo I;
- (iii) Cobrança por publicidade permitida em lei, na forma regulamentada pelo Poder Público;
- (iv) Indenizações e penalidades pecuniárias previstas nos contratos celebrados entre a Concessionária e terceiros;
- (v) Cobrança de implantação e manutenção de acessos, na forma regulamentada pelo Poder Público;
- (vi) Cobrança pelo uso da faixa de domínio, na forma regulamentada pelo Poder Público;
- (vii) Decorrentes da prestação de Serviços Complementares.

41.18. A minuta do contrato prevê regramento detalhado sobre o tema, determinando que o Parceiro Privado submeta à aprovação da ARTESP todo e qualquer novo Serviço Complementar a ser explorado. Válido pontuar, nesse aspecto, que caberá a ARTESP avaliar a necessidade de previsão contratual da exigência de anuência prévia dos *preços a serem praticados na exploração da atividade, parâmetros de reajuste periódicos*, dentre outros, tal como previsto na minuta do Contrato.

41.19. As receitas acessórias integram a equação econômico-financeira do contrato, nos termos do art. 11, parágrafo único, da Lei federal nº 8.987/95. No entanto, os custos e investimentos necessários para a sua exploração, bem como a sua variação, constituem risco exclusivo do Parceiro Privado⁶. Além disso, a variação de tais receitas ao longo do prazo da concessão (para mais ou para menos) também constitui risco alocado ao Parceiro Privado.

IV.4. Notas sobre a alocação de riscos

IV.4.1. Risco Geológico

42. Na modelagem jurídica preliminar, o compartilhamento do risco geológico foi feito com base na fixação de um valor-teto, a partir do qual o Poder Concedente arcaria com todos os custos oriundos da materialização de tais eventos.

43. No entanto, por recomendação do CGPPP/SP e considerando a incerteza quanto às condições geológicas do Trecho de Serra, optou-se por um compartilhamento de risco baseado em uma Tabela de Quantitativos (a esse respeito, v. Adendo NT 03/2014 da UPPPs). Nesse sentido, os autos vieram instruídos com justificativa técnica para o equacionamento do risco geológico com base em quantitativos e que serviu de base para a redação da cláusula do Contrato em comento (fls. 9.571/9.580 – 42º volume).

44. Dessa forma, na hipótese de haver incremento nas quantidades unitárias (considerado para tanto o metro linear de cada solução construtiva dos túneis) relativas às soluções construtivas aplicadas em cada tipo de maciço rochoso dos túneis, indicadas na Tabela de Soluções Construtivas de Túneis apresentada abaixo, *em decorrência exclusiva da materialização do risco geológico*, os custos adicionais correspondentes serão suportados pelo Poder Concedente.

45. O custo adicional relativo às quantidades que excederem as quantidades unitárias indicadas na Tabela de Soluções Construtivas de Túneis, relativas às soluções aplicadas na escavação de cada tipo de maciço rochoso dos túneis, será calculado com base em valores de mercado, aferidos à época da materialização do risco geológico.

48. A cláusula prevê, ainda, mecanismo de compensação, de forma que o valor de quantidades unitárias não utilizadas pelo Parceiro Privado poderá ser

6 “Os riscos associados a quaisquer investimentos, custos e/ou despesas decorrentes da execução de serviços que gerem Receitas Acessórias serão integralmente assumidos pelo Parceiro Privado, conforme Cláusula Vigésima Quarta deste Contrato.”

abatido dos custos incorridos com o incremento das quantidades unitárias, também a valores de mercado aferidos à época da materialização do evento descrito.

IV.4.2. Risco de Demanda

49. A minuta do Contrato traz previsão de compartilhamento do risco de demanda, com base no estabelecimento de bandas de receita tarifária. Nesse sentido, o Anexo XXV traz a Receita Tarifária Projetada, que servirá de referência para o cálculo da variação das receitas efetivamente arrecadadas. A sistemática de compartilhamento foi estruturada da seguinte forma:

- Caso a Receita Tarifária Verificada seja até 10% (dez por cento) superior ou 10% inferior à Receita Tarifária Projetada, nos termos do Anexo XXV, não haverá qualquer alteração no valor da Contraprestação Mensal devida pelo Poder Concedente ao Parceiro Privado, exceto a variação relacionada ao cumprimento dos Indicadores de Desempenho pelo Parceiro Privado.
- Caso a Receita Tarifária Verificada seja mais de 10% (dez por cento) superior à Receita Tarifária Projetada, a Contraprestação Mensal será descontada no montante equivalente a 90% (noventa por cento) do valor de Receita Tarifária Verificada que exceder em 10% (dez por cento) a Receita Tarifária Projetada.
- Caso a Receita Tarifária Verificada seja mais de 10% (dez por cento) inferior à Receita Tarifária Projetada, a Contraprestação Mensal será acrescida do montante equivalente a 90% (noventa por cento) da diferença entre o valor de Receita Tarifária Verificada e o valor de 90% da Receita Tarifária Projetada.

50. De acordo com o Relatório Técnico da SLT: *“Visando a mitigar possíveis variações positivas ou negativas de demanda que podem alterar significativamente a rentabilidade do projeto, como por exemplo a Ampliação e Modernização do Porto de São Sebastião, como acréscimo do volume diário médio de veículos na Rodovia dos Tamoios, ou também possíveis frustrações de demanda, que reduziriam a receita do concessionário, foi implementado um mecanismo de banda de receita tarifária, que impacta a Contraprestação - que ocorrerá durante todo o período de seu pagamento. O mecanismo de banda de receitas tarifárias possibilita a repartição adequada dos ganhos ou prejuízos oriundos do aumento ou redução do volume diário médio de veículos e de impactos que alterem os mecanismos de arrecadação de pedágio.”*

51. De fato, o artigo 5º, inc. III, da Lei federal de PPP, atribui a definição da matriz de riscos às cláusulas do contrato, que deverá alocar o risco à parte que possui melhores condições de gerenciá-lo/mitigá-lo⁷. No caso em apreço, considerando os possíveis impactos positivos na demanda por conta da Ampliação e Modernização do Porto de São Sebastião, bem como possíveis frustrações de demanda, o mecanismo de bandas revela-se adequado para compartilhar o risco de demanda (no caso, incremento e queda de receitas tarifárias). Além disso, a implantação do sistema *freeflow* (Ponto a Ponto) poderá gerar perda de receitas tarifárias, mas gerar uma demanda adicional, razão pela qual não é possível prever de forma absolutamente segura o cenário de demanda nos próximos anos.

IV.5. Garantias do pagamento público

52. A estrutura de garantias proposta pela Administração para o Projeto Tambois contempla as parcelas do Aporte de Recursos nos cinco primeiros anos e o pagamento da Contraprestação Pecuniária pelo restante do prazo contratual.

53. O Aporte de Recursos será pago inicialmente com recursos orçamentários, mas é intenção da Administração celebrar contrato de financiamento, o que já vem sendo objeto de tratativas com o BNDES. Até a formalização desse, previsto para ocorrer em 2016, será oferecida garantia formada pela composição de recursos do DER e da ARTESP, nos seguintes termos:

- **Recursos do DER:** a partir de 2015, utilização das parcelas de ônus fixos das concessões rodoviárias, devidas pelas concessionárias ao DER, constituída em forma de fluxo de recursos não represados.
- **Recursos da ARTESP:** desde o início da concessão, utilização de recursos financeiros da ARTESP (denominados excedentes porque independem da expectativa de receita vigente da Agência e estão disponíveis em um Fundo de sua titularidade), os quais seriam represados em alguma estrutura juridicamente viável e economicamente recomendável. Nessa estrutura, os rendimentos oriundos dos excedentes seriam revertidos para a ARTESP, de forma a resguardar a sua autonomia.

54. Já o pagamento da Contraprestação Pecuniária conta com uma garantia principal e garantias complementares, estruturadas da seguinte forma:

7 RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs. São Paulo: Ed. Atlas, 2011. p. 80.

- **Garantia principal:** no valor aproximado de R\$ 79 milhões, correspondentes a 6 meses da Contraprestação Pecuniária, composta por recursos da CPP (cerca de R\$ 45MM e seus rendimentos) e complementados por recursos da ARTESP (cerca de R\$ 35MM e seus rendimentos). Os valores seriam retidos em uma estrutura juridicamente viável e economicamente recomendável durante todo o período contratual, sendo que, em caso de execução das garantias, a preferência recairia sobre os recursos da CPP e, subsidiariamente, seriam executados os recursos da ARTESP.
- **Garantias complementares:** constituídas por recursos do DER e da ARTESP, nos seguintes termos:
 - Recursos da ARTESP: represamento de seus recursos “excedentes” suficientes para cobrir os custos operacionais, os tributos e o índice de cobertura do serviço da dívida durante todo o prazo da concessão patrocinada – os quais não sejam pagos pelas receitas tarifárias. Esses recursos seriam liberados anualmente e revertidos à ARTESP em montante suficiente para garantir sua autonomia.
 - Recursos do DER: multas recolhidas pelo DER e destinadas a cobrir somente as atividades desempenhadas pela concessionária que guardem pertinência e relação com as ações e elementos mencionados nos normativos do CONTRAN e DENATRAN. Essa garantia complementar seria estruturada em forma de fluxo, sendo liberada mensalmente quando verificado o adimplemento das obrigações de pagamento do Estado. Portanto, a princípio, não impactariam o orçamento do DER.

55. Em relação ao uso de fluxo de receitas do DER:

55.1. Não vislumbramos óbices sob a ótica legal ao uso de um fluxo de receitas do DER – pertinentes aos valores de ônus fixo que lhe são devidos pelas concessionárias de rodovias – como garantia ao Projeto Tamoios, cabendo o equacionamento das questões orçamentárias à Secretaria envolvida, com a recomposição de valores que tenham sido utilizados em execução da garantia mediante transferência de recursos orçamentários, caso haja necessidade.

56. No tocante à utilização dos recursos disponíveis da ARTESP:

56.1. As questões pertinentes à utilização direta do ônus fixo (receita do DER) e ônus variável (receita da ARTESP) já foram objeto de estudo pela Subprocuradoria Geral – Área da Consultoria e pelo Gabinete do Procurador Geral do Estado, sob a ótica de seu aproveitamento para fins de reequilíbrio econômico-

-financeiro de contratos de concessão (Parecer GPG 015/2002 e manifestação da Subprocuradoria Geral – da Área da Consultoria, datada de 06/01/2005, aprovada pelo Procurador Geral do Estado). Em 2013, por ocasião das deliberações pertinentes à eventual revisão anual das tarifas de pedágio, a questão foi novamente tratada pela Subprocuradoria Geral – Área da Consultoria, em manifestação datada de 26/06/2013, previamente à decisão do Conselho Diretor da ARTESP, que autorizou a redução do ônus variável devido pelas concessionárias do primeiro e segundo lotes de concessão à ARTESP de 3% para 1,5%, para fins de reequilíbrio dos contratos de concessão.

56.2. Dessa forma, desde que: (i) fundamentada em robustos estudos que indiquem o não comprometimento da autonomia da ARTESP e não dificultem o exercício de suas atribuições legais; e (ii) o Poder Concedente se comprometa – preferencialmente em instrumento próprio e prévio à efetiva constituição dessa garantia – à imediata e integral recomposição à ARTESP dos valores eventualmente dispendidos por força dessa garantia, entendemos ser juridicamente viável que a própria ARTESP delibere por destinar os “excedentes” de suas receitas como garantia de cumprimento de obrigações do Poder Concedente em uma PPP relativa à construção de obra e operação de rodovia estadual.

56.3. Cabe ressaltar, nesse particular, que a estrutura da garantia deverá contemplar tais premissas, de modo a permitir a transferência do valor dos rendimentos à ARTESP, considerando que tais rendimentos são necessários ao custeio da agência.

57. Finalmente, em relação à utilização das receitas oriundas de multas arrecadadas pelo DER-SP, necessário tecer algumas considerações a respeito da legislação sobre o tema.

57.1. O Código de Trânsito Brasileiro prevê, em seu artigo 320, a destinação das receitas arrecadadas em razão da aplicação de multas: *A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito.*

57.2. O parágrafo único do aludido artigo prevê que: *O percentual de cinco por cento do valor das multas de trânsito arrecadadas será depositado, mensalmente, na conta de fundo de âmbito nacional destinado à segurança e educação de trânsito.*

57.3. A Resolução nº 191/2006 do CONTRAN explicita as formas de aplicação da receita arrecadada com as multas de trânsito e a Portaria nº 407/2011 do DENATRAN aprova a Cartilha de Aplicação de Recursos Arrecadados com a Cobrança de Multas de Trânsito.

57.4. Essa Cartilha explica a natureza da receita: são receitas públicas orçamentárias, classificadas como receitas correntes e destinadas a atender, *exclusivamente, as despesas públicas com sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito*. A Portaria detalha as ações envolvidas apresentando para cada item (sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito) uma lista de atividades, “*tais como...*”, o que poderia levar ao entendimento de ser uma lista exemplificativa. No entanto, ao definir, na sequência, quais as despesas públicas relacionadas a cada uma dessas atividades, não abre a possibilidade para outras que não as ali arroladas.

57.5. Conforme mencionado pela Administração em reuniões mantidas pelo grupo atuando na estruturação do projeto, o valor utilizado nessa garantia (entre R\$ 35 - 45 milhões) corresponderá a 5% - 10% das receitas anuais das multas lavradas pelo DER, de maneira que não haveria impacto financeiro na autarquia.

57.5.1. A ausência de impacto é reforçada:

- i. pela estruturação que será utilizada, que não implicará retenção dos valores por todo o período do contrato, mas, sim, uma cessão temporária de recursos (pelo período inferior a 30 dias, se possível) que retornarão ao DER caso não sejam utilizados (a cada cumprimento da Contraprestação Pecuniária pelo Poder Concedente). Esse período deverá ser o menor possível, de maneira a não configurar uma indisponibilidade de recursos, o que poderia suscitar questionamentos, tendo em vista que a receita tem a destinação vinculada para as despesas já acima mencionadas;
- ii. pela assunção de compromisso do Poder Concedente de recomposição imediata e integral ao DER dos valores eventualmente executados em garantia, o que ora se recomenda.

57.6. Conforme visto, as referidas receitas poderão ser utilizadas para *despesas públicas com sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito*. Considerando a indelegabilidade dos atos de policiamento e fiscalização, restam os itens *sinalização, engenharia de tráfego, de campo e educação de trânsito*.”

57.7. Em comunicação eletrônica datada de 14 de março de 2014, a Assessoria do Procurador Geral do Estado chamou a atenção do grupo envolvido na estruturação do Projeto Tamoios para os seguintes pontos críticos ao uso dessas receitas, a seguir destacadas:

- a necessidade de identificação das obrigações impostas contratualmente à concessionária e sua correlação com as atividades e os produtos cuja aquisição pode ser considerada como elemento de despesa, conforme previsão da Portaria nº 407/2011 do Denatran;
- a necessidade de correspondência entre o valor da garantia, estabelecido por estimativa, e o custo atribuído pela ARTESP às atividades legalmente previstas como objeto de destinação da receita;
- a possível descaracterização da correspondência entre receita e despesas elegíveis, em caso de utilização da garantia para pagamento à concessionária, em razão do lapso temporal decorrido entre a fixação do valor da garantia (apurado com base em estimativas da ARTESP) e o momento da sua execução, considerando a efetiva despesa e a variabilidade dos custos incorridos pela concessionária nas atividades relacionadas;
- a expressa previsão legal e regulamentar da sua destinação e a consequente necessidade de comprovação do uso dentro dessa destinação.
- a necessária observância do recolhimento mensal de 5% do valor total arrecadado com multas para o Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito (FUNSET), nos termos do art. 320, parágrafo único, do CTB, e 1% para PIS/COFINS.

57.8. Nesse sentido, os aspectos mencionados não afastaram o entendimento de que seria possível, em tese, utilizar as receitas decorrentes das multas do DER em complementação às garantias a serem prestadas pela CPP e pela ARTESP. No entanto, o contrato deverá refletir essas precauções e sugere-se que a revisão ordinária prevista para ocorrer regularmente entre as partes contratantes envolva também a conferência e acuidade do valor da garantia em relação às possíveis despesas envolvidas.

IV.7. Novos investimentos – *freeflow*

59. O *freeflow* é definido na minuta do contrato como o “*sistema de cobrança em fluxo livre, por meio de pórticos (sem Praças de Pedágio), com tarifa de pedágio equivalente ao Trecho de Cobertura do Pórtico, que será mais próximo à distância efetivamente percorrida pelo usuário*” (“Ponto a Ponto”). Diferencia-se do sistema eletrônico de cobrança de pedágio (“Sem Parar”), que libera o motorista de paradas nas cabines das Praças de Pedágio, mas o usuário paga o valor “cheio” da tarifa.

59. A previsão de implantação do sistema *freeflow* alinha-se com a política governamental de tornar o valor do pedágio proporcional à utilização efetiva do serviço pelo usuário⁸. Por essa razão, a minuta do contrato traz a previsão desde já da possibilidade de solicitação pelo Poder Concedente de novos investimentos para a implantação do *freeflow*, com direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

60. Cabe ressaltar que o direito ao reequilíbrio será apenas do custo de implementação do sistema, e não de eventuais impactos na arrecadação de receita tarifária causados pela cobrança proporcional da tarifa de pedágio. Tais variações serão captadas pela cláusula de compartilhamento do risco de demanda.

IV.8. Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato

61. A Administração Pública elegeu para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato a metodologia do fluxo de caixa marginal, alcançado, grosso modo, por meio da quantificação do evento causador do desequilíbrio a valores e índices presentes em relação ao fluxo de caixa obtido caso o mesmo evento não tivesse existido. Tal opção vai ao encontro do modelo adotado em outras editais de Parcerias Público-Privadas no âmbito estadual, tais como a PPP da Linha 6 e da PPP da Linha 18 do Metrô.

62. Vale destacar que a Taxa de Desconto a ser utilizada nos fluxos dos dispendios e das receitas marginais para efeito da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato será calculada de acordo com o procedimento estabelecido pela **Resolução ARTESP nº 001, de 25 de março de 2013**, ou por outra norma que venha a substituí-la.

63. O artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República estabelece que as contratações da Administração Pública deverão conter cláusulas que estabeleçam as obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei. Nessa esteira, a Lei Federal nº 8.987/1995, ao tratar das concessões e, subsidiariamente, das concessões patrocinadas, dispõe, no artigo 10, que sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

⁸ Em nota sobre os aspectos técnicos da modelagem do Projeto, afirma a ARTESP: “(...) o Sistema Ponto a Ponto é um projeto concebido pelo Governo do Estado de São Paulo, como programa destinado a tornar o valor de pedágio mais justo e próximo da efetiva utilização da rodovia pelo usuário (...)”.

64. De nossa parte, o dispositivo rende ensejo não apenas à livre disposição de obrigações e riscos entre as partes, afastando-se do tradicional conceito de áleas ordinárias e extraordinárias desenvolvido pela doutrina de Direito Administrativo, como também autoriza que o Poder Concedente possa, de antemão, estabelecer os quadrantes sobre os quais o equilíbrio econômico-financeiro do contrato será mantido.

65. Portanto, não há óbices jurídicos à adoção da referida metodologia para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

IV.9. Revisões Ordinárias

66. A minuta do Contrato prevê a realização de Revisões Ordinárias, em periodicidade quadrienal, sendo que o primeiro ciclo de revisão somente ocorrerá quando da conclusão das obras de Ampliação Principal. Nesse particular, as revisões são programadas para ocorrerem em momentos que antecedem à discussão da lei orçamentária do ano subsequente (LOA), de modo a adequar a programação orçamentária ao resultado da revisão (a esse respeito, v. Adendo NT 03/2014 da UPPPs).

67. Por orientação do CGPPP (v. Adendo NT 03/2014 da UPPPs), o escopo das revisões ordinárias restringiu-se à atualização do Plano de Investimentos da Concessão e à revisão dos indicadores de desempenho que deverão ser atendidos ao longo de todo o Prazo da Concessão.

68. No entanto, a previsão de revisões ordinárias para o Plano de Investimentos não exclui a possibilidade de haver uma revisão extraordinária para a inclusão ou alteração de investimentos, sem que seja necessário aguardar a entrada de um novo ciclo de investimentos para realização das intervenções.

69. À semelhança da PPP Alto Tietê, da PPP da Linha 4 e da PPP dos Complexos Hospitalares, a PPP Tamoios conta com a previsão de revisão periódica de indicadores de desempenho. Em seu relatório técnico, a SLT afirma que *“os indicadores de performance merecem ser revistos periodicamente, a fim de adaptar a prestação dos serviços à realidade do momento contratual.”*

IV.10. Penalidades

70. O Anexo XI tipifica as condutas passíveis de sanção por parte da ARTESP, as quais foram agrupadas em diversos temas, tais como “Serviços corresponden-

tes às Funções Operacionais”, “Gerência de Sinalização e Segurança”, “Atos societários”, dentre outros, adotando uma metodologia de tipicidade fechada. A graduação da penalidade é feita com base na Tabela de Grupos de Valores de Multas (de I a IV) e na Tabela dos Níveis de Classificação das Penalidades (de A a F).⁹

71. A minuta do Contrato também contempla uma cláusula de tipicidade aberta, de modo a abarcar eventuais condutas praticadas pelo Parceiro Privado que não se enquadrem nas infrações previstas no Anexo XI. A cláusula está assim redigida:

“Na hipótese de descumprimento pelo Parceiro Privado de qualquer de suas obrigações previstas neste Contrato, ou em seus Anexos, ainda que não haja no Anexo XI tipificação expressa da ação ou omissão praticada pelo Parceiro Privado, este ficará sujeito à aplicação de penalidades, observado o procedimento e as seguintes circunstâncias, garantida, em qualquer caso, a proporcionalidade entre a infração e a correspondente sanção:

- (i) A natureza e a gravidade da infração;*
- (ii) O dano dela resultante ao Poder Concedente ou aos usuários;*
- (iii) As vantagens auferidas pelo Parceiro Privado em decorrência da infração cometida;*
- (iv) As circunstâncias atenuantes e agravantes; e*
- (v) Os antecedentes do Parceiro Privado, inclusive eventual reincidência.”*

72. Por certo, a fixação de parâmetros mais abertos, além de proporcionar a melhor aplicação do princípio da proporcionalidade, adequa-se melhor à discricionariedade administrativa, inerente à atividade de apenamento e consequente fixação de valores das multas contratuais.

73. Outrossim, à exceção das infrações classificadas nos níveis D, E e F, conforme dispõe o Anexo XI, não será aplicada multa nos casos em que o comportamento do Parceiro Privado já tenha ensejado o descumprimento dos Indicadores de Desempenho estabelecidos no Anexo IV e, consequentemente, a redução de sua remuneração de maneira proporcional.

74. As penalidades aplicáveis serão efetivadas mediante processo administrativo sancionador, que obedecerá ao rito estabelecido na Lei estadual nº 10.177/98.

⁹ “Na aplicação das sanções, a ARTESP observará o grupo, nível e classificação das infrações tipificadas no Anexo XI a este Contrato.”

IV.11. Solução de disputas

75. A minuta do Contrato prevê três mecanismos de solução de disputas: Negociação Direta, Junta Técnica e a Arbitragem.

75.1. **Negociação.** O Contrato prevê a possibilidade de negociação direta entre as Partes para resolver amigavelmente qualquer conflito decorrente da execução contratual. Assim, as Partes se comprometem desde já, sempre que possível, a buscar uma solução amigável para qualquer controvérsia surgida ao longo da execução do Contrato.

75.2. Junta Técnica

75.2.1. Maurício Portugal Ribeiro define as comissões técnicas da seguinte forma: *“Consiste na formação de uma comissão de natureza técnica com membros da Administração Pública, do parceiro privado e, às vezes, pessoas externas indicadas pelos representantes das partes, com o objetivo de analisar e propor uma solução para conflitos havidos na execução do contrato. Trata-se de um procedimento que deve ser simples, pouco burocrático e rápido”*¹⁰.

75.2.2. Na minuta do Contrato, foi prevista a existência de uma comissão especializada apta a dirimir conflitos de natureza técnica, denominada “Junta Técnica”. Referida comissão é formada por um membro indicado pelo Poder Concedente, um pelo Parceiro Privado e um terceiro indicado em comum acordo, sendo profissional independente e com notório conhecimento na questão. Nesse sentido, a Junta é competente para emitir relatórios técnicos fundamentados sobre as questões que lhe forem submetidas pelo Poder Concedente ou pela Concessionária. A restrição da competência da Junta às questões de natureza técnica revela-se uma solução adequada, uma vez que o equilíbrio econômico-financeiro apresenta um procedimento específico de recomposição detalhado contratualmente.

75.2.3. Caso a divergência não seja resolvida pela comissão ou a solução proposta não seja aceita por qualquer uma das partes, a resolução da controvérsia será encaminhada para arbitragem. Ressalte-se que a prévia submissão do conflito à Junta Técnica não é requisito para a instauração do procedimento arbitral, vez que o Contrato afirma que qualquer das partes poderá solicitar a formação de um Tribunal Arbitral *“quando não for cabível prévia submissão da questão à Comissão Técnica, nos termos da Cláusula Quinquagésima Terceira, ou quando a Parte optar por não utilizá-la.”*

¹⁰ In: RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPP's: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 166.

75.3. A opção pela comissão se mostra adequada, pois as chances de um acordo tendem a ser maiores quando as partes possuem um posicionamento seguro e técnico quanto às chances de sucesso de eventual processo decisório que venha a se seguir. Inclusive, essa foi a opção adotada em outros projetos, como a PPP dos Complexos Hospitalares e a PPP da Linha 6 do Metropolitano.

75.4. Arbitragem

75.4.1. O contrato traz em seu bojo cláusula compromissória prevendo que as Partes poderão levar à arbitragem qualquer controvérsia sobre direitos disponíveis que não for resolvida amigavelmente ou por adoção da solução proposta pela Junta Técnica.

75.4.2. Necessário, a esse respeito, tecer breves considerações sobre a submissão do Poder Concedente à arbitragem. O artigo 1º da Lei 9.307/96 prevê que “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem*”. Atualmente, a arbitragem envolvendo o Poder Público, mormente no tocante às questões de natureza financeira, tais como pleitos de reequilíbrio, encontra respaldo doutrinário¹¹ e jurisprudencial¹², tendo se incorporado à prática das contratações públicas estaduais (PPPs das Linhas 04, 06 e 18 do Metropolitano, PPP dos Complexos Hospitalares, entre outras). No âmbito das concessões e PPPs, a solução arbitral está expressamente prevista nos artigos 23-A da Lei nº 8987/95 e no artigo 11, inc. III, da Lei federal de PPPs.

75.4.3. Prevê o Contrato que a controvérsia será submetida à Câmara de Arbitragem, regularmente constituída e atuante no Brasil, a ser indicada pelo Poder Concedente em até 30 (trinta) dias contados da apresentação da controvérsia por qualquer das partes. Tendo em vista as especificidades da contratação (longa duração e impossibilidade de antever os conflitos que podem surgir) optou-se por diferir a escolha da Câmara Arbitral para um momento posterior. Dessa forma, o Poder Concedente avaliará, no momento da controvérsia, qual Câmara arbitral possui um regulamento mais bem adaptado às arbitragens estatais, especificamente no tocante às questões das custas, da publicidade dos atos, entre outras.

11 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

12 No Supremo Tribunal Federal: Agravo de Instrumento nº 52.181-GB, rel. Ministro Bilac Pinto. Tribunal Pleno, j. 14.11.1973. No Superior Tribunal de Justiça: Resp 61.439-RS e MS n. 11.308-DF.

IV.12. Atualizações necessárias face à deliberação do CGPPP/SP em sua 63ª Reunião Ordinária

76. Em 20 de fevereiro de 2014, em sua 63ª Reunião Ordinária, o CGPPP/SP aprovou os ajustes na Modelagem Final do Projeto Tamoios e nas diretrizes da licitação, autorizando a publicação do Edital. O Conselho deliberou pelos seguintes ajustes na modelagem do projeto:

- Ajustar a modelagem econômico-financeira, para refletir um possível aumento no montante total do Aporte de Recursos Públicos.
- Alteração das exigências de habilitação econômico-financeira.
- Alteração das exigências de habilitação técnico-operacional.
- Compartilhamento do Risco Geológico.
- Revisões Ordinárias.

77. Com relação às garantias públicas, foram levadas à apreciação do CGPPP algumas possíveis alternativas de fontes que poderiam ser utilizadas, as quais haviam sido levantadas e ponderados pelo Grupo Técnico de Trabalho em reuniões técnicas anteriores, quais sejam:

- combinação de outorgas fixas e variáveis do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo;
- oferecimento do fluxo constituído pelos dividendos da SABESP;
- oneração das ações (excedentes ao controle) de CESP;
- Utilização do Programa Especial de Parcelamento (créditos tributários inscritos em dívida ativa);
- Utilização das multas recolhidas pelo DER para garantir parcela relativa à operação.

78. Em vista da orientação dos Conselheiros, o Grupo Técnico ficou autorizado a definir o detalhamento e estruturação da modelagem econômico-financeira definitiva do Projeto. Assim, a incumbência de decidir sobre a mais adequada estrutura para garantir todas as obrigações do Estado (em face dos números definitivos da estrutura financeira delineada) foi também designada ao grupo envolvido na modelagem.

V – CONCLUSÃO

79. Ressalvamos que o conteúdo técnico dos Anexos ao Edital não foi objeto da presente análise, que se limita aos aspectos jurídicos. No entanto, deverá sofrer adaptações conforme recomendações deste Parecer, quando for o caso. Cabe observar, ainda, que as questões de natureza técnica e financeira contidas nas minutas de edital e contrato, elaboradas pela Administração, são de responsabilidade desta e não comportam análise jurídica.

80. Diante dos elementos expostos, concluímos que a parceria público-privada em análise atende aos requisitos legais e as minutas de edital e de contrato propostas estão aptas a atingir o fim almejado, recomendando-se os ajustes arrolados ao longo deste parecer, consubstanciados na minuta de edital e contrato ora juntados aos autos em forma de mídia eletrônica.

À superior consideração.

GPG, em 27 março de 2014.

CAMILA ROCHA CUNHA VIANA
Procuradora do Estado

ANDRÉ RODRIGUES JUNQUEIRA
Procurador do Estado

NATÁLIA MUSA DOMINGUEZ NUNES
Procuradora do Estado da Consultoria
Jurídica da Artesp

THIAGO MESQUITA NUNES
Procurador do Estado

CLÁUDIA REGINA VILARES
Procuradora do Estado da Consultoria
Jurídica da Artesp

ADRIANA MAZIEIRO REZENDE
Procuradora do Estado Chefe Substituta
da Consultoria Jurídica da Artesp

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Procuradora do Estado Assessora

PROCESSO: GDOC nº 18487-310037/2014

(Processos ARTESP nº 016.026/2013, 016.036/2013 e 016.162/2013)

PARECER: GPG nº 03/2014

INTERESSADOS: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP; Secretaria Estadual de Logística e Transportes de São Paulo – SLT.

ASSUNTO: PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. CONCESSÃO PATROCINADA – ESTRADA DOS TAMOIOS (RODOVIA SP 099). Exame da minuta do edital e do contrato. Matéria regida pela Lei federal 11.079, de 30/12/2004, e suas alterações. Lei federal 8.987, de 13/02/1995, e Lei federal 8.666/93. No âmbito estadual, aplicação das Leis 7.835/92 e 6.544/89. Atendimento dos Requisitos Legais. Observações.

1. Ciente e de acordo com o Parecer GPG nº 03/2014, que analisa o projeto de parceria público-privada envolvendo a prestação dos serviços públicos de operação e manutenção de trecho da Rodovia SP 099, entre os quilômetros (km) 11+500 Km e 83+400 Km, das SPAs 032/099, 033/099, 035/099 e 037/099 e dos Contornos de Caraguatatuba e São Sebastião, bem como para a execução de obras civis no trecho entre os quilômetros 60+480 Km e 82+000 Km da Rodovia SP 099, e que conclui pelo atendimento aos requisitos legais, não havendo óbice à abertura do certame com as minutas analisadas e sugeridas, observando-se os itens 79 e 80 do parecer.
2. Encaminhe-se à ARTESP, para ciência e adoção dos procedimentos cabíveis.

GPG, 27 de março de 2014.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado

PROCESSO: GDOC nº 18488-646598/2014

PARECER: PA nº 88/2014

INTERESSADA: Companhia Paulista de Securitização

EMENTA: ELEIÇÕES. CONDUTAS VEDADAS NO PERÍODO ELEITORAL. Revisão geral da remuneração dos servidores públicos. Inteligência do artigo 73, VIII, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Conceito jurídico de *servidores públicos*. Tratamento constitucional da matéria. Artigos 37, X, e 61, § 1º, II, “a”, da Constituição da República. Vinculação desses agentes a pessoas jurídicas de direito público. Fixação ou alteração da remuneração dos servidores públicos por meio de lei de iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Proibição da Lei Eleitoral que não tem por objeto a remuneração dos empregados de empresas estatais ou de fundações instituídas pelo Poder Público. Análise da doutrina e da jurisprudência. Conveniência de formular consulta ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Proposta de alteração parcial do entendimento fixado com a aprovação do **Parecer PA nº 76/2010**, considerando-se acrescentada a nova orientação aos fundamentos do **Parecer PA nº 1/2011** e do **Parecer GPG/CONS nº 55/2014**.

A proibição contida no artigo 73, VIII, da Lei federal nº 9.504/1997, não alcança a remuneração dos empregados das entidades estatais de direito privado.

1. A Companhia Paulista de Securitização – CPSEC, entidade estatal de direito privado, submeteu ao Conselho de Defesa de Capitais do Estado - CODEC pleito de aplicação de reajustes salariais resultantes de convenção coletiva de trabalho (fls. 4/31).
2. Obtidas informações da Coordenadoria de Entidades Descentralizadas e de Contratações Eletrônicas da Secretaria da Fazenda (fls. 32/36), o CODEC mostrou-se favorável à estrita observância do acordo normativo em questão, recomendando especial atenção às disposições do artigo 73, VIII, da Lei federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 - Lei Eleitoral, e 21, parágrafo único, da Lei federal nº 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal (fls. 37/41).
3. A Assessoria Especial de Assuntos Estratégicos do Governo do Estado, de seu turno, ressaltou a vigência de orientações jurídicas da Procuradoria Geral fixadas na Manifestação GPG/PGE de 26.1.2010 e no Parecer PA nº 76/2010,

encartados nos autos (fls. 42/69), motivo por que recomendou que, antes do exame do caso pela Comissão de Política Salarial, fosse o expediente encaminhado à Procuradoria Geral do Estado para

“análise jurídica da aprovação, no período de vedação imposto pela Lei Eleitoral, do pleito de aplicação da Convenção Coletiva de Trabalho 2014 formulado pela Companhia Paulista de Securitização, de forma a ser estabelecido se o disposto na aludida lei eleitoral deverá prevalecer sobre o mandamento contido no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, e o estipulado no artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho.”

(fls. 73/74)

4. Opinou a Subprocuradoria Geral do Estado, por meio do **Parecer GPG/CONS nº 55/2014**, no sentido da possibilidade da aplicação imediata dos dispositivos da convenção coletiva, tanto porque as empresas estatais não dependentes estão fora do campo de incidência da regra do artigo 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, como porque, dada a restrição do ajuste normativo em tela a apenas uma categoria profissional, não há que se falar da revisão geral de remuneração dos servidores públicos vedada pelo artigo 73, VIII, da Lei Eleitoral (fls. 77/86).
5. O Senhor Procurador Geral do Estado aprovou a conclusão do parecer, mas determinou que, a partir de cópia integral do expediente, fosse reavaliado por esta Procuradoria Administrativa o entendimento segundo o qual a vedação de revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição de seu poder aquisitivo é aplicável às empresas e fundações governamentais de direito privado. Citou dois motivos para a determinação:

“Em primeiro lugar, porque, s.m.j., trata-se de orientação extraída de manifestações que não tinham como foco central a interpretação do dispositivo referido quanto à sua aplicação à remuneração dos empregados de empresas e fundações. Em segundo lugar, porque, à primeira vista, não se justifica a extensão que vem sendo feita. Com efeito, muito embora se possa tomar a expressão ‘servidor público’ em sentido amplo, de modo a torná-la equivalente à expressão ‘agente administrativo’, nem sempre isso ocorre no campo de incidência do artigo 37 da Constituição Federal. O inciso X desse preceito constitucional, que alude à revisão geral anual da remuneração dos *servidores públicos*, desenganhadamente, se aplica apenas aos servidores públicos em sentido estrito (agentes administrativos da Administração Centralizada e Autárquica, submetidos a regime estatutário). Afinal, somente a remuneração desses agentes públicos é fixada e alterada por lei específica.”

(fls. 87/88)

6. Assim é que nos chegam estes autos, formados de cópia do expediente relatado (Processo GDOC nº 12091-437663/2014), para análise e manifestação (fls. 89).

É o relatório do essencial. Passamos a opinar.

7. De fato, a Procuradoria Administrativa tem sustentado, ainda que incidentalmente, a aplicação do artigo 73, VIII, da Lei federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997¹, a empresas estatais e fundações instituídas pelo Poder Público.
8. No judicioso **Parecer PA nº 76/2010**², da lavra da inesquecível Procuradora do Estado ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI (fls. 47/64), afirmou-se que a Lei Eleitoral “não estabelece distinções entre entes da Federação, autarquias, fundações, empresas”, de sorte que, entre estas últimas, também as não dependentes estão proibidas, no período de cento e oitenta dias que antecede às eleições, de “proceder à revisão geral da remuneração que exceda a recomposição da perda do poder aquisitivo dos salários” (itens 9.1, “a” e 9.2, “d”, da peça opinativa).
9. Semelhantemente, no **Parecer PA nº 1/2011**³, este subscritor pressupôs a incidência, em tese, da vedação legal em tela no âmbito dos entes governamentais com personalidade de direito privado para concluir que, ultrapassado o período eleitoral então vigente e verificada a posse dos eleitos, havia desaparecido o óbice à revisão da remuneração dos empregados de determinada sociedade de economia mista.
10. Essas opiniões parecem ter recebido decisiva influência do conceito de *agente público* expresso pelo § 1º do mencionado artigo 73, segundo o qual é agente público “*quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional*”.

1 Verbis: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: (...) VIII - fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos.”

2 Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto, respondendo pelo expediente da Procuradoria Geral do Estado, em 22.6.2010.

3 Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto, respondendo pelo expediente da Procuradoria Geral do Estado, em 19.1.2011.

11. Visto que, na dicção do *caput* do mesmo artigo, são “*vedadas aos agentes públicos, servidores ou não*”, as condutas relacionadas nos incisos, seria razoável supor que o dirigente de uma empresa estatal ou de uma fundação governamental não autárquica sediada na circunscrição do pleito estivesse impedido de fazer, na forma e nas circunstâncias aludidas no inciso VIII, revisão de remuneração que beneficiasse, como revisão *geral*, o conjunto dos empregados da respectiva entidade de direito privado.
12. Contudo, se repararmos bem na redação do inciso em questão, perceberemos que, embora ele consigne infração que tem como sujeito ativo qualquer agente público, a conduta ali vedada tem por objeto específico a “*remuneração dos servidores públicos*” (g.n.). É esta remuneração, e não nenhuma outra, que o dispositivo em análise torna infensa a aumento real durante o período das eleições.
13. Seriam, então, os empregados de entidades governamentais de direito privado *servidores públicos*? Por outras palavras, a remuneração desses sujeitos estaria compreendida na proibição veiculada pelo dispositivo da Lei Eleitoral? A resposta a tais perguntas, depois de maior reflexão, parece-nos ser negativa.
14. A definição de *servidores públicos* não se acha expressa no texto da lei em exame. A Ciência do Direito oferece ao intérprete alguns critérios para essa conceituação, comumente selecionados pela doutrina para o efeito de distinguir os servidores públicos – tidos como agentes administrativos – dos agentes políticos, dos agentes militares e dos particulares em colaboração com o Poder Público. Nesse sentido colocam-se as lições de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁴ e HELY LOPES MEIRELLES⁵, entre outros autores, que destacam a feição *profissional* e *empregatícia* dos vínculos de trabalho integrados por tais servidores.
15. Do sistema jurídico-positivo, todavia, é possível extrair notas comuns aos servidores públicos que nos permitem ir adiante na precisa delimitação da categoria. Esse enfoque analítico será particularmente útil se aceitarmos a premissa de que, com empregar linguagem técnica sem fornecer elementos que infundissem plena compreensão, o legislador da Lei Eleitoral provavelmente seguiu o rastro do legislador constituinte⁶.

4 *Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pp. 595 e ss.

5 *Direito Administrativo Brasileiro*, 34ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo et. al. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 416 e ss.

6 Dada a superioridade da Constituição da República sobre todos os demais atos legislativos, é natural

16. Na Constituição de 1988, *servidores públicos*, mesmo no sentido mais amplo, nunca abrangeu empregados de empresas ou de fundações de direito privado estatais. Originalmente, pode-se afirmar que a expressão designava especificamente os “*servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas*” (artigo 39, *caput*, da Carta, redação primitiva), aos quais era endereçado o regime jurídico único, de natureza estatutária⁷. Chamava-se de servidores públicos aqueles indivíduos que, no nosso direito positivo, eram tradicionalmente denominados *funcionários públicos*, dada a ideia de vinculação institucional (ou seja, não contratual) a uma entidade pública em *função* do atendimento de interesses igualmente públicos.
17. Tal foi a concepção certa vez endossada de modo peremptório pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que afirmou em voto dado no Supremo Tribunal Federal:

“Empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda que integrem a administração indireta, jamais tiveram ‘servidores públicos’. Quer dizer, ‘servidores públicos civis da administração indireta’ [expressão empregada pela lei submetida a controle de constitucionalidade] só podem ser aqueles que, além de pertencentes aos quadros de autarquias ou fundações autárquicas, se submetiam a regime estatutário.”⁸

18. Com a vigência da Emenda Constitucional nº 19/1998, esse conceito jurídico estrito de *servidores públicos* viu-se até certo ponto desafiado. Primeiro, porque, sob a rubrica já então denominada “*Dos Servidores Públicos*” (Título III, Capítulo VII, Seção II), a Constituição passou a tratar também dos membros de Poder e dos detentores de mandato eletivo (artigo 39, § 4º), agentes que têm com o Estado relação de natureza política e não, propriamente, profissional; segundo, porque, abolida a imposição do regime jurídico único pela nova redação do *caput* do artigo 39º, a Carta passou a fazer referências sistemáticas a *empregos públicos* na Administração direta e autárquica, como,

que o legislador ordinário tenda a reproduzir, pelo emprego de idênticas palavras, conceitos jurídicos implicitamente validados pelo constituinte. Não é que isso ocorra sempre; mas, quando não ocorre, podem-se notar sinais mais ou menos claros de que determinado diploma normativo exprimiu ideia peculiar, útil apenas aos fins nele perseguidos.

- 7 Reputamos correta a posição de parte da doutrina quando sustenta que, no contexto do regime jurídico único, o regime estatutário faz-se de adoção obrigatória pelas pessoas jurídicas de direito público, ainda que seja possível a coexistência do regime de emprego para atividades subalternas.
- 8 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.808-1, Rel. Ministro SYDNEY SANCHES, j. em 1ª.2.1999. Voto vencido por outros fundamentos.
- 9 A eficácia da nova redação do *caput* do artigo 39, dada pela EC nº 20/1998, todavia, foi suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4, ainda pendente de julgamento definitivo.

por exemplo, ao cuidar de limites máximos de remuneração (artigo 37, XI), do acesso a informações privilegiadas (artigo 37, § 7º) e, inclusive, na seção que trata especificamente dos servidores públicos, ao determinar a publicação anual dos subsídios e remunerações “*dos cargos e empregos públicos*” (artigo 39, § 6º).

19. Ainda assim, o que permaneceu de mais inerente aos servidores públicos na evolução do tratamento constitucional da matéria foi, precisamente, a ideia da **vinculação desses agentes, seja qual fosse seu regime jurídico, a pessoas jurídicas de direito público**. Admitidos por contrato disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho, os servidores públicos ainda conservariam certas características – decorrentes do regime jurídico administrativo da pessoa empregadora – que os aproximariam dos titulares de cargos públicos e bem assim os distanciariam dos demais trabalhadores, nestes incluídos os das pessoas estatais de direito privado.
20. Prova disso chegou até nossos dias no subsistema normativo composto pelos artigos 37, X, e 61, § 1º, II, “a”, da Carta Republicana: enquanto o primeiro demanda lei específica para a fixação ou a alteração da remuneração dos “*servidores públicos*” (*verbis*), garantindo-lhes a revisão geral anual, o segundo atribui ao Presidente da República a iniciativa exclusiva para dispor sobre o aumento da remuneração dos “*cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica*”. Não é preciso recorrer a noções complexas de lógica jurídica para perceber que, no ponto, **o constituinte identificou os servidores públicos com o universo dos agentes ocupantes de cargos, funções ou empregos nas entidades centralizadas e autárquicas da Administração Pública**.
21. Nesse cenário, quer-nos parecer imprópria, sob qualquer ângulo, a inclusão de agentes de entidades governamentais de direito privado no conjunto dos servidores públicos. Enxergamos como susceptível de debate, se muito, a qualificação de servidores públicos dos *empregados* da Administração direta e das autarquias, pelo fato de não serem *funcionários públicos* no sentido público-institucional com que a Carta primitivamente os concebeu; mas daí a considerar como servidores públicos, também, os trabalhadores das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais não autárquicas vai uma distância nunca percorrida pelo legislador constituinte. É o que também percebeu CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA no trecho a seguir extraído de sua excelente monografia:

“Autores têm inserido na classificação de servidores públicos os empregados das entidades empresariais do Estado (...). Ocorre que, se se considera o elemento subjetivo, a classificação não permite o acolhimento da designação ser-

vidor público para tal categorização, porque o ‘público’ aqui aproveitado é o que provém da natureza da própria pessoa jurídica posta na ponta da relação de trabalho firmada, e a empresa estatal tem natureza de direito privado; se, diferentemente, se pensa na adjetivação ‘público’ como referência ao regime jurídico qualificativo do regime jurídico norteador da relação de trabalho, também não é utilizável para a espécie, porque os empregados da empresa estatal submetem-se ao regime trabalhista próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, da Constituição da República). Por essa razão é que, mesmo tomando a expressão *servidor público* em seu sentido mais alargado, não se é de considerar em seu universo o grupo de empregados das empresas estatais, submissos que são a outro regime jurídico que não o público estatutário, mas o trabalhista.”¹⁰

22. Trazemos, ainda, a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, perfeitamente adequada ao texto constitucional hoje vigente no ponto em que distingue, entre o que o autor chama de *servidores estatais*, os **i) servidores públicos** dos **ii) servidores das pessoas governamentais de direito privado**. Enquanto estes são os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público, admitidos obrigatoriamente sob o regime trabalhista, aqueles (os servidores públicos) compreendem tão-só duas categorias de agentes administrativos, assim descritas:

“a) *Servidores titulares de cargos públicos* na Administração Direta (anteriormente denominados funcionários públicos), nas autarquias e fundações de Direito Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Legislativo.

b) *Servidores empregados das pessoas suprarreferidas*. (...)”¹¹

23. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, de sua vez, propugna não serem servidores públicos “os empregados das entidades privadas da Administração Indireta, caso das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado”; e registra, ao citar HELY LOPES MEIRELLES e DIÓGENES GASPARINI, que “a própria tradição do Direito brasileiro nunca enquadrara tais empregados como servidores públicos, nem em sentido lato”¹².
24. Com base na doutrina consagrada, esta Procuradoria Administrativa já sustentou, para fins de contagem de tempo de serviço público, que “só pode ser considerado servidor público quem quer que se haja vinculado profissionalmente ao Estado ou a suas autarquias, nestas incluídas as fundacionais,

10 *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, pp. 84-5.

11 *Curso de Direito Administrativo*, 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 253-4, destaques do original.

12 *Manual de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pp. 598-9.

ainda que o vínculo se tenha feito (...) sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho”¹³.

25. Logo, captado o sentido constitucional da locução *servidores públicos*, dificilmente se poderia sustentar que, com empregar idêntica expressão sem ressalva de significado, o legislador da Lei federal nº 9.504/1997 quisesse abarcar também os empregados das pessoas jurídicas estatais de direito privado. Mais provável, à falta de elementos internos ou externos ao texto normativo que apoiem exegese diferente, é que tenha havido simples transposição do conceito jurídico de *servidores públicos* tal e qual apreendido e fixado pelo legislador constituinte.
26. Isso nos leva, naturalmente, a enxergar a “*revisão geral da remuneração dos servidores públicos*” a que se refere o inciso VIII do artigo 73 da Lei Eleitoral como ato da mesma natureza da “*revisão geral anual*” da remuneração dos servidores públicos reclamada pelo inciso X do artigo 37 da Constituição, isto é, **ato que depende de edição de lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo**, na forma do próprio artigo 37, X, e do artigo 61, § 1º, II, “a”, da Lei Maior.
27. Estudiosos do direito eleitoral há que externam semelhante opinião. JOEL J. CÂNDIDO assevera que o aumento vedado pelo dispositivo em análise da Lei Eleitoral depende de aprovação de projeto de lei¹⁴; é, também, o que anota RICARDO PENTEADO, para quem “a proibição em apreço se dirige ao ato legislativo e não ao ato administrativo”¹⁵, ainda que o só encaminhamento do projeto de lei seja, na lição de ambos os autores citados, suficiente à caracterização da conduta vedada. Não logramos encontrar posições de doutrinadores em sentido diferente.
28. A jurisprudência dos tribunais eleitorais sobre o ponto é quase inexistente; transcrevemos, abaixo, a ementa do único acórdão pertinente de que tivemos conhecimento, provindo do Tribunal Superior Eleitoral:

“Revisão geral de remuneração de servidores públicos - Circunscrição do pleito - Art. 73, inciso VIII, da Lei nº 9.504/97 - Perda do poder aquisitivo - Recomposição - Projeto de lei - Encaminhamento - Aprovação.

1. O ato de revisão geral de remuneração dos servidores públicos, a que se refere o art. 73, inciso VIII, da Lei nº 9.504/97, tem natureza legislativa, em face da exigência contida no texto constitucional.

13 Parecer PA nº 65/2013, de autoria deste subscritor e aprovado superiormente.

14 *Direito Eleitoral Brasileiro*, 7ª ed. Bauru: Edipro, 1998, p. 506.

15 *Manual das eleições*. Malheiros Editores, 2004, p. 70.

2. O encaminhamento de projeto de lei de revisão geral de remuneração de servidores públicos que exceda à mera recomposição da perda do poder aquisitivo sofre expressa limitação do art. 73, inciso VIII, da Lei nº 9.504/97, na circunstância do pleito, não podendo ocorrer a partir do dia 9 de abril de 2002 até a posse dos eleitos, conforme dispõe a Resolução/TSE nº 20.890, de 9.10.2001.

3. A aprovação do projeto de lei que tiver sido encaminhado antes do período vedado pela lei eleitoral não se encontra obstada, desde que se restrinja à mera recomposição do poder aquisitivo no ano eleitoral.

4. A revisão geral de remuneração deve ser entendida como sendo o aumento concedido em razão do poder aquisitivo da moeda e que não tem por objetivo corrigir situações de injustiça ou de necessidade de revalorização profissional de carreiras específicas.”¹⁶

Ante o exposto, concluímos que a vedação contida no artigo 73, VIII, da Lei Federal nº 9.504/1997 **não alcança** a remuneração dos empregados de entidades estatais descentralizadas de direito privado. Por cautela, sugerimos seja no devido tempo¹⁷ formulada consulta específica ao Tribunal Regional Eleitoral, com fundamento na competência atribuída pelo artigo 30, VIII, da Lei federal nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral).

Se aprovada a orientação proposta neste opinativo, resultará parcialmente revisto o entendimento fixado a partir da aprovação do **Parecer PA nº 76/2010** e considerar-se-á acrescida a nova diretriz aos fundamentos do **Parecer PA nº 1/2011** e do **Parecer GPG/CONS nº 55/2014**.

À elevada consideração superior.

São Paulo, 15 de agosto de 2014.

DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado

OAB/SP nº 245.540

16 Consulta nº 782, Resolução nº 21.296, de 12.11.2002, Relator Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, in RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, vol. 14, tomo 1, p. 420.

17 “Não se conhece de consulta que envolve questionamento sobre a conduta vedada no art. 73, VIII, da Lei nº 9.504/97, se já iniciado o período estabelecido na referida proibição legal” (Tribunal Superior Eleitoral, Consulta nº 1.226, Resolução nº 22.255, de 20.6.2006; no mesmo sentido: Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, Consulta nº 317-49.2012.6.26.0000, decisão de 14.8.2012).

PROCESSO: GDOC nº 18488-646598/2014

INTERESSADA: Companhia Paulista de Securitização

PARECER: PA nº 88/2014

De acordo com o Parecer PA nº 88/2014.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado – Consultoria.

São Paulo, 27 de agosto de 2014.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS

Procuradora do Estado Chefe

Procuradoria Administrativa

OAB/SP 78.260

PROCESSO: GDOC nº 18488-646598/2014

INTERESSADA: Companhia Paulista de Securitização

ASSUNTO: Eleições. Condutas vedadas no período eleitoral.

O Parecer PA nº 88/2014 concluiu que a expressão “servidores públicos”, constante do artigo 73, inciso VIII, da Lei federal nº 9.504/97, deve ser interpretada restritivamente, de modo a excluir de sua abrangência os empregados de entidades estatais descentralizadas de direito privado, ao contrário do que outrora fora dito no Parecer PA nº 76/2010.

Embora eu tenha sustentado, no Parecer GPG/CONS nº 55/2014 (fls. 77/86), que essa expressão deveria ser entendida em sua acepção ampla, citando na oportunidade doutrina e jurisprudência, quer-me parecer, após analisar os argumentos expendidos pelo i. Procurador do Estado subscritor da peça opinativa em comento, que a ele assiste razão.

De todo modo, no próprio PA nº 88/2014 foi sugerida a formulação de consulta à Justiça Eleitoral, precaução que entendo muito pertinente.

Dito isso, remeta-se o presente ao Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação do Parecer PA nº 88/2014.

ADALBERTO ROBERT ALVES

Subprocurador Geral do Estado

Área da Consultoria Geral

PROCESSO: GDOC nº 18488-646598/2014

INTERESSADA: Companhia Paulista de Securitização

ASSUNTO: Eleições. Condutas vedadas no período eleitoral.

Aprovo, por seus próprios e jurídicos fundamentos, o Parecer PA nº 88/2014, ficando parcialmente alterada a orientação jurídica gizada quando da aprovação do Parecer PA nº 76/2010, no que diz respeito à exclusão dos empregados de entidades estatais descentralizadas de direito privado do conceito de “servidores públicos” constante do artigo 73, inciso VIII, da Lei federal nº 9.504/97.

Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, para divulgação da peça jurídico-opinativa ora aprovada aos órgãos de execução a ela jungidos.

Após, archive-se.

GPG, 4 de outubro de 2014.

JOSÉ RENATO FERREIRA PIRES

Procurador Geral do Estado Adjunto

Respondendo pelo Expediente da

Procuradoria Geral do Estado

Consultoria

131) CONTRIBUIÇÃO SINDICAL COMPULSÓRIA. SERVIDORES CELETISTAS. Obrigação de recolhimento imposta ao empregador. Artigo 582 da CLT. Princípio da unicidade. Pluralidade de sindicatos na mesma base territorial. Decisões judiciais que priorizam a liberdade sindical, liberdade de associação. Unicidade sindical não demonstrada. Aplicação do artigo 590, § 30, da CLT. Precedente: Parecer PA nº 71/2010. **(Parecer PA nº 65/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 11/09/2014)**

132) LICENÇA-PRÊMIO. INDENIZAÇÃO. Períodos de licença-prêmio averbados para gozo oportuno, vencidos até 31 de dezembro de 1985 e não usufruídos ou utilizados para qualquer outro efeito legal. Requerimento formulado no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data em que completadas as condições necessárias à aposentadoria voluntária. Artigo 1º do Decreto estadual nº 25.013/86 combinado com o artigo 2º de suas Disposições Transitórias. Proposta de deferimento do pleito. **(Parecer PA nº 92/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 08/09/2014)**

133) CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DE SAÚDE. TERCEIRIZAÇÃO. PERÍODO ELEITORAL. Procedimento licitatório visando à contratação de empresa para a prestação de serviços de urgência e emergência nos prontos-socorros dos hospitais públicos estaduais em período que antecede as eleições. Análise da situação em tese. Execução indireta de serviços públicos de saúde. Artigo 197 da Constituição Federal. Terceirização como solução imediata, excepcional e provisória ante a dificuldade de contratação de servidores através de concurso público e a essencialidade dos serviços. Situação que necessita estar devidamente comprovada para justificar cada licitação deflagrada. Viabilidade jurídica sem a extinção de órgãos, cargos ou funções condicionada à completa instrução dos respectivos procedimentos. Precedentes: Parecer AJG nº 1.117/1996\Parecer SubG-Cons. nº 17/2002 e Parecer PA-3 nº 69/2002. Escopo do contrato não deve se caracterizar como mera locação de mão de obra. Orientação traçada no Parecer PA-3 nº 69/2002. Período eleitoral. Condutas vedadas. Artigo 73, inciso V, da Lei federal nº 9.504/1997. Aplicação objetiva da norma no que se refere às contratações/demissões de servidores efetivos ou temporários. Terceirização de serviços, em regra, não se enquadra no tipo descrito pela

norma. Excepcionalmente a terceirização de serviços pode vir a configurar uma das condutas vedadas. Aplicação não objetiva depende de comprovação da intenção de burla ao dispositivo legal. Posicionamento adotado em decisões de tribunais eleitorais. Imprescindível, portanto, a demonstração da adequação da medida ao contexto fático atual. Necessidade de observância da Lei de Responsabilidade Fiscal. **(Parecer PA nº 95/2014 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado em 25/09/2014)**

134) APOSENTADORIA DE EX-SERVIDORES AUTÁRQUICOS DA CAIXA ECONÔMICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, NÃO OPTANTES PELO REGIME CELETISTA. AQUISIÇÃO DA INSTITUIÇÃO EM 2008 PELO BANCO DO BRASIL. DÚVIDA SOBRE A QUEM COMPETE O PAGAMENTO DESSE BENEFÍCIO. Necessidade de diligência. Para definir a responsabilidade pelo pagamento das aposentadorias desses servidores devem os autos ser encaminhados à Secretaria da Fazenda para fornecimento de documento e informações. **(Parecer PA nº 97/2014 – Aprovado (diligência) pelo Procurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 19/09/2014)**

135) PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO. AFASTAMENTO OU LICENÇA. Afastamento do cargo efetivo de Delegado de Polícia para exercício de cargo em comissão municipal. Suspensão do vínculo com o Regime Próprio de Previdência So-

cial do Estado de São Paulo. Recolhimento de contribuições previdenciárias ao Regime Geral de Previdência Social. Direito à contagem recíproca desse tempo de contribuição para efeito de aposentadoria no cargo efetivo. Inexistência de ofensa ao imperativo de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário. Observância do princípio da equidade na forma de participação no custeio. Inteligência do artigo 1º-A da Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998; do artigo 12 da Lei Complementar estadual nº 1.012, de 5 de julho de 2007; e dos artigos 7º, I, e 9º do Decreto estadual nº 52.859, de 2 de abril de 2008. Distinção de situações nas quais o funcionário afastado continua a receber a remuneração do cargo efetivo, ainda que suportada pelo órgão ou pela entidade que o aproveita, de situações em que a remuneração é aquela proporcionada pela atividade ou função assumida no afastamento. Afastamento sem prejuízo vs. com prejuízo da remuneração. Precedentes: Parecer PA nº 169/2008; despacho de desaprovação do Parecer PA nº 16/2013. **(Parecer PA nº 98/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 22/09/2014)**

136) SERVIDOR PÚBLICO. Servidor Ocupante de Função Atividade. Servidora admitida nos termos do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 500/74. Ausência injustificada por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Conduta apta a ensejar a dispensa por abandono de função. Artigo 36, inciso I, da Lei 500/74. Parecer PA 20/2010.

Questão concreta dos autos que deve subsumir-se ao ordenamento jurídico vigente. Proposta formulada pelo órgão jurídico de origem no sentido de se conferir tratamento isonômico aos servidores regidos pela Lei nº 500/74 que exerçam função não eventual e aqueles regidos pela Lei nº 10.261/68, no que toca ao número de faltas injustificadas necessárias para configurar abandono e inassiduidade. Sugestão de encaminhamento à Unidade Central de Recursos Humanos, objetivando o oportuno envio de projeto de lei com proposta de alteração da Lei nº 500/74 para os fins propugnados. **(Parecer PA nº 99/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 08/09/2014)**

137) LICITAÇÃO. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE SAÚDE. ÓRGÃO PARTICIPANTE. IMPOSSIBILIDADE. Fundação não instituída ou mantida pelo Poder Público, qualificada como organização social de saúde, não integra a Administração Pública estadual. Precedentes: Parecer PA-3 nº 289/1999, Parecer PA nº 114/2009, Parecer PA nº 59/2010 e Parecer GPG/Cons. nº 53/2014. Artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Artigo 15, II, §§ 1º a § 6º, da Lei federal nº 8.666/1993, norma dirigida à Administração Pública. Contrato de gestão. Recursos orçamentários que devem ser geridos pela OSS com seus próprios meios. Julgado do Tribunal de Contas do Estado que não se ajusta ao caso. **(Parecer PA nº 101/2014 – Aprovado**

pelo Procurador Geral do Estado em 25/09/2014)

138) APOSENTADORIA ESPECIAL. Servidor público portador de deficiência. Artigo 40, § 4º, inciso I, da Constituição Federal. Norma constitucional de eficácia limitada, dependente da edição de legislação integrativa. Súmula Vinculante nº 33, cujo alcance foi delimitado à hipótese do inciso III do § 4º do art. 40 da Lei Maior, isto é, aos servidores públicos que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. MI 5892/DE, Rel. DIAS TOFFOLI, DJe 28/05/2014. MI 6192/DE, Rel. DIAS TOFFOLI, DJe 28/05/2014. Equívoco da Corte Suprema ao incluir, no rol de precedentes que embasaram a edição do enunciado vinculante em evidência, três julgados que cuidam de aposentadoria especial dos servidores portadores de deficiência (MI 4158, MI 1596, MI 3215). **(Parecer PA nº 102/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 17/09/2014)**

139) PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADOR DO ESTADO. Aposentadoria voluntária. Requisitos constitucionais. Tempo de efetivo exercício no serviço público. Conceito de serviço público. Vínculo profissional com o Estado ou suas autarquias. Conceito de efetivo exercício. Exercício real e concreto das atribuições inerentes ao cargo. Impossibilidade de cômputo, como tempo de efetivo exercício no serviço público, de período de afastamento do titular de cargo efetivo para exercer função

em entidade governamental dotada de personalidade de direito privado. Precedente: Parecer PA nº 105/2013. Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente – Fundação Casa, antiga Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor – Febem. Natureza jurídica. Pessoa jurídica de direito privado. Precedentes: Parecer PA-3 nº 406/1991; Parecer PA-3 nº 140/1989; Parecer PA-3 nº 446/1985. Afastamento sem direito à remuneração para o exercício de atividade remunerada em tese sujeita ao Regime Geral de Previdência Social. Manutenção do vínculo com o Regime Próprio de Previdência Social do Estado antes das modificações trazidas pela Lei Complementar Estadual nº 1.012, de 5 de julho de 2007. Precedente: Parecer PA nº 175/2009. Suspensão do vínculo com o Regime Próprio de Previdência Social do Estado, como regra, para períodos de afastamento posteriores à publicação do Decreto estadual nº 52.859, de 2 de abril de 2008. Inteligência do artigo 12, *caput* e § 1º, da Lei Complementar estadual nº 1.012, de 5 de julho de 2007. Descabimento de dupla e simultânea contribuição previdenciária referente a um mesmo período de atividade funcional. Precedentes: Parecer PA nº 169/2008; despacho de desaprovação do Parecer PA nº 16/2013; Parecer PA nº 98/2014. **(Parecer PA nº 103/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 21/09/2014)**

140) **TERCEIRO SETOR. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. CONTRA-**

TO DE GESTÃO. Proposta de interpretação do Parecer PA nº 59/2010, de modo a reconhecer a possibilidade de utilização, pelas Organizações Sociais, de conta mantida junto à instituição financeira diversa da oficial, para cumprimento da folha de pagamento. **IMPOSSIBILIDADE.** Deve ser mantida a conclusão do Parecer PA nº 59/2010 no sentido da obrigatoriedade das Organizações Sociais, que celebraram contratos de gestão com órgãos estaduais, de receber e movimentar todos os recursos deles recebidos em instituição financeira oficial, nos termos do artigo 116, § 4º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Precedente: Parecer PA nº 59/2010. **(Parecer PA nº 104/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 08/07/2014)**

141) **PREVIDENCIÁRIO. MILITAR. PENSÃO POR MORTE.** Benefício correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos do militar falecido na ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988 até que editada a lei estadual específica a que se refere o § 2º do artigo 42 da Carta Republicana, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003. Precedentes: Parecer PA nº 162/2000; Parecer PA nº 43/2003; Parecer PA nº 441/2004; Parecer PA nº 278/2007. Proposta de revisão da Orientação Normativa nº 19, da Subprocuradoria Geral do Estado da Área do Contencioso Geral. Extensão da dispensa de recursos ali prevista a hipóteses de falecimentos ocorridos antes da pro-

mulgação da atual Constituição da República. Cabimento. Jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal. Inteligência do artigo 20 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Retroatividade *ex fattispecie*. Reavaliação jurídica dos fatos que já haviam sofrido a incidência das normas estaduais revogadas pela Constituição, de modo a que eles passassem a gerar direitos a pensões integrais. **(Parecer PA nº 105/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 26/09/2014)**

142) **INDENIZAÇÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LICENÇA POR ACIDENTE DE TRABALHO.** Períodos de férias não usufruídos. Faz jus às férias o servidor que permanece afastado em razão de licença decorrente de acidente de trabalho. Despachos aditivos proferidos pela Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral nos Pareceres PA 13/2005 e 128/2007. Falta de amparo legal quanto à pretendida indenização. Pareceres PA 14/2004, 105/2005 e 106/2005. Diretriz fixada no sentido de que só há o direito à indenização na hipótese em que a não fruição for imputável à Administração. “A responsabilidade da Administração por ter a fruição do benefício se inviabilizado é completamente diversa daquela que assume, ao indeferir o gozo regulamentar de férias, por necessidade do serviço”. Despacho aditivo do Procurador do Estado Assessor Chefe da Assessoria Jurídica do Governo exarado no Parecer AJG 0767/2000. **(Parecer PA**

nº 106/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 25/09/2014)

143) **CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DE ESCOPO. EXTINÇÃO. DESPESAS SEM COBERTURA CONTRATUAL.** Em razão da superveniente inscrição da empresa contratada no CADIN, a autarquia estadual não celebrou, oportunamente, termo aditivo para acréscimo e alteração dos prazos de execução e de vigência. Contrato para execução de obra cujo objeto foi recebido em caráter definitivo. A extinção do contrato de escopo independe do prazo fixado. Prazo de vigência do contrato de escopo inclui prazo de execução, recebimento e pagamento final. **Precedentes: Pareceres PA nº 157/2009 e nº 48/2013.** Proposta de pagamento por indenização de saldo contratual e de valores correspondentes ao acréscimo. Distinção das situações. Saldo contratual que não se insere nas disposições do Decreto nº 40.177/1995, devendo ser resolvido no âmbito do contrato. Impossibilidade de celebração de aditivo para acréscimo das obras já realizadas. Artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89. Viabilidade do pagamento, a título de indenização, dos valores sem cobertura contratual, desde que atendidas todas as condições previstas no Decreto nº 40.177/1995. Irregularidade da contratada junto ao CADIN. Observações relacionadas à aplicação do artigo 6º, § 1º, da Lei estadual nº 12.799/2008. **(Parecer PA nº 116/2014 – Aprovado parcialmente**

**pelo Procurador Geral do Estado
Adjunto em 21/10/2014)**

**144) MEIO AMBIENTE. QUEI-
MA DA PALHA DA CANA-DE-
-AÇÚCAR. LEI MUNICIPAL. Lei
nº 13.313/2014 do Município de
Ribeirão Preto.** Norma proibitiva de
queimada de canaviais. Conflito com a
legislação estadual que as permite nas
condições que estabelece, visando a
sua gradativa eliminação. Matéria cuja
competência legislativa concorrente é
da União, dos Estados e do Distrito
Federal (CF, art. 24, VI). Precedente
desta Especializada no sentido da in-
competência do Município para dispor
a respeito, salvo nos limites de seus in-
teresses predominantemente locais e
em caráter suplementar. Matéria sub-
metida, no entanto, ao regime da re-
percussão geral, no RE 5 8 6.224-1 /SP.
Possibilidade de interposição de Ação
Direta de Inconstitucionalidade peran-
te o Tribunal de Justiça de São Paulo.
Precedente: Parecer PA nº 285/2004.
(Parecer PA nº 111/2014 – Aprova-
do pelo Procurador Geral do Estado
Adjunto em 10/10/2014)

**145) ASSOCIAÇÃO CIVIL. FI-
LIAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA.**
Artigo 53 do Código Civil. Inexistência
de obrigações recíprocas e antagôni-
cas entre a associação e os associados.
União de pessoas em busca de objetivos
comuns. Natureza contratual afastada.
Hipótese que não faz incidir as dispo-
sições da Lei federal nº 8.666/1993.
Natureza institucional. Anuidade.
Despesa que se justifica mediante a
comprovação da pertinência entre a

área de atuação da associação civil e as
finalidades institucionais do órgão ou
entidade pública que pretende se filiar.
Relação que deve contribuir de for-
ma direta para o desenvolvimento das
atividades da Administração Pública.
(Parecer PA nº 110/2014 – Aprovado
pelo Procurador Geral do Estado em
29/10/2014)

**146) REFORMA DE MILITAR
POR INVALIDEZ. ÓBITO OCOR-
RIDO APÓS O LAUDO DE INVA-
LIDEZ, MAS ANTES DA CONCES-
SÃO DA REFORMA. PENSÃO POR
MORTE.** É fundamental a fixação do
exato período em que o servidor ou o
militar recebeu proventos de aposenta-
doria ou reforma e a data exata a partir
da qual é devida a pensão, pelo que
indispensável a publicação do ato de
aposentadoria de todos os servidores
ou de reforma de militares, ainda que,
em alguns casos, já tenham ocorrido
óbitos. (Parecer PA nº 109/2014 –
Aprovado pelo Procurador Geral do
Estado da Área da Consultoria Ge-
ral em 06/10/2014)

**147) APOSENTADORIA POR
INVALIDEZ E COMPULSÓRIA.
ÓBITO DO SERVIDOR OCORRIDO
APÓS O LAUDO DE INVALIDEZ
OU APÓS TER COMPLETADO 70
ANOS, MAS ANTES DA CONCES-
SÃO DE APOSENTADORIA. PEN-
SÃO POR MORTE.** É fundamental
a fixação do exato período em que o
servidor recebeu proventos de aposen-
tadoria e a data exata a partir da qual é
devida a pensão, pelo que indispensá-
vel a publicação do ato de aposentado-

ria de todos os servidores, ainda que, em alguns casos, já tenham ocorrido óbitos. Verificado o pagamento incorreto da pensão por morte, cabe à SP-PREV efetuar procedimento de regularização do valor devido à pensionista, com observância do contraditório e da ampla defesa, para, ao final, pagar seu valor correto. Fica, todavia, a SP-PREV impedida de cobrar eventuais diferenças, se os pensionistas receberam suas pensões, de boa-fé, conforme conclusão do Parecer PA nº 60/2010. **(Parecer PA nº 108/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 03/10/2014)**

148) PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO. Servidor público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão. Vinculação ao Regime Geral de Previdência Social a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/1998. Inteligência do § 13 do artigo 40 da Constituição da República. Precedentes: Parecer PA-3 nº 220/1999; Parecer PA nº 340/2004. Destinação incorreta de contribuições previdenciárias ao então denominado Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - IPESP. Ausência de recolhimentos em favor da Seguridade Social. Fato que não impede a obtenção do benefício previdenciário proporcionado pelo Regime Geral de Previdência Social. Filiação a esse regime como decorrência do exercício da atividade remunerada. Descontos previdenciários que se presumem feitos oportuna e regularmente pelo Estado empregador. Competência da São Paulo Previdên-

cia – SPPREV adstrita à homologação de Certidão de Tempo de Contribuição - CTC relativa ao período transcorrido até dezembro de 1998, nos termos do artigo 2º da Portaria MPS nº 154, de 15 de maio de 2008. Falta de amparo legal para o acerto entre a autarquia previdenciária estadual e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS no que diz respeito a contribuições previdenciárias que deveriam ter sido destinadas ao Regime Geral. Existência de acordo entre o Estado de São Paulo e a União nos autos de ação cível originária que tramitou no Supremo Tribunal Federal. **(Parecer PA nº 94/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 08/10/2014)**

149) PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. Funcionária pública que faltou ao serviço durante anos até que completasse a idade-limite para permanência no serviço público. Bloqueio de vencimentos. Ausência de providências da Administração com vistas ao reconhecimento de eventual infração disciplinar de abandono de cargo. Benefício previdenciário devido em função do tempo em que foram efetivamente recolhidas as contribuições previdenciárias. Cálculo pelas regras do corpo permanente da Constituição. Solução adequada ao específico caso concreto. Necessidade de que fossem apuradas as faltas da servidora com vistas à aplicação, conforme o caso, das penalidades de demissão ou de cassação de aposentadoria. Hipótese em que, se reconhecida a prescrição da

pretensão punitiva da Administração, impõe-se sejam adotadas as providências necessárias à apuração da responsabilidade pelo ocorrido. **(Parecer PA nº 83/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 09/10/2014)**

150) ARSESP. CONTRATAÇÃO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO PARA SEUS EMPREGADOS, COM SUPEDÂNEO NA LEI ESTADUAL Nº 8.555/94. LEI NÃO REGULAMENTADA. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO GOVERNADOR DO ESTADO. Em face da ausência de regulamentação da Lei estadual nº 8.555/94, não é possível a contratação de seguro de vida em grupo, pela ARSESP, por ato da Presidência ou da Diretoria, havendo necessidade de autorização expressa do Governador do Estado. Situação que não se altera, em face da independência decisória e das autonomias administrativa, orçamentária e financeira da ARSESP, previstas na Lei Complementar estadual nº 1.025/2007. Precedentes: Pareceres PA nº 414/2004, 229/2005, 82/2009 e 14/2013. **(Parecer PA nº 81/2014 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 14/10/2014)**

151) PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Artigo 40, § 3º, da Constituição da República. Lei federal nº 10.887, de 18 de junho de 2004. Cálculo dos proventos pela média aritmética simples das maiores remunerações. Abrangência das parcelas remun-

neratórias utilizadas como base para as contribuições previdenciárias do servidor. Artigo 40, § 2º, da Constituição da República. Limite máximo definido pela remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria. Emprego de idêntico critério baseado na incidência de contribuições previdenciárias. Situação diversa da examinada nos **Pareceres PA nº 72/2014 e nº 73/2014**, pendentes de apreciação superior. Caso concreto em que, todavia, não houve descontos previdenciários sobre a vantagem denominada Gratificação Especial por Atividade Hospitalar em Condições Especiais de Trabalho - GEAR, tampouco a servidora a vinha recebendo quando requereu aposentadoria. Inocorrência de repercussão da gratificação nos correspondentes proventos. **(Parecer PA nº 80/2014 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 16/10/2014)**

152) CUMULAÇÃO DE PENSÕES POR MORTE. PENSIONISTA DE SERVIDOR APOSENTADO QUE CUMULOU SEUS PROVENTOS COM VENCIMENTOS DE CARGO EM COMISSÃO, FALECIDO ANTES DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO ENTRE O ESTADO DE SÃO PAULO, A UNIÃO E O INSS, QUE ENCERROU A AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA 1.059. O Acordo entre o Estado de São Paulo, a União e o INSS, devidamente homologado nos autos da ACO 1.059, não abrangeu aposentadorias dos servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão e

as pensões relativas a tais servidores, regularmente concedidas pelo Estado de São Paulo e pelo IPESP até sua celebração, pelo que elas continuam de responsabilidade do RPPS paulista. Vedação expressa do art. 155 da Lei Complementar nº 180/78 para recebimento de duas pensões pelo RPPS paulista, pelo que não há possibilidade de cumulação de pensão relativa aos proventos do cargo efetivo, com pensão relativa a vencimentos do cargo em comissão. Tal dispositivo, todavia, permite opção entre as duas pensões. Proposta de notificação da pensionista para exercer tal opção. Na hipótese de opção pela pensão relativa ao cargo em comissão, seu reajuste deve ser feito nos termos da Lei Complementar estadual nº 1.105/2010. Na hipótese de opção pela pensão relativa aos proventos do cargo efetivo, seu reajuste está submetido à regra da paridade, prevista no art. 7º da EC 4 1/2003. Precedentes: Pareceres PA nºs 168/2006, 198/2006, 23/2013 e 29/2014. **(Parecer PA nº 67/2014 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 08/10/2014)**

153) **CONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 15.298, DE 10 DE JANEIRO DE 2014, QUE ASSEGUROU O PAGAMENTO DE MEIA-ENTRADA PARA DIRETORES, COORDENADORES PEDAGÓGICOS, SUPERVISORES E TITULARES DE CARGOS DO QUADRO DE APOIO DAS ESCOLAS DAS REDES ESTADUAL E MUNICIPAIS DE SÃO PAULO.** Lei de iniciativa parla-

mentar, resultante de rejeição do veto do Governador do Estado. Violação do princípio constitucional fundamental da isonomia, restrição ao princípio geral da livre iniciativa e matéria de competência da União. Precedentes do Supremo Tribunal Federal em sentido oposto (ADIs 1.950 e 3.512). Possível revisão do entendimento do STF, quando da conclusão do julgamento da ADI 2.163. Proposta de se aguardar a conclusão desse julgamento. Precedente: Parecer PA nº 337/2002. **(Parecer PA nº 49/2014 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 16/10/2014)**

154) **LICITAÇÃO. CONTRATO. EGRESSOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.** Exigência de disponibilização de vagas de trabalho aos beneficiários do Programa Pró-Egresso. Decreto estadual nº 55.126/2009, alterado pelo Decreto estadual nº 56.290/2010. Inconstitucionalidade afastada. Parecer PA nº 24/2014, pendente de apreciação. Procuradoria Geral do Estado não inclusa no rol taxativo constante da Resolução Conjunta SGP/SAP/SERT - 001, de 17 de novembro de 2011. Obrigatoriedade de inclusão da exigência a que alude o artigo 4º do Decreto estadual nº 55.126/2009 não aplicável aos editais de licitação da PGE. **(Parecer PA nº 26/2014 – Reprovado pelo Procurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 07/10/2014, ante a desaprovação do Parecer PA nº 24/2014 pelo Procurador Geral do Estado)**

155) **LICITAÇÃO. CONTRATO. EGRESSOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.** Exigência de disponibilização de vagas de trabalho aos beneficiários do Programa Pró-Egresso. Decreto estadual nº 55.126/2009, redação dada pelo Decreto estadual nº 56.290/2010. Inconstitucionalidade afastada. Parecer PA nº 24/2014, pendente de apreciação. Obrigatoriedade em relação a obras e determinados serviços nas contratações efetuadas por órgãos e entidades indicados na Resolução Conjunta SGP/SAP/SERT - 001/2011. Faculdade de inclusão da exigência em relação aos demais serviços, órgãos e entes não listados. Inciso III do artigo 10 do Decreto estadual nº 55.126/2009, acrescido pelo Decreto estadual nº 56.290/2010. Corregedoria Geral da Administração responsável pela fiscalização do cumprimento da determinação governamental. Artigo 3º da Resolução Conjunta SGP/SAP/SERT - 001/2011. Possibilita que a empresa contratada justifique a não inclusão dos egressos na execução do contrato quando este o exigir. Duas hipóteses: comprovada ausência do perfil necessário para o trabalho ou recusa formal. **(Parecer PA nº 25/2014 – Reprovado pelo Procurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 07/10/2014, ante a desaprovação do Parecer PA nº 24/2014 pelo Procurador Geral do Estado)**

156) **LICITAÇÃO. CONTRATO. EGRESSOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.** Exigência de disponibilização de vagas de trabalho aos be-

neficiários do Programa Pró-Egresso. Decreto estadual nº 55.126/2009, com a redação dada pelo Decreto estadual nº 56.290/2010. Obrigatoriedade em relação a obras e determinados serviços nas contratações efetuadas por órgãos e entidades indicados na Resolução SGP/SAP/SERT 001/2011. Afronta ao artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Precedente: Parecer AJG nº 1.155/2002. Proposta de alteração da orientação adotando-se os fundamentos do Parecer PA-3 nº 200/2000, não aprovado. Exigência não se caracteriza como condição de habilitação, mas como condição a ser observada durante a execução do contrato pelo licitante vencedor do certame. Inovação legislativa. Artigo 3º da Lei federal nº 8.666/1993, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei federal nº 12.349/2010. Acrescido o princípio da sustentabilidade no seu sentido mais amplo. Licitação deve buscar garantir o desenvolvimento nacional sustentável. Implementação de política pública que visa a atender outros preceitos constitucionais sem afrontar os princípios que regem o procedimento licitatório. Decreto federal nº 7.746/2012. Critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada (artigo 3º). Entendimento não aprovado confirmado pela nova legislação. Inserção de cláusula contratual que visa a atender o desiderato do Programa Pró-Egresso. Determinação fixada por decreto. Possibilidade. Chefe do Poder Executivo exercendo a dire-

ção superior da Administração Pública estadual. Artigo 47, II, da Constituição Bandeirante. Sociedades de economia mista. Orientação da Coordenadoria de Empresa e Fundações da Procuradoria Geral do Estado. **(Parecer PA nº 24/2014 – Reprovado pelo Procurador Geral do Estado em 03/10/2014)**

157) **SERVIDOR PÚBLICO. EMPREGADO PÚBLICO. APOSENTADORIA.** Prosseguimento do contrato de trabalho. Regularidade. Orientação fixada pela Procuradoria Geral do Estado no sentido de que a aposentadoria pelo regime geral da previdência social não é causa de rompimento do vínculo jurídico entre o empregado e a Administração Pública. Possibilidade de percepção simultânea dos proventos pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social e da remuneração proporcionada pelo emprego em que se deu a inativação. Descabimento do pagamento da complementação de aposentadoria enquanto não rescindido o contrato de trabalho. Inteligência do artigo 1º da Lei Estadual nº 1.386, de 19 de dezembro de 1951. Caso concreto em que, todavia, o direito do empregado à complementação de aposentadoria foi garantido por decisão judicial condenatória da qual não cabe mais recurso do Estado. Impossibilidade de percepção simultânea da complementação de aposentadoria

paga pelos cofres públicos e de remuneração de cargo, emprego ou função na Administração Pública, salvo nas hipóteses do artigo 37, § 10, da Constituição da República, e 11 da Emenda Constitucional nº 20/1998. Acumulação indevida que se resolve pela rescisão do contrato de trabalho, mediante dispensa motivada do empregado por ato unilateral da empresa pública empregadora. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 400/94, nº 104/1997, nº 135/1999, nº 139/1999, nº 138/2000, nº 142/2000, nº 90/2002, e PA nº 384/2003, nº 402/2003, nº 10/2004, nº 93/2007, nº 13/2010, nº 98/2010, nº 42/2012 e nº 64/2012. **(Parecer PA nº 17/2013 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 13/10/2014)**

158) **SERVIDOR PÚBLICO - LICENÇA-PRÊMIO – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA.** Não fruição do benefício. Pedido de indenização. Artigo 2º das Disposições Transitórias da Lei Complementar nº 1.048/2008. Possibilidade. Precedente: Aditamento da Chefia da Procuradoria Administrativa ao Parecer PA nº 204/2009, para deferimento do pedido. Proposta de revisão parcial do entendimento da Chefia da Instituição no precedente citado. **(Parecer PA nº 02/2011 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 17/10/2014)**

Contencioso Geral

163) SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. Aposentados e pensionistas. Recálculo dos proventos e pensões na forma da Lei nº 8.880/94. Pedido de reforma da decisão que determinou a regularização do valor atribuído à causa. O valor da causa deve corresponder ao proveito econômico pretendido pelos autores, podendo o magistrado determinar a emenda da inicial, de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública. Critérios estabelecidos no artigo 260 do CPC c.c. art. 2º, § 2º, da Lei 12.153/09. Decisão mantida. Agravo não provido. (Agravo de instrumento nº 2177270-89.2014.8.26.0000 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Paulo Galizia – 22/10/2014 – 8878 - Unânime)

164) SERVIDORA MUNICIPAL ATIVA (Agente Fiscal Fazendário). Pretensão à conversão de seus vencimentos com base na regra do artigo 22 da Lei federal nº 8.880/94, que instituiu o Plano Real. Sentença de improcedência. Recurso da autora buscando a inversão do julgado. Alterado o dispositivo da sentença para se extinguir o feito em virtude da prescrição, nos termos do artigo 269, inciso IV, do CPC. Recurso improvido. (Apelação nº 1006827-30.2014.8.26.0451 – Piracicaba - 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Aroldo Viotti – 22/10/2014 – 29406 – Unânime)

165) AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. Obrigação de pagar quantia. Embargos à execução recebidos com efeito suspensivo. Ausência de impugnação da decisão. Prosseguimento de parte da execução. Impossibilidade. Decisão mantida. Recurso desprovido. (Agravo de instrumento nº 2148843-82.2014.8.26.0000 – Peruíbe – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Ana Liarte – 20/10/2014 – 10087 - Unânime)

166) AGENTE FISCAL DE RENDAS. Inativo. Licença-prêmio. Indenização. Pretensão ao pagamento sem observância do limite do teto constitucional. Art. 115, XII, da CE, e art. 37, XI, da CF. Inadmissibilidade. Art. 43, § 2º, da LC 1.059/08, com redação da LC 1.122/10. Indenização com base na remuneração do mês anterior à aposentadoria, observado aquele limite. Em caso de gozo da licença-prêmio, o servidor receberia a remuneração limitada ao teto. Respectiva indenização que deve corresponder à remuneração que perceberia no período. Indenização que não pode superar o dano sofrido em decorrência da não fruição da licença. Sentença que concedeu a ordem. Recursos providos. (Apelação nº 1007708-71.2013.8.26.0053 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Antonio Carlos Villen – 29/09/2014 – 1360 – Unânime)

167) MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAIS MILITARES EM ATIVIDADE. Pretensão à in-

corporação do valor percebido sob a rubrica de ADICIONAL DE LOCAL DE EXERCÍCIO ALE (LC 689/92 e alterações posteriores). Gratificação vinculada ao exercício da função em determinado local de trabalho. Impossibilidade de incorporação aos vencimentos, conforme expressa vedação legal. Vantagem de caráter *pro labore faciendo*. Superveniência das Leis Complementares 1.114/10 e 1.117/10, que não altera a solução jurídica dos autos. Lei Complementar nº 1.197/2013, que promove a absorção apenas a partir de sua vigência. Sentença denegatória da segurança mantida. Recurso não provido. (Apelação nº 0013133-96.2013.8.26.0053

– São Paulo – 13ª Câmara de Direito Público – Relator: Peiretti de Godoy – 15/10/2014 – 23937 – Por maioria)

168) **SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. GAP.** Pedido de incorporação de R\$ 50,00 ao salário-base. Inadmissibilidade, pois o valor já foi incorporado ao RETP. Caso em que não houve redução dos vencimentos. Inteligência da Lei Complementar estadual nº 1.021/07. Precedentes deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso improvido. (Apelação nº 0057175-70.2012.8.26.0053 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: José Luiz Gavião de Almeida – 28/10/2014 – 30405 – Unânime)

Contencioso Tributário-Fiscal

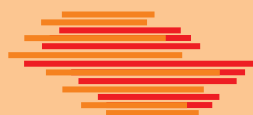
159) AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ICMS. Empresa autuada pelo Fisco Estadual que celebrou parcelamento para o pagamento do débito Pretensão da autora de não incorrer em mora, com a consignação do valor referente ao acordo celebrado. Inadequação da via. Ausência dos requisitos previstos no artigo 164 do CTN – Perda superveniente do objeto, em razão da manutenção da r. sentença que julgou procedente a ação ordinária, apensada a estes autos – Manutenção do decreto de extinção do processo, porém sem julgamento do mérito. Recurso provido, com observação – Embargos de declaração opostos pela Fazenda Estadual, aduzindo ter o v. acórdão sido omissos com relação às verbas sucumbenciais. Vício efetivamente existente. Embargos acolhidos. (Apelação nº 0007257-70.2010.8.26.0408/5000 – Ourinhos – 12ª Câmara de Direito Público – Relator: Ricardo Feitosa – 22/10/2014 – 20897 – Unânime)

160) RECURSO ESPECIAL. RETORNO À TURMA JULGADORA. Art. 543-C, § 7º, do CPC. Acórdão que reformou decisão de primeiro grau, entendendo que, em sede de ação de execução fiscal, é cabível a penhora de precatório como garantia de solvabilidade do débito - Entendimento do STJ, contudo, no sentido de que é descabida a referida penhora se há recusa da Fazenda quanto à oferta em questão, razão pela qual seria cabível a aplicação da repercussão geral – Manutenção, contudo, do julgado desta Corte, na medida em que o enten-

dimento contido na decisão do STJ não tem efeito vinculativo, o que autoriza a não retratação do julgamento. Inexistência de súmula vinculante sobre a matéria – Manutenção do Acórdão anteriormente proferido. (Agravado de instrumento nº 0169979-43.2012.8.26.0000 – São Paulo – 12ª Câmara de Direito Público – Relator: Wanderley José Federighi – 22/10/2014 – 20908 – Unânime)

161) EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. Intempestividade. Contagem do prazo a partir da intimação da penhora. Exegese da Lei nº 6.830/80, pois o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária. Sentença mantida. Recurso improvido. (Apelação nº 0012042-20.2013.8.26.0554 – Santo André – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Vera Angrisani – 04/11/2014 – 21243 – Unânime)

162) EXECUÇÃO FISCAL. IPVA. Sendo o IPVA sujeito a lançamento de ofício, a constituição do crédito se dá no momento da notificação para pagamento e não na data da lavratura do auto de infração que aplicou multa em razão do não pagamento do tributo. Ultrapassados mais de cinco anos entre a data da notificação do lançamento e a propositura da ação de execução fiscal, de rigor o decreto de prescrição. Precedentes do STJ. Honorários devidos, em obediência ao princípio da causalidade. Verba que pertence ao patrono e não à executada. Inteligência do art. 22 do Estatuto da OAB. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Apelação nº 0621541-85.0089.8.26.0014 – São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Vera Angrisani – 28/10/2014 – 21448 – Unânime)



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

