

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

Embargos de Declaração nº 0217441-35.2008.8.26.0000

Embargante: DER – Depto. Estradas de Rodagem

Embargado: Engenharia e Comércio Ltda.

O DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO, pela Procuradora do Estado infra-assinada, designada nos termos do inciso I do art. 99 da Constituição do Estado de São Paulo, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14.04.2004, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos do processo em epígrafe, interpor o presente **RECURSO ESPECIAL**, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, pelas razões anexas que desta fazem parte integrante, aguardando seu regular recebimento e processamento, que, certamente, culminará com o seu conhecimento e provimento, para reformar o r. decisório na parte ora hostilizada.

Ressalta-se a tempestividade do presente recurso, em conformidade com o art. 188 do Código de Processo Civil, pois a intimação do v. Acórdão recorrido deu-se por meio da Imprensa Oficial em 21 de março de 2012.

Por oportuno, informa o recorrente que deixa de comprovar o preparo e o recolhimento das demais taxas e despesas processuais em virtude de sua natureza jurídica de entidade autárquica estadual.

Por derradeiro, requer que todas as **intimações referentes ao presente feito sejam publicadas em nome desta subscritora**, anotando-se na contracapa dos respectivos autos judiciais.

Termos em que, com a remessa oportunamente à Superior Instância, após a observância das formalidades legais,

Pede deferimento.

São Paulo, 18 de abril de 2012.

RENATA LANE

Procuradora do Estado de São Paulo

OAB/SP 289.214

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

Embargos de Declaração nº 0217441-35.2008.8.26.0000

Embargante: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo

Embargado: Sansão Engenharia e Comércio Ltda.

COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

Doutos Ministros,

Cuida-se de acórdão que negou provimento, por votação unânime, aos embargos de declaração opostos pelo DER-SP, mas que não merece persistir, porque ofensivo aos artigos 535, 219, § 5º, e 475 do Código de Processo Civil, bem como ao art. 193 do Código Civil e ao art. 1º do Decreto Lei nº 20.910/32, além da Lei nº 11.960/09.

I. DO PROCESSADO

Trata-se de demanda ajuizada pela Sansão Engenharia e Comércio Ltda., objetivando a condenação da autarquia pelos consectários da mora em relação às parcelas pagas em atraso, oriundas do contrato nº 8.449-9, celebrado entre as partes em novembro de 1992.

Em síntese, aduz que o DER/SP não teria cumprido integralmente com os termos do contrato celebrado, vez que não teria pago certas parcelas, deixando-as em aberto, ou mesmo pago certas parcelas sem incluir juros e correção monetária.

Observa-se que o vencimento da última medição ocorreu em 22/11/1997 (fls. 284-287). Contudo, **a presente ação somente foi ajuizada em 24/09/2003, ou seja, praticamente seis anos da data da última medição!**

Apesar de prescrita a pretensão da autora, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, para condenar o DER ao pagamento de R\$ 9.637.546,00 (valor apurado pelo perito judicial), montante este que deverá ser atualizado pela UFESP, acrescido de juros de 10% ao ano.

Irresignada, a autarquia interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento, mantendo-se integralmente a condenação imposta ao DER/SP em primeiro grau.

Deste v. Acórdão, o DER opôs Embargos de Declaração, objetivando que o Eg. TJSP sanasse as seguintes omissões:

(i) **objeção de mérito – prescrição**, que pelo efeito translativo ao recurso de apelação e por força do reexame necessário, bem como por se tratar de matéria de ordem pública, caberia ao TJSP analisar a ocorrência da prescrição, ainda que de ofício (nos termos do art. 193 do Código Civil e pelo art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil).

Neste ponto, cumpre salientar que a ação foi ajuizada muito tempo após o prazo prescricional de cinco anos, a que se refere o art. 1º do Decreto Lei nº 20.910/32, ter se esgotado, vez que o vencimento da última medição data do ano de 1997 e a ação somente foi ajuizada em 2003.

(ii) desrespeito aos termos do contrato administrativo, vez que, para a incidência dos juros de mora, teria de ser comprovado o requerimento administrativo, ônus não observado pela autora.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados, tendo o e. TJSP apenas **afastado a omissão quanto à atribuição para a análise da prescrição**, nos seguintes termos:

“Nas razões de apelação interpostas pelo embargante (fls. 849-858) sequer foi ventilada a hipótese de ocorrência de prescrição. Portanto, não há que se falar em omissão no v. Acórdão de fl. 901” (fl. 922).

Deste v. Acórdão, o DER/SP opôs novos Embargos Declaratórios, ressaltando que a matéria da prescrição poderia ser conhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição, sobretudo em se tratando de apelação, em que o efeito da interposição do recurso é translativo (ou seja, devolvem-se as matérias de ordem pública).

Ademais, foi mencionado que o Eg. TJSP deveria se manifestar acerca da incidência da nova lei sobre juros e correção monetária, que, por sua vez, deveria ser aplicada desde sua vigência, de modo que o percentual de juros de mora fosse o da caderneta de poupança, a partir de 30/06/2009 (data da vigência da lei), e não mais de 10% ao ano, tal como determinado pelo contrato.

Todavia, os Embargos de Declaração novamente foram rejeitados, sob o fundamento de que se trataria de pretensão meramente infringente.

Pois bem, considerando que **não houve a prestação de uma tutela jurisdicional completa**, interpõe-se o presente recurso especial do v. Acórdão que julgou os últimos embargos de declaração.

II. DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

a) Da tempestividade:

De acordo com o art. 188 do Código de Processo Civil, o prazo para interposição de recurso especial é de trinta dias.

Como o v. Acórdão que julgou os embargos de declaração foi publicado na imprensa oficial em 21 de março de 2012, tendo como termo final o dia 20 de abril de 2012, e, por isso, tempestivo o presente recurso.

b) Do prequestionamento:

O presente recurso tem como objeto as seguintes violações às leis federais: (i) *violação ao art. 535 do CPC;* (ii) *violação ao dever do Tribunal de Justiça de analisar, ex officio, a ocorrência de prescrição, nos termos dos art. 219, § 5º, e 219 do Código Civil, bem como ao art. 1º do Decreto Lei 20.910/32 e ao art. 3º do Decreto Lei 4.597/42;* (iii) *violação à Lei nº 11.960/09.*

Verificando que o Egrégio Tribunal de Justiça não analisou todas as questões postas em julgamento (tanto pelo recurso voluntário quanto pelo reexame necessário), o DER opôs embargos de declaração, destacando a necessidade de o Eg. TJSP se manifestar em relação à matéria de ordem pública: prescrição.

Todavia, os embargos declaratórios foram rejeitados. Nota-se que o Eg. TJSP deixou de analisar todas as questões postas em julgamento via embargos de declaração, que, por sua vez, também tinham o intuito de prequestionar a matéria; **em evidente falta de prestação jurisdicional integral e violação do art. 535 do CPC.**

Ante todo o exposto e a negativa do E. Tribunal de Justiça em analisar todas as matérias aduzidas nos Embargos de Declaração, **requer-se seja o v. Acórdão anulado para que retorne ao Tribunal de origem e dê-se a efetiva tutela jurisdicional, ou, por economia processual e em observância ao princípio da celeridade processual, requer-se seja considerada prequestionada a matéria e aplique o direito à espécie, passando-se à análise das razões deste recurso.**

c) Da requalificação jurídica dos fatos. Da não incidência da súmula 07/STJ:

O presente recurso especial objetiva a anulação do v. Acórdão que julgou os Embargos de Declaração opostos pelo DER/SP, vez que haveria, sim, omissão no v.

Acórdão ao qual o Eg. TJSP estava jungido a analisar (já que se tratava de matéria de ordem pública, devendo o Tribunal de Justiça apreciá-la de ofício).

Imperioso era o reconhecimento da prescrição, vez que a ação foi ajuizada muito posteriormente à data do término do contrato/vencimento da última medição/último pagamento.

Para a reversão do julgado, bastará verificar os termos de irresignação da autarquia estadual postos no v. Acórdão e o que restou decidido pelo Tribunal de origem.

Logo, basta verificar que o Acórdão não apreciou a prescrição porque não foi alegado nas razões de Apelação para verificar a negativa de tutela jurisdicional por parte do Tribunal de origem.

Nesse sentido, caberá a este Superior Tribunal de Justiça anular o v. Acórdão, **a fim de determinar que o Tribunal a quo verifique a ocorrência ou não da prescrição, sendo desnecessária a incursão sobre os fatos e as provas contidas nos autos para julgar o presente recurso.**

d) Do conhecimento do recurso especial:

Demonstrados os requisitos de admissibilidade do recurso especial, tais como a tempestividade, o prequestionamento, e em se tratando de recurso estritamente de direito, no qual houve esgotamento de instâncias, aguarda-se o conhecimento do presente e, após, o seu provimento.

III. MÉRITO

a) Da contrariedade ao art. 535, II, do Código de Processo Civil:

Conforme anteriormente mencionado, o Tribunal de origem deixou de prestar a efetiva tutela jurisdicional, não analisando questões essenciais à lide postas em julgamento por meio dos embargos de declaração.

Para a efetiva prestação jurisdicional, essencial à supressão da omissão quanto aos itens já mencionados e dispostos nos embargos de declaração, uma vez que, tendo sido devolvido ao Eg. Tribunal de Justiça, por força do efeito translativo e do reexame necessário, **as condenações impostas à autarquia estadual E AS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA** deveriam ter sido apreciadas pelo Tribunal, confirmando-as ou rejeitando-as.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça deixou de verificar a **ocorrência da prescrição, ex officio**, tal como determina o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

Instado a se manifestar acerca da questão, via recurso aclaratório, o Eg. TJSP rejeitou a pretensão recursal da autarquia por entender que, em razão de a matéria não ter sido objeto do recurso de apelação, não haveria qualquer omissão no v. Acórdão apta a ensejar a oposição de embargos declaratórios.

De fato, o Tribunal *a quo* não apreciou todas as questões suscitadas, o que inviabilizou a plena análise da matéria ora impugnada, pois, a despeito da oposição de embargos de declaração, não houve no acórdão recorrido a imprescindível emissão de juízo de valor acerca do tema relativo às tais questões.

Dessarte, se a matéria foi suscitada pela parte e não foi objeto de apreciação pelo Tribunal *a quo*, **resta apenas o acesso à via especial, por meio da alegação de violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil**. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 547.)

Nesse sentido, é o decidido pela E. 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em caso análogo:

“Se, em sede de embargos de declaração, o Tribunal se nega a apreciar todos os fundamentos que se apresentam nucleares para a decisão da causa e tempestivamente interpostos, comete ato de entrega de prestação jurisdicional imperfeito, devendo ser complementado [...] Reconhecida essa precariedade no acórdão dos embargos, **via recurso especial, decreta-se a sua nulidade, por infringência ao teor preconizado pelo art. 535, II, do CPC, determinando-se o exame obrigatório de todas as questões suscitadas, apreciando-se e decidindo-se como melhor for construído o convencimento**” (REsp 146.706-SP, J. 03.04.2001, Rel. Min. José Delgado, DJU 25.06.2001).

Logo, sendo imprescindível para a prestação jurisdicional integral, faz-se necessária a **anulação do v. Acórdão recorrido, devolvendo-se ao Tribunal competente a apreciação da questão e a análise das questões suscitadas nos Embargos de Declaração**.

Todavia, caso seja considerada prequestionada a matéria suscitada, por economia e celeridade processual, requer-se seja aplicado o direito à espécie e passe à análise da violação do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, do art. 193 do Código Civil, do art. 1º do Decreto Lei nº 20.910/32 e da Lei nº 11.060/09, pelas razões a seguir expostas.

b) Do efeito translativo do recurso de apelação. Do reexame necessário. Das matérias passíveis de cognição *ex officio*. Da ofensa ao art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil e do art. 193 do Código Civil. Da prescrição quinquenal. Da omissão no v. acórdão embargado:

Caso os doutos Ministros optem por apreciar desde já as demais questões ensejadoras do manejo deste recurso especial, certo é que a superficial análise do caso em estudo já indica que o v. aresto recorrido ofendeu frontalmente o disposto no **art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, no art. 193 do Código Civil e no art. 1º do Decreto Lei nº 20.910/32, que prevê o prazo de 5 anos para prescrição das pretensões exigidas em face da Fazenda Pública**, devendo ser objeto de reforma.

Com efeito, na presente ação, a empresa autora alega direito ao recebimento de parcelas supostamente devidas pela ré a título de medições não pagas e as pagas com atraso sem correção monetária e juros de mora.

Ora, se o direito subjetivo à percepção dos valores correspondentes às medições não pagas e as pagas com atraso sem a correção monetária e juros moratórios surgiu no momento em que a autarquia deixou de efetuar o pagamento (no dia do vencimento) ou na data em que efetuou os pagamentos em atraso, em 24 de setembro de 2003 tal pretensão já não era mais exigível, vez que totalmente prescrita.

Diante do art. 1º do Decreto 20.910/32 e art. 2º do Decreto-lei nº 4.597/42, evidente que a inércia da empresa autora em reclamar seu suposto direito no prazo legal acabou por extinguir a pretensão ao exercício deste. **É dizer, se a ação em tela foi movida mais de cinco anos depois do nascimento de parcela das pretensões nela veiculadas, imperioso que, quanto a tais parcelas, seja reconhecida a prescrição e extinto o processo.**

Pois bem, justamente verificando que a pretensão do autor estaria fulminada pela prescrição, o DER/SP, em Embargos de Declaração, suscitou a omissão no v. Acórdão quanto à análise da prescrição.

c) Da omissão:

É cediço que cabem embargos de declaração para sanar omissão, obscuridade e contradição, nos termos do art. 535 do CPC.

Também se deve observar que o recurso de apelação devolve toda matéria ao Tribunal de Justiça, sobretudo as matérias de ordem pública, ainda que não objeto do recurso. Trata-se do efeito “translativo” da apelação.

Ademais, por força do reexame necessário, todas as matérias contrárias à Fazenda Pública estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 475 do CPC.

Nesse contexto que se deve analisar a questão da prescrição e a atribuição do Tribunal de Justiça de analisá-la, ainda que *ex officio*.

Tendo a matéria dos autos sido totalmente devolvida ao Tribunal de Justiça, por força do efeito translativo e do reexame necessário, CABERIA AO EG. TJSP ANALISAR TODAS AS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA relacionadas ao processo, independentemente se objeto do recurso interposto pelo DER/SP.

E mais, quanto à prescrição, desde fevereiro de 2006, o ordenamento jurídico é claro ao dispor que caberá ao juiz, de ofício, analisar a prescrição (art. 215, § 5º, do Código de Processo Civil).

Daí a omissão contida no v. Acórdão: o Eg. TJSP deixou de analisar a prescrição, ainda que competente, legitimado e legalmente vinculado para tal feito.

Opostos os Embargos de Declaração, caberia ao TJSP se manifestar acerca da prescrição, suprindo a omissão apontada.

Ao revés de saná-la, manifestando-se pela ocorrência ou não da prescrição da pretensão do autor, os Embargos de Declaração foram rejeitados, sob a alegação de que não haveria qualquer omissão no v. Acórdão, uma vez que a objeção de mérito não tenha sido ventilada nas razões recursais pelo recorrente.

Ora, tal entendimento contraria diretamente a determinação do ordenamento jurídico: que o juiz analise a prescrição de ofício.

Ademais, tendo as matérias de ordem pública sido devolvidas ao Tribunal pelo efeito translativo e pelo reexame necessário, de rigor a análise de todas as questões contrárias à Fazenda Pública, bem como todas as matérias cognoscíveis de ofício pelo juízo.

CLARA ESTÁ A VIOLAÇÃO AOS ART. 535, 219, § 5º, 515, § 1º, E 475 DO CÓDIGO CIVIL, BEM COMO AO ART. 219 DO CÓDIGO CIVIL.

Nesse sentido, é uníssona a jurisprudência firmada em relação ao dever de análise *ex officio* da objeção de mérito, a qual merece transcrição do entendimento proferido por este C. Superior Tribunal de Justiça em caso exatamente análogo:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.295.044 – DF (2011/0282962-8). RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI. RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL. RECORRIDO: CLAUDIA RAMOS LIMA E OUTROS.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. REMESSA NECESSÁRIA. PRESCRIÇÃO. NECESSIDADE DE APRECIACÃO, AINDA QUE DEDUZIDA TÃO SOMENTE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Destacam-se as razões de decidir do voto vencedor:

“1. Assiste razão à recorrente no tocante à apontada violação aos arts. 458 e 535, II, do CPC. Isso porque, apesar de não ter alegado a prescrição nas razões de apelação, o reexame necessário determinado no dispositivo da sentença (fl. 361) devolveu ao Tribunal de origem a apreciação da matéria deduzida em primeira instância, razão pela qual cumpria-lhe analisar a questão. Nesse sentido: Edcl no AgRg nos Edcl no REsp 1.108.636/SP, 2ª T. Min. Humberto Martins, DJe de 01/12/2010; AgRg no REsp 946.365/RJ, 2ª T. Min. Herman Benjamin, DJe de 17/06/2009; REsp 982.337/PE, 1ª T. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 15/05/2008.

No caso, a alegação de prescrição não foi analisada pela sentença. *Todavia, por consistir em matéria de ordem pública, ainda assim era devida a apreciação pelo Tribunal de origem*. Nesse sentido: AgRg no Ag 709.960/PI, 1ª T. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 14/08/2006.

2. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial e determino a remessa dos autos ao Tribunal de origem para que seja apreciada a questão da prescrição. É o voto”.

Portanto e consoante o entendimento já pacificado por este Colendo Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em preclusão em relação à matéria de prescrição, tampouco da falta de irresignação da parte: cabe ao juízo, independentemente de provocação, apreciá-la.

Por todo o exposto, **requer-se seja o v. Acórdão recorrido anulado, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para a ANÁLISE EXPRESSA DA PRESCRIÇÃO.**

d) Da incidência da Lei nº 11.960/09. Da aplicação imediata da nova legis. Da orientação pela sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C, CPC):

A r. sentença havia estipulado que a condenação deveria ser acrescida da correção monetária pela UFESP e pelos juros de mora de 10% ao ano.

Como a r. sentença foi mantida, integralmente, pelo v. Acórdão, o DER opôs Embargos de Declaração, requerendo a aplicação da **Lei nº 11.969**.

Os embargos foram rejeitados, mantendo-se um percentual de juros de mora e um índice de correção monetária contrário ao previsto pela nova lei: a partir de 30/06/2009, a correção monetária e os juros de mora nas condenações proferidas em face da Fazenda Pública deverão observar os índices aplicáveis à caderneta de poupança.

Deve-se observar que na época da prolação do v. Acórdão já existia decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.207.197, **em que se decidiu pela aplicação imediata da Lei nº 11.960/09 às ações ajuizadas antes de sua vigência**, conforme ementa abaixo:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.207.197 – RS (2011/0028141-3)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORA-TÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. MP 2.180-35/2001. LEI Nº 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO.

Dessa forma, claro está que a nova redação do art. 1º F da Lei 9.494 deve ser aplicada a partir de sua vigência, considerando-se que a formação do direito aos juros e correção monetária depende da completa ocorrência de seu suporte fático (hipótese de incidência), que não é estanque – mas, sim, se dá por meio de seu decurso *pro rata tempore* –, não ofendendo a proteção constitucional do art. 5º, XXXVI, da CF, que tem como premissa lógica e fática situações jurídicas já constituídas (aplicação do princípio do *tempus regit actum*).

Ademais, cita-se a recentíssima decisão no Recurso Especial 1205946, admitido como representativo da controvérsia, pelo regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, que **determinou a imediata aplicação da Lei nº 11.960/09 a todos os processos, mesmo aos que foram iniciados antes de sua edição**.

Com base nesse entendimento e pela especial eficácia vinculativa, o Colendo Superior Tribunal de Justiça proferiu decisões no mesmo sentido, como, por exemplo, o seguinte Acórdão:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 49.046 – SP (2011/0132312-7). RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE

MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. APLICAÇÃO IMEDIATA, SEM EFEITO RETROATIVO. MATÉRIA DECIDIDA PELA CORTE ESPECIAL, NO RESP 1.205.946/SP, MIN. BENEDITO GONÇALVES, JULGADO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. **ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DESSE PRECEDENTE** (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE SUA ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

DECISÃO

1. Trata-se de agravo de decisão que deixou de admitir recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em demanda na qual se pretende o recebimento de indenização por danos morais com base na responsabilidade civil do Estado, decidiu, no que importa à incidência de juros de mora e correção monetária, não ser cabível a aplicação das disposições do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, às causas iniciadas antes da sua vigência. Daí o recurso especial, no qual se pretende a aplicação imediata do mencionado dispositivo legal.

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp 1.205.946/SP, Min. Benedito Gonçalves, julgado em 20/10/2011, sob o regime do art. 543-C do CPC, afirmou o entendimento segundo o qual as disposições do art. 5º da Lei 11.960/09, sobre juros e correção monetária, têm sua aplicação sujeita ao princípio *tempus regit actum*, a significar que: (a) são aplicáveis para cálculo de juros e correção monetária incidentes em relação ao período de tempo a partir de sua vigência, inclusive aos processos em curso; e (b) relativamente ao período anterior, tais acessórios devem ser apurados segundo as normas então vigentes.

Considerada a especial eficácia vinculativa desse julgado (CPC, art. 543, § 7º), impõe-se sua aplicação, nos mesmos termos, aos casos análogos.

No caso dos autos, o Tribunal de origem decidiu de modo diverso a esse entendimento, razão pela qual merece ser reformado.

3. Diante do exposto, conheço do agravo para, desde logo, dar provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação, a fim de determinar a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos.

A mesma solução deve ser dada ao presente recurso, aplicando-se o disposto no art. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil para que incida os parâmetros dados pela Lei nº 11.960/09 desde a sua vigência.

IV. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer-se o recebimento e o acolhimento dos argumentos expedidos no presente recurso especial, dando total provimento para que:

1 - seja cassado o acórdão que rejeitou os Embargos de Declaração, para que o Tribunal *a quo* saneie as omissões apontadas e dê a efetiva prestação jurisdicional, ANALISANDO EXPRESSAMENTE A PRESCRIÇÃO;

2 - ou, por economia e celeridade processual, passe-se à análise das violações dos dispositivos infraconstitucionais considerados como violados e reforme-se integralmente o v. Acórdão, acolhendo a prescrição integral da pretensão do autor ou, subsidiariamente, aplicando a Lei nº 11.960/09.

Outrossim, requer-se as futuras intimações sejam feitas exclusivamente em nome desta Procuradora subscritora, sob pena de nulidade.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 20 de abril de 2012.

RENATA LANE
Procuradora do Estado
OAB/SP nº 289.214

RECURSO ESPECIAL nº 1442827 – SP (2014/0060155-0)

RELATOR: MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: RENATA LANE E OUTRO(S)

RECORRIDO: SANSÃO ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.

ADVOGADOS: DANIEL YOSHIDA SUNDFELD SILVA

JOSÉ AUGUSTO SUNDFELD SILVA JÚNIOR

DECISÃO

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO APRESENTADA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO SOBRE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA RELEVANTES AO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM, A FIM DE QUE REAPRECIE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, CONFORME FOR DE DIREITO. PREJUDICADAS AS DEMAIS ALEGAÇÕES.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fundamento na alínea a do art. 105, III, da Constituição Federal, no qual se insurge contra o acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Apelação – Ação de cobrança – Descumprimento do contrato entabulado entre as partes (execução de obras em estradas) – Falta de pagamento das medições feitas e pagamento de outras com atraso – Comprovação – Recursos improvidos (fl. 959).

2. Opostos dois Embargos de Declaração, foram ambos rejeitados (fls. 978-981 e 1.004-1.007).

3. Nas razões do seu Apelo Nobre inadmitido, o recorrente alega, preliminarmente, infringência ao art. 535 do CPC, ao argumento de que o Tribunal a quo foi omissor quanto à análise de questão preliminar levantada nos Embargos de Declaração a respeito da ocorrência da prescrição, a qual, alega, poderia ensejar a modificação da conclusão do julgado.

4. No mérito, alega violação aos arts. 193 e 219, § 5º, do CPC e 1º do Decreto 20.910/32.

5. Com contrarrazões (fls. 1.037-1.064), o recurso foi admitido na origem (fl. 1.066).

6. É o relatório.

7. A irresignação merece prosperar em parte.

8. Da análise dos autos, verifica-se que, de fato, o Tribunal de origem não se manifestou quanto às alegações de prescrição, formuladas em Embargos de Declaração, questão essa, ressalte-se, de ordem pública.

9. Com a oposição dos Embargos de Declaração foi expressamente solicitada a manifestação do colegiado acerca de tal questão, de forma que lhe cabia analisar os pontos omissos e sanar a irregularidade apontada. Não tendo o Tribunal sequer feito referência a isso, de fato houve violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, o que importa a reforma da decisão. Ilustrativamente:

PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO CARACTERIZADA. RETORNO DOS AUTOS PARA JULGAMENTO COMPLETO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. A teor da jurisprudência desta Corte, somente a existência de omissão relevante à solução da controvérsia, não sanada pelo acórdão recorrido, caracteriza a violação do art. 535 do CPC, o que de fato ocorreu na hipótese em apreço.

2. A matéria apontada como omissa, qual seja, o termo inicial da prescrição, não foi objeto de análise no acórdão ora hostilizado; embora opostos embargos de declaração para suprir a omissão e ventilar a questão federal, foram rejeitados.

3. Cumpre ressaltar que a jurisprudência se firmou no sentido de que as matérias de ordem pública, tais como prescrição e decadência, nas instâncias ordinárias, podem ser reconhecidas a qualquer tempo, ainda que alegadas em sede de embargos de declaração, não estando sujeitas a preclusão.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp. 1.313.795/MS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 29.05.2012).

* * *

PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. PRESCRIÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA.

OMISSÃO RECONHECIDA.

1. A instância ordinária pode, de ofício, pronunciar-se sobre matérias de ordem pública, dentre as quais incluem-se a prescrição e a correção monetária. Tema submetido à Corte Especial, nos termos do artigo 543-C do CPC, Recurso Especial 1.112.524/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

2. Caracterizado o vício da omissão, impõe-se o reconhecimento de ofensa ao art. 535 do CPC, anulando-se o acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração e determinando-se o retorno dos autos à origem para que seja sanada a eiva apontada, prejudicada a análise dos demais tópicos.

3. Recurso especial provido em parte (REsp. 1.257.680/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 25.09.2012).

10. Assim, por ter o acórdão recorrido deixado de analisar relevantes fundamentos para a solução da controvérsia, inviabilizando o conhecimento do Apelo Especial por ausência de prequestionamento, e tendo o recorrente alegado violação ao art. 535 do CPC, merece prosperar o presente Recurso para anular o acórdão proferido nos Embargos de Declaração, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que analise as questões omissas.

11. Ante o exposto, com fundamento no § 1º-A do art. 557 do CPC, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial para determinar o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que analise as questões consideradas omissas, como entender de direito. Prejudicadas as demais alegações.

12. Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília, 26 de março de 2014.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Ministro Relator

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0217441-35.2008.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado SANSÃO ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Acolheram os embargos de declaração, com efeito modificativo, para reconhecer a prescrição e julgaram improcedente a demanda, invertendo os ônus da sucumbência. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 4 de novembro de 2014.

VICENTE DE ABREU AMADEI

Relator

VOTO Nº 9.045**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 0217441-35.2008.8.26.0000/50000****EMBARGANTE: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo****EMBARGADA: Sansão Engenharia e Comércio Ltda.**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Alegação de omissão – Ausência de apreciação da alegação de prescrição, matéria de ordem pública, que se deve conhecer de ofício – Cabimento – EMBARGOS ACOLHIDOS, com efeito modificativo para reconhecer a prescrição e julgar improcedente a demanda, invertendo os ônus da sucumbência.

Trata-se de embargos de declaração (fls. 908-916) opostos em relação ao v. acórdão (fls. 900-905), nos autos e entre as partes acima identificadas, sob a alegação de deficiência do v. acórdão embargado, especialmente por omissão, com pretensão destinada a sanar a deficiência apontada, modificando o resultado do julgado, para acolher a alegação de prescrição.

Em julgamento do Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça, foi determinado o retorno dos autos ao Eg. Tribunal de origem, para reapreciar os embargos de declaração, examinando o ponto da prescrição (fls. 1.030-1.033).

É o relatório.

O v. acórdão embargado, decorrente de julgamento colegiado por unanimidade de votos, em ação de cobrança na qual se discute o descumprimento de contrato entabulado entre as partes referente à ausência de pagamento de algumas das medições feitas e do atraso no pagamento de outras, sem os encargos devidos, expressa o resultado de desprovimento do recurso da ré.

Os embargos de declaração devem ser acolhidos, com efeito modificativo, que se admite excepcionalmente, ante a omissão do julgado no ponto questionado, que se há de sanar.

Com efeito, o v. acórdão (fls. 946-948) deixou de examinar a alegação de prescrição, matéria de ordem pública, levantada em sede de embargos, que se deve conhecer de ofício, neste feito, para este momento, também em respeito à decisão do E. STJ, no REsp nº 1.442.827/SP (fls. 1.030-1.033).

A prescrição não atinge este ou aquele direito, mas, sim, a pretensão decorrente da violação de direito subjetivo (art. 189 do Código Civil). E pretensão prescritível, para avaliação nos autos, é aquela que foi concretamente deduzida em Juízo, na demanda.

Poder-se-ia cogitar imprescritibilidade de pretensão deduzida em ação declaratória pura, como sustenta **Agnelo Amorim Filho** (“*Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*” – RT 744/725), porque nela, a rigor, não se reclama prestação alguma, mas apenas a obtenção de uma certeza jurídica.

Mas esse não é o caso dos autos: aqui, a pretensão é condenatória, em demanda de cobrança.

Outrossim, o prazo prescricional é quinquenal (e não trienal), aplicando-se o Dec. nº 20.910/32, art. 1º (afastando-se a aplicação do art. 206, § 3º, III, do C.C.), que posteriormente teve sua redação ampliada pelo Dec. nº 4.597/42, art. 2º, respectivamente:

Art. 1º - “As dívidas passivas da união, dos estados e dos municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”.

Art. 2º - “O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regular a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxa ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos”.

A orientação jurisprudencial, ademais, é neste sentido: STJ: REsp 1171102/PR, rel. **Min. Eliana Calmon**, DJe 03/05/2010; TJSP: Ap. nº 0178925-43.2008.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Aroldo Viotti**, j. 18/12/2012; Ap. nº 0007004-56.2005.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Osvaldo de Oliveira**, j. 19/09/2012; Ap. nº 0111945-23.2006.8.26.0053, 6ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Reinaldo Miluzzi**, j. 05/03/2012.

Outrossim, poderia se cogitar em projetar o termo inicial do curso do prazo prescricional para o fim da relação contratual marcado pela entrega da obra (Ap. nº 0007004-56.2005.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Osvaldo de Oliveira**, j. 19/09/2012) ou para o tempo do pagamento da última parcela (Ap. nº 0178925-43.2008.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Aroldo Viotti**, j. 18/12/2012), mas entendo correto fixá-lo ao tempo do pagamento de cada uma das parcelas pagas com atraso superior a 30 (trinta) dias, correspondentes às medições realizadas, pois, desde então, nasceu, para cada parcela paga a menor, a possibilidade de exigir o pagamento dos juros e da correção monetária.

Observe que vigora, em tema de prescrição, o princípio da *actio nata*, i.e., seu curso tem início com a efetiva lesão ou ameaça do direito tutelado, pois aí brota a pretensão a ser deduzida em Juízo.

Nesse sentido, ademais, é o entendimento jurisprudencial que acompanho:

“PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE MANUTENÇÃO E RECUPERAÇÃO DE RODOVIA – PAGAMENTOS EFETUADOS COM ATRASO – DIREITO À CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO – SÚMULA 284/STF – INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO – PAGAMENTO A MENOR. [...] 3. O prazo prescricional de cinco anos, nas demandas em que se pretende reaver diferenças de correção monetária e juros devidos pelo atraso no pagamento de faturas relativas a contrato celebrado com a Administração, deve ser contado a partir da data do pagamento feito a menor [...]” (REsp nº 1171102/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20/04/2010, DJe 03/05/2010).

Necessário, pois, reconhecer a prescrição referente ao pagamento das medições feitas, dentro desse critério.

Ora, a presente ação foi ajuizada em 23/09/2003 (fl. 02) e, daí, estão prescritas todas as pretensões de cobrança pagas a menor até 23/09/1998.

Então, considerando que todas as medições são bem anteriores a esta data (23/09/1998), anotando-se, no laudo pericial, que a última medição (nº 59) é datada de 23/10/1997 (fls. 270 e 272) e, daí, trinta dias desta data, aponta para o respectivo vencimento da parcela em 23/11/1997, com pagamento a menor realizado em 18/11/1997 (fl. 689), data esta anterior a 23/09/1998, forçoso reconhecer que estão prescritas todas as pretensões de cobrança deduzida no prazo.

Assim, tomando por base a data de pagamento a menor de cada medição, a prescrição é de rigor, pois a data de pagamento da última medição (no 59) foi, repita-se, em 18/11/1997 (como, aliás, informou até o assistente técnico da autora – fl. 689), que antecede a 23/09/1998. E o mesmo, com maior razão, ocorreu com os pagamentos a menor das medições antecedentes.

Pelo exposto, ACOLHO os embargos de declaração, para suprir a omissão apontada e, então, reconhecer a prescrição de todas as parcelas em cobrança, e, assim, julgar improcedente a demanda, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e da verba honorária, que fixo, por equidade, em R\$ 10.000 (dez mil reais).

VICENTE DE ABREU AMADEI

Relator

PROCESSO Nº: 23752-764950/2014

PARECER Nº: 1093/2014

INTERESSADO: FUNDAÇÃO CESP

ASSUNTO: GERAL – OFÍCIO, CARTA, REQUERIMENTO, MOÇÃO OU VOTO, ABAIXO-ASSINADO – 06.01.10.03

EMENTA: FUNDAÇÃO CESP. COMPLEMENTAÇÕES DE APOSENTADORIA E PENSÃO. LEI Nº 4.819/58. CONDENAÇÕES JUDICIAIS. PEDIDOS DE: (I) CUMPRIMENTO DOS TERMOS DO ACORDO DE VONTADE DE 06 DE AGOSTO DE 1999 E DE COMPROMISSO PARA RECONHECIMENTO DE DIREITO E OBRIGAÇÕES, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1999; (II) DE IMPLANTAÇÃO DE VERBAS EM FOLHA DE PAGAMENTO; E (III) DE CESSAÇÃO DOS DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS DO PLANO 4819. (i) Impossibilidade de revigorar os termos do Instrumento de Acordo de Vontades, firmado em 06 de agosto de 1999, e do Termo de Compromisso para Reconhecimento e Implementação de Direitos e Obrigações, firmado em 10 de dezembro de 1999, já que tal atitude implicaria, por parte do Estado, a assunção de ônus de condenações que não podem não ter suporte legal. Por outro lado, nada obsta a que a Fundação CESP efetue pedidos de reembolso de valores dispendidos em ações judiciais que a tenham condenado ao pagamento de verbas de complementação de aposentadoria e pensão, os quais poderão ser deferidos, caso as verbas encontrem suporte em lei ou em pareceres da PGE. (ii) Do reconhecimento da legalidade da inclusão de eventuais verbas às complementações em decorrência de decisões judiciais, poderá decorrer, também a depender da análise do caso concreto, a sua implantação em folha por parte desta Pasta. (iii) O Estado de São Paulo não mais efetua os descontos previstos no Plano 4819, de modo que não lhe cabe avaliar a possibilidade de cessá-los.

Senhora Doutora Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica:

1. Ingressa, neste órgão opinativo, Ofício P/36/2014 (fls. 02/19), oriundo da Fundação CESP, no qual notifica e requer à Fazenda Pública que (i) restabeleça os termos do Ofício GPG nº 802/99 (fl. 111), do Instrumento de Acordo de Vontades, firmado em 06 de agosto de 1999 (fls. 106/110), e do Termo de Compromisso para Reconhecimento e Implementação de Direitos e Obrigações, firmado em 10 de dezembro de 1999 (fls. 131/136); honre com os pagamentos de toda e qualquer condenação judicial já imposta ou que venha a ser imposta à Fundação CESP, em decorrência do previsto na Lei nº 4.819/58, mesmo que não integre o polo passivo da ação; (ii) permita por si ou pela CTEEP que sejam implantados todos os benefícios e todas as majorações de benefícios derivadas de ordens judiciais de modo que

a Fundação CESP e seus dirigentes cessem de receber punições por desobediência; e (iii) determine o cessamento do desconto das contribuições dos beneficiários da complementação de aposentadoria e de pensão efetuado pela Fundação CESP por sua ordem, de modo a inibir a perpetuação de ações judiciais que tenham por objeto a restituição de tais valores.

2. Segundo se infere do teor do ofício, a par da digressão histórica feita com relação ao benefício da complementação de aposentadoria e pensão, e os diversos instrumentos jurídicos firmados entre o Estado de São Paulo, a CESP (mais tarde CTEEP¹) e a Fundação CESP, esta vem sofrendo diversas condenações judiciais (em sua totalidade já foram penhorados na conta da Fundação CESP R\$ 20.977.231,03 – vinte milhões, novecentos e setenta e sete mil, duzentos e trinta e um reais e três centavos), as quais, de acordo com o seu entendimento, não lhe devem ser imputadas, já que desde o início da relação entre o Estado de São Paulo, a CESP e Fundação CESP, quando foram firmados os instrumentos jurídicos que atribuíam à Fundação CESP apenas e tão somente o ônus de processar e operacionalizar a folha de pagamento dos complementados², o Estado de São Paulo se responsabilizou pelos pagamentos, inclusive aqueles decorrentes de condenações judiciais, de complementação de aposentadoria e pensão.

3. Narra que o Estado de São Paulo se havia comprometido a: (i) assinar em conjunto com a Fundação CESP petições requerendo a sua exclusão do polo passivo das lides; (ii) caso esse pedido fosse negado, ingressar como assistente da Fundação CESP; (iii) envia todos os esforços para que a Fundação CESP fosse excluída das ações judiciais promovidas; (iv) arcar com os ônus das condenações de complementações; (v) reembolsar, por meio da CTEEP, os valores que viessem a ser dispendidos

1 Em 1999 foi criada a Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista – CTEEP, a partir da cisão parcial da CESP. A CTEEP foi, então, atribuída a gestão dos valores decorrentes das complementações da empresa cindida.

2 São eles: (i) Ofício GPC nº 802/99, de 20 de julho e 1999 (doc. 14, fl. 111); Instrumento Particular de Contrato Firmado entre o Estado de São Paulo, a CESP e a Fundação CESP, em 06 de agosto de 1999 (doc. 15, fls. 112/116); (iii) Termo de Convênio, celebrado entre o Estado de São Paulo, CTEEP para processamento da folha de pagamento e a transferência de recursos destinados ao pagamento de complementações de aposentadorias e pensões aos beneficiários da Lei nº 4.819/58 (doc. 16, fls. 117/121); (iv) Instrumento Particular de Contrato de Prestação de Serviços, celebrado entre a CTEEP e a Fundação CESP (doc. 17, fls. 121/130); (v) Termo de Compromisso para reconhecimento e implementação de direitos e obrigações celebrado entre a CTEEP, a Fundação CESP, o Estado de São Paulo e a Procuradoria Geral do Estado (doc. 18, fls. 131/136); (vi) Ofício GS nº 225/99 (doc. 19, fls. 137/139)

pela Fundação CESP, abrangendo custas, depósitos recursais, viagens, transporte e estadias decorrentes das ações judiciais.

4. Aduz que, em razão de o Estado de São Paulo não mais cumprir com tais obrigações, passou a sofrer condenações em seu próprio patrimônio, o que tem lhe causado grande prejuízo. Isso porque, em razão de inexistir um plano de previdência específico para os beneficiários do Plano 4819 – já que a Fundação CESP não recebe contribuições desse plano, mas apenas processa a folha de pagamento (os valores são repassados num primeiro momento pelo Estado de São Paulo à CTEEP, que por sua vez os repassa à Fundação CESP) –, as condenações judiciais sofridas pela Fundação CESP em decorrência dos benefícios de complementação de aposentadoria e pensão, quando não reconhecidas pelo Estado ou pela CTEEP, acabam sendo suportadas por outros planos de previdência, por ela geridos.

5. De fato, de acordo com as assertivas da interessada, essa administra diversos planos de previdência e de assistência à saúde (fls. 09/10), em consonância com a Lei Complementar nº 109/2011, e que por ser uma entidade sem fins lucrativos não possui nenhum patrimônio, exceto aquele que está sob a sua administração, o qual pertence integralmente aos planos que ela administra. Tais planos, segundo sua narrativa, operam sob o regime de capitalização, contribuindo unicamente para a constituição de reservas garantidoras do pagamento dos futuros benefícios, de acordo com o plano de custeio de cada um dos planos (nos termos do art. 18 da Lei Complementar nº 109/2001). Assim, afirma que são os contribuintes de tais planos os verdadeiros “donos” de tais valores, que acabam por ser penhorados pelas decisões judiciais para pagamento dos benefícios decorrentes da Lei nº 4.819/58. Ocorre que tais valores, pelo art. 19 da mesma lei, estão estritamente afetados a prover o pagamento dos benefícios, de modo que desde a instituição da contribuição, estes valores estão vinculados ao pagamento do benefício no futuro.

6. Por fim, informa que os planos operados por ela gozam de autonomia, é dizer, os diversos planos são administrados independentemente, de modo que os valores aportados para determinado plano não se confundem com os valores aportados para cada um dos outros planos. Portanto, cada vez que é feita uma penhora na conta da Fundação CESP, esta acaba por vulnerar toda a legislação da previdência, já que causa um déficit em outro(s) plano(s) de previdência, cujos titulares são definidos, notadamente empregados da CPFL, AES Eletropaulo, EMAE, Duke Energy, Eletro, AES Tietê, CESP, CTEEP e Bandeirante, e que mais tarde terá de ser suportado por contribuições adicionais, caso contrário ensejará uma diminuição dos benefícios a serem pagos no futuro.

7. Ressalta, por fim, como já alertado, que inexistente qualquer plano de previdência relativo aos benefícios da Lei nº 4819/58 na carteira dos planos de previdência

administrados pela Fundação CESP, sendo ela mera repassadora dos valores. A esse aspecto, aduz, inclusive, que quando recebe os valores da CTEEP para pagamento de tais benefícios, já os recebe de forma “líquida”, sem as respectivas contribuições (criadas pelo Plano “A” – fls. 46/55 e perpetradas pelo “Regulamento de Complementação de Aposentadoria e Pensão” – fls. 58/65). Ainda assim, é ela, a Fundação CESP, condenada em diversas ações a cessar tal contribuição e a devolver os respectivos valores até então descontados, sendo que jamais descontou tais valores (pois, como dito, recebe os valores da CTEEP sem esse desconto) e sequer os desconta agora, não tendo como cumprir, nesse tocante, as decisões judiciais que lhe são impostas.

8. Alerta, por fim, que a Fundação CESP, no que tange aos pagamentos das complementações de aposentadoria e pensão, depende integralmente dos recursos financeiros repassados pela CTEEP, sem os quais não poderá efetuar o pagamento.

9. Constam dos autos, além dos documentos já referidos neste relatório: (i) cópia da Lei estadual nº 1.386/51 (fls. 20/22); (ii) cópia da Lei estadual nº 1.874/52 (fl. 23); (iii) cópia da Lei estadual nº 4.819/58 (fl. 24); (iv) cópia da Lei estadual nº 200/74 (fl. 25); (v) Escritura Pública, devidamente registrada, no 10º Tabelião de Notas de São Paulo, de instituição da Fundação de Assistência aos empregados da CESP (fls. 26/45); (vi) cópia do Convênio celebrado entre o Estado de São Paulo e a CESP, visando à transferência de recursos para pagamento de complementações de aposentadoria e pensões relativas aos beneficiários da Lei 4.819/58 (fls. 66/72); (vii) cópia da Instrução de Serviço II.P31 Complementação de Aposentadoria e Pensão da CESP (fls. 73/78); (viii) cópia da Ata da 285ª Reunião Ordinária do Conselho de Curadores da Fundação CESP (fls. 79/92); (ix) cópia da Ata da 287ª Reunião Ordinária do Conselho de Curadores da Fundação CESP (fls. 93/99); (x) cópia do Instrumento de Acordo de Vontades, firmado entre o Estado de São Paulo e a Fundação CESP em 29 de junho de 199 (fls. 100/105); (xi) cópia do Instrumento de Acordo de Vontades, firmado entre o Estado de São Paulo e a Fundação CESP, de 06 de agosto de 199 (fls. 106/110); (xii) cópias de ações judiciais, cujas condenações foram suportadas pela Fundação CESP, algumas com execução, outras sem valores efetivamente dispendidos (fls. 140/452); (xiii) cópia do Relatório à Diretoria da CESP, de 02.04.1984 (fls. 453/454); (xiv) cópia da Circular Informativa nº 001/84 da Fundação CESP (fls. 455/456); e (xv) cópia do Fluxo de Solicitação de verba à CTEEP para pagamento das verbas decorrentes da Lei nº 4.819/58, referente ao mês de novembro de 2013 (fls. 45/460).

10. Com essas considerações, notificou a Fazenda do Estado de São Paulo, com vistas a obter manifestação com relação aos três tópicos contidos no item “1” deste relatório.

11. Por meio da Informação nº 02548/DDPE-G (fl. 462), o DDPE, resumidamente, expõe os três pontos acerca dos quais esta Pasta foi instada a se manifestar

(item “1” do relatório) e requer, à vista da reunião realizada em 10 de junho de 2014 nessa Consultoria Jurídica, em que a Fundação CESP expôs, através de seus representantes, todo o aqui narrado, o encaminhamento do expediente a este órgão opinativo para análise e manifestação.

É o relatório. Passo a opinar.

12. O primeiro ponto com relação ao qual esta Consultoria Jurídica é instada a se manifestar tem com o revigoramento do Instrumento de Acordo de Vontades, firmado em 06 de agosto de 1999, e do Termo de Compromisso para Reconhecimento e Implementação de Direitos e Obrigações, firmado em 10 de dezembro de 1999, com as consequências pecuniárias daí advindas.³

13. Pois bem. Referidos instrumentos dispunham que a responsabilidade pelo pagamento de verbas de complementação de aposentadoria e pensão, concedidos nos termos da Lei nº 4.819/58, é unicamente do Estado, cabendo à Fundação CESP tão somente a gestão desses recursos e o pagamento aos seus beneficiários (Item III, 3.3 do Instrumento de Acordo de Vontades, fl. 104). O Termo de Compromisso para Reconhecimento e Implementação de Direitos e Obrigações definia, outrossim, todas as medidas a serem tomadas pelo Estado e pela Procuradoria Geral do Estado, no caso de ajuizamento de ações em face da Fundação CESP, cujo objeto fosse relacionado à Lei nº 4.819/58, visando todas elas à isenção de responsabilidade da Fundação CESP. Tais instrumentos não possuem mais vigência desde 2003.

14. O revigoramento dos instrumentos acima mencionados, implica, obviamente, a reassunção das responsabilidades que lhe são inerentes, o que ensejaria, sem sombra de dúvida, a assunção pelo Estado de todas as condenações judiciais decorrentes de complementação de aposentadoria e pensão.

15. Acredito que antes de adentrar no mérito da questão propriamente dita, cabe aqui arrolar as ações, cujas cópias foram juntadas ao expediente pela Fundação CESP, às quais esta entidade foi condenada.

- a) Ação judicial, que tramitou na 49ª Vara do Trabalho, nº 01145-2005-049-02-00-6, ajuizada por Sebastião Bimbati e pela Associação dos Aposentados da Fundação CESP contra a CESP, a CTEEP, a FUNCESP e o Estado de São

3 A respeito desse tema, sugiro a leitura da Manif. GPG-CEF 26-2011, da lavra do Procurador do Estado Dr. Vinicius Teles Sanches, que com muita habilidade resgata o histórico dos diversos instrumentos jurídicos firmados e da relação do Estado de São Paulo com a CESP, CTEEP e Fundação CESP.

Paulo, os quais foram condenados solidariamente ao retorno do processamento da folha de pagamento dos benefícios de complementação de aposentadoria e pensão à Fundação CESP, com o consequente restabelecimento da respectiva folha de pagamento sem redução de quaisquer valores, gratificações ou rubricas, ou seja, exatamente da forma como vinham sendo pagos antes de a folha ser transferida para a Secretaria da Fazenda (fls. 141/143).

- b) Ação ajuizada por Sebastião Silva, contra o Estado de São Paulo e a Fundação CESP, nº 1056/96, na qual a Fundação foi condenada a recalcular as verbas de complementação de aposentadoria do autor, para integrar as diferenças salariais referentes à equiparação salarial. A denúncia do Estado à lide também foi julgada procedente de modo que, uma vez satisfeita a obrigação da Fundação CESP para com o autor, deverá o Estado ressarcir-la. (fls. 144/173 e 206/211). Ressalte-se que tal condenação é objeto de pedido de reembolso, pela Fundação CESP ao Estado de São Paulo, no processo SF nº 23752-764950/2014, que será analisado após as conclusões deste parecer.
- c) Ação ajuizada por Nelson Murilo de Oliveira Bondoli contra a Fundação CESP, para reaver os valores descontados a título de contribuição, para efeito de concessão da suplementação de aposentadoria, pagos unicamente pelo autor e não pela patrocinadora, devidamente corrigidos, bem como a cessação desses descontos. A Fundação CESP foi condenada, segundo consta do relatório por ela elaborado, no valor de R\$ 171.675,19 (cento e setenta e um mil, seiscentos e setenta e cinco reais e dezenove centavos). (fls. 174/205)
- d) Ação ajuizada por Irene Mendes da Silva, beneficiária de complementação de pensão em face da FESP, CTEEP, CESP, CPFL e Fundação CESP, nº 01970-2008-144-15-00-9, para condenar os réus à complementação de pensão integral (100%). Houve a condenação solidária da Fundação CESP e da FESP. Foram excluídas da condenação, por meio do acórdão no recurso ordinário, a CESP, CTEEP e CPFL. Houve penhora na conta da Fundação CESP no valor de R\$ 44.130,38 (quarenta e quatro mil, cento e trinta reais e trinta e oito centavos) em 08/05/2012 (fls. 212/272).
- e) Ação judicial ajuizada contra a FESP e Fundação CESP, para obter o reconhecimento do adicional de 18,25% incorporado ao salário de todos os empregados em atividade (concedido por meio acordo, homologado judicialmente entre a CESP e ex-empregados da CESP) na complementação de aposentadoria (Processo nº 689/95, fls. 293/308). A lide foi denunciada à CTEEP, que passou a integrar o polo passivo. O Estado de São Paulo foi excluído da lide. Ação judicial julgada procedente, bem como a denúncia da lide à CTEEP, para condená-los ao pagamento das complementações de aposentadoria com a inclusão do adicional de 18,25%. Ainda não houve depósito, mas a Fundação CESP é a principal condenada.

- f) Ação Judicial nº 0128688-35.2004.8.26.0100 – Ajuizada por José Carlos Roviriego, Mario de Carvalho Monteiro e Paulo Campo contra a Fundação CESP, na qual os autores pleiteiam o pagamento do benefício para o qual contribuíram de acordo com o Plano 4819 (independentemente da concessão de complementação de aposentadoria, nos termos da Lei nº 4819, já que esta independe de contribuição), ou, como pedido subsidiário, a devolução dos valores pagos a título de contribuição. Em primeira instância o pedido foi julgado improcedente. Contudo, de acordo com informações da Fundação CESP, em sede de apelação a sentença foi reformada (embora dela não se tenha cópias no expediente). De acordo, ainda, com informações da Fundação CESP, houve bloqueio de sua conta no valor de R\$ 297.180,81 (duzentos e noventa e sete mil, cento e oitenta e reais e oitenta e um centavos) (fls. 309-328).
- g) Ação judicial distribuída por dependência à ação nº 689/95 (adicional de 18,25%), com o mesmo pedido, tendo sido julgadas procedentes tanto a demanda principal quanto a lide secundária (fls. 329-358).
- h) Ação judicial ajuizada por Geraldo Guimarães, nº 1007/93, na qual restaram condenadas solidariamente a Fundação CESP e a CTEEP à integração da verba de complementação de aposentadoria do salário-habitação – base 30%, o qual já havia sido integrado ao salário do complementado quando ainda em atividade. Valor da condenação R\$ 186.288,50 (cento e oitenta e seis mil, duzentos e oitenta e oito reais e cinquenta centavos), executado contra a Fundação CESP, segundo informações da própria Fundação (fls. 359-393).
- i) Ação judicial ajuizada por Claudionor Fasolo contra a Fundação CESP, nº 484.01.2012.000260-8, juizado especial cível de Promissão, requerendo a devolução das contribuições recolhidas em virtude da implantação do Plano “A”. Foi bloqueado o valor de R\$ 4.514,14 (quatro mil, quinhentos e quatorze reais e quatorze centavos) em 2013 da conta da Fundação CESP (segundo informações da Fundação CESP) (fls. 394-403).
- j) Ação judicial ajuizada por Girlene Antonia Pereira Bela Colombo contra a CESP e a Fundação CESP, na qual se pleiteia o pagamento da complementação de pensão na proporção de 100% e não de 80%, com o pagamento de atrasados, invocando os dispositivos constitucionais (antiga redação do art. 40, §5º da CF/88). Foi efetuado bloqueio na conta da Fundação CESP no valor de R\$ 532.729,00 (quinhentos e trinta e dois mil e setecentos e vinte e nove reais), (fls. 404/452).

16. O assunto referente à assunção das condenações judiciais sofridas em decorrência das complementações de aposentadoria e pensão pelo Estado, quando este não é parte na lide, não é nova nesta Consultoria Jurídica, muito menos na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Diversos pareceres já foram emitidos pela Procuradoria

Administrativa, no sentido de que não tendo sido o Estado parte na lide, a coisa julgada não lhe atinge, de modo que este não se submete aos efeitos da decisão judicial. Tal orientação se firmou em vista dos termos do art. 472 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.”⁴

17. Também já foi objeto de análise por parte da Procuradoria Geral do Estado, pedido da Fundação CESP no sentido de ser reembolsada dos valores que tenha dispendido em condenações judiciais em decorrência da Lei nº 4.819/58, das quais o Estado não fez parte (Processo SF nº 23752-930245/2011). Naquela oportunidade foi exarada a opinião jurídica, na Manif. GPG-CEF nº 28/2011, a seguir transcrita, devidamente chancelada pelo Sr. Procurador Geral do Estado.

“91.1 O pedido de ressarcimento relativo às condenações judiciais sofridas pela Fundação CESP não comporta acolhimento. Isso porque não restaram demonstradas a previsão estritamente legal dos benefícios questionados e a participação da Fazenda, como ré, nas ações judiciais de que decorreram tais condenações;”

18. No mesmo sentido, já foi analisado anteriormente pleito da CTEEP para reembolso de valores dispendidos em ação judicial, na qual o Estado foi, inclusive, condenado solidariamente. Com relação a esse pedido, foi proferido o Parecer PA nº 40/2010, cujas conclusões seguem, in verbis:

“De acordo com o Parecer PA nº 40/2010 (fls. 455/475), aprovado pela Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa (fls. 476), que, na linha dos precedentes pareceres PA nº 112/2004 e PA nº 28/2005, concluiu que (i) os benefícios instituídos pelas sociedades anônimas que extrapolem os limites estabelecidos pela Lei estadual nº 4.819/58 apenas a elas se vinculam, restando afastada qualquer responsabilidade do Estado perante os empregados favorecidos; (ii) em decorrência, não há obrigatoriedade de ressarcimento, pelo Estado, de vantagens impróprias concedidas pelas sociedades anônimas nos planos previdenciários complementares que por elas tenham sido instituídos, ainda que sob o regramento da Lei nº 4.819/58; (iii) a condenação judicial da Fazenda do Estado como devedora solidária não altera a orientação prevalente sobre a matéria, salvo se houver expressa decisão a respeito da distinta condição das corréis e sua mútua relação.

Concordo também com o posicionamento adotado no Parecer com relação às demandas judiciais mencionadas nos autos, no sentido de ausência de funda-

⁴ Nesse sentido são os já conhecidos Pareceres PA nº 112/2004, PA nº 28/2005 e PA nº 40/2010, dentre outros.

mento para que a Fazenda do Estado venha a se responsabilizar por valores que não contam com amparo legal.”

19. Agora, mais uma vez, após a realização de duas reuniões nesta Pasta, a primeira delas com a presença do Sr. Secretário da Fazenda, no dia 11/04/2014, e dos demais patrocinadores dos planos de previdência da Fundação CESP e a própria Fundação CESP, oportunidade na qual foi exposta a preocupação tanto da Fundação CESP, como de seus patrocinadores, acerca das penhoras que a Fundação CESP vem sofrendo, as quais atingem planos de previdência cujos valores pertencem aos seus beneficiários; e a segunda realizada nesta Consultoria Jurídica, com a presença da Fundação CESP, do Gabinete da Procuradoria Geral do Estado⁵, do Gabinete da Procuradoria Judicial⁶ e do DDPE, oportunidade na qual a mesma preocupação foi exposta, de forma mais detalhada, a Fundação CESP apresenta novo pedido, formal, com o intuito de que o Estado arque com as condenações judiciais por ela sofridas em decorrência da Lei nº 4.819/58.

20. A meu ver, fazer revigorar acordos e instrumentos jurídicos que tinham como objetivo a assunção do Estado de São Paulo acerca das condenações sofridas pela Fundação CESP, indistintamente, não me parece ser o viés mais adequado para o enfrentamento da questão.

21. No entanto, acredito que a questão do reembolso das condenações sofridas pela Fundação CESP possa ser enfrentada sob o viés da legalidade. Conforme já mencionado acima, as conclusões da Manif. GPG-CEF nº 28/2011 e do Parecer PA nº 40/2010 foram no sentido de recusar o reembolso à Fundação CESP e à CTEEP, em razão de inexistir fundamento legal que autorizasse tal reembolso e que os benefícios instituídos pelas empresas por atos internos não autorizam o Estado ao seu pagamento. Por outro lado, também aponta a Manif. GPG-CEF nº 28/2011, como argumento a não autorizar o reembolso, o fato de o Estado não ter sido parte na lide. Portanto, como se vê, há dois grandes obstáculos ao reembolso de tais condenações judiciais: a violação à legalidade e o fato de o Estado não ter sido parte na lide.

22. Compactuo do entendimento firmado na Procuradoria Geral do Estado de acordo com o qual somente devem ser assumidas pelo Estado, para efeito de recálculo e pagamento de verbas de complementação de aposentadoria e pensão, as verbas que tenham suporte em lei. Portanto, a meu ver, pouco importa que a verba tenha sido reconhecida pelo Poder Judiciário (e quanto a esse ponto, explicar-me-ei mais à frente),

5 Procurador do Estado Dr. Vinicius Teles Sanches, lotado na Coordenadoria de Empresas e Fundações

6 Procurador do Estado Dr. Paulo Braga Neder

desde que tenha realmente suporte legal para tanto. É dizer, se a verba com relação à qual se pretende o reembolso tem previsão legal e não apenas em regulamentos internos das empresas que as concederam, entendo que devem ser reembolsadas e acredito que esse foi o sentido que se quis imprimir nas duas conclusões colacionadas acima (item “17” e “18”). Essas também as conclusões do Parecer GPG. Cons. nº 52/2008, ao tratar do tema das complementações de aposentadoria e pensão especificamente dos ex-empregados da Nossa Caixa. Vejamos.

“8. Em matéria de complementação de aposentadoria as premissas a serem observadas são aquelas indicadas no Parecer PA nº 112/2004 e em vários outros, ou seja, as suas condições de cálculo e pagamento buscam fundamento exclusivamente em legislação de âmbito estadual⁷; além disso, “(..) *somente podem compor o cálculo desse benefício as vantagens que possuem fundamento em lei*”, como acertadamente asseverado no item 15, do Parecer CJISF no 561/2008 (fls. 545/557), significando dizer que, embora as vantagens que compõem o benefício sejam oriundas de regime celetista, a sua inclusão no cálculo para apuração do valor da complementação de aposentadoria somente se faz possível se estas, dentro do campo do direito do trabalho, estiverem previstas em lei ou em ato que tenham caráter normativo reconhecido, como é o caso das convenções, acordos e dissídios coletivos⁸, não se incluindo aí atos empresariais unilaterais, na forma, por exemplo, de regulamentos internos⁹.”

23. Firmada a premissa acima, a questão principal passa a ser o sentido que pode ser atribuído ao princípio da legalidade. É dizer, qual é o âmbito de abrangência da legalidade? A resposta, a meu ver, passa pela análise da legislação trabalhista. Sim, pois os complementados da Lei nº 4.819/58 eram regidos – e aqueles que ainda se

7 Parecer PA nº 109/2005 - “c) a obrigação em causa (complementação de aposentadoria) decorrente de legislação estadual específica a cargo do erário e ao do contrato de trabalho mantido entre o empregado e a FEPASA somente pode resultar de lei (princípio da legalidade) e não de ajuste coletivo trabalhista, cujo âmbito material restringe-se nos termos da legislação federal. À fixação de normas e condições de trabalho dos empregados em atividade, sendo de todo impertinente estabeleça disposições relativas a proventos ou benefícios de aposentadoria “ (sublinhei).

8 Desde que não afrontem normas legais, as disposições de matéria trabalhista previstas em convenções, acordos e dissídios coletivos das categorias profissionais envolvidas têm, no âmbito da PGE, sido acolhidas, conforme Pareceres PA nos 8612002 e 14612004.

9 Note-se que a vedação de aplicação, para a Administração Pública, desses atos unilaterais é o cerne específico da orientação contida no Parecer PA nº 112/2004: “c..) *Deliberações interna corporis de empresas paraestatais, se válidas, operam no âmbito de sua administração. Não obrigam a administração pública, mesmo sendo o Estado seu acionista controlador, especialmente se carentes de adequado suporte legal c..)*”.

encontram em atividade ainda o são – pela legislação trabalhista. Portanto, a meu ver, quando se fala que as verbas devidas a integrarem a complementação de aposentadoria e pensão devem ter suporte legal, entendo que devemos voltar nossa atenção à legislação do trabalho, já que não há na Lei nº 4.819/58 nenhuma regra que disponha sobre quais verbas devem integrar ou não a complementação de aposentadoria e pensão. Daí porque no Parecer GPG Cons. nº 52/2007, se afirma que as vantagens que compõem o benefício da complementação, para fins de inclusão no cálculo, são aquelas oriundas no regime celetista, dentro do campo do direito do trabalho, ou seja, são aquelas previstas na legislação trabalhista ou em ato que tenha caráter normativo reconhecido (como é o caso das convenções, acordos e dissídios).

24. Nessa mesma toada, a meu ver, são também diversos pareceres oriundos dessa Consultoria Jurídica, da autoria da Il. Procuradora do Estado, Dra. Cristina M. Wagner Mastrobuono, nos casos de análise acerca da inclusão de rubricas nas verbas de complementação de aposentadoria e pensão, quando da assunção do processamento da folha de pagamento de tais benefícios por essa pasta, com relação aos complementados da Nossa Caixa. Naquela oportunidade se analisou a possibilidade de inclusão de verbas nas complementações que eram pagas pelo Banco. Esse é o caso do Parecer CJ/SF nº 815/2008 (GPG. Cons. nº 52/2008), que contou com a aprovação do então Procurador Geral do Estado, reconhecendo como devidas as verbas “Gratificação de Cargo”, “VNC – PS/89” e “Adicional Especial”; do Parecer CJ/SF nº 815/2008, o qual reconheceu, com a aprovação do então Procurador Geral, o direito à integração nas verbas de complementação de aposentadoria e pensão da “Comissão de Função” e daquelas verbas reconhecidas como devidas pela justiça, quando o empregado ainda se encontrava em atividade¹⁰; e do Parecer CJ/SF nº 816/2008, também com a chancela do Procurador Geral, que reconheceu o direito à integração nas verbas de complementação de aposentadoria das horas extras exercidas com habitualidade. Todas essas conclusões se aplicaram de forma restrita aos complementados da Nossa Caixa.

25. De um modo geral, os opinativos citados no item supra entenderam como integrantes das verbas de complementação de aposentadoria e pensão aquelas percebidas com habitualidade pelo empregado, quando se encontrava em atividade, e que em razão dessa habitualidade compunham, de fato, o salário do agora aposentado, quando ainda se encontrava em atividade. Ou, ainda, entenderam que caso a ação

10 “Concluindo em relação a essa rubrica, entendo que os valores integrados nos salários, em decorrência de decisão judicial transitada em julgado, devem ser considerados pelo Estado para efeito de pagamento da complementação.” Grifos do original.

tivesse sido proposta pelo empregado quando ainda em atividade, tendo resultado esta na integração de determinada verba no salário, esta deveria integrar o valor do benefício da complementação, já que não cabia ao Estado participar da ação judicial naquele momento (esse parece ser o caso, por exemplo, da incorporação do adicional de 18,25% ao salário dos empregados da CESP homologado por decisão judicial). Todas essas conclusões se deram, no meu sentir, com base em critérios de legalidade, especificamente com base no art. 457 da CLT¹¹, embora não haja uma regra específica disposta literalmente acerca de cada verba na legislação do trabalho.

26. Numa análise muito superficial das cópias juntadas ao presente expediente, acredito que as questões acerca da ação constante das alíneas “e” e “g” do item “15” deste opinativo merece maior atenção, já que se tratou de valor integrado ao salário dos empregados da ativa (adicional de 18,25%), não havendo que se cogitar de o Estado fazer parte da lide. É dizer, enquanto na atividade, a questão remuneratória deve ser tratada apenas e tão somente por empregado e empregador, não sendo necessário que o Estado participe de tal ação, pois naquele momento não existia qualquer obrigação por parte do Estado, pois sequer de complementação de aposentadoria se cogitava.

27. Ainda, entendo que a questão relativa à integração do salário-habitação – base 30% à complementação (alínea “h” do item “16”) – deve ser melhor analisada, para que se averigue acerca da habitualidade de tal verba quando o complementado ainda se encontrava em atividade¹².

28. Por fim, sem prejuízo das hipóteses acima, entendo que o reembolso das ações referentes aos pedidos de devolução das contribuições do Plano 4819 por parte dos complementados merece maior atenção. É cediço que a Procuradoria Geral do Estado também possui entendimento no sentido de que as verbas previstas no Plano

11 “Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.” Grifei.

§ 2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado.

12 A esse respeito também será de rigor a análise das rubricas glosadas pela Secretaria da Fazenda, constantes do Contrato de Compra e Venda de Ações da CTEEP, firmado com a ISA, já que a CTEEP nessa ação judicial específica foi condenada solidariamente.

4819 não devem ser suportadas pelo erário, já que decorrem de plano de previdência privada, que nada tem com a Lei nº 4.819/58.

29. Embora essa premissa seja totalmente verdadeira, o mesmo não se pode dizer com relação às contribuições que foram criadas por esse mesmo plano de previdência. Isso porque, pelo que pude concluir da leitura do “Plano “A” de Previdência dos Empregados da CESP”, item XVII - Custeios (fls. 46/55), do “Regulamento de Complementação de Aposentadoria e Pensão” para os empregados da CESP admitidos até 13/05/74, item IX – Custeios (fls. 58/61) e do “Termo de Convênio celebrado entre o Governo do Estado de São Paulo e a CTEEP para processamento da folha de pagamento e transferência de recursos destinados ao pagamento das Complementações de Aposentadoria e Pensões aos beneficiários da Lei nº 4.819/58”, Cláusula Primeira, Parágrafo Primeiro (fls. 117/121), foi instituída uma contribuição para custeio dos benefícios constantes desses dois planos de previdência, acima mencionados.¹³ Pois bem. Conquanto já se tenha firmado no Parecer PA nº 27/2005 (Processo SF nº 1000288-533869/2003) entendimento no sentido de que (i) o Estado não aceitou ou reconheceu as vantagens do Plano Previdenciário 4819, salvo aquelas expressamente estipuladas em lei, não obstante tenha sido parte no mencionado Termo de Cooperação; (ii) que tampouco existe a obrigação do Estado de, por ter abatido dos valores repassados à CTEEP, a título de complementação, as referidas contribuições (conforme previsão da Cláusula Primeira, Parágrafo Primeiro do Termo de Cooperação), manter as complementações com vantagens que não possuem previsão legal, o fato é que com relação à devolução de eventuais contribuições abatidas pelo Estado, sem a respectiva contrapartida, a questão não foi solucionada¹⁴.

30. É que embora o Estado não tenha, de fato, a obrigação de assumir verbas que não possuem previsão legal (mas tão somente no Plano Previdenciário 4819), tudo indica que ele reteve valores a título de contribuição, a qual, de acordo com o mencionado Plano, serviria para custear tais vantagens tidas, posteriormente, como

13 Importante apenas ressaltar que tais contribuições não são aquelas decorrentes da Lei Complementar nº 954/2003, já que ao narrar o histórico a Fundação CESP faz menção ao Instrumento Particular de Prestação de Serviços, e do Termo de Convênio, ambos firmados em 1999, quando ainda não havia sido editada referida Lei. Ainda, da análise dos abatimentos efetuados (fl. 17), vê-se que existe o abatimento da contribuição previdenciária que difere das contribuições ora questionadas pela Fundação CESP. Nesse mesmo sentido, foram os esclarecimentos prestados nessa Consultoria Jurídica, quando da reunião com a entidade em questão em 10 de junho de 2014.

14 Essas são as conclusões do Parecer PA nº 27/2005, quando a parecerista afirma que, quanto à devolução de eventual contribuição recolhida indevidamente por parte do Estado, a atual instrução dos autos ainda não permitia conclusão definitiva.

ilegais pela PGE. Isso porque, o Termo de Cooperação, assinado entre o Estado e a CTEEP, possuía previsão específica no sentido de que os valores devidos a título de complementação de aposentadoria e pensão seriam repassados pelo Estado à CTEEP deduzidas “(iii) das contribuições dos beneficiários aposentados e dos pensionistas.” Assim, se é certo que o Estado não deve pagar vantagens sem previsão legal, também não é menos certo que, se recebeu contribuições de beneficiários para o pagamento de tais vantagens consideradas indevidas, deve restituí-las aos seus titulares, pena de enriquecimento ilícito, vez que de sua parte inexistia qualquer contraprestação a essas contribuições. Ressalte-se que tal situação – retenção de tais contribuições por parte do Estado – teve fim com a assunção da folha de pagamento dos complementados da CTEEP em janeiro de 2004, oportunidade na qual o Estado de São Paulo realmente passou a não mais reter tais contribuições.

31. Assim, a meu ver, existem indícios, face à obrigação que o Estado assumiu de repassar os valores dos benefícios à CTEEP com a dedução das contribuições, de que tais contribuições em determinado momento ficaram com o Estado. Portanto, a questão que envolve pedidos de devolução das contribuições (como é o caso da ação judicial nº 484.01.2012.000260-8, fls. 394-403 e Ação Judicial nº 0128688-35.2004.8.26.0100, fls. 309/328) deve ser objeto de análise pormenorizada, não me parecendo correto o raciocínio que nega esse reembolso peremptoriamente. Deve-se, em verdade, resgatar o histórico dessas contribuições, e a cargo de que entidade ficaram, para que somente havendo prova de que o Estado dela jamais se beneficiou, afirmar que tal pagamento não é devido pelo Estado.

32. Com relação às demais condenações judiciais, especialmente aquelas que envolvem o pedido de pagamento da complementação de pensão em 100%, entendo inexistir fundamento legal para eventual reembolso.

33. Portanto, ultrapassada a fase de se definir o que a legalidade abrange, para efeito de se reconhecer que determinada verba deve ou não ser incluída no benefício da complementação, resta analisar a resistência à coisa julgada formada em um processo do qual o Estado não fez parte. Vejamos.

34. A premissa colocada, para que o Estado reconheça a inclusão de determinadas verbas para efeito de pagamento de complementações de aposentadoria e pensão, é sua a legalidade. Já vimos que essas são as conclusões de diversos pareceres, dentre eles, Pareceres PA nº 112/2004, PA nº 28/2005 e PA nº 40/2010. Ora, não parece lógico negar tal premissa pelo simples fato de ter sido o Poder Judiciário o reconhecedor de tal direito.

35. No me entender, o Estado deve pautar seu comportamento pela legalidade. Essa legalidade não deve estar restrita tão somente à implantação das verbas em folha

de pagamento. Ao contrário, a legalidade deve ser o norte para o Estado de São Paulo, inclusive quanto aos pedidos de reembolso decorrentes de condenações judiciais. Em outras palavras, no meu sentir, se o Estado pode reconhecer verbas devidas a título de complementação de aposentadoria e pensão, desde que tais verbas encontrem suporte em lei, para efeito de implantação em folha de pagamento (como, de fato, ocorreu no caso dos aposentados da Nossa Caixa), também o pode (deve) com relação ao passivo gerado em decorrência de um reconhecimento pelo Judiciário. O simples fato de haver uma decisão judicial que reconheça tal verba, não transmuta a sua natureza jurídica, transformando-a em verba ilegal. Veja que a premissa é a mesma – o princípio da legalidade – apenas se fazendo distinção quanto à amplitude de seus efeitos.

36. Vejamos um exemplo hipotético. Caso se tratasse de assunção da folha de pagamento das verbas de complementação de aposentadoria da CTEEP pela Fazenda, de determinado beneficiário que tivesse direito ao salário habitação e este estivesse integrado ao seu benefício. Pelos critérios fixados nos pareceres arrolados no item “24” deste opinativo, não haveria, em tese, óbice ao reconhecimento de tal verba por parte do Estado, porquanto se trata, aparentemente (obviamente isso deverá ser analisado com minúcia caso a caso), de verba recebida com habitualidade pelo empregado, apta a integrar o seu salário, e, por conseguinte, em consonância com a legislação trabalhista. Ora, qual a razão de não integrar tal verba à complementação, simplesmente porque essa verba foi reconhecida pelo Poder Judiciário? Veja que a premissa é a mesma: a legalidade; e essa premissa não se altera pelo simples fato de ter a legalidade sido declarada pelo Poder Judiciário. A legalidade é a legalidade, independentemente de qual órgão do Estado a reconhece.

37. Repise-se: nesses casos, o reconhecimento de verbas devidas a integrar o benefício da complementação de aposentadoria ou pensão pelo Estado se faz com supedâneo legal, independentemente de a decisão judicial existir ou não. Sob esse aspecto, entendo que nada obsta a que a Fundação CESP requeira o reembolso de verbas dispendidas em ação judicial, o que será analisado individualmente e deferido, caso tais verbas encontrem, de fato, suporte em lei, seguindo-se as mesmas premissas adotadas para os complementados da Nossa Caixa, já que não há razão jurídica que autorize tratar os complementados de forma diferente no que tange às diretrizes firmadas (quanto à habitualidade de determinada verba, ou quanto ao fato de o direito ter sido reconhecido judicialmente ainda quando o servidor estava na ativa) para se decidir acerca da legalidade ou não de determinado benefício.

38. Nessa linha de raciocínio, não há óbices a que o Estado ressarça valores que, ainda que reconhecidos aos inativos somente após o recurso ao Judiciário, entenda como devidos e compatíveis com a legislação que regula o benefício de complementação de aposentadoria e pensão. Nos casos em que o Estado reconheça tais verbas como devidas e decida reembolsá-las, não o fará por força de decisão judicial, eis que

não foi parte na presente demanda, mas, sim, porque – e é importante consignar – as verbas eventualmente reconhecidas como devidas o são nos estritos termos da lei ou com base em pareceres proferidos pela Procuradoria Geral do Estado.

39. Portanto, a meu ver, todas as diretrizes firmadas nos pareceres narrados no item “24” deste parecer podem ser seguidas para efeito de reembolso das verbas dispendidas pela Fundação CESP em ações judiciais decorrentes dos benefícios de complementação de aposentadoria e pensão, ainda que tais verbas tenham sido reconhecidas judicialmente, como poderá vir a ser o caso das diversas condenações arroladas nesse expediente. Nessa linha de raciocínio, a Fundação CESP poderia requerer, individualmente, para cada condenação judicial, o reembolso das verbas dispendidas. Esses pedidos seriam obviamente devidamente instruídos com a documentação necessária e analisados caso a caso, de acordo com os critérios fixados pela PGE. Caso encontrassem suporte na lei ou nos pareceres da PGE, o reembolso, tão somente do valor principal, excluídas verbas de sucumbência, poderia ser deferido. Caso isso se tornasse possível, o Estado estaria agindo dentro da legalidade e ao mesmo tempo permitindo que a Fundação CESP se ressarça de valores dispendidos relativos a diversos outros planos de previdência, os quais, efetivamente, nada têm com o benefício da complementação de aposentadoria.

40. Concluindo a análise do primeiro item, embora a meu ver os acordos anteriores não devam ser revigorados, isso não impede que a Fundação CESP seja reembolsada daqueles valores dispendidos por ela em ações judiciais, caso se reconheça, individualmente, sob a ótica da legislação trabalhista e das orientações da PGE, bem como, após análise pormenorizada dos documentos atinentes às ações judiciais, que os valores são passíveis de integrar as verbas de complementação de aposentadoria e pensão, independentemente de o Estado ter sido ou não parte na lide. Com relação à eventual reembolso de parcelas de contribuição do Plano 4819, às quais tenha a Fundação CESP sido condenada, entendo que a questão merece melhor análise, conforme exposto.

41. A resposta ao segundo item a respeito do qual essa Consultoria foi instada a se manifestar deflui logicamente das considerações feitas à primeira questão. Requer a Fundação CESP que a Fazenda do Estado de São Paulo permita por si, ou pela CTEEP, que os benefícios e as respectivas majorações derivadas de ordens judiciais sejam implantados, para que cessem as punições de seus funcionários por desobediência. Pois bem. A resposta é simples. Caso, em eventual pedido feito a essa pasta se conclua que a verba dispendida em ação judicial pela Fundação CESP é passível de reembolso, seja por encontrar suporte em lei, seja por contar com respaldo de pareceres da Procuradoria Geral do Estado, esta será implantada em folha. Em caso negativo, restará à Fundação CESP fazer o mesmo pedido à CTEEP. Nesses casos, a implantação ou não em folha por parte da empresa, foge da alçada do Estado de São Paulo.

42. O último ponto a respeito do qual essa consultoria foi instada a se manifestar se refere ao pedido de cessamento do desconto das contribuições dos beneficiários da complementação de aposentadoria e de pensão efetuado pela Fundação CESP por ordem da CTEEP. Tais contribuições, de acordo como a Fundação CESP, geram a perpetuação de diversas ações judiciais.

43. Com relação a essa questão, não há, no meu entender, o que ser providenciado por parte dessa Pasta, uma vez que as contribuições previstas no Plano 4819 cessaram por parte da Secretaria da Fazenda quando da assunção da folha de pagamento dos beneficiários da complementação da CTEEP, em 2004. Portanto, tal pedido somente pode ser feito e eventualmente atendido pela CTEEP que é quem, de fato, retém tais valores (pelo que se percebe do Fluxo de Solicitação de verba à CTEEP para pagamento das complementações aos beneficiários da Lei nº 4.819/58, mês de referência novembro de 2013).

44. Portanto, de todo o exposto, entendo, resumidamente, que:

(i) *É impossível revigorar os termos do Instrumento de Acordo de Vontades, firmado em 06 de agosto de 1999, e do Termo de Compromisso para Reconhecimento e Implementação de Direitos e Obrigações, firmado em 10 de dezembro de 1999, já que tal atitude implicaria, por parte do Estado, a assunção de ônus de condenações que podem não ter suporte legal. Por outro lado, a meu ver, nada obsta que a Fundação CESP efetue pedidos de reembolso de valores dispendidos em ações judiciais que a tenham condenado ao pagamento de verbas de complementação de aposentadoria e pensão, os quais poderão ser deferidos caso encontrem suporte em lei ou em pareceres da PGE;*

(ii) *Do reconhecimento da legalidade de eventuais verbas integradas às complementações em decorrência de decisões judiciais, poderá decorrer, também a depender da análise do caso concreto, a sua implantação em folha por parte desta Pasta;*

(iii) *O Estado de São Paulo não mais efetua os descontos previstos no Plano 4819, de modo que não lhe cabe avaliar a possibilidade de cessá-los.*

É o Parecer, *sub censura*.

São Paulo, 25 de agosto de 2014

BEATRIZ MENEGHEL CHAGAS CAMARGO

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 257.307

1. Aprovo o Parecer CJ/SF nº 1.061/2014.^{15*}

2. Tendo em vista a relevância da matéria analisada e a multiplicidade de manifestações da Procuradoria Geral do Estado sobre temas correlatos, considero prudente submeter as conclusões do Parecer CJ/SF nº 1.061/2014 ao crivo da Subprocuradoria Geral da Área de Consultoria, com sugestão de oitiva da Coordenadoria de Empresas e Fundações.

3. Encaminhe-se ao Gabinete da PGE e oficie-se ao DDPE, dando-lhe ciência do inteiro teor desta peça opinativa.

CJ/SF, 25 de agosto de 2014.

MARIA MÁRCIA FORMOSO DELSIN

Procuradora do Estado

Chefe da CJ/SF

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