



BO

LE

PGE-SP

VOLUME 45 | NÚMERO 2
MARÇO/ABRIL 2021

TIM

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

ISSN 2237-4515

BO

PGE-SP

**VOLUME 45 | NÚMERO 2
MARÇO/ABRIL 2021**

LE

TIM

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

EXPEDIENTE

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Maria Lia P. Porto Corona

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO ADJUNTA

Claudia Polto da Cunha

PROCURADORA DO ESTADO CHEFE DE GABINETE

Patricia de Oliveira Garcia Alves

SUBPROCURADORA-GERAL DA CONSULTORIA-GERAL

Eugenia Cristina Cleto Marolla

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DA ÁREA DO CONTENCIOSO-GERAL

Frederico José Fernandes de Athayde

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DA ÁREA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-FISCAL

João Carlos Pietropaolo

CORREGEDOR-GERAL

Adalberto Robert Alves

OUIDORIA

Regina Maria Sartori

CONSELHO DA PGE

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

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

PROCURADOR DO ESTADO CHEFE

Bruno Maciel dos Santos

ASSESSORIA

Joyce Sayuri Saito e

Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

COMISSÃO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Bruno Maciel dos Santos

SECRETÁRIA-EXECUTIVA

Joyce Sayuri Saito

MEMBROS DA COMISSÃO EDITORIAL

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

REDAÇÃO E CORRESPONDÊNCIA

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar - CEP 01405-100 - São Paulo - SP - Brasil - Tel.: (11) 3286-7005
Homepage: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

PROJETO, PRODUÇÃO GRÁFICA E IMPRESSÃO

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

Tiragem: Boletim eletrônico

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

SUMÁRIO

• Apresentação	7
• Cursos e Eventos	9
• Principais Notícias	22
• Consultoria Jurídica da Secretaria de Transportes Metropolitanos	

CONTRATO. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. Concessão Patrocinada para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja de Metrô de São Paulo, contemplando implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação manutenção e expansão. Dúvida quanto à conceituação de bens como reversíveis na hipótese de caducidade. Consulta feita em tese. Impossibilidade de fixação de diretrizes gerais, dada a insuficiência de dados sobre os instrumentos contratuais, celebrados pela Concessionária, para a execução das obras. Necessidade de futura nova análise a respeito de cada bem, cumpridas as diligências recomendadas neste parecer. Conceituação de bens vinculados à concessão, bens reversíveis e bens particulares da concessão. Indispensabilidade de observância das regras contratuais e da modelagem econômico-financeira da concessão para a caracterização de um bem como reversível. Regras contratuais idealizadas para a caracterização de bens reversíveis, ao menos, após o início da prestação do serviço público de transporte de passageiros. Dificuldade na conceituação de bens reversíveis em face das disposições contratuais e da não conclusão das obras. Certeza da reversibilidade dos imóveis desapropriados e das melhorias a eles incorporadas definitivamente. Diretrizes a respeito da possível utilização de bens vinculados à Concessão, porém não reversíveis, pelo Poder Concedente. Comentários a respeito da possibilidade de manutenção de contratos da Concessionária com terceiros. Recomendação de novas diligências como condição para futuras consultas a respeito do tema 27

• **Assistência de Arbitradores**

Alegações finais. Requerimento de arbitragem por suposto inadimplemento de cláusula que implicaria obrigação do Estado de fazer o seccionamento de linhas de ônibus gerenciadas pela Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo (EMTU), bem como a obrigação de pagamento de compensação financeira pela frustração de demanda do não seccionamento das linhas intermunicipais de ônibus. Sentença parcial que acatou a defesa do Estado e reconheceu a prescrição da pretensão da Requerente ao ressarcimento por

todas as viagens de ônibus de linhas da EMTU referidas no Anexo VI do Contrato e não seccionadas anteriormente a 29.06.2012 49

• **Procuradoria de Procedimentos Disciplinares**

Processo administrativo disciplinar. Relatório final. Aplicação da pena de demissão a bem do serviço público a todos os vínculos que o servidor mantenha com a Administração, ainda que a infração tenha sido praticada no exercício de apenas um deles. Denegado o Mandado de Segurança impetrado pela servidora, tendo sido confirmada a sentença em 2º grau..... 95

• **Assessoria de Empresas e Fundações**

ADMINISTRAÇÃO INDIRECTA. EMPRESA ESTATAL. Dúvidas formuladas pela Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP a respeito do tratamento jurídico a ser dado ao Conselho de Representantes dos Empregados no âmbito da Companhia, face à edição da Lei federal nº 13.249/2017, da Lei federal nº 13.467/2017 e da Lei federal nº 13.303/2016. Resposta à consulta116

• **Doutrina**

Tax Gap: eficiência da Administração Tributária, aumento da arrecadação e redução da carga tributária nominal 127

APRESENTAÇÃO

Como constou da apresentação do boletim anterior, foram selecionados para esse volume, peças, pareceres e artigos doutrinários que espelham a ampla gama de áreas e temas enfrentados diariamente pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Todos foram criteriosamente analisados pela Comissão Editorial do Centro de Estudos da PGE, composta exclusivamente por procuradores do estado, os quais analisam os trabalhos às cegas, sem identificação da autoria.

Desse boletim constam trabalhos subscritos por procuradores da Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, Assistência de Arbitragens, Assessoria de Empresas e Fundações, Procuradoria de Procedimentos Disciplinares e Grupo de Atuação Especial para Recuperação Fiscal – GAERFIS.

A Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos analisou dúvida quanto à conceituação de bens como reversíveis na hipótese de caducidade em contrato de parceria público-privada, relativo à concessão patrocinada para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 “Laranja” do Metrô de São Paulo.

Constam também alegações finais e em requerimento de arbitragem, por suposto inadimplemento de cláusula que implicaria obrigação do Estado de fazer o seccionamento de linhas de ônibus gerenciadas pela Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo (EMTU), bem como a obrigação de pagamento de compensação financeira pela frustração de demanda do não seccionamento das linhas intermunicipais de ônibus.

Destaca-se ainda o relatório final da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares que, em processo administrativo, abordou tema polêmico e sensível: a aplicação da pena de demissão a bem do serviço público a todos os vínculos que o servidor mantenha com a Administração, ainda que a infração tenha sido praticada no exercício de apenas um deles.

A Assessoria de Empresas e Fundações, por sua vez, analisou dúvidas formuladas pela Prodesp a respeito do tratamento jurídico a ser dado ao Conselho de Representantes dos Empregados no âmbito da Companhia, face à

edição da Lei federal nº 13.249/2017, da Lei federal nº 13.467/2017 e da Lei federal nº 13.303/2016.

Por fim, um artigo doutrinário da área tributária traz ponderações importantes que instigarão o leitor à reflexão: Tax Gap: eficiência da Administração tributária, aumento da arrecadação e redução da carga tributária nominal.

São trabalhos de excelência, que bem demonstram a atuação diversificada da PGE e o rigor da Procuradoria-Geral do Estado na observância dos princípios que regem a Administração Pública.

Boa leitura!

BRUNO MACIEL DOS SANTOS

Procurador do Estado Chefe
Centro de Estudos - ESPGE

JOYCE SAYURI SAITO

Procuradora do Estado Assessora

MARIANA BEATRIZ TADEU DE OLIVEIRA

Procuradora do Estado Assistente



Programa de Formação Continuada e Aperfeiçoamento Servidores da PGE

CAPACITAÇÃO PARA O DIA A DIA

EXPURGO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS



Palestrante:
Alexandre Gianechini de Araújo



11/03
10h

Microsoft-TEAMS

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ce_pge_sp Começa na próxima semana o Programa de Formação Continuada e Aperfeiçoamento dos Servidores da PGE/SP. Nesse primeiro Módulo serão abordados temas relacionados às atividades do dia a dia do trabalho na Procuradoria.

Nesse primeiro encontro o enfoque será no Expurgo de Documentos Públicos e as medidas que devem ser tomadas para o adequado manejo documental.

Os próximos encontros tratarão do uso de ferramentas tecnológicas, pregão eletrônico e regras de redação.

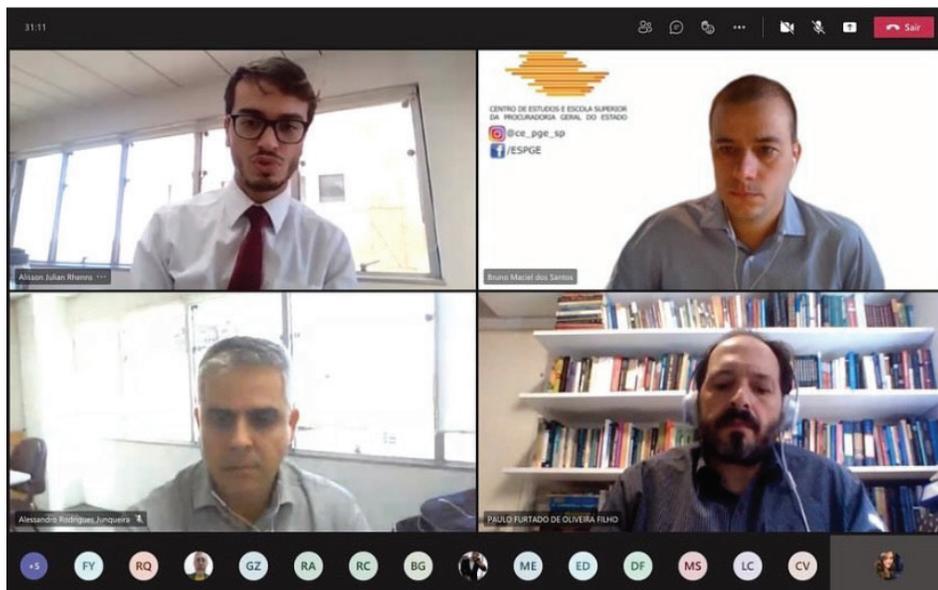
Participe!

[#pgesp](#) [#cepge](#) [#capacitação](#) [#documentospúblicos](#)

4 de março · Ver tradução



ce_pge_sp



ce_pge_sp Aconteceu na manhã de ontem a palestra "Perspectivas das alterações da Lei de Falências e Recuperações Judiciais"!

Com a participação do Juiz da Vara de Falências e RJ da Capital, Paulo Furtado, foram debatidas as principais alterações perpetradas pela Lei nº 14.112/2020 sobretudo no tocante à atuação a Fazenda Pública.

Agradecemos a presença de todos (as)!

#pgesp #cepge #falencias #recuperaçãojudicial

5 de março · Ver tradução



ce_pge_sp

...

**Programa de Formação Continuada e
Aperfeiçoamento Servidores da PGE**

CAPACITAÇÃO PARA O DIA A DIA

Office 365: Noções básicas

**Palestrantes
Marcus Melo
Thiago Marangone**



**26 e 30/03
10h**

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ce_pge_sp Em mais uma etapa do Programa de Formação Continuada dos Servidores da PGE voltado para capacitação para o dia a dia serão realizadas duas palestras sobre as ferramentas do Microsoft Office 365.

Os servidores do Centro de Estudos Marcus Vinicius Pereira Melo e Thiago Blumer Marangone abordarão as principais utilidades disponíveis para os usuários da PGE

No primeiro dia serão dadas noções básicas de uso do TEAMS, calendário e ferramenta de tarefas do Outlook. Na semana seguinte será abordado o uso do Onedrive para compartilhamento, arquivo e outras funções.

Participe e saiba mais sobre as facilidades tecnológicas disponíveis!



Liderança feminina no setor público: principais desafios



Abertura:
Maria Lia Porto Corona
(Procuradora-geral do Estado)

Palestrante:
Gabriela Lotta
(Professora de Adm. Pública da FGV)



26/03
15h30
Microsoft-TEAMS



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ce_pge_sp Em celebração ao mês da mulher o Centro de Estudos receberá a Professora Gabriela Lotta para tratar dos principais desafios enfrentados pelas lideranças femininas no setor público. A abertura do evento ficará a cargo da Procuradora-geral do Estado, Maria Lia Porto Corona, que atualmente chefia uma equipe formada por diversas mulheres em postos de liderança. Participe desse importante momento de reflexão!
[#pgesp](#) [#cepge](#) [#liderençafeminina](#) [#setorpúblico](#).

16 de março · [Ver tradução](#)



Curso de Extensão



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Regime jurídico-administrativo e organização administrativa

Início: 23/03/2021



Terças-feiras
08h-12h15



ce_pge_sp 📌 Estão abertas as inscrições para o Curso de Extensão em Regime jurídico-administrativo e organização administrativa da ESPGE!

Oferecido como módulo da especialização em Direito do Estado, o curso abordará temas como Reforma do Estado e novas figuras do Direito Administrativo, Novo regime jurídico das empresas estatais, regime jurídico único, poderes da Administração Pública e outros desafios do Direito Administrativo Contemporâneo.

Participe e se atualize nas principais discussões atuais na área!

#pgesp espge #direitodoestado #direitoadministrativo

Ver 1 comentário

17 de março · Ver tradução



Curso de Extensão



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Organização do Estado e dos Poderes

Início: 26/03/2021



Sextas-feiras
08h-12h15



ce_pge_sp 📌 Estão abertas as inscrições para Curso de Extensão em "Organização do Estado e dos Poderes" da ESPGE!

O curso abordará os conceitos de federalismo, separação dos poderes, democracia, sistema político e papel dos poderes e faz parte da especialização em Direito do Estado. As abordagens serão atuais e tratarão dos desafios do Estado Contemporâneo.

Participe das importantes discussões que permeiam a nossa atualidade política!

#pgesp #espege #direitodoestado #organizaçãodoestado



Reunião Aberta Núcleo de PI e Inovação

Direito e Linguagem: desafios contemporâneos

Palestrante

José Garcez Ghirardi

(Professor da FGV. Doutor em Estudos Linguísticos e Literários)



07/04
16h

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ce_pge_sp 📍 Estão abertas as inscrições para participação na Reunião Aberta do Núcleo de PI e Inovação do Centro de Estudos! Nesse primeiro encontro o convidado será o Prof. José Garcez Ghirardi que tratará dos desafios contemporâneos na relação entre Direito e Linguagem.

A palestra servirá como provocação inicial para a proposta de estudo do Núcleo voltada para Direito Visual e Linguagem simples. Participe!

#pgesp #cepge #direitoelinguagem #direitovisual

08 de abril - 20 de maio 2021



CICLO DE DEBATES SOBRE A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Palestrantes convidados



**Carlos Ari
Sundfeld**



**Marcos
Nóbrega**



**Danilo
Almeida**



**Vera
Monteiro**



**Guilherme
Jardim**

ce_pge_sp 📌 Estão abertas inscrições para o I Ciclo de Debates sobre a Nova Lei de Licitações organizado pelo Centro de Estudos da PGE/SP! 📖 👤 Serão 05 encontros que abordarão as principais alterações do novo marco legal como diálogo competitivo, marketplace, a nova fase preparatória, as alterações nos contratos administrativos e o papel dos Tribunais de Contas.

As palestras contarão com a participação dos Professores Carlos Ari Sundfeld, Marcos Nóbrega, Danilo Almeida, Vera Monteiro e Guilherme Jardim que debaterão com Procuradores do Estado de SP.

➡ Arraste para o lado para mais informações.

Se inscreva e participe (evento online e restrito à PGE/SP).



Aula aberta ESPGE

CENTRO DE ESTUDOS E ESPECIALIZAÇÃO
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Federalismo: Repartição de competências

**Min. Cármen Lúcia
(STF)**



Data: 09/04

Horário: 10h15

ce_pge_sp Na próxima sexta feira a ESPGE receberá para aula magna a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha, para lecionar sobre Federalismo e repartição de competências.

A aula é ofertada como parte do Módulo de Organização do Estado e dos Poderes da especialização em Direito do Estado e está aberta aos Procuradores (as) do Estado interessados (as)!

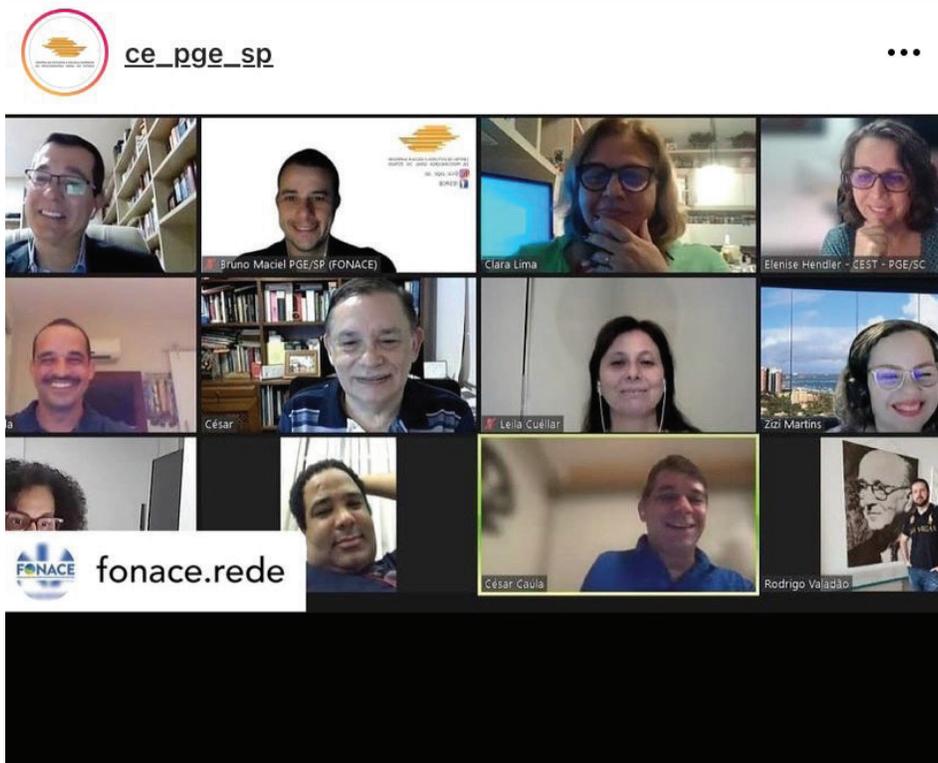
Participe!



Cooperar para Inovar!

Celebramos nesta quarta-feira (14/4) a cooperação do [@irislabgov](https://www.instagram.com/irislabgov) com a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP), que tem a parceria da Procuradoria Geral do Estado do Ceará (PGE-CE).

Entre os presentes na cerimônia, a procuradora-geral do Estado de São Paulo, Lia Porto; o procurador-geral do Ceará, Juvêncio Viana; a procuradora-geral executiva de consultoria e contencioso da PGE, Camilly Cruz; e o secretário executivo de Acompanhamento de Projetos Especiais, Flávio Jucá. O termo assinado teve a aplicação de Direito Visual e Linguagem Simples.



ce_pge_sp O Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos da PGE/SP, Bruno Maciel dos Santos, foi eleito Presidente do FONACE em reunião realizada ontem.

O [@fonace.rede](#) reúne os Centros de Estudos das Procuradorias de todos os Estados do Brasil e é um importante local de troca de experiências e crescimento institucional. Na ocasião foram eleitos, ainda, o Procurador do Estado do MA, Miguel Ribeiro, e a Procuradora do Estado do TO, Elyane Monteiro, para a vice presidência. Desejamos um ótimo mandato 🙌🙌🙌

Posted [@withregram](#) • [@fonace.rede](#) O FONACE retornou às suas reuniões e elegeu a nova diretoria:

Presidente- Bruno Maciel (PGE/SP)

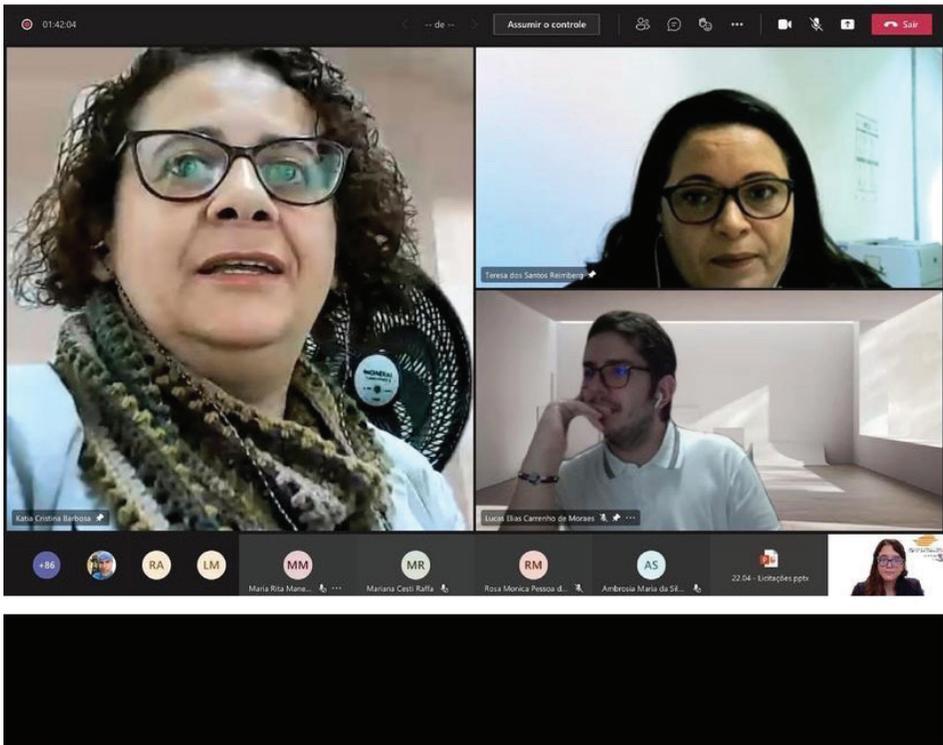
1o vice-presidente- Miguel Pereira (PGE/MA)

2a vice-presidente- Elyane Monteiro (PGE/TO)

2021 vem com muitas novidades e grandes realizações!



ce_pge_sp



ce_pge_sp Nas últimas duas semanas foram realizados dois encontros do Programa de Formação e Aperfeiçoamento dos Servidores da PGE voltado para Tema capacitação para o dia a dia. As servidoras Kátia Cristina Barbosa Rezendes e Teresa dos Santos Reimberg trataram do Pregão Eletrônico, explicando os aspectos práticos para a preparação e realização do certame. Agradecemos a participação de todos (as) e a parceria com a Coordenadoria de Administração!

#pgesp #cepge #pregãoeletronico



ce_pge_sp 📢📢📢 Estão abertas aos Procuradores do Estado inscrições para participação no Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas Empíricas para Racionalização de Estratégias de Litigância do Centro de Estudos!

Neste ano, o Núcleo terá como enfoque o estudo e discussão da jurimetria, ciência de dados e inteligência artificial e sua aplicabilidade no âmbito da PGE.

As atividades ocorrerão ao longo do ano de 2021 e contarão com capacitação dos participantes em uma abordagem multidisciplinar voltada para a compreensão e uso de ferramentas de pesquisa quantitativa no Direito, levantamento de dados, conceitos básicos de estatística e inteligência artificial, entre outros.

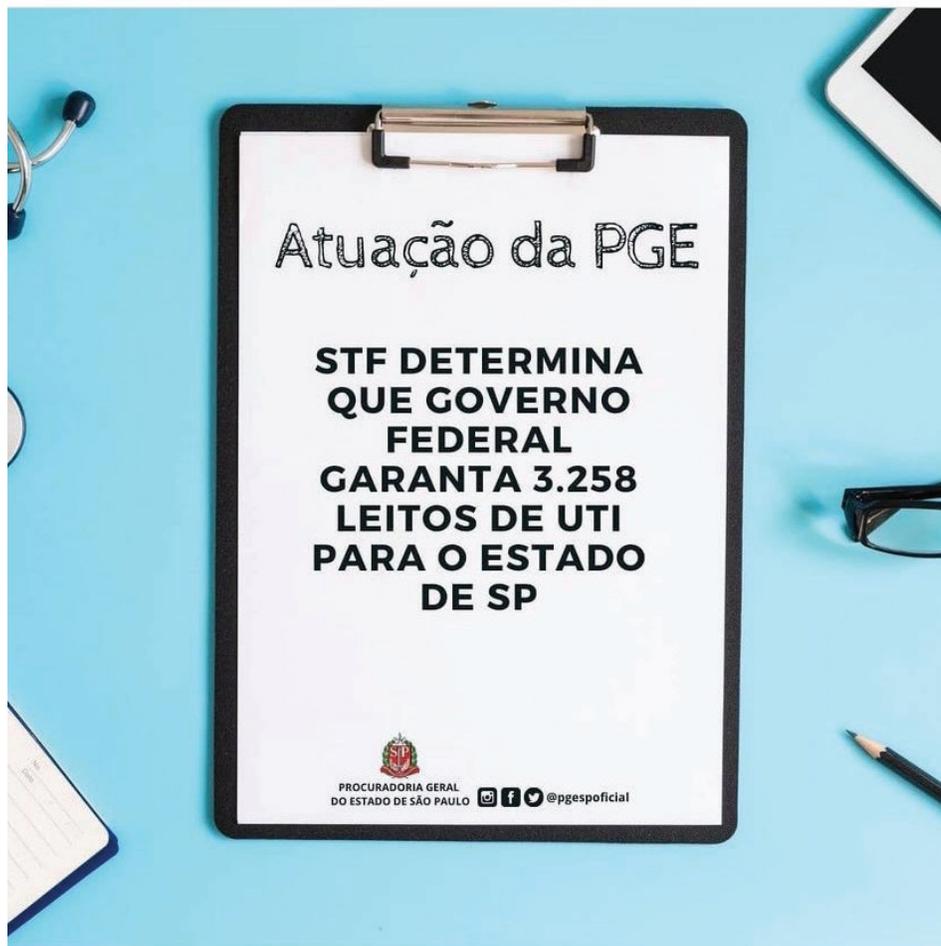
Participe e contribua para o desenvolvimento institucional!

#pgesp #cepge #litigancia #jurimetria

PRINCIPAIS NOTÍCIAS



[pgespoficial](#)



pgespoficial Supremo Tribunal Federal (STF) atende pedido da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP) e determina retomada do custeio de leitos pelo Governo Federal.

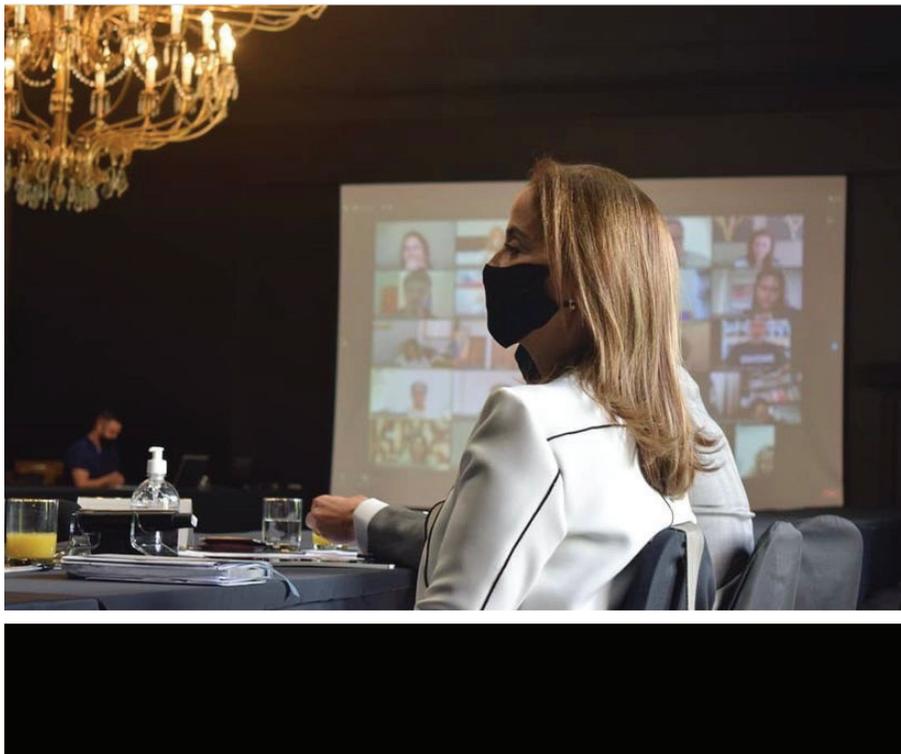


pgespoficial
Prodesp



pgespoficial Nesta terça-feira (02), procuradores do Estado realizam visita no parque tecnológico da Prodesp. É lá que estão armazenados os dados da PGE.

2 de março · [Ver tradução](#)



pgespficial A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP) foi convidada para participar do 1º Fórum de Empreendedorismo Feminino, realizada na manhã desta segunda-feira (8), no Palácio dos Bandeirantes. Para prestigiar o evento e representar a instituição, Lia Porto Corona, procuradora geral do Estado, participou do encontro.

Após o evento e durante a coletiva, os programas das Secretarias de Desenvolvimento Econômico, Direito da Pessoa com Deficiência e Desenvolvimento Social, o Empreenda Mulher, TODAS in-Rede e Próspera Mulher, respectivamente, foram lançados e divulgados. Todos foram desenvolvidos com intuito de gerar rendas e qualificação profissional feminina.

Ainda na coletiva, a procuradora geral do Estado e mais dez mulheres foram homenageadas por se destacarem durante o combate à Covid-19 no Estado de São Paulo.



pgespoficial



pgespoficial A PGE defendeu nesta tarde (07/04), na tribuna do Pleno do STF, a constitucionalidade da vedação temporária da realização presencial de cultos religiosos, medida estabelecida pelo Decreto 65653/2021 para conter a escalada de casos, internações e óbitos decorrentes da Covid-19.

A questão é objeto da ADPF 811, acompanhada conjuntamente pelo Gabinete do Procurador Geral, pela Assessoria Jurídica do Gabinete (AJG) e pela Procuradoria do Estado de SP em Brasília. O julgamento do caso será retomado amanhã (08/04).



pgespoficial PGE atua para garantir o salário-educação em SP

A Procuradora Geral do Estado, dra. Lia Porto Corona, participou na tarde de hoje de audiência com o Ministro Edson Fachin para tratar das regras do salário-educação e da ADPF 188.

O assunto é de vital relevância para a educação paulista e está sendo acompanhado diretamente pelo Gabinete do Procurador Geral e pela Procuradoria do Estado de SP em Brasília.

A audiência foi coordenada pela bancada dos Deputados Federais do Estado de São Paulo e contou com a presença do Secretário da Educação, Rossieli Soares.



Consultoria Jurídica da Secretaria de Transportes Metropolitanos

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DE TRANSPORTES METROPOLITANOS

PROCESSO Nº: STM SPDOC - 1727029/2018

INTERESSADO: COMISSÃO DE MONITORAMENTO DAS CONCESSÕES E PERMISSÕES - CMCPA

PARECER: CJ/STM Nº 2/2019

EMENTA:

CONTRATO. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. Concessão Patrocinada para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja de Metrô de São Paulo, contemplando implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação manutenção e expansão. Dúvida quanto à conceituação de bens como reversíveis na hipótese de caducidade. Consulta feita em tese. Impossibilidade de fixação de diretrizes gerais, dada a insuficiência de dados sobre os instrumentos contratuais, celebrados pela Concessionária, para a execução das obras. Necessidade de futura nova análise a respeito de cada bem, cumpridas as diligências recomendadas neste parecer. Conceituação de bens vinculados à concessão, bens reversíveis e bens particulares da concessão. Indispensabilidade de observância das regras contratuais e da modelagem econômico-financeira da concessão para a caracterização de um bem como reversível. Regras contratuais idealizadas para a caracterização de bens reversíveis, ao menos, após o início da prestação do serviço público de transporte de passageiros. Dificuldade na conceituação de bens reversíveis em face das disposições contratuais e da não conclusão das obras. Certeza da reversibilidade dos imóveis desapropriados e das melhorias a eles incorporadas definitivamente. Diretrizes a respeito da possível utilização de bens vinculados à Concessão, porém não reversíveis, pelo Poder Concedente. Comentários a respeito da possibilidade de manutenção de contratos da Concessionária com terceiros. Recomendação de novas diligências como condição para futuras consultas a respeito do tema.

1. Vêm os autos a esta Consultoria Jurídica, conforme encaminhamento da Chefia de Gabinete (fls. 34), para que se manifeste quanto ao teor do Despacho CMCP nº 305/2018 (fls. 02/04), no qual a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões - CMCP relata o estágio, à época, do andamento do processo administrativo voltado à potencial decretação da caducidade do Contrato de Concessão Patrocinada nº 15/2013, celebrado com a Concessionária Move São Paulo S.A., tendo por objeto a implantação e a operação da Linha 6 do Metrô/SP.

2. Consta do Despacho supramencionado que, em 6 de dezembro de 2018, data do Despacho CMCP nº 305/2018, o processo de caducidade se encontrava em fase final, já tendo sido aplicadas à Concessionária penalidades que somavam o montante de R\$ 186.104.818,55 (cento e oitenta e seis milhões, cento e quatro mil, oitocentos e dezoito reais e cinquenta e cinco centavos).

3. Informa-se, ainda, que, conforme previsto na Cláusula 45.6 do Contrato de Concessão, “com a decretação da caducidade da Concessão deverão ser apuradas as indenizações devidas de parte a parte, incluindo o valor das multas aplicadas e não adimplidas, bem como os danos causados ao Poder Concedente”, o que demandaria uma especificação de quais os bens que, contratualmente, devem ser tidos por reversíveis.

4. Sob este contexto, foi elaborada a Nota Técnica CMCP nº 113/2018 (fls. 05/14), na qual são arroladas as cláusulas contratuais pertinentes ao assunto debatido, concluindo que, em razão do disposto nas Cláusulas 45.5, 33.2 e 32.1, “decretada a Caducidade se dará a imissão na posse, por parte do Poder Concedente, dos ‘bens reversíveis’, direitos e privilégios, podendo o Poder Concedente sub-rogar-se nos contratos vigentes de seu interesse”, julgando necessário definir o que deve ser tido por reversível “por ser aspecto preponderante na avaliação dos recursos que o Poder Concedente deverá dispor para a assunção do empreendimento, tanto nos aspectos tocantes à segurança e vigilância patrimonial quanto sob o ponto de vista de ações de caráter técnico, envolvendo as obras e equipamentos/recursos existentes e de sua propriedade e responsabilidade a partir de então. Esta definição também irá pautar futuro processo de indenização ou ressarcimento das partes”.

5. Na sequência, após apontar para o conceito de “bens reversíveis” trazido pela Cláusula 32.1.1 do Contrato¹, entendendo-os como aqueles “indispensáveis à continuidade da prestação do serviço”, a CMCP descreve as condições em que se encontra o empreendimento, ora paralisado:

- (i) Unidades construtivas com imóveis desapropriados, diversos imóveis a demolir, parte delas com imóveis demolidos ou descaracterizados;
- (ii) Unidades construtivas com canteiros e obras avançadas, com poços executados ou em execução, como, por exemplo: VSE Tietê, Freguesia do Ó, VSE Aquinos, João Paulo I, contando com equipamentos/maquinários instalados, tais como pórticos, estações de tratamento, entre outros;
- (iii) Unidades configuradas como ‘fábricas’ de insumos para a obra: destacadamente a fábrica de aduelas e a fábrica de pré-moldados;
- (iv) Ativos diversos tais como:
 - a) Aduelas fabricadas: mais de 10.000 peças armazenadas na fábrica de aduelas em Perus;
 - b) Tuneladoras (TBMs) desmontadas: as duas tuneladoras previstas para o empreendimento encontram-se abrigadas no VSE Tietê, sendo mantidas por pessoal especialmente treinado para tal, e com assessoria técnica do fabricante;
 - c) Equipamentos complementares para a operação das tuneladoras, tais como veículos, esteiras, etc.;
 - d) Canteiros com instalações prediais para as equipes de engenharia e de execução;
 - e) Veículos, mobiliário, projetos (entregues e não entregues ao Poder Concedente);
- (v) Equipes voltadas a:
 - a) Vigilância e segurança patrimonial;
 - b) Atividades técnicas para a manutenção das instalações e equipamentos, sendo algumas especializadas em razão das instrumentações de monitoramento alocadas nos canteiros com escavações.

1 32.1.1. Bens reversíveis são todos aqueles vinculados à CONCESSÃO, desapropriados, construídos, adquiridos, produzidos/fabricados e implantados pela CONCESSIONÁRIA (edificações/instalações, sistemas, trens, equipamentos, máquinas, componentes, sobressalentes, bens e direitos para a prestação dos serviços e outros), bem como os disponibilizados pelo PODER CONCEDENTE, e, eventualmente, por seus agentes, que se façam necessários à execução da prestação do serviço concedido.

6. Traçado este rol, e buscando interpretar a Cláusula 32.1.1 do Contrato, a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões traz algumas considerações sobre o que entende por bem reversível.

7. Em linhas gerais, propõe-se que seja tido por bem reversível:

- a) Todos os imóveis desapropriados, que tenham constado do Decreto de Utilidade Pública;
- b) Todos os bens construídos, a saber: poços construídos, poços parcialmente construídos, paredes diafragma construídas, interferências remanejadas, ajustes viários definitivos;
- c) Todos os bens que, tendo sido adquiridos, produzidos ou fabricados pela Concessionária, já tenham sido implantados nos imóveis revertidos.

8. A partir destas premissas, não seriam reversíveis, segundo a CMCP, as tuneladoras (não implantadas em qualquer imóvel, e sem previsão de entrega ao Poder Concedente, caso concluída a implantação do empreendimento), as aduelas já fabricadas (não implantadas ao longo da linha), bem como as edificações de canteiro, por representarem estruturas provisórias, sem implantação definitiva nos imóveis.

9. Sustenta, nesse sentido, que tais bens não seriam “exatamente necessários e imprescindíveis à prestação de serviços, mesmo de implantação, uma vez que podem ser adotados outros métodos, o que dispensaria as atuais tuneladoras, aduelas e outros equipamentos hoje existentes nos canteiros, que são decorrentes da estratégia e projetos adotados pela atual Concessionária”.

10. Defende, no mais, que também não poderiam ser qualificados como reversíveis as “ferramentas e equipamentos pertencentes ao Consórcio Construtor ou alugados”, bem como as instalações para as equipes, uma vez que elas poderiam “ser construídas em outros locais e de outra forma”.

11. Alude, ainda, ao fato de que, em atendimento à Cláusula 8.1.26 do Contrato, que impõe à Concessionária a obrigação de atualização anual do inventário dos bens vinculados à Concessão, a Concessionária teria, em 25

de junho de 2018, bem como em outras oportunidades², apresentado inventário no qual informa que “não contém nenhum bem reversível listado”.

12. Nesses termos a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões – CMCP apontou os bens que, segundo seu entendimento, devam ser tidos por reversíveis, ou, ao menos, que devam ser necessariamente assumidos pelo Poder Concedente para assegurar a segurança do empreendimento (fls. 12/13).

13. Sob essas condições, foram os autos encaminhados a esta Consultoria Jurídica, para análise e manifestação.

É o relatório. Opino.

14. O questionamento trazido nestes autos pela Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões - CMCP, através da Nota Técnica CMCP n° 113/2018 (fls. 05/14) e do Despacho CMCP n° 305/2018 (fls. 02/04), foi formulado em tese, e, como tal, será apreciado por esta Consultoria Jurídica, com a ressalva de que todas as orientações adiante formuladas podem sofrer eventuais retificações ou complementações em função das especificidades das inúmeras situações concretas que deverão ser analisadas ao longo do processo de transição contratual e provável assunção do empreendimento pelo Poder Concedente.

15. Da mesma forma, saliento, desde já, que as diretrizes estabelecidas neste Parecer não possuem a pretensão de constituir balizas aplicáveis necessariamente a outros contratos de concessão, dada as especificidades de cada um deles. Filiamo-nos, portanto, ao entendimento de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, no sentido de que:

(...) a determinação do rol exato de bens reversíveis nos contratos de concessão específicos não pode ser feita a partir de uma teoria geral da reversibilidade em direito administrativo, aplicável a quaisquer casos. Tal teoria é impossível, pois a extensão e modo de reversibilidade – e até a sua própria existência, dependem de aspectos que variam de setor a setor, de contrato a contrato³.

2 Segundo a CMCP, a Concessionária informou a inexistência de bens reversíveis, da mesma forma, por meio das seguintes comunicações: MSP 115/2015, de 19 de maio de 2015, MSP 161/2016, de 24 de junho de 2016, MSP 126/2017, de 17 de julho de 2017.

3 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens Reversíveis nas Concessões Públicas: a invia-

16. Desta forma, restará à CMCP futuramente, caso assim entenda necessário, realizar nova(s) consulta(s) a respeito de determinada(s) situação(ões) específica(s), observadas as diretrizes e recomendações fixadas neste parecer.

17. Pois bem. No plano legal, observo que, para além da determinação de que os bens reversíveis devam ser expressamente indicados e caracterizados pelo Poder Concedente no Edital de licitação (artigo 18, incisos X e XI, da Lei federal nº 8.987/95) e no Contrato de Concessão (artigo 23, inciso X, da Lei federal nº 8.987/95), bem como da necessária previsão contratual a respeito da possibilidade de realização de vistoria dos bens reversíveis (art. 5º, X, da Lei federal nº 11.079/04), a matéria é disciplinada pelos artigos 35 a 38 da Lei federal nº 8.987/95, que regulam as formas de extinção do contrato de concessão e as suas consequências.

18. Do que de relevo para a presente consulta, destaco os seguintes dispositivos da Lei federal nº 8.987/95:

Art. 35. (...)

§1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

§2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

(...)

Art. 38. (...)

§4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, indepen-

bilidade de uma teoria geral. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n.2, maio/ago. 2016, p. 149-174.

dentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

19. Conforme se observa do artigo 35, §1º, da Lei Federal nº 8.987/95, com a extinção da concessão o Poder Concedente passa a assumir todos os “bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário”, observando-se, para tanto, a disciplina estabelecida no Edital e no Contrato, disciplina esta, como já afirmado, tida por obrigatória pelos artigos 18, incisos X e XI, e 23, inciso X, ambos da Lei Federal nº 8.987/95.

20. Na mesma esteira, veja-se o teor do artigo 35, §§ 2º e 3º, da Lei Federal nº 8.987/95, segundo os quais, extinta a concessão, ocorre a imediata assunção do serviço pelo Poder Concedente, podendo este ocupar as instalações e utilizar os bens reversíveis.

21. Resta explícita a preocupação do legislador em, a partir dos bens reversíveis, garantir a continuidade da prestação do serviço público concedido, após a inevitável extinção de uma concessão, de forma a não prejudicar o interesse público e, conseqüentemente, a população.

22. Porém o legislador não se preocupou apenas em garantir a continuidade da prestação do serviço público. Conforme a lição de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara,

(...) além de configurar prerrogativa estatal para preservar a continuidade dos serviços públicos, a reversão, nesses contratos tradicionais de concessão, também funciona como garantia econômica das concessionárias. Isto por-que, ao se prever a reversão de certos bens, também se assegura que o valor neles investido será amortizado: ou com a regular exploração do ser-viço no prazo contratual (e com a percepção de tarifas em valor suficiente), ou, se insuficiente, com indenização pelo concedente. A concessionária tem garantido, de uma forma ou outra, o retorno do investimento em bens reversíveis.

23. Nota-se, portanto, que de um lado a reversibilidade assegura que o Poder Concedente, ou quem vier a suceder a Concessionária na execução de tais atividades de interesse público delegadas pelo Estado – as quais, geralmente, são caracterizadas como serviço público⁴ –, detenha toda a infraestrutura necessária para, sem qualquer interrupção ou prejuízo à coletividade, continuar exercendo o mesmo mister.

24. Em contrapartida, a reversibilidade proporciona, à Concessionária, o direito de ser indenizada por todo e qualquer investimento em bem reversível que não tenha ainda sido, de acordo com a modelagem econômico-financeira do projeto e as normas contábeis aplicáveis, amortizado ou depreciado, nos termos do artigo 36 da Lei federal nº 8.987/95.

25. Trata-se, portanto, de disciplina que tem como foco não apenas a garantia da continuidade, sem interrupção, da prestação de determinado serviço público, mas também a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, assegurando que tais bens sejam transferidos à titularidade do Poder Concedente quer gratuitamente, porque já depreciados e amortizados ao longo da vigência da concessão, quer mediante o pagamento da correspondente indenização, fixada nos termos do artigo 36 da Lei federal nº 8.987/95.

26. Estabelecidos os objetivos básicos da reversibilidade, passemos à conceituação das espécies de bens existentes em uma concessão pública.

27. Numa concessão podem existir, *a priori*, 2 (dois) tipos de bens: os privados ou particulares da Concessionária e os vinculados à concessão.

28. Podem ser considerados como bens privados ou particulares aqueles adquiridos ou utilizados pela Concessionária, porém não afetados ao serviço público, ou seja, não relevantes para a sua prestação, razão pela qual compete apenas à empresa privada escolher a melhor forma de gerenciá-los, utilizá-los ou deles dispor.

4 Apesar de a reversibilidade de bens ser geralmente ligada a uma necessária continuidade da prestação de um serviço público, este instituto jurídico pode também existir em outros tipos de concessão, nos quais não existe, necessariamente, uma prestação de serviço público, como no caso de concessões de obras públicas ou concessões de uso.

29. Já os bens vinculados à concessão, por sua vez, são aqueles afetados ao serviço público, ou seja, indispensáveis ou necessários à prestação dos serviços concedidos, podendo, de acordo com os termos do contrato e da modelagem econômico-financeira da concessão, serem (ou não) considerados como reversíveis.

30. Em resumo, os bens reversíveis fazem parte de uma subcategoria dos bens vinculados à concessão, e podem ou não virem a existir em cada projeto, dependendo de sua modelagem. Conforme ensinam Caio Mario da Silva Pereira Neto, Mateus Piva Adami e Felipe Moreira de Carvalho⁵,

Tudo o que faz a Lei é prever que a cláusula que trate de bens reversíveis é essencial ao contrato de concessão. Nada impede, em nosso juízo, que o contrato trate do tema de modo a não estabelecer qualquer reversão, ou que estabeleça reversão apenas parcial, que não opere sobre a integralidade dos direitos de usar, fruir e dispor do bem atrelado à prestação do serviço público. Parece-nos, ao invés, que a Lei 8.987/1995 deixou ao Administrador a definição do regime de reversibilidade a ser aplicado em cada contrato, considerado o propósito de manutenção da prestação do serviço público ao longo do tempo.

31. Veja-se, portanto, que enquanto é possível afirmar que sempre existirão bens vinculados à concessão, dependerá dos termos contratuais, bem como da modelagem econômico-financeira do contrato, a existência (ou não) de bens reversíveis.

32. Exemplifico. Podemos considerar que os ônibus são necessariamente considerados como reversíveis numa concessão do serviço público de transporte de passageiros por ônibus? Depende. Tais bens são, inegavelmente, bens vinculados à concessão, uma vez que “indispensáveis ou necessários à prestação dos serviços concedidos”, e, como tais, devem ter tratamento diferenciado em relação aos bens privados da concessionária. Não obstante, é certo que eles podem ser considerados (ou não) como bens reversíveis, dependendo da modelagem contratual e econômico-financeira da concessão.

5 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; ADAMI, Mateus Piva; DE CARVALHO, Felipe Moreira. Reversibilidade de Bens em Concessões de Telecomunicações. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16520/20160425%20-%20Artigo%20Reversibilidade.pdf>>.

33. De toda forma, os bens vinculados à concessão (incluindo-se, aqui, os bens reversíveis), por serem indispensáveis ou necessários à prestação dos serviços concedidos, são considerados bens fora de mercado (assim previu a Cláusula 31.4 do Contrato de Concessão⁶), geralmente sofrendo certas limitações no tocante à sua disponibilidade ou fruição.

34. Nesse sentido, destaco a previsão contratual (Cláusula 34.3.1.9) que estabeleceu a impossibilidade de alienar os bens vinculados à concessão sem prévia e expressa anuência do Poder Concedente, sem prejuízo da indenização correspondente e da respectiva ação anulatória.

35. Por fim, a caracterização de um bem como reversível implica no reconhecimento de que este bem (ou ao menos a sua utilidade) poderá ser, ao final da concessão, transferido definitivamente à titularidade do Poder Concedente ou a terceiro que ele indicar, eis que tido por indispensável ou necessário à continuidade do serviço público concedido, sendo o investimento correspondente a este bem (ou direito) previsto, em regra, como devidamente amortizado ao final da concessão.

36. Ocorre que tanto os bens vinculados à concessão, como os eventuais bens reversíveis, são da mesma forma tidos como indispensáveis ou necessários à prestação do serviço público concedido, razão pela qual este aspecto específico não pode servir como único traço de distinção entre eles.

37. Ademais, de relevo destacar que a caracterização de um bem como indispensável ou necessário à “continuidade da prestação do serviço público ou do cumprimento do objeto do contrato de concessão” pode depender de inúmeros fatores, tais como estágio de evolução do contrato de concessão, situação jurídica do bem (próprio, alugado, cedido, de terceiro, objeto de leasing, de comodato, etc.), possibilidade jurídica de reversibilidade do bem e a modelagem econômico-financeira da concessão.

38. De toda forma, é certo que tal análise não pode se revelar como

6 31.4 Os bens vinculados a CONCESSÃO, incluindo os bens imóveis adquiridos pela CONCESSIONÁRIA, por qualquer forma, para a realização dos serviços, afetados à operação, serão considerados bens fora do comércio, não podendo ser, a nenhum título, cedidos, alienados, onerados, arrendados, dados em comodato ou garantia, ou de qualquer outro modo ser permitida a sua ocupação, arrendados, penhorados ou qualquer providência dessa mesma natureza.

mero subjetivismo por parte do Poder Concedente ou da Concessionária, devendo, necessariamente, respeitar os termos e a lógica econômico-financeira do contrato, além da boa-fé objetiva⁷ e da segurança jurídica.

39. Feitos esses comentários conceituais a respeito dos bens reversíveis, passo à análise da Cláusula Trigésima Segunda do Contrato de Concessão, onde são previstas as seguintes regras a respeito do tema:

32.1 Extinta a CONCESSÃO, retornam ao PODER CONCEDENTE os bens reversíveis, direitos e privilégios vinculados à CONCESSÃO, transferidos ou disponibilizados, nos termos deste CONTRATO, à CONCESSIONÁRIA, ou por esta construídos/implantados e adquiridos, no âmbito da CONCESSÃO, independentemente de quaisquer notificações ou formalidades.

32.1.1 Bens reversíveis são todos aqueles vinculados à CONCESSÃO, desapropriados, construídos, adquiridos, produzidos/fabricados e implantados pela CONCESSIONÁRIA (edificações/instalações, sistemas, trens, equipamentos, máquinas, componentes, sobressalentes, bens e direitos para a prestação dos serviços e outros), bem como os disponibilizados pelo PODER CONCEDENTE, e, eventualmente, por seus agentes, que se façam necessários à execução da prestação do serviço concedido.

32.1.2 A reversão será gratuita e automática, com os bens em condições adequadas de operação, utilização e manutenção, bem como livres de quaisquer ônus, encargos, valor residual, tributo, obrigação, gravame, ou cobrança de qualquer valor pela CONCESSIONÁRIA, com as características e requisitos técnicos que permitam a plena operação do serviço.

32.1.2.1 Os bens revertidos ao PODER CONCEDENTE deverão estar em condições adequadas de conservação e funcionamento, para permitir a continuidade dos serviços objeto da CONCESSÃO, pelo prazo mínimo adicional de 05 (cinco) anos, salvo quando tiverem vida útil menor.

32.1.2.1.1 Eventual custo com estes investimentos deverá ser amortizado e depreciado antes do término da vigência do CONTRATO, não tendo a

7 “A boa-fé subjetiva é atinente ao dato de se desconhecer algum vício do negócio jurídico. E a boa-fé objetiva, prevista no artigo *sub examine*, é alusiva a um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade (integridade de caráter), proibindo o comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente”. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 418. No mesmo sentido: “Da boa-fé objetiva contratual derivam os chamados deveres anexos ou laterais, entre os quais o dever de informação, colaboração e cooperação. A inobservância desses deveres gera a violação positiva do contrato e sua conseqüente reparação civil, independente de culpa”. (STJ, AREsp 262.823, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 29/04/2015).

CONCESSIONARIA direito a indenização a respeito.

32.2 A CONCESSIONÁRIA terá direito à indenização correspondente ao saldo não amortizado ou não depreciado dos bens e investimentos realizados na CONCESSÃO, observado o conteúdo desta Cláusula, nos casos de extinção antecipada do CONTRATO.

32.2.1 A CONCESSIONÁRIA terá direito à indenização correspondente à parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizada ou depreciada, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade dos serviços concedidos, nos casos de extinção antecipada do CONTRATO.

32.3 Caso a CONCESSIONÁRIA não cumpra as condições estabelecidas nesta Cláusula o PODER CONCEDENTE terá direito a indenização, a ser calculada nos termos da legislação aplicável, sem prejuízo das sanções cabíveis e execução de seguro e de garantia contratual.

40. Interpretando as cláusulas contratuais supramencionadas referentes à reversibilidade, percebo que elas foram idealizadas supondo que a eventual extinção do contrato ocorreria (i) ao término da vigência contratual ou, ao menos, (ii) após o término das obras e início da prestação do serviço público de transporte de passageiros.

41. Não obstante, entendo ser necessário, dado o estágio atual da execução do contrato, que o termo “execução da prestação do serviço concedido” (Cláusula 32.1.1) seja interpretado como “execução das atividades que vinham sendo empregadas pela Concessionária”, a ponto de permitir a aplicação das cláusulas contratuais supramencionadas tanto à fase de implantação quanto à fase de operação.

42. De toda forma, vislumbro que a simples aplicação dos conceitos gerais de bens reversíveis, à disciplina contratualmente estabelecida, não é capaz de, por si só, indicar, com clareza, todos os bens que devem ser tidos como reversíveis.

43. Ainda que nos utilizemos de outras cláusulas contratuais estabelecidas para facilitar a identificação dos bens vinculados à concessão, como, por exemplo, as cláusulas prevendo, em relação aos bens vinculados a Concessão, a necessidade de apresentação de inventário (Cláusula

8.1.26⁸) e a obrigatoriedade de o Poder Concedente autorizar a alienação de tais bens (Cláusula 31.1⁹), outra não será a conclusão, uma vez que os inventários apresentados pela Concessionária, desde o início da vigência contratual, indicam a inexistência de bens reversíveis, não havendo notícia, nos autos, de qualquer autorização do Poder Concedente no tocante à possível alienação de bens vinculados à concessão.

44. Ora, é inegável que tais obrigações contratuais foram pensadas com o objetivo de evitar surpresas a ambas as partes no tocante ao que deve ser considerado como bem vinculado à concessão, inclusive facilitando, posteriormente, o cálculo de eventual indenização pela futura reversão de tais bens¹⁰.

45. Ocorre que, dada a incerteza quanto aos instrumentos contratuais utilizados pela SPE no tocante à execução das obras, estes critérios contratuais não se revelam como suficientes para a resolução da questão posta nos autos.

46. Com efeito, é sabido que o Contrato de Concessão permitiu, expressamente, que a construção da obra fosse terceirizada (Cláusula 35.1.1¹¹) - o que de fato ocorreu -, é econômica e juridicamente possível que ao

8 8.1. A CONCESSIONÁRIA obriga-se durante todo o prazo de concessão a:

(...) 8.1.26 Manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à presente CONCESSÃO, apresentando-o, anualmente, ao PODER CONCEDENTE.

9 31.1 A CONCESSIONÁRIA somente poderá alienar bens que integram a CONCESSÃO, mediante autorização do PODER CONCEDENTE, se os mesmos não estiverem mais afetados à prestação dos serviços, ou se proceder a imediata substituição por outros com condições de operacionalidade e funcionamento idênticas ou superiores as dos substituídos.

10 Com a mesma função, cite-se, por exemplo, o disposto na Cláusula 8.1.13, conforme segue:

8.1. A CONCESSIONÁRIA obriga-se durante todo o prazo de concessão a:

8.1.13 Indicar, por meio de relação a ser apresentada no prazo de até 6 (seis) meses após o início da Operação Comercial (operação plena da Linha 6 - Laranja), os bens reversíveis, suas características e estimativa de valores, com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, observado o quanto disposto na Cláusula Trigésima Segunda e zelar pela integridade de todos os bens vinculados a CONCESSÃO.

11 35.1.1 A CONCESSIONÁRIA poderá contratar com terceiros, por sua conta e risco, a execução dos serviços relativos às obras, equipamentos, sistemas e material rodante, bem como as correspondentes à segurança patrimonial, manutenção e conservação do serviço concedido.

menos alguns dos bens utilizados na execução da obra não pertençam, juridicamente, à Concessionária.

47. Outrossim, saliento novamente que a Concessionária, em cumprimento à obrigação de atualização anual do inventário dos bens vinculados à Concessão, desde o início da vigência contratual vem apresentando, ao Poder Concedente, inventário no qual informa que “não contém nenhum bem reversível listado”.

48. Dado tal cenário contratual idealizado e já realizado, não vislumbro solução jurídica possível, observando-se os termos do Contrato de Concessão e as informações constantes dos autos, para o estabelecimento de diretrizes gerais no tocante à identificação dos bens reversíveis, sem que isso possibilite um mero subjetivismo, seja por parte do Poder Concedente, seja por parte da Concessionária.

49. Ademais, tais fatos poderiam, em tese, levar à conclusão de inexistência de bens reversíveis, o que não corresponderia à realidade. Ora, vejamos o quanto informado até o presente momento.

50. A Concessionária nunca informou nenhuma relação de bens reversíveis. A modelagem do contrato permite que a construção seja totalmente terceirizada. O Poder Concedente, aparentemente, não possui nenhuma informação definitiva a respeito da situação jurídica dos inúmeros bens utilizados na obra. Os critérios contratuais a respeito de bens reversíveis foram definidos considerando-se o término da concessão, ao menos, após o início do serviço público de transporte de passageiros. Como definir, neste panorama, o que são bens reversíveis? Não existiriam bens reversíveis, de modo que à Concessionária nada seria devido em razão dos seus investimentos? Creio que não seja esta a melhor saída.

51. Dada a indeterminação contratual destacada acima, bem como a inexistência de dados a respeito dos instrumentos contratuais utilizados pela Concessionária na terceirização da obra, entendo que, apesar da Concessionária não ter indicado ao Poder Concedente, desde o início das obras, a existência de qualquer bem reversível, a única certeza até o presente momento é que, ao menos, os bens imóveis desapropriados, bem como as melhorias a eles incorporadas definitivamente, podem ser classificáveis, desde já, como bens reversíveis.

52. Demais bens vinculados à concessão deverão, oportunamente, serem objeto de nova avaliação por esta Consultoria Jurídica, tendo em vista a impossibilidade de, no presente momento, eles poderem ser identificados (ou não) como reversíveis.

53. Desse modo, para que se possa eventualmente reconhecer como reversível algum bem que não tenha sido incorporado definitivamente aos imóveis desapropriados, por acessão física, deverá a Administração trazer aos autos os documentos que permitam a exata compreensão de sua situação jurídica e econômica, a saber:

a) contrato de EPC celebrado com o Consórcio CEL6, juntamente com o demonstrativo de todos os valores já pagos a este consórcio, e os fatos que fundamentam tais medições, de modo a permitir a identificação tanto dos valores investidos em benfeitorias nos imóveis desapropriados (essencial para a precificação da indenização devida à Concessionária), quanto de eventuais valores investidos em outros bens que vierem a ser reconhecidos como reversíveis;

b) contratos alusivos ao fornecimento de qualquer equipamento que, ao juízo da Concessionária ou do Poder Concedente, deva ser tido por reversível, bem como demonstração de sua situação jurídica e econômica atual, de modo a permitir a identificação de a quem compete a propriedade do bem, assim como da eventual pendência de valores a serem pagos a fornecedores;

c) demais contratos relacionados a bens que, ao juízo da Concessionária ou do Poder Concedente, deva ser tido por reversível, assim como a documentação alusiva à evolução de sua aquisição e quitação pela Concessionária.

54. De toda forma, destaco que parcela relevante dos investimentos realizados pela Concessionária, envolvendo a realização de obras civis e a aquisição de bens reversíveis, é custeada, nos termos da Cláusula Vigésima Sétima do Contrato, por aporte de recursos do Poder Concedente, com fundamento no artigo 6º, §2º, da Lei federal nº 11.079/2004, de modo que,

qualquer que venha a ser o rol definido de bens reversíveis, quando da conclusão do processo de transição contratual, o cálculo da indenização devida por tais investimentos deve considerar o valor já aportado pelo Poder Concedente para a realização destes investimentos, conforme, aliás, determina expressamente o artigo 6º, §5º, da Lei federal nº 11.079/2004.

55. Definidas tais diretrizes, entendo como necessário destacar também a possibilidade jurídica de utilização pelo Poder Concedente, ainda que em caráter transitório, de todos os bens tidos como vinculados à concessão, mesmo que não se qualifiquem, legal ou contratualmente, como “bens reversíveis”.

56. Com efeito, há de se reconhecer também que, em prestígio ao mesmo princípio da continuidade da prestação do serviço público, é possível que alguns bens vinculados à concessão, mesmo que não sejam tidos por reversíveis, precisem ser transitoriamente utilizados pelo Poder Concedente quando da extinção contratual para a proteção do interesse público (Ex: para a segurança da obra), o que é de ainda maior relevo nas situações de extinção antecipada do contrato, em que a transição contratual ocorre em circunstâncias não planejadas pelo Poder Concedente quando da estruturação da concessão.

57. Fundamentando tal conclusão, destaque-se o teor do artigo 35, §3º, da Lei federal nº 8.987/95, o qual autoriza que, com a extinção do contrato e a assunção do serviço pelo Poder Concedente, este ocupe as instalações e utilize todos os bens vinculados à concessão, de forma a, justamente, assegurar que o Poder Concedente tenha condições de dar continuidade às atividades que até então vinham sendo executadas pela Concessionária, ocupando as instalações e bens necessários à melhor resolução da situação de encerramento da concessão, nas circunstâncias em que se encontram.

58. Conforme alerta Maurício Portugal Ribeiro¹²:

A preservação da continuidade da prestação do serviço é decerto o mais importante desafio no caso de extinção dos contratos, especialmente por-

12 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 173.

que nesse momento ocorre uma mudança de titularidade da prestação do serviço do parceiro privado para a Administração Pública. Isso é especialmente difícil porque requer à Administração montagem de equipe adequada para dar continuidade aos serviços prestados pelo parceiro privado, o que, considerando as regras incidentes sobre a Administração Pública, nem sempre é tarefa fácil ou rápida. É importante, por isso, que nesse momento delicado para a prestação dos serviços o parceiro privado tenha a obrigação de cooperar e praticar os atos necessários a minimizar as dificuldades para a que a Administração Pública assuma a prestação do serviço.

59. Naturalmente, tal poder de ocupar as instalações da Concessionária deve ser exercido apenas no limite do que necessário para viabilizar a preservação do interesse público, não podendo implicar em desapropriação indireta de bens de propriedade da Concessionária que não venham a ser, posteriormente, revertidos ao patrimônio público. É o que ensina Marçal Justen Filho¹³:

A primeira e imediata consequência da extinção da concessão é assunção do serviço pelo poder concedente, de modo automático. O particular não leva consigo qualquer parcela do serviço ou dos poderes que se encontravam sob sua gestão no curso do contrato. Serviço e poderes, porque públicos, são inalienáveis, enquanto não desafetados. Por isso, o desaparecimento da concessão acarreta retomada pelo Estado dos serviços, bens e poderes. Essa hipótese se caracteriza ainda quando uma concessão seja sucedida por outra. Isso não significa a impossibilidade de o particular manter consigo certos bens, anteriormente utilizados para prestação dos serviços concedidos. Tal se passará a propósito de bens não afetados à prestação do serviço, cujo valor não tenha sido amortizado ao longo do contrato. (...) Bem por isso, o Estado será legitimado a ocupar, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, as instalações necessárias à prestação do serviço. Aplica-se o princípio da continuidade dos serviços públicos. A extinção da concessão não pode acarretar interrupção na prestação do serviço público. A recusa do antigo concessionário em permitir o acesso dos agentes do poder concedente constitui-se em ato ilícito. Ressalte-se, porém, que isso não autoriza o Estado a apropriar-se de bens do particular cujo valor não tiver ainda sido amortizado.

13 FILHO, Marçal Justen. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 569.

60. Nesse sentido também dispõe a Cláusula 45.5 do Contrato de Concessão, conforme segue:

45.5 A decretação da caducidade implicará na imissão imediata, pelo PODER CONCEDENTE, da posse de todos os bens e na responsabilidade da CONCESSIONÁRIA por toda e qualquer espécie de ônus, multas, penalidades, indenizações encargos ou compromissos com terceiros, notadamente em relação a obrigações de natureza trabalhista, tributária e previdenciária.

61. Outro ponto que julgo relevante destacar, extraível diretamente da disciplina trazida pela Lei federal nº 8.987/95, é o reconhecimento de que, nas hipóteses em que a extinção do contrato de concessão ocorra por decretação da caducidade da concessão, a única responsabilidade do Poder Concedente, perante a Concessionária, reside na indenização “das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido” (artigo 36 da Lei federal nº 8.987/95), descontando-se “o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária” (artigo 38, §5º, da Lei federal nº 8.987/95), de modo que “não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária” (artigo 38, §6º, da Lei federal nº 8.987/95).

62. Com a decretação da caducidade da concessão, portanto, e ao longo do processo de transição contratual, caberá ao Poder Concedente avaliar de que forma procederá à ocupação das instalações, eventualmente valendo-se de bens e equipamentos delas constantes - configuráveis como bens vinculados à concessão - para assegurar a preservação do interesse público, na forma do artigo 35, §3º, da Lei federal nº 8.987/95, bem como classificar quais são os bens que, legal ou contratualmente, devem ser tidos como bens reversíveis, apurando a indenização devida na forma do artigo 36 da Lei federal nº 8.987/95, com os descontos indicados no artigo 38, §5º, da Lei federal nº 8.987/95.

63. Nesta situação compete, exclusivamente, à Concessionária lidar com quaisquer outros passivos em razão de contratos com terceiros não assumidos pelo Poder Concedente, nisto incluindo-se, porventura, as des-

pesas relativas ao encerramento do contrato, com o EPCista, celebrado para a construção do empreendimento, bem como os ajustes com os demais fornecedores, financiadores e garantidores da Concessionária.

64. Por fim, destaco que configura situação jurídica diferente, porém com o mesmo objetivo da reversão e da ocupação provisória de bens e instalações, a possibilidade (e não obrigação) do Poder Concedente subrogar-se nos contratos vigentes de interesse da concessão, que tenham sido celebrados pela Concessionária (Cláusula 33.2).

65. Com efeito, em tal situação se encontrariam os contratos de prestação de serviço, bem como aqueles de aquisição de bens não reversíveis que, por serem benéficos ao interesse público, podem ser assumidos pelo Poder Concedente ou por terceiros por ele indicados.

66. Tais ajustes podem ser “assumidos” pelo Poder Concedente desde que, analisadas as consequências jurídicas e sopesadas as vantagens técnicas e financeiras, tal providência vise a proteger o interesse público, como, por exemplo, a segurança da obra ou a economicidade em relação a uma nova contratação.

67. Nesse cenário, deverão também ser avaliados, caso a caso, os eventuais bens ligados à concessão que estejam sob propriedade do EPCista ou de outros terceiros contratados pela Concessionária, bem como os elementos provisoriamente instalados, mas que não seriam, definitivamente, incorporados aos imóveis obrigatoriamente revertidos ao final das obras.

68. Uma vez considerado, pelo Poder Concedente, que a manutenção de tais contratos não é benéfica ao interesse público, caberá à Concessionária extingui-los, sem qualquer tipo de custo adicional ao Poder Concedente, conforme disciplina a Cláusula 43.2 do Contrato de Concessão:

43.2 Verificando-se o advento do termo contratual, a CONCESSIONÁRIA será inteira e exclusivamente responsável pela extinção de quaisquer contratos de que seja parte, relativos à LINHA 6, não assumindo o PODER CONCEDENTE qualquer responsabilidade ou ônus quanto aos mesmos e não sendo devida nenhuma indenização à CONCESSIONÁRIA.

69. Da mesma forma, encerrado o contrato de concessão, “caberá à CONCESSIONÁRIA retirar todos os bens não reversíveis utilizados na CONCESSÃO no prazo fixado no termo provisório de devolução” (Cláusula 33.8).

70. Em arremate, recomendo que a CMCP - Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões providencie, junto a Concessionária, informações a respeito de todos os bens vinculados à concessão, esclarecendo-se a situação jurídica de cada bem, apresentando-se os documentos e contratos relacionados a eles.

71. Somente com tais providências será possível tomar todas as providências e decisões necessárias para o encerramento do Contrato de Concessão, bem como a correta configuração dos bens tidos como reversíveis.

72. Nesse diapasão, recomenda-se a obtenção dos instrumentos jurídicos relacionados à execução da obra para que, analisando-se o seu andamento e a contabilização dos gastos correspondentes, seja possível a identificação dos bens a serem revertidos ao Poder Concedente.

73. Da mesma forma, tais dados poderão ser utilizados para justificar a eventual necessidade de manutenção de contratos celebrados pela Concessionária com terceiros ou a utilização de bens vinculados à concessão que, justificadamente e de acordo com a discricionariedade do Poder Concedente, forem considerados necessários para a continuidade da execução do objeto da concessão.

74. Com estas considerações, e em atenção à disciplina estabelecida na Portaria SubG-Cons. nº 01, de 28/10/2015, submeto o presente parecer à apreciação da Subprocuradoria-Geral do Estado, Consultoria-Geral.

É o Parecer.

CJ/STM, 1º de fevereiro de 2019.

DIEGO BRITO CARDOSO

Procurador do Estado Chefe da CJ/STM

PROCESSO: STM SPDOC - 1727029/2018

INTERESSADO: COMISSÃO DE MONITORAMENTO DAS CONCESSÕES E PERMISSÕES - CMCP

ASSUNTO: PROTOCOLADO 61/2018 - LINHA 6 - LARANJA - APURAÇÃO DE INDENIZAÇÃO DEVIDA EM RAZÃO DA CADUCIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO.

PARECER: CJ/STM N° 2/2019

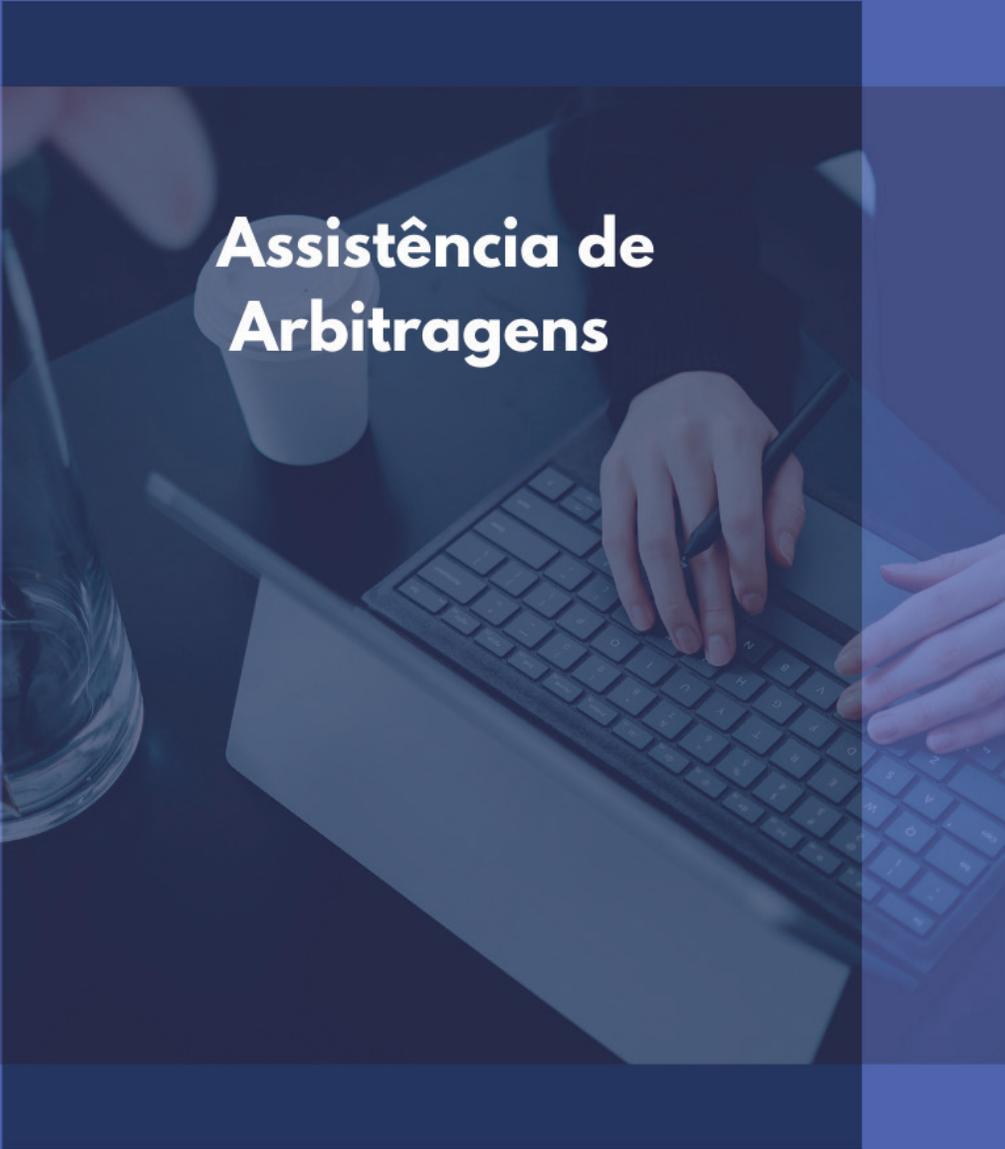
1. Aprovo o Parecer CJ/STM n° 2/2019, por seus próprios fundamentos.
2. Restituam-se os autos à Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, para prosseguimento.

SubG-Consultoria, 14 de fevereiro de 2019.

EUGENIA CRISTINA CLETO MAROLLA
SUBPROCURADORA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA-GERAL

São Paulo, 15 de janeiro de 2019.

GEORGE IBRAHIM FARATH
PROCURADOR DO ESTADO



Assistência de Arbitragens

ARBITRAGEM CCI N° 23033/JPA/GSS

ARBITRAGEM DE ACORDO COM O REGULAMENTO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

REQUERENTE

CONCESSIONÁRIA DA LINHA 4 DO METRÔ DE SÃO PAULO S.A. “VIAQUATRO”

VS.

REQUERIDO

ESTADO DE SÃO PAULO

RESPOSTA À ORDEM PROCEDIMENTAL N° 5 (ALEGAÇÕES FINAIS PARCIAIS)

1º DE NOVEMBRO DE 2019

AO TRIBUNAL ARBITRAL

Srs. José Rogério Cruz e Tucci (presidente), Cleveland Prates Teixeira e Ricardo de Carvalho Aprigliano

CC: Partes, Secretaria Administrativa e Secretaria da CCI

Por correio eletrônico

Sumário

I. SÍNTESE DA DEMANDA

II. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: CARÁTER DE ORDEM PÚBLICA DAS NORMAS QUE REGEM A PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E SUA NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA NA ARBITRAGEM

III. DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EM EXIGIR COMPENSAÇÃO PELO NÃO SECCIONAMENTO TEMPESTIVO

(a) Da data de início da fluência do prazo prescricional e de sua consumação

(b) Da inoccorrência de reconhecimento pelo ESTADO do pedido compensatório formulado no presente pleito arbitral e/ou de renúncia ao prazo prescricional

(c) Do transcurso do prazo prescricional a despeito de eventuais interrupção e suspensão

(d) O seccionamento não é obrigação de trato sucessivo e, ainda que fosse, está prescrito o "fundo do direito"

IV. SUBSIDIARIAMENTE: DA APLICAÇÃO DA RETROATIVIDADE MÁXIMA DE 180 DIAS À COMPENSAÇÃO PELO NÃO SECCIONAMENTO TEMPESTIVO

V. CONCLUSÃO

ILUSTRÍSSIMO TRIBUNAL ARBITRAL

O ESTADO DE SÃO PAULO (“ESTADO”, “Poder Concedente” ou “Requerido”), já qualificado, ao tempo previsto na Ordem Processual nº 5, encaminha Alegações Finais Parciais do presente Requerimento de Arbitragem apresentado pela **CONCESSIONÁRIA DA LINHA 4 DO METRÔ DE SÃO PAULO S.A.** (“VIAQUATRO”, “Concessionária” ou “Requerente”, em conjunto com o Requerido, “Partes”), conforme razões a seguir.

I. SÍNTESE DA DEMANDA

1. Em 25 de outubro de 2017, a VIAQUATRO apresentou o requerimento da Arbitragem, no qual deduziu pedido de (a) obrigação de fazer “imediato seccionamento das linhas de ônibus intermunicipais designadas no Anexo VI do Contrato”; (b) obrigação de pagar “indenização mediante o reequilíbrio da equação econômico-financeira afetada pela perda de receita não compensada na forma estabelecida na cláusula 11.3.3” do Contrato; (c) reembolso por despesas procedimentais.

2. Sua fundamentação se concentra no argumento de suposto inadimplemento da cláusula 11.3.1 do Contrato, a qual, na interpretação da VIAQUATRO, implicaria (i) obrigação ao ESTADO de fazer o seccionamento de linhas de ônibus gerenciadas pela Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo (“EMTU”), bem como (ii) obrigação de pagamento de compensação financeira pela frustração de demanda do não seccionamento das linhas intermunicipais de ônibus, em relação à qual o ESTADO é solidariamente obrigado (cláusula 11.3.4).

3. Em petição de 4 de junho de 2018, a VIAQUATRO reconheceu como cumprida a obrigação do ESTADO quanto ao seccionamento das linhas de ônibus, afirmando estar prejudicado o primeiro pedido formulado neste procedimento arbitral.

4. Ressaltou, no entanto, o seu direito à compensação, o que foi ratificado em sede de **Alegações Iniciais**, oportunidade em que deduziu como pedidos: (a) o reconhecimento do seccionamento tardio das linhas de ônibus designadas no Anexo VI do Contrato; (b) a condenação do ESTADO no pagamento de “indenização, mediante o reequilíbrio da equação econômico-

co-financeira do Contrato", na forma da cláusula 11.3.3, desde 17.10.2011 até 16.09.2017, em montante a ser apurado por profissional a ser designado pelo Tribunal Arbitral com base em documentos a serem fornecidos pelo ESTADO, aplicada a TIR de Projeto de 15,13% a.a. e os índices de correção contratualmente estabelecidos; (c) reembolso por despesas da arbitragem, incluindo-se honorários advocatícios.

5. Em **Resposta às Alegações Iniciais**, o Requerido sustentou:

(a) a prescrição extintiva da pretensão da Requerente em exigir a compensação pelo não seccionamento das linhas em questão; (b) a necessidade de se considerar a retroatividade máxima de 180 dias para o pleito de reequilíbrio, na forma da Cláusula 13.5 do Contrato; (c) a interpretação de boa-fé e atenta à função econômica da cláusula de mitigação de riscos à fórmula matemática de cálculo da compensação, de modo a evitar o enriquecimento sem causa da Requerente; (d) a utilização da metodologia do Custo Médio Ponderado de Capital (WACC) como critério de cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, dada sua omissão quanto a este ponto; (e) o afastamento da pretensão de indenização de honorários advocatícios, ante ausência de previsão legal ou contratual nesse sentido, ou, subsidiariamente, a aplicação de critérios isonômicos para a estimativa dos honorários dos patronos de ambas as Partes.

6. Após audiência ocorrida no dia 15 de outubro de 2019, o Tribunal Arbitral optou por apreciar as questões prejudiciais ao mérito da demanda antecipadamente, instando as partes a se manifestarem especificamente sobre a matéria. É o que ora faz a Requerida, nos termos que seguem.

II. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: CARÁTER DE ORDEM PÚBLICA DAS NORMAS QUE REGEM A PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E SUA NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA NA ARBITRAGEM

7. A título introdutório, tendo em conta que a argumentação desenvolvida neste escrito tem por objeto central a matéria da prescrição, convém enfatizar brevemente o caráter de ordem pública do seu regime no direito brasileiro, que resulta na cogência da observância deste regime nos procedimentos arbitrais.

8. Como se sabe, "prescrição é a perda da pretensão em virtude da inércia do

seu titular no prazo fixado em lei” (CC, art. 189). Se o lesado pelo descumprimento do direito subjetivo não agir no período legal, invocando a tutela jurisdicional do Estado para a proteção do seu crédito, extingue-se a sua pretensão de exigibilidade quanto ao seu direito subjetivo e permite a convalescença da lesão verificada no seu direito subjetivo¹.

9. Seu escopo é o de “impedir a manutenção de conflitos pendentes de solução e a eternização de demandas, com todas as consequências daí decorrentes”². Nessa linha, foi engendrada como “medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado”³.

10. Esse escopo cumpre uma função social relevante, intimamente ligada à proteção do direito fundamental à segurança jurídica (Art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), o que faz com que as normas que disciplinam a prescrição não estejam passíveis de derrogação pela autonomia privada, sendo de aplicação cogente a toda e qualquer relação jurídica regida pelo direito nacional.

11. No âmbito da arbitragem, isto implica que, não obstante as partes tenham liberdade de definir o direito aplicável, as normas nacionais de regência da prescrição, por serem de ordem pública, não podem ser excluídas no âmbito da convenção arbitral (Art. 2º, §1º, da Lei de Arbitragem cc. Art. 2.035, parágrafo único do Código Civil⁴), e tampouco podem ser desconsideradas pelo tribunal

1 AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 566-567.

2 WALD, Arnaldo; ARMELIN, Donaldo. Prescrição e arbitragem. In: CIANCI, Mirna (Coord.). **Prescrição no código civil: uma análise interdisciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

3 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 357.

4 Art. 2º, da Lei de Arbitragem: A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. §1º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil: Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

arbitrando do julgamento do mérito da lide⁵.

12. Como bem sintetiza Thiago Marinho Nunes⁶:

Portanto, é correto afirmar que, no direito arbitral interno brasileiro, a prescrição extintiva ostenta natureza de ordem pública, no sentido material, e, mesmo sendo absolutamente certo que os dispositivos do CPC são inaplicáveis a um procedimento arbitral interno, se uma das partes alegar a ocorrência de prescrição, e esta for efetivamente comprovada, de acordo com as hipóteses da legislação interna (e necessariamente aplicável à arbitragem interna), o tribunal arbitral ou árbitro único extinguirá o processo arbitral com a resolução do mérito, aplicando-se a tese substancialista da prescrição adotada, com nuances, pelo direito brasileiro.

13. Tal cogência é ainda mais acentuada nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, tendo em vista a inafastabilidade da aplicação do direito brasileiro (Art. 2º, §3º, da Lei de Arbitragem), o que traduz uma indisponibilidade normativa, na alcunha dada por Carlos Alberto de Salles⁷.

14. Assim sendo, curial que este Tribunal Arbitral, na análise das questões prejudiciais ao mérito que se seguirá, considere a plena aplicabilidade ao caso das normas do direito brasileiro que regem a prescrição, dando o devido respaldo à sua função no ordenamento jurídico e ao seu caráter de ordem pública.

5 Abordando especificamente o tema, Fabiane Verçosa defende a possibilidade de revisitação pelo Poder Judiciário da sentença arbitral doméstica que ofenda a ordem pública, com fulcro em uma interpretação ampliativa do rol disposto no artigo 32 da Lei de Arbitragem, tendo em vista que “corresponderia a verdadeiro contrassenso inadmitir a anulação de um laudo arbitral doméstico que ofende a ordem pública brasileira (do país em que ele for prolatado, enfim) e denegar a homologação de um laudo arbitral estrangeiro que ofenda a ordem pública do mesmo País. Estar-se-ia admitindo que o legislador brasileiro é incoerente e paradoxal, o que não é razoável” (VERÇOSA, Fabiane. *A aplicação errônea do direito pelo árbitro: uma análise à luz do direito brasileiro e estrangeiro*. Curitiba: CRV, 2015, p. 181).

6 NUNES, Thiago Marinho. *Arbitragem e prescrição*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107-108.

7 “Pela mesma razão do que ocorre em relação à equidade, à Administração Pública não é dado escolher a lei aplicável a seus contratos, estando vinculada às normas do ordenamento jurídico brasileiro. O mesmo se verifica nas demais hipóteses que, indiretamente, afastam a aplicação do direito positivo brasileiro, como nos julgamentos apenas por princípios gerais do direito, usos e costumes ou regras de comércio internacional. Pode-se afirmar, a esse propósito, a existência de uma indisponibilidade normativa por parte da Administração, no sentido de estar submetida a normas vigentes do ordenamento brasileiro” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 265).

III. DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EM EXIGIR COMPENSAÇÃO PELO NÃO SECCIONAMENTO TEMPESTIVO

(a) Da data de início da fluência do prazo prescricional e de sua consumação

15. Não obstante a VIAQUATRO argumente que a exigibilidade do direito ao seccionamento das linhas de ônibus constante do Anexo VI do Contrato – e, conseqüentemente, da respectiva compensação pelo não seccionamento – apenas tenha surgido em 17.10.2011, momento em que foi iniciada a plena operação comercial da Fase I, a obrigação do ESTADO já era exigível desde 21.06.2010, em virtude do início da operação das primeiras estações da Linha 4.

16. Tratando-se a presente controvérsia de verificação de não concorrência entre metrô e ônibus, o período entre a data do início da operação nas primeiras estações e a data da operação plena da Fase I não pode ser simplesmente ignorado. Na presente arbitragem, a VIAQUATRO deduz sua indenização com base em alegada concorrência indevida praticada pela EMTU para com suas estações de metrô. Logo, a data em que referida concorrência teve efetivo início deve ser considerada, já que a efetiva concorrência entre os veículos de transporte é o fundamento elementar da pretensão da Requerente.

17. Ainda, procedendo mesmo a uma interpretação literal da Cláusula 11.3.2 do Contrato, a obrigação de seccionamento das linhas de ônibus é estipulada para ser cumprida “durante a operação comercial da FASE I”, em nenhum momento mencionando que tal operação deve estar funcionando em sua plenitude. Ainda que parcial, a operação comercial da FASE I já estava em curso desde a data de 21.06.2010.

18. Portanto, no mínimo com relação às linhas que já estavam em operação àquela data, já havia nascido a exigibilidade do seccionamento ou da respectiva compensação. Não tendo sido realizado o seccionamento, nem paga a compensação, configurou-se a violação ao direito correspondente, nascendo, assim, a pretensão ao cumprimento forçado da obrigação, com o início da fluência do prazo quinquenal da prescrição (Art. 189, Código Civil⁸ cc. Art. 1^o, Decreto n^o20.910/32⁹),

8 Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

9 Art. 1^o. 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

o qual se consumou em 21.06.2015.

(b) Da inocorrência de reconhecimento pelo ESTADO do pedido compensatório formulado no presente pleito arbitral e/ou de renúncia ao prazo prescricional

19. A VIAQUATRO quer convencer este Tribunal Arbitral de que a EMTU, ao promover *sponte propria* o seccionamento das linhas de ônibus constantes do Anexo VI do Contrato, teria reconhecido como devido o pleito compensatório objeto do presente Requerimento de Arbitragem. O objetivo é respaldar a conclusão de que tal reconhecimento teria gerado a interrupção da fluência do prazo prescricional (Art. 202, VI, do Código Civil¹⁰) ou, ainda que tal prazo tenha se consumado, a ocorrência de renúncia à prescrição por parte do Requerido (Art. 191, do Código Civil¹¹). Porém, sem razão.

20. Analisando o histórico das tratativas entre o ESTADO, a EMTU e a VIAQUATRO, avultam alguns fatos relevantes para a questão.

21. O primeiro deles é que a EMTU, desde o início, se opôs ao seccionamento das linhas indicadas no Anexo VI do Contrato, tendo apresentado proposta de descontinuação de linhas alternativas.

22. É o que se observa da Carta EMTU CT/DP/81/2011 (Doc. A-10), na qual foi apontada a impossibilidade de concreta realização do seccionamento nos exatos termos do Anexo VI do Contrato, na medida em que sua realização traria, naquele momento, graves consequências aos usuários do serviço público de transporte na Região Metropolitana de São Paulo. A mesma carta recomendou "a utilização de um novo grupo de linhas que, por suas características, tem passagem lideira ao Terminal, não penaliza os usuários, em face de alterações de itinerário e supressão de destinos (...)", propondo-se até mesmo a celebração de

cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

10 Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: (...) VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

11 Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

aditamento ao Contrato para formalizar a "substituição ao expressamente listado no Contrato de Concessão da Linha 4".

23. Igualmente, observa-se na Carta DIR 467/2014 (Doc. A-10) que a VIAQUATRO comunica sua discordância definitiva da proposta sugerida pela EMTU, instando a estatal e o Poder Concedente a “iniciarem imediatamente a compensação devida à Concessionária pela permanência do Risco de Concorrência”. Configura-se, portanto, resistência administrativa à pretensão concessionária.

24. Ainda que se admita ter havido o reconhecimento do direito da VIAQUATRO, tendo em vista a efetivação do seccionamento das linhas referidas no Anexo VI do Contrato pela EMTU em 2017, **não se pode querer dar interpretação ampliativa a esse reconhecimento para chegar à conclusão de que também houve concordância com o pleito compensatório, o que em momento algum ocorreu.**

25. Com efeito, a EMTU se manifestou, reiterada e consistentemente, no sentido de que não houve qualquer prejuízo econômico à concessionária. Mais especificamente, em agosto de 2014 concluiu que “não há que se falar em reparação a favor da Concessionária Via 4, visto que a mesma já vem sendo beneficiada com o grupo de linhas seccionadas pela EMTU/SP, em comparação ao grupo de linhas relacionadas no Contrato”. Acrescentou ainda que “tal conclusão vem do comparativo entre 4.587 passageiros/dia útil que já estão utilizando a Linha 4 do Metrô, oriundos das atuais linhas da EMTU/SP seccionadas no Terminal Butantã, e 3.525 passageiros/dia útil estimados como demanda potencial das linhas previstas em Contrato” (Comunicação Interna anexa ao Comunicado CMCP 582/2014, incluso a estes memoriais – Doc. R-2).

26. Já no que diz respeito à Comissão de Monitoramento das Concessões e Parcerias da Secretaria de Transportes Metropolitanos (“**CMCP**”), em momento algum se manifestou reconhecendo como devida a compensação pelo não seccionamento tempestivo das linhas de ônibus. A única oportunidade em que tal compensação é abordada pelo órgão gestor do contrato de concessão é no Comunicado 001/2017 (Doc. R-3), quando expressa que tal pleito apenas poderia ser analisado após a realização do seccionamento das linhas do Anexo VI, que estava pendente de efetuação pela EMTU. De fato, a afirmação de que o pleito será analisado em momento futuro está muito distante de um reconhecimento da procedência de seu mérito pela Administração.

27. Ante o panorama fático descrito, a VIAQUATRO quer emplacar o argu-

mento de que o ESTADO, “ao ter reconhecido o direito da VIAQUATRO à obrigação principal de ter observado o seccionamento das linhas, reconheceu também, por consequência, o direito da VIAQUATRO à compensação pelo não seccionamento a tempo e modo” [§32 da Réplica à Resposta do Requerido], o qual não pode prevalecer.

28. Aliás, se válida fosse a conclusão da Requerente, o contraditório instaurado no âmbito do presente procedimento arbitral não teria nem mesmo razão de ser, o que não se pode admitir.

29. É essencial verificar que o ESTADO sempre se opôs à literal interpretação dada pela VIAQUATRO à cláusula do seccionamento das linhas. Ainda que o formal seccionamento das linhas tenha ocorrido em datas diversas, a consequência pretendida pela Requerente, que é a indenização independente de dano, não é aceita pelo ESTADO, o qual defende a inexistência do direito reivindicado pela Concessionária, na medida em que não há prova de dano que fundamente a indenização requerida. Conforme defendido na Resposta, a interpretação de boa-fé do Contrato não permite afirmar nem que o ESTADO tenha praticado ilícito contratual, nem que haja nexo de causalidade entre os atos do ESTADO e quaisquer danos sofridos pela VIAQUATRO. Ausente os elementos caracterizadores do dever de indenizar (ato ilícito, nexo de causalidade e dano), é improcedente o pedido de indenização da Requerente.

30. De rigor, por conseguinte, que não se amplie a abrangência da adesão do ESTADO aos interesses concessionários, estendendo o que fora um estrito reconhecimento do direito ao seccionamento das linhas de ônibus para a suposta concordância com um pleito indenizatório sem qualquer lastro em danos efetivamente comprovados.

31. Isso porque, como é cediço, os **atos gratuitos e de reconhecimento de direito devem ser interpretados restritivamente** (Art. 114, do Código Civil)¹².

32. Sem embargo, a interpretação já clássica do Superior Tribunal de Justiça sobre o reconhecimento enquanto causa de interrupção da prescrição é de que “exige ato inequívoco de reconhecimento do direito; não o configura aquele que traduz a simples possibilidade de que tenha havido o reconheci-

12 Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

mento”¹³. Mais recentemente, quanto à renúncia tácita ao prazo extintivo por ato incompatível com a prescrição, referida Corte já firmou que “somente se perfaz com a prática de ato inequívoco de reconhecimento do direito pelo prescribente. Assim, não é qualquer postura do devedor que enseja a renúncia tácita, mas aquela considerada manifesta, patente, explícita, irrefutável e facilmente perceptível”¹⁴.

33. Não sendo lícito inferir, portanto, o reconhecimento pelo ESTADO do direito pleiteado pela VIAQUATRO na presente arbitragem, é de se rechaçar também os consectários do seu argumento acima referidos, para concluir que não houve interrupção do prazo prescricional fundamentada no Artigo 202, VI, do Código Civil, tampouco renúncia tácita ao prazo prescricional.

(c) Do transcurso do prazo prescricional a despeito de eventuais interrupção e suspensão

34. A VIAQUATRO intenciona fazer valer o argumento de que “o prazo prescricional nunca começou a correr, pois esteve suspenso de 2011 a 2017, em virtude de estudos realizados pela EMTU e das tratativas entre as partes envolvendo o assunto”, havendo logo em seguida a notificação da presente arbitragem. Fundamenta suas conclusões no artigo 4º do Decreto nº 20.910/1932¹⁵, o qual estabelece que a prescrição não corre durante o tempo necessário para a Administração promover estudos sobre o pleito do requerente e apurar seu crédito.

35. Ocorre que, ainda que se admita tenha havido suspensão da prescrição em virtude da análise feita pela EMTU sobre o pleito formulado pela VIAQUATRO,

13 REsp 53.323/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 19.8.1996.

14 REsp 1.250.583/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJe 27.5.2016.

15 Art. 4º. Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.

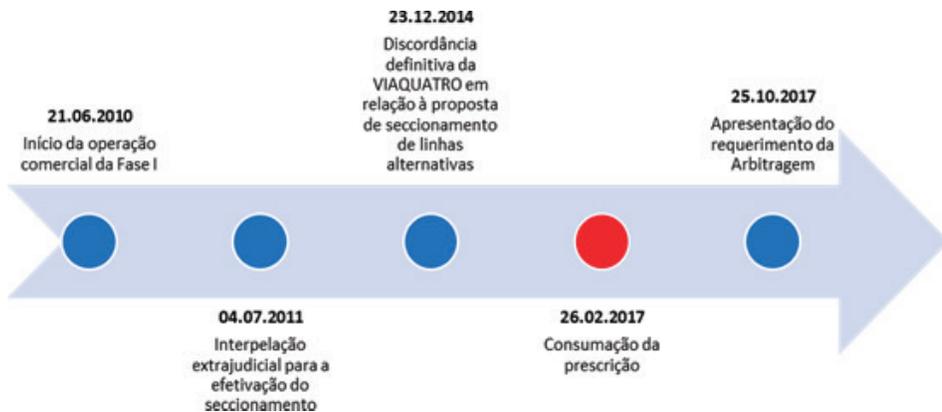
Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.

é indiscutível que tal análise não se estendeu além da data de 26 de agosto de 2014, quando foi encaminhada manifestação da EMTU em que (i) sustentou o acerto de sua decisão de seccionar linhas alternativas às consignadas no Anexo VI do Contrato, afirmando que atendia ao escopo contratual de garantir a demanda prevista à Linha 4, e (ii) opôs-se definitivamente a qualquer compensação em favor da concessionária (Comunicação Interna veiculada pelo Comunicado CMCP nº 582/2014 – Doc. R-2).

36. Como já se comentou acima, nessa manifestação a EMTU concluiu que “não há que se falar em reparação a favor da Concessionária Via 4, visto que a mesma já vem sendo beneficiada com o grupo de linhas seccionadas pela EMTU/SP, em comparação ao grupo de linhas relacionadas no Contrato”. Consignou ainda que “tal conclusão vem do comparativo entre 4.587 passageiros/dia útil que já estão utilizando a Linha 4 do Metrô, oriundos das atuais linhas da EMTU/SP seccionadas no Terminal Butantã, e 3.525 passageiros/dia útil estimados como demanda potencial das linhas previstas em Contrato”.

37. Nesse sentido, o **Requerido apresenta, para fins didáticos, a cronologia dos eventos tratados nesta arbitragem, para demonstrar a inequívoca ocorrência da prescrição:**

- **21.06.2010** – Início da fluência do prazo prescricional para exigir o seccionamento das linhas de ônibus constantes do Anexo VI do Contrato, ou a respectiva compensação pelo não seccionamento;
- **04.07.2011** – Interrupção seguida de suspensão do prazo prescricional, em virtude da interpelação extrajudicial por parte da VIAQUATRO ao ESTADO, por meio da Carta DIR 436/2011 (Doc. A-10), solicitando “a adoção das providências necessárias para o seccionamento em questão” [§4 das Alegações Iniciais da Requerente], tendo a EMTU logo em seguida iniciado os estudos para sua efetivação;
- **26.08.2014** – Retomada do curso do prazo prescricional pela metade (dois anos e meio), em virtude da conclusão da análise do pleito compensatório da VIAQUATRO pela Administração, com negativa;
- **26.02.2017** – Transcurso do prazo prescricional, com a extinção da pretensão da Requerente à compensação pela não realização do seccionamento nos exatos termos do Anexo VI do Contrato;
- **25.10.2017** – Apresentação do requerimento da Arbitragem pela VIAQUATRO.



38. Quanto à interrupção em julho de 2011, fundamenta-se na interpretação conjunta dos incisos III e V do artigo 202, do Código Civil, para fins de reconhecer a interpelação extrajudicial como causa interruptiva do prazo prescricional, ainda que não literalmente expressa na lei civil¹⁶.

39. Ainda que assim não se entenda, é de se admitir que teria havido interrupção seguida de suspensão do prazo prescricional, com fundamento no Art. 202, VI, do Código Civil cc. Art. 4º, do Decreto nº 20.910/32, em virtude do reconhecimento pela EMTU da obrigação de promover o seccionamento de linhas de ônibus afim de evitar a concorrência com a Linha 4, para o que iniciou estudos e apresentou proposta em 22 de setembro de 2011 (Correspondência CT/DP/81/2011 – EMTU, em anexo à Carta DIR 784/2011, Doc. A-10 da Requerente).

40. Após tratativas com a VIAQUATRO, a análise foi concluída em agosto de 2014 e resultou na negativa definitiva do pleito concessionário nos moldes supra descritos (§35), o que deu ensejo à retomada do curso do prazo prescricional, pela metade (Art. 9º do Decreto nº 20.910/1932)¹⁷, consumando-se em 26.02.2017.

16 Nesse sentido, por todos, a doutrina de Humberto Theodoro Júnior (*Prescrição e Decadência* (ebook). 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 157): “Se, para o novo Código, não é apenas o protesto judicial que interrompe a prescrição (pois, o protesto extrajudicial de títulos tem a mesma força), não há razão para deixar de reconhecer igual eficácia também às interpelações extrajudiciais, operadas por via do Registro de Títulos e Documentos, ou entregues pessoalmente ao obrigado, mediante recibo ou protocolo”.

17 Art. 9º. A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo.

41. Ante tal sequência fática, aplica-se ao caso o precedente do Superior Tribunal de Justiça firmado no **Recurso Especial nº 1.270.439/PR (Tema Repetitivo 529)**, o qual, em interpretação conjunta dos artigos 4º e 9º do Decreto nº 20.910/32, assentou que o prazo prescricional interrompido e suspenso, em virtude de reconhecimento administrativo do débito seguido de análise voltada a apura-lo, “volta a fluir, pela metade, quando a Administração pratica algum ato incompatível com o interesse de saldar a dívida, quando se torna inequívoca a sua mora”¹⁸.

42. Tal entendimento afigura-se como de suma importância para a preservação da higidez do instituto da prescrição, haja vista que a suspensão da prescrição por tempo indefinido de todo e qualquer pleito administrativo esvaziaria completamente a sua própria razão de ser, impedindo a estabilização das relações jurídico-administrativas com o transcurso do tempo.

43. Trata-se, com efeito, da hipótese dos autos. Por ter se configurado **negativa da Administração ao pagamento de compensação em virtude da não realização do seccionamento nos termos do Anexo VI do Contrato**, o prazo prescricional, que se encontrava suspenso, voltou a fluir pela metade em agosto de 2014, consumando-se em 26.02.2017 – antes, portanto, da apresentação do Requerimento de Arbitragem pela VIAQUATRO.

44. Pelo exposto, sob qualquer ângulo analisado, e ainda que se admita a ocorrência de interrupção e suspensão do prazo extintivo, verifica-se a prescrição da pretensão da Requerente, cujos argumentos, a despeito da combatividade dos seus nobres patronos, não podem ser acolhidos.

(d) O seccionamento não é obrigação de trato sucessivo e, ainda que fosse, está prescrito o "fundo do direito"

45. Ao contrário do que defende a Requerente, a obrigação de seccionamento não é de trato sucessivo, tampouco o sendo a de pagamento da compensação respectiva.

46. Com efeito, as obrigações de trato sucessivo são aquelas cuja causa se

18 REsp nº 1.270.439/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe 2.8.2013, §8 da Ementa.

renova periodicamente, dizendo respeito a “vantagens financeiras cujo pagamento se divide em dias, meses ou anos”¹⁹. Nessas hipóteses, conforme prevê o artigo 3º, do Decreto nº 20.910/32, “a prescrição atingirá progressivamente as prestações à medida que completaremos prazos estabelecidos pelo presente decreto”.

47. Ora, o artigo supramencionado se refere a retribuições remuneratórias a servidores públicos, ou pagamentos por prestações regulares de serviços à Administração²⁰, não havendo que se estender tal classificação a obrigações de fazer pontuais, ou mesmo a compensações voltadas a recompor um desequilíbrio econômico-financeiro operado em desfavor do contratado.

48. No que toca à obrigação de seccionamento de linhas de ônibus, do ponto de vista temporal, havia data certa e pontual para sua implementação, qual seja, a data de início da operação comercial da FASE I. Do ponto de vista do conteúdo da obrigação, percebe-se, igualmente, que não se trata de um *fazer contínuo*, característico das obrigações de trato sucessivo, mas de um *fazer pontual*: o ato de seccionar é pontual, objetivo e definitivo; não é “contínuo” e “sucessivo”.

49. A hipótese se amolda à conceituação de obrigação de execução diferida, em relação à qual os contratantes estipulam uma data no futuro em que será exigível, por isso se diferenciando tanto das obrigações de execução imediata, quanto das de trato sucessivo.

50. Ainda que se considere que os efeitos benéficos do cumprimento obrigacional para o contratado se prolonguem no tempo, dado que o seccionamento tem o condão de evitar a concorrência e a redução da demanda da Linha 4 do Metrô, tal situação não transmuda a natureza da obrigação. Afinal, uma obrigação de realizar um ato único visando evitar um dano que se prolonga no tempo não deixa de ser uma única prestação.

19 CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 20.

20 Um forte indicativo do acerto dessa interpretação é a constatação de que todos os precedentes que fundamentaram a edição da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, que consolida o regime da prescrição das obrigações de trato sucessivo em face da Administração Pública, se referem a demandas de servidores públicos. Nesse sentido, v. Revista de Súmulas do STJ, nº 6, 2009, p. 103-133, disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2009_6_capSumula85.pdf. Acesso em: 30.10.2019.

51. Doutro lado, tampouco se pode concluir que a obrigação de reparar o desequilíbrio gerado por meio do pagamento de uma compensação é uma prestação que se renova periodicamente. Como é cediço, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos pode ocorrer de diversas formas, algumas dotadas de periodicidade – como o aumento da tarifa dos usuários, ou da contraprestação pecuniária a cargo do Poder Concedente –, e outras não – é o caso do pagamento de uma compensação única e imediata, ou da prorrogação antecipada do contrato.

52. Portanto, não se pode admitir o pleito da Requerente de que a prescrição, a ser reconhecida por este Tribunal Arbitral, se limite apenas às prestações vencidas antes do quinquênio anterior a esta arbitragem, pois não é o caso de obrigação de trato sucessivo.

53. Não obstante, mesmo em relações de trato sucessivo, há situações jurídicas em que a prescrição atinge não só a pretensão relativa ao pagamento das prestações anteriores ao quinquênio prescricional, mas também o próprio direito ("prescrição do fundo de direito").

54. Tais situações ocorrem especialmente na hipótese de ter sido negado o fundo do direito reivindicado – conforme ocorreu no presente caso, dadas as seguidas negativas por parte da EMTU quanto ao direito à compensação pelo não seccionamento tempestivo -, conforme se extrai dos enunciados 443²¹ da Súmula do Supremo Tribunal Federal e (*contrario sensu*) 85²² da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

55. Sob tal ótica, ainda que se considere a obrigação como de trato sucessivo – o que se admite apenas a título argumentativo –, de rigor o reconhecimento de que ocorreu a prescrição do fundo do direito, ante a discordância da EMTU, desde 2011 (Carta EMTU CT/DP/81/2011), quanto ao direito à compensação da VIAQUATRO pelo não seccionamento tempestivo.

21 STF, Súmula 443. A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta.

22 STJ, Súmula 85. Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

IV. SUBSIDIARIAMENTE: DA APLICAÇÃO DA RETROATIVIDADE MÁXIMA DE 180 DIAS À COMPENSAÇÃO PELO NÃO SECCIONAMENTO TEMPESTIVO

56. A Requerente argumenta que sua pretensão não é um reequilíbrio para fins de contagem do prazo máximo de retroatividade previsto na Cláusula 13.5 [§48 da Réplica à Resposta do Requerido], mas que é *sim* reequilíbrio para fins de cálculo do seu montante [§82-83]. Vejamos na citação:

48. Ocorre, entretanto, que a limitação de retroatividade máxima prevista na cláusula 13.5 do Contrato de Concessão foi estabelecida exclusivamente para os pleitos de reequilíbrio, o que não é o caso em discussão nesta arbitragem.

(...)

82. Em razão desse desequilíbrio, a indenização devida pelo ESTADO deverá ser SATISFEITA mediante a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, como expressamente previsto na Cláusula 13.3.4.

83. Assim sendo, a satisfação da indenização devida pelo ESTADO deverá levar em consideração os impactos das alterações ocorridas no Contrato de Concessão sobre o PLANO DE NEGÓCIOS, pois é exatamente nesse documento que constam todas as condições da concessão, incluindo a equação econômico-financeira a ser mantida ao longo de toda a sua vigência.

57. Evidentemente, tal contradição não pode ser permitida. À Requerente não é dado "pinçar" do Contrato apenas as regras que lhe são favoráveis, afastando as demais. O regime jurídico contratual deve ser lido de forma global, assim como sua interpretação deve ser integrada ao direito positivo e aos princípios que lhe regem. Qualquer outra postura violaria a boa-fé objetiva.

58. Nesse sentido, o Contrato não permite outra interpretação senão a de que o referido prazo de retroatividade máxima se aplica, sim, à compensação, por **tratar-se de pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro**.

59. Diversos são os elementos contratuais que apontam para esta conclusão, dentre eles: (i) o seccionamento é referido no contrato como cláusula de "mitigação de riscos", portanto relacionado à matriz econômica do Contrato, que tem sua retroatividade máxima regulada pela Cláusula 13.5; (ii) assim como não há dúvidas de que o procedimento para recomposição do reequilíbrio previsto na Cláusula 13.2 se aplicaria ao caso do seccionamento, tampouco há dúvida de que o prazo da Cláusula 13.5 se lhe aplica; (iii) não há dúvida que o seccionamento se trata de uma cláusula econômica do Contrato; (iv) não há nenhuma justificativa jurídica ou econômica para se excluir a cláusula do seccionamento do alcance do prazo de retroatividade máxima da Cláusula 13.5.

60. Ademais, o pedido de compensação pelo não seccionamento tempestivo invoca os pressupostos típicos de um pleito de reequilíbrio em favor do contratado, quais sejam: i) ocorrência de um evento superveniente à assinatura do contrato; ii) impacto sobre as vantagens ou encargos originalmente previstos para o particular; e iii) alocação do risco da ocorrência do evento sob a esfera de responsabilidade do Poder Concedente²³.

61. Pertinente frisar que a própria VIAQUATRO, em confirmação a tal exegese, chegou a enquadrar o seu pleito de compensação como uma recomposição do

23 Assim entende majoritariamente a doutrina especializada. Por todos, Maurício Portugal Ribeiro, para quem "o conceito de equilíbrio econômico-financeiro de contratos presta-se a operacionalizar compensações de uma a outra parte do contrato na ocorrência de eventos que (i) configuram risco atribuído a uma parte do contrato, mas que (ii) impactem de uma perspectiva econômica e/ou financeira, a outra parte" (O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 538).

equilíbrio econômico-financeiro na Carta DIR 467/2014 (Doc. A-10), quando, ao se propor a negociar a efetivação do seccionamento, assentou que tinha “por pressuposto que o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO será implementado de forma integral” [última folha da Carta].

62. Noutra espectro, não guarda consistência lógica o jogo semântico pretendido pela Requerente, ao sustentar que o fato de haver previsão contratual no sentido de que a compensação pode ser satisfeita mediante a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não a caracterizaria, em si, como um mecanismo de reequilíbrio da equação contratual [§53 da Réplica].

63. É que a pretendida compensação, inserida em uma cláusula de mitigação do risco de demanda, nada mais é do que um pagamento direto ao concessionário com o objetivo de recompor a equação contratual afetada pela frustração da demanda, consubstanciando clássico mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro em favor do contratado. Isto é, o que a compensação busca satisfazer é justamente o interesse da concessionária em ver remediado o desequilíbrio contratual em seu prejuízo, não havendo como deixar de caracteriza-la como técnica voltada à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

64. Por derradeiro, não deve prevalecer o argumento de que o direito à compensação previsto na Cláusula 11.3.3 teria disciplina *sui generis* [§52 da Réplica], não estando submetida às normas legais cogentes que regulam o direito contratual público.

65. É dizer, ou se entende que a referida compensação é um pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro afetado pelo não seccionamento tempestivo das linhas de ônibus, o que atrai a retroatividade máxima prevista, ou se a enquadra enquanto um pleito indenizatório, sujeito à comprovação dos elementos típicos da responsabilidade civil contratual, isto é, ato ilícito, nexa causal e efetivo dano.

66. O que a VIAQUATRO pretende é caracterizar o pleito compensatório como um verdadeiro direito à indenização sem comprovação de qualquer dano, o que não se pode admitir. Tal interpretação da Cláusula 11.3.3, com efeito, a tornaria ilegal, haja vista a natureza de ordem pública dos preceitos que regulamentam a responsabilidade civil no ordenamento jurídico, especialmente os artigos 927 e 944 do Código

Civil²⁴, que vinculam o dever de indenizar à comprovação da ocorrência e extensão do dano causado.

67. Nestes termos, tanto pela sua função jurídico-contratual como pela sua função econômica, não há dúvida sobre o enquadramento da compensação prevista na Cláusula 11.3.3 como mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, estando o pedido apresentado nesta arbitragem, nela fundamentado, sujeito ao prazo de retroatividade máxima de 180 dias previsto na Cláusula 13.5.

68. Assim, de forma subsidiária, caso o Tribunal Arbitral não reconheça a prescrição extintiva e, no mérito, entenda devida a compensação, o ESTADO pugna pela aplicação da retroatividade máxima de 180 dias a partir da data do pleito.

69. De se consignar, por fim, que o pedido a ser considerado para fins da aplicação da retroatividade é o presente Requerimento de Arbitragem, pois em todas as comunicações anteriores da VIAQUATRO ao ESTADO não foram respeitados os requisitos formais do pedido de reequilíbrio constantes da Cláusula 13.2 do Contrato, não se configurando pleito formal neste sentido.

70. Quanto a esse aspecto, não deve prevalecer o argumento da Requerente de que seria "inviável" o protocolo do seu requerimento administrativo [§55 da Réplica]. Primeiro porque o Contrato não condiciona o referido pleito administrativo ao fornecimento de dado exato pelo Poder Concedente. Segundo porque a retroatividade máxima prevista na Cláusula 13.5 tem por função justamente evitar que o concessionário, pela inação, permita que dívidas de reequilíbrio em seu favor fiquem se cumulando por anos a fio, resultando em um débito astronômico ao Poder Concedente, o que caracteriza exatamente a situação posta nos autos. Impõe-se, portanto, dar efetividade a esta previsão contratual, visando reforçar o devido incentivo para que os contratados busquem rapidamente solução a eventuais desequilíbrios que ocorram ao longo do contrato, evitando maiores perdas ao erário público.

24 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

V. CONCLUSÃO

71. Pelo exposto, no que tange às questões prejudiciais ao mérito do presente Requerimento de Arbitragem, o Requerido requer **o reconhecimento pelo Tribunal Arbitral da prescrição extintiva da pretensão da Requerente** à compensação pelo não seccionamento tempestivo das linhas de ônibus constantes do Anexo VI do Contrato, com a extinção do presente procedimento arbitral mediante definição do mérito, *tendo em vista que:*

(a) **O prazo prescricional quinquenal começou a fluir no dia 21.06.2010**, quando iniciada a operação comercial da Fase I, tendo se consumado em 21.06.2015;

(b) **Não houve reconhecimento pelo Poder Concedente** do pedido compensatório objeto desta arbitragem, tampouco renúncia ao prazo prescricional;

(c) **Ainda que se entenda ter havido interrupção seguida de suspensão do prazo prescricional, este se consumou em 26.02.2017**, antes, portanto, da apresentação do requerimento da Arbitragem pela VIAQUATRO; e

(d) **A obrigação objeto do presente Requerimento de Arbitragem não é de trato sucessivo**, não havendo que se falar em prescrição apenas das parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à arbitragem; ainda que o fosse – o que se admite apenas a título argumentativo –, houve prescrição do fundo do direito, ante sua negativa expressa.

72. De forma *subsidiária*, caso não se concorde com a prescrição extintiva, requer **o reconhecimento de que o pleito se enquadra como reequilíbrio econômico-financeiro e está sujeito à retroatividade máxima de 180 dias da data de sua formalização (Cláusula 13.5 do Contrato)**, qual seja, a data da apresentação do presente Requerimento de Arbitragem.

73. Por fim, na remota hipótese em que não se acolha nenhum dos pleitos

acima formulados e se julgue pela procedência do pedido de reequilíbrio em favor da Requerente, requer que se reconheça a prescrição das prestações vencidas antes do quinquênio anterior a esta arbitragem, em aplicação ao Art. 3º do Decreto nº 20.910/32 e conforme requerido pela própria VIAQUATRO em sede de Réplica [§46].

74. Caso o Tribunal Arbitral deixe de acolher as preliminares e objeções de mérito arguidas, o ESTADO protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente a pericial, de modo que seja oportunizada às Partes o devido contraditório, mediante a assistência de técnicos especializados.

Pede deferimento.

São Paulo, 1º de novembro de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES JUNQUEIRA

Procurador do Estado
OAB/SP 286.447

IAGO OLIVEIRA FERREIRA

Procurador do Estado
OAB/SP 430.336

Lista consolidada de anexos

Nº	Conteúdo
R-1	Informação Técnica-DO-GLI-DPL-311-2017 (EMTU)
R-2	Comunicado CMCP nº 582/2014
R-3	Comunicado CMCP nº 001/2017

Lista consolidada das fontes doutrinárias

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1: teoria geral do direito civil. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Thiago Marinho. **Arbitragem e prescrição**. São Paulo: Atlas, 2014.

PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e Decadência (ebook)**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VERÇOSA, Fabiane. **A aplicação errônea do direito pelo árbitro: uma análise à luz do direito brasileiro e estrangeiro**. Curitiba: CRV, 2015.

WALD, Arnaldo; ARMELIN, Donaldo. Prescrição e arbitragem. In: CIANCI, Mirna (Coord.). **Prescrição no código civil: uma análise interdisciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Lista consolidada da jurisprudência utilizada

- (i) Superior Tribunal de Justiça (REsp 53.323/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 19.8.1996).
- (ii) Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.270.439/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe 2.8.2013).
- (iii) Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.250.583/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJe 27.5.2016).

SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL

PROCESSO ARBITRAL CCI N. 23033-JPA-GSS

REQUERENTE: Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S.A.

REQUERIDO: Estado de São Paulo

ÁRBITROS:

RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI – Presidente

SUMÁRIO

- I - IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES
- II - REPRESENTANTES DAS PARTES
- III - TRIBUNAL ARBITRAL
- IV - CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS
- V - LOCAL DA ARBITRAGEM
- VI - REGRAS DO PROCEDIMENTO E DIREITO MATERIAL APLICÁVEL
- VII - CONTORNOS DO CONFLITO TRAZIDO À SOLUÇÃO ARBITRAL
- VIII - SÍNTESE DAS VICISSITUDES DO PROCESSO ARBITRAL RELEVANTES PARA A PRESENTE SENTENÇA PARCIAL
- IX - EXAME DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS DE MÉRITO
 - IX.1. Prescrição
 - IX.2. Retroação do pedido de reequilíbrio
- X - DISPOSITIVO

I – IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES

1. A Requerente no presente processo arbitral é a **CONCESSIONÁRIA DA LINHA 4 DO METRÔ DE SÃO PAULO S.A.**, sociedade empresária, inscrita no CNPJ sob n. ***, sediada à Rua ***, CEP: ***, São Paulo, SP, Brasil, doravante designada apenas **Requerente**.

2. O Requerido no presente processo arbitral é o **ESTADO DE SÃO PAULO**, pessoa jurídica de direito público interno, inscrita no CNPJ sob o nº 46.379.400/0001-50, sediada à Avenida Morumbi, n 4.500, Morumbi, CEP 05650-000, São Paulo, SP, Brasil, representado pela **SECRETARIA DOS TRANSPORTES METROPOLITANOS DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com endereço na Rua Boa Vista, n. 175, Centro, CEP 01014-000, São Paulo, SP, Brasil, doravante designado **Requerido**.

II – REPRESENTANTES DAS PARTES

3. A **Requerente** é representada por seus bastantes procuradores, as Dras. e os Drs. ***.

4. O **Requerido** é representado, nos termos do art. 132 da Constituição da República Federativa do Brasil, do art. 98 da Constituição do Estado de São Paulo e do art. 23, IV, da Lei Complementar do Estado de São Paulo n. 1.270, de 25.08.2015, pelas Dras. e pelos Drs. **Frederico José Fernandes de Athayde**, Subprocurador-Geral do Estado; **Eugenia Cristina Cleto Marolla**, Subprocuradora-Geral do Estado; **Fábio Tribold Gastaldo**, Subprocurador-Geral do Estado Adjunto; **Ana Lúcia C. Freire Pires de O. Dias**, Procuradora do Estado; **André Rodrigues Junqueira**, Procurador do Estado; **Bruno Lopes Megna**, Procurador do Estado; **Claudio Henrique Ribeiro Dias**, Procurador do Estado, todos vinculados à **ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com endereço à Rua Pamplona, nº 227, 7º andar, CEP 01405-902, em São Paulo, Estado de São Paulo, Brasil. E-mails: ***

III – TRIBUNAL ARBITRAL

5. O Tribunal Arbitral é constituído por:

a. **Ricardo de Carvalho Aprigliano**, na qualidade de coárbitro conforme designação da Requerente, ***.

b. **Cleveland Prates Teixeira**, na qualidade de coárbitro conforme designação do Requerido, ***.

c. **José Rogério Cruz e Tucci**, na qualidade de Presidente do Tribunal Arbitral, indicado conjuntamente pelos coárbitros nomeados pelas Partes ***.

IV – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

6. O fundamento para instituição deste processo arbitral está na cláusula 35^a do Contrato de Concessão n^o 4232524201, celebrado entre Requerido e Reque-rente, com a seguinte redação:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA – MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E ELEIÇÃO DE FORO

(...)

Solução de Divergências por Arbitragem

35.11. Eventuais divergências entre as partes, relativamente às matérias abaixo re-lacionadas, que não tenham sido solucionadas amigavelmente pelo procedimento de mediação, serão obrigatoriamente dirimidas por meio de arbitragem, na forma da Lei n^o 9.307/96:

- reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recom-posição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no CONTRATO;
- implantação e funcionamento do SISTEMA DE ARRECADAÇÃO CENTRALIZADA, bem como a repartição de arrecadação;
- reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual do PODER CON-CEDENTE ou das partes intervenientes e anuentes;
- cálculo e aplicação do reajuste tarifário previsto no CONTRATO;
- acionamento dos mecanismos de garantia estipulados no CONTRATO;
- definição do número de trens de deverão ser adquiridos pela CONCESSIO-NÁRIA para operação da FASE II, tendo em vista o resultado dos ESTUDIOS DE REPROJEÇÃO DE DEMANDA;
- aplicação dos mecanismos de mitigação de riscos previstos na Cláusula Dé-cima Primeira;
- valor da indenização no caso de extinção da CONCESSÃO;
- inconformismo de qualquer das partes com a decisão do Comitê de Media-ção nas hipóteses previstas no item 20.5.3 da Cláusula Vigésima; e

- qualquer divergência entre as partes quanto aos termos do Programa de Desmobilização previsto no item 23.2 da Cláusula Vigésima Terceira.

35.12. O PODER CONCEDENTE a CONCESSIONARIA poderão, de comum acordo, submeter ainda à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do CONTRATO, delimitando claramente o seu objeto no compromisso arbitral.

35.13. A arbitragem será instaurada e administrada pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), conforme as regras de seu Regulamento, devendo ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, e aplicar o direito brasileiro.

35.14. Sem prejuízo da propositura da ação de execução específica prevista no artigo 7º da Lei nº 9.3074/96, a parte que recusar a assinatura do compromisso arbitral, após devidamente intimada, incorrerá também na multa cominatória no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de atraso, até que cumpra efetivamente a obrigação.

A multa cominatória ficará sujeita a reajuste periódico, na mesma data e pelo mesmo índice aplicável à TARIFA DE REMUNERAÇÃO.

35.15. O Tribunal Arbitral será composto por 3 (três) membros titulares e 3 (três) suplentes, cabendo a cada parte indicar um titular e um suplente. O terceiro árbitro e seu suplente serão escolhidos de comum acordo pelos dois titulares indicados pelas partes, devendo ter experiência mínima de 10 (dez) anos e registro profissional no Brasil na especialidade objeto de controvérsia. A presidência do Tribunal Arbitral caberá ao terceiro árbitro.

35.16. Não havendo consenso entre os membros titulares escolhidos por cada parte, o Terceiro árbitro e seu suplente serão indicados pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), observados os requisitos do item anterior.

35.16.1. A parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todos os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.

35.17. Caso seja necessária a obtenção de medidas coercitivas ou de urgência antes da constituição do Tribunal Arbitral, ou mesmo durante o procedimento amigável de solução de divergências, as partes poderão requerê-las diretamente ao Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do Tribunal Arbitral, deverão ser solicitadas nos termos do artigo 22, §4º da Lei 9.307/96.

35.18. Será competente o Foro Central da Comarca do Estado de São Paulo para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem nos termos do CONTRATO, assim como para apreciar as medidas judiciais previstas no item anterior ou a ação de execução específica prevista no artigo 7º da Lei nº 9.307/96.

35.19. As decisões do painel de arbitragem serão definitivas para o impasse e vincularão as partes.

V – LOCAL DA ARBITRAGEM

7. O local desta arbitragem é a cidade de São Paulo, Estado de São Paulo.

VI – REGRAS DO PROCEDIMENTO E DIREITO MATERIAL APLICÁVEL

8. Ainda de acordo com a Convenção de Arbitragem supratranscrita e a Ata de Missão, aplicam-se as regras procedimentais previstas no Regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (versão 2017), ao passo que à presente sentença aplica as regras de direito material da República Federativa do Brasil.

VII – CONTORNOS DO CONFLITO TRAZIDO À SOLUÇÃO ARBITRAL

9. Por meio do Contrato de Concessão n. 4232524201, o Requerido outorgou ao **Requerente** a operação e manutenção da Linha 4-Amarela do Metrô de São Paulo, da Estação da Luz até Taboão da Serra, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) anos contados a partir do início da operação comercial da “Fase I”, ou seja, das estações Butantã, Pinheiros, Faria Lima, Paulista, República e Luz, bem como do Pátio de Manutenção de Vila Sônia.

10. Visando a mitigar riscos do **Requerido** com a perda de passageiros da linha de metrô concedida para linhas de ônibus intermunicipais operadas pela Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A - EMTU, a cláusula 11.3.1 do **Contrato** previa que: “O PODER CONCEDENTE fará o seccionamento das linhas de ônibus intermunicipais gerenciadas pela EMTU relacionadas no Anexo VI, de forma a evitar a concorrência com a LINHA 4 - AMARELA”.

11. As Partes controvertem sobre o momento em que se deu o início da operação da Fase I. A **Requerente** afirma que tal fato ocorreu em 17.10.2011, ao passo que o **Requerido** sustenta que a data correta é 21.06.2010.

12. É incontroverso que o **Requerido** deixou de promover o seccionamento de todas as linhas de ônibus relacionadas no Anexo VI por vários anos, após o início da operação comercial da linha de metrô objeto do Contrato. Com efeito, em resposta à notificação enviada pela **Requerente**, o **Requerido** lhe encaminhou o Ofício GS/STM n. 205/2017, no qual se afirmava que duas das sete linhas objeto da notificação já haviam sido canceladas e que as demais eram objeto de análise (doc. AU-12). Apenas em 15.09.2017, o **Requerido** comunicou a **Requerente** que o seccionamen-

to das linhas remanescentes seria realizado em 16.09.2017 (Comunicado CMCP n. 820/2017 – doc. **AU-16**), o que foi efetivamente feito.

13. Nesse quadro, a cláusula 11.3.3 do **Contrato** previa o direito da **Requerente** em receber compensação “pela frustração de demanda daí decorrente na LINHA 4 - AMARELA, no montante equivalente ao resultado da multiplicação do número de passageiros transportados na linha de ônibus intermunicipal da EMTU não seccionada, pela TARIFA DE REMUNERAÇÃO”.

14. Já a cláusula 11.3.4 do Contrato impunha que a responsabilidade por essa compensação seria assumida solidariamente pelo Requerido e pela EMTU. Ademais, o dispositivo dispõe que referida compensação “poderá” ser feita “mediante a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO”.

VIII – SÍNTESE DAS VICISSITUDES DO PROCESSO ARBITRAL

15. Em 18.08.2017, a **Requerente** pediu a instauração de arbitragem, postulando que fossem ao final impostas ao **Requerido** as seguintes obrigações: (a) “imediate seccionamento das linhas de ônibus intermunicipais designadas no Anexo VI do Contrato”; (b) pagar “indenização mediante o reequilíbrio da equação econômico-financeira afetada pela perda de receita não compensada na forma estabelecida na cláusula 11.3.3” do Contrato; e (c) reembolso por despesas incorridas no processo arbitral, incluídos honorários advocatícios.

16. Em 18.08.2017, a **Requerente** protocolizou seu Requerimento de Arbitragem perante a Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, designando Ricardo de Carvalho Aprigliano para atuar como coárbitro e se reservou o direito de indicar o árbitro suplente se e quando necessário.

17. Em 24.08.2017, a Secretaria da Câmara atribuiu à arbitragem a referência “23033/JPA”.

18. Em 11.09.2017, a Secretaria da Câmara encaminhou ao **Requerido** o Requerimento de Arbitragem e o convidou a apresentar Resposta e seus comentários sobre a composição do Tribunal Arbitral. Ainda, destacou que o valor da disputa não foi quantificado pela **Requerente** e solicitou que esta apresentasse uma estimativa do valor monetário das demandas não quantificadas.

19. Em 18.09.2017, a **Requerente** manifestou-se sobre a quantificação do valor em disputa, informando não possuir as informações necessárias para apre-

sentação de qualquer estimativa do valor envolvido nas demandas não quantificadas no momento.

20. Em 20.09.2017, à luz de revelação apresentada na Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência do coárbitro designado pela **Requerente**, Ricardo de Carvalho Aprigliano, a Secretaria da Câmara concedeu às Partes prazo de até o dia 27.09.2017 (artigo 11(2) do Regulamento) para sobre ela se manifestar.

21. Em 26.09.2017, a Secretaria da Câmara encaminhou ao Requerido a manifestação da Requerente, de 18.09.2017, na qual indicou que não é possível quantificar o valor das demandas e informou que o Secretário-Geral da CCI, no exercício de seu poder discricionário, fixou um adiantamento da provisão para cobrir os custos da arbitragem até a definição desta Ata de Missão (artigo 37(1) e artigo 1(2) do Apêndice III). Ainda nesta data, o Requerido manifestou-se sobre a revelação na Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência apresentada por Ricardo de Carvalho Aprigliano e solicitou esclarecimentos adicionais.

22. Em 01.10.2017, o **Requerido** apresentou a Resposta ao Requerimento de Arbitragem e alegou a inarbitrabilidade, a princípio, da controvérsia trazida pela Requerente em razão da indisponibilidade dos direitos em questão. Concordou, ainda, que a lei aplicável à disputa seja a legislação brasileira, a sede seja a Cidade de São Paulo e que o procedimento seja conduzido em língua portuguesa. O **Requerido** sugeriu também que o princípio da publicidade deve ser respeitado e a seleção do Árbitro-Presidente deve ser dada a partir de lista formulada pelos coárbitros e entregue às Partes, as quais, no mesmo prazo, indicarão os nomes para exclusão da lista, cabendo aos coárbitros, então, dentre os nomes restantes da lista, escolher 1(um) para ser o Presidente do Tribunal Arbitral. O **Requerido**, ainda, designou Cleveland Prates Teixeira para atuar como coárbitro.

23. Em 11.10.2017, a **Requerente** concordou com o procedimento sugerido pelo Requerido para a seleção do Presidente do Tribunal Arbitral e sugeriu, ainda, que (i) os coárbitros devem apresentar uma lista de 4 (quatro) nomes para o cargo de Presidente do tribunal Arbitral à Secretaria da Câmara; (ii) as Partes devem excluir 2 (dois) nomes da lista preparada pelo coárbitro indicado pela outra Parte, sem necessidade de justificativa; (iii) a Secretaria da Câmara deve elaborar uma lista com os 4 (quatro) nomes restantes; (iv) as Partes devem enviar à Secretaria da Câmara a ordem de preferência em relação aos 4 (quatro) nomes para Presidente do Tribunal

Arbitral; (v) o nome que receber a maior pontuação da adição dos valores atribuídos pelas Partes deverá ser escolhido para Presidente do Tribunal Arbitral; (vi) em caso de empate, as Partes devem chegar a um acordo; (vii) na ausência de consenso, os coárbitros serão chamados para selecionar o Presidente do Tribunal Arbitral dentre os nomes com maior pontuação; e (viii) na hipótese de não haver consenso entre os coárbitros, o Presidente do Tribunal Arbitral será designado pela Corte Internacional de Arbitragem da CCI.

24. Em 17.10.2017, a Secretaria da Câmara acusou o recebimento da Resposta ao Requerimento de Arbitragem e solicitou esclarecimentos ao Requerido referente à garantia da aplicação do princípio da publicidade.

25. Em 18.10.2017, o Requerido afirmou que por se tratar de caso que envolve ente da Administração Pública Brasileira, em regra, a arbitragem não será sigilosa, ressalvando-se as hipóteses previstas nas leis brasileiras em vigor.

26. Em 23.10.2017, a Requerente manifestou-se sobre a constituição do Tribunal Arbitral e a publicidade do processamento da arbitragem. A Requerente reiterou que não se opõe ao procedimento sugerido pelo Requerido para seleção do Presidente do Tribunal Arbitral e afirmou que não há informações suficientes para que possa se manifestar sobre a publicidade da arbitragem. Por fim, solicitou esclarecimentos da Secretaria da Câmara no tocante à publicidade do processamento da arbitragem, conforme solicitado pelo Requerido. Na mesma data, a Secretaria da Câmara encaminhou correspondência informando às Partes que, em razão da proposta da Requerente, que foi aceita pelo Requerido, o procedimento foi transferido para o escritório da CCI de São Paulo e passou a ser registrado como “23033/JPA/GSS” e novo adiantamento da provisão foi fixado pelo Secretário-Geral da CCI.

27. Em 26.10.2017, a Secretaria da Câmara confirmou que a Requerente não se opôs ao procedimento sugerido pelo Requerido para a seleção do Presidente do Tribunal Arbitral e convidou o Requerido a apresentar seus comentários às sugestões adicionais da Requerente referentes ao procedimento para a seleção do Presidente do Tribunal Arbitral. Ainda nesta data, por correio eletrônico, o Requerido concordou com as sugestões apresentadas pela Requerente para seleção do Presidente do Tribunal Arbitral.

28. Em 10.11.2017, a Secretaria da Câmara informou que, apesar do prazo concedido, o Requerido não esclareceu de que forma a aplicação do princípio da

publicidade deverá ser garantida. Assim, considerando que as Partes não chegaram a um acordo sobre a publicidade do processamento da arbitragem, a Secretaria da Câmara determinou que a questão deverá ser tratada pelo Tribunal Arbitral. Ainda nesta data, à luz de revelação apresentada por Cleveland Prates Teixeira, a Secretaria da Câmara concedeu às Partes prazo até o dia 17.11.2017 (artigo 11(2) do Regulamento) para sobre ela se manifestar.

29. Em 17.11.2017, a Requerente manifestou-se sobre a revelação na Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência do candidato a coárbitro designado pelo Requerido, Cleveland Prates Teixeira, e solicitou esclarecimentos adicionais.

30. Em 23.11.2017, a Secretaria da Câmara informou que a Corte fixou com base em um valor em disputa não quantificado e 3 (três) árbitros a provisão para os custos da arbitragem em R\$ 590.000,00 (quinhentos e noventa mil reais), sujeito a futuros reajustes (artigo 37(2) do Regulamento).

31. Em 08.12.2017, a Secretaria da Câmara informou (artigo 13(2) do Regulamento) que em 07.12.2017 o Secretário-Geral da CCI confirmou Ricardo de Carvalho Aprigliano, na qualidade de coárbitro, conforme designação da Requerente, e Cleveland Prates Teixeira, na qualidade de coárbitro, conforme designação do Requerido, concedendo-lhes o prazo de 26.12.2017 para apresentar a lista de 4 (quatro) nomes para o cargo de Presidente do Tribunal Arbitral.

32. Em correio eletrônico de 26.12.2017, o coárbitro Cleveland Prates Teixeira apresentou a lista de nomes para o cargo de Presidente do Tribunal Arbitral.

33. Em correio eletrônico de 27.12.2017, o coárbitro Ricardo de Carvalho Aprigliano informou a lista de nomes para o cargo de Presidente do Tribunal Arbitral. Nesta mesma data, a Secretaria da Câmara confirmou o recebimento das listas de nomes para o cargo de Presidente do Tribunal Arbitral enviadas pelos coárbitros.

34. Em correios eletrônicos de 02.01.2018, as Partes informaram a exclusão de 2 (dois) nomes das listas apresentadas pelos coárbitros, em cumprimento do procedimento para designação do Presidente do Tribunal Arbitral. Ainda nesta data, a Secretaria da Câmara confirmou o recebimento das manifestações das Partes referentes ao procedimento para designação do Presidente do Tribunal Arbitral, informou a lista dos 4 (quatro) nomes restantes, em ordem alfabética, e solicitou

que as Partes informassem as suas ordens de preferência em relação aos nomes indicados para exercício da presidência do Tribunal Arbitral.

35. Em 12.01.2018, as Partes apresentaram as suas ordens de preferência em relação aos nomes para escolha do Presidente do Tribunal Arbitral. Ainda nesta data, a Secretaria da Câmara confirmou o recebimento das manifestações das Partes e, em razão de empate na somatória das notas atribuídas às sugestões para o cargo de Presidente do Tribunal Arbitral, informou o prazo até o dia 19.01.2018 para as Partes chegarem a um consenso sobre a nomeação do Presidente do Tribunal Arbitral. O prazo foi prorrogado a pedido das Partes.

36. Em 23.01.2018, as Partes informaram que resolveram, de comum acordo, designar Calixto Salomão Filho para presidir o Tribunal Arbitral. Na mesma data, a Secretaria da Câmara acusou o recebimento das manifestações das Partes e encaminhou a Calixto Salomão Filho a designação como Presidente do Tribunal Arbitral.

37. Em 30.01.2018, à luz de revelação apresentada por Calixto Salomão Filho, a Secretaria da Câmara concedeu às Partes prazo de até o dia 6.02.2018 (artigo 11(2) do Regulamento) para sobre ela se manifestar. As Partes não apresentaram objeções.

38. Em 09.02.2018, o Secretário-Geral da CCI confirmou Calixto Salomão Filho como Presidente do Tribunal Arbitral, transmitindo os autos do Tribunal Arbitral (artigo 16 do Regulamento), uma vez que o adiantamento da provisão foi integralmente pago pela Requerente.

39. Em 27.02.2018, o Árbitro Presidente informou às Partes a intenção do Tribunal Arbitral de nomear Lílian M. Monteiro Cintra de Melo para atuar como Secretária Administrativa, convidando as Partes a se manifestarem até 02.03.2018. As Partes concordaram com a nomeação. Ainda, em 27.02.2018, o Tribunal Arbitral remeteu às Partes as minutas de Ata de Missão e de Cronograma Provisório, convidando-as a apresentar suas respectivas inserções até 5.03.2018 e agendando, nos termos do Artigo 24 do Regulamento, a reunião para discussão sobre a condução e cronograma do procedimento e assinaturas da Ata de Missão em 07.03.2018.

40. O item 7.2.8 da Ata de Missão sintetizou os pedidos da Requerente, isto é:

7.2.8.1. realizar o imediato seccionamento das linhas de ôni-

bus intermunicipais expressamente designadas no Anexo VI do Contrato de Concessão, para cumprimento das obrigações previstas nas Cláusulas 11.3.1 c/c 11.3.2 do Contrato de Concessão, visto que a obrigação de reequilíbrio contratual não tem natureza compensatória, mas medida paliativa até que se cumpra o comando contratual de seccionamento;

7.2.8.2. realizar imediatamente o pagamento da indenização mediante o reequilíbrio da equação econômico-financeira afetada pela perda de receita não compensada na forma estabelecida na cláusula 11.3.3, decorrente do não seccionamento das linhas de ônibus relacionadas no Anexo VI do Contrato de Concessão, desde o início da operação comercial da Fase I, em 17.10.2011, até a data do efetivo seccionamento, em montante a ser apurado por profissional a ser designado pelo E. Tribunal Arbitral no curso da arbitragem e efetivada com base nos documentos que comprovem o número de passageiros transportados diariamente a serem fornecidos pelo Requerido nos termos do pedido formulado na alínea “b” acima, sendo certo que o cálculo da indenização, cujo pagamento será realizado para fins de reequilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão, deverá aplicar a regra contratual, a saber, a TIR do Projeto de 15,13% a.a e os índices de correção contratualmente estabelecidos (50% IGP-M/FGV e 50% IPC/FIPE-USP); e

7.2.8.3. reembolsar a Requerente por todas as despesas e custas da arbitragem, incluindo-se honorários advocatícios.

41. O cronograma provisório fixado na Ata de Missão previa apenas os atos postulatórios atinentes às questões preliminares, isto é, manifestação do Requerido (em 16.04.2018), Resposta do Requerente (em 16.05.2018), Réplica do Requerido (em 04.06.2018) e Tréplica do Requerente (em 18.06.2018). A Ata de Missão e o cronograma provisório do procedimento foram transmitidos à Corte em sua sessão de 15.03.2018.

42. Já se vislumbrava que o pedido de seccionamento das linhas de ônibus havia perdido seu objeto, haja vista que o Requerido o havia realizado, ainda que tardiamente (Comunicado CMCP n. 820/2017 de 15.09.2017 – doc. AU- 16), o que foi efetivamente feito.

43. Contudo, a Requerente entendia que o seccionamento tardio, realizado após o pedido de instauração do presente processo arbitral, representaria reconhecimento da procedência do primeiro pedido formulado na Ata de Missão, ao passo que o

Requerido negava a ocorrência de tal circunstância.

44. A Ordem Processual n. 1 oportunizou às Partes se manifestarem se estariam de acordo com a simples exclusão do primeiro pedido do objeto do processo arbitral, com o que a Requerente, por petição datada de 04.06.2018, concordou.

45. Assim, o processo arbitral prosseguiu quanto aos demais pedidos formulados na Ata de Missão, quais sejam:

7.2.8.2. realizar imediatamente o pagamento da indenização mediante o reequilíbrio da equação econômico-financeira afetada pela perda de receita não compensada na forma estabelecida na cláusula 11.3.3, decorrente do não seccionamento das linhas de ônibus relacionadas no Anexo VI do Contrato de Concessão, desde o início da operação comercial da Fase I, em 17.10.2011, até a data do efetivo seccionamento, em montante a ser apurado por profissional a ser designado pelo E. Tribunal Arbitral no curso da arbitragem e efetivada com base nos documentos que comprovem o número de passageiros transportados diariamente a serem fornecidos pelo Requerido nos termos do pedido formulado na alínea “b” acima, sendo certo que o cálculo da indenização, cujo pagamento será realizado para fins de reequilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão, deverá aplicar a regra contratual, a saber, a TIR do Projeto de 15,13% a.a e os índices de correção contratualmente estabelecidos (50% IGP-M/FGV e 50% IPC/FIPE-USP); e

7.2.8.3. reembolsar a Requerente por todas as despesas e custas da arbitragem, incluindo-se honorários advocatícios.

46. Em função disso, a Ordem Processual n. 2 de 23.06.2018 fixou novo cronograma, oportunizando à Requerente apresentar Alegações Iniciais (06.08.2018), ao Requerido Resposta (em 05.10.2018), Réplica do Requerente (24.10.2018), Tréplica do Requerido (14.11.2018) e para ambas as partes a indicação de pontos controvertidos (05.12.2018).

47. As Alegações Iniciais da Requerente centraram-se exclusivamente nos pedidos de condenação pecuniária remanescentes, insistindo na necessidade de o Requerido apresentar informações quanto ao número de passageiros transportados pela EMTU nas linhas de ônibus referidas no indigitado Anexo VI do Contrato e apresentando os critérios jurídicos e financeiros necessários a se promover à compensação por meio do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

48. Em Resposta às Alegações Iniciais, o Requerido suscitou duas questões prejudiciais de mérito.

49. Primeiramente, arguiu a prescrição extintiva da pretensão da Requerente. Para tanto, o Requerido afirmou que a obrigação de promover o seccionamento das linhas de ônibus tornou-se exigível com o início da operação da linha de metrô concedida (em 21.06.2010) e, em face do seu descumprimento, surgiu a pretensão à compensação financeira por parte da Requerente. Assim, transcorrido o prazo quinquenal previsto no art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/1932, restou fulminada a pretensão reparatória. O Requerido alega que a obrigação de seccionamento não é de trato sucessivo e que, mesmo que o fosse, teria ocorrido a negativa do “fundo do direito”, ou seja, a negativa do próprio direito a prestações sucessivas, por meio da Carta da EMTU n. CT/DP/21/2011, de 22.09.2011 (doc. AU-10). Para dar suporte a essa tese, invoca o Requerido os verbetes n. 443 da súmula do Supremo Tribunal Federal e n. 85 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

50. Em caráter subsidiário, afirmou o Requerido a necessidade de se considerar a retroatividade máxima de 180 dias para o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, na forma de sua cláusula 13.5. Tal argumentação conecta-se à tese de que a Requerente não teria observado o procedimento administrativo previsto na mesma cláusula décima terceira do Contrato para requerimento da recomposição econômico-financeira do contrato.

51. A Requerente refutou essas questões prejudiciais em Réplica, afirmando: (a) que o início da operação comercial plena da Fase I, com as 6 estações previstas para essa fase em operação, ocorreu em 17.10.2011; (b) O Requerido deixou de considerar que a elaboração dos estudos pela EMTU e as tratativas em curso na via administrativa suspendeu o decurso do prazo prescricional, conforme expressa previsão no artigo 4º do Decreto nº 20.910/1932, e (c) a Carta da EMTU N. CT/DP/21/2011 não configura negativa do ESTADO ao direito de seccionamento.

52. Houve ainda Tréplica e manifestação quanto aos pontos controvertidos e especificação de provas nos prazos fixados pela Ordem Processual N. 2.

53. Em 11.01.2019, houve comunicação de renúncia ao posto de Secretária do Tribunal Arbitral por parte da Dra. Lílian Cintra de Melo que, ademais, fora contratada pelo escritório que patrocina os interesses do Requerente.

54. Comunicadas as partes, o Requerido formulou pedido de esclarecimentos a respeito da questão em 12.02.2019, respondido pelo Tribunal Arbitral.

tral em 18.02.2019.

55. Após tratativas das partes, o Presidente do Tribunal Arbitral originalmente nomeado, Dr. Calixto Salomão Filho, endereçou sua renúncia, aprovada pela Corte em 10.04.2019.

56. Seguiu-se, então, procedimento destinado à nomeação de novo Presidente do Tribunal Arbitral, seguindo-se a apresentação de novos nomes pelos coárbitros em 30.04.2019.

57. Por meio de petições datadas de 13.05.2019, as Partes manifestaram a escolha do Dr. José Rogério Cruz e Tucci que aceitou o encargo e cumpriu o dever de revelação. Em 28.05.2019, o Secretário-Geral da CCI confirmou sua designação.

58. A Ordem Processual n. 3 de determinou que as Partes se manifestassem se concordariam com o julgamento imediato das duas questões prejudiciais arguidas pelo Requerido na Resposta às Alegações Iniciais. O Requerente refutou tal possibilidade, ao passo que o Requerido com ela concordou.

59. A Ordem Processual n. 4 postergou o exame da matéria e designou audiência para o dia 15.10.2019, oportunidade em que o Tribunal Arbitral optou por apreciar as questões prejudiciais ao mérito da demanda antecipadamente. Diante da desnecessidade de instrução probatória a respeito, a Ordem Processual n. 5 determinou que o procedimento com relação a essas questões preliminares se encerraria, oportunizando-se que ambas apresentassem Alegações Finais Parciais a respeito.

60. Ambas as Partes apresentaram suas Alegações Finais Parciais em 01.11.2019, reiterando suas teses anteriormente apresentadas. A instrução foi declarada encerrada quanto aos pontos preliminares em 04.11.2019. Em 17.12.2019, o Tribunal Arbitral apresentou a minuta da Sentença Arbitral Parcial para aprovação da Corte.

IX – EXAME DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS DE MÉRITO

IX.1. Prescrição

61. Para enfrentar as questões prejudiciais de mérito, é preciso assentar como

premissa que a obrigação de seccionamento das linhas de ônibus assume características semelhantes de “trato sucessivo”, pois seu descumprimento se protraí no tempo e gera periodicamente pretensões distintas.

62. Em realidade, toda a equação financeira de uma Concessão é construída pressupondo que o equilíbrio ocorra ao longo do tempo, por meio de despesas planejadas e realizadas, de um lado, e receitas auferidas, de outra. Como a obrigação definida na cláusula 13.1.1 do Contrato tinha por objetivo adicionar uma nova receita a cada novo período de tempo, o seu descumprimento pode implicar um desequilíbrio do Contrato que ocorre gradativamente ao longo do tempo.

63. Assim, cada viagem realizada por um ônibus cuja linha deveria ter sido seccionada e não o foi pode ter representado uma violação do direito do Requerente, fazendo nascer uma respectiva pretensão ressarcitória, nos termos do art. 189 do Código Civil. Em outras palavras: no momento em que se iniciou a operação da linha de metrô concedida, não se poderia considerar violado o direito da Requerente em ser ressarcida pela operação de linhas de ônibus que deveriam ter sido seccionadas. O direito ao ressarcimento somente seria violado com a realização de viagens de linhas de ônibus não seccionadas sem o correspondente pagamento à Requerente.

64. O entendimento acolhido na presente decisão foi sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, cumprindo referir, à propósito, à guisa de exemplo um julgado recentíssimo, do qual se extrai o seguinte escólio: “Em se tratando de obrigação de trato sucessivo, podem incidir, no contexto da mesma relação jurídica, dois prazos prescricionais (...) a depender do momento em que nasce cada pretensão, individualmente considerada” (REspn. 1677673/DF, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julgado em 14.05.2019, DJe 16.05.2019).

65. Assim, deve ser rejeitada a argumentação de que a pretensão decorrente da violação do direito ao seccionamento da linha de ônibus teria nascido com a operação da linha de metrô concedida e só poderia ser exercitada até cinco anos, contados daquela data. Considerando-se a natureza da obrigação descumprida pelo Requerido, cada uma das prestações pecuniárias devidas sujeita-se ao seu próprio prazo prescricional.

66. Da mesma forma, deve-se rejeitar a argumentação do Requerido segundo a qual teria havido, em 2011, a “negativa do direito ao seccionamen-

to” (Resposta às Alegações Iniciais, §31). Primeiro, porque o reconhecimento de eventual impossibilidade de promover o seccionamento não representa a negativa do direito da Requerente em receber ressarcimento, tema que em nenhum momento foi discutido em sede administrativa, conforme adiante se examinará em maiores detalhes. Segundo, porque tratava-se de uma impossibilidade momentânea, que restou superada posteriormente, com a efetiva realização do seccionamento.

67. Em se tratando de pretensões surgidas periodicamente, cada uma delas se sujeita a um diferente termo *a quo* para contagem do prazo prescricional.

68. A Requerente aponta um intervalo de quase seis anos de prestações devidas, entre a data em que afirma ter se iniciado o descumprimento da obrigação de seccionamento das linhas de ônibus (17.10.2011) e a data de protocolo de requerimento de instauração do procedimento de mediação que antecedeu o presente processo arbitral (29.06.2017) apto a suspender a prescrição face ao art. 17, par. ún., da Lei n. 13.140/2015. Frustrada a mediação, a prescrição foi posteriormente interrompida com o pedido de instauração do presente processo arbitral, *ex vi* do art. 19, § 2º, da Lei n. 9.307/96.

69. Somente se admitiria a cobrança de valores devidos há mais de cinco anos da data em que requerida a instauração do procedimento de mediação que, infrutífero, antecedeu a arbitragem, se houvesse fatos interruptivos ou suspensivos do prazo prescricional. Ocorre que não há.

70. Entende-se que as sucessivas cartas trocadas entre Requerente e Requerido antes do pedido de instauração do presente processo arbitral não são aptas a gerar interrupção ou suspensão do prazo prescricional.

71. O art. 4º do Decreto-lei n. 20.910/1932 pressupõe estudos do Poder Público quanto ao pagamento de dívidas líquidas, após ter sido requerido administrativamente pelo particular.

72. Contudo, as missivas encaminhadas pela Requerente à Requerida (doc. AU-10 e AU-21) cobram apenas o seccionamento das linhas de ônibus, mas não o pagamento de valores pelo descumprimento de tal obrigação até então. Em resposta a essas missivas, a EMTU revela que estava a promover estudos quanto às mudanças das linhas de ônibus, mas não relativamente ao pagamento da repa-

ração (docs. AU-12, e AU-16 a AU-19).

73. Tem-se duas obrigações que, embora correlatas, não se confundem: uma delas, de fazer, consistia no seccionamento das linhas de ônibus; a segunda, de pagar, tendo por objeto reparação por não ter havido o seccionamento. Os pedidos formulados pela Requerente e que geraram estudos pelo Requerido concerniam exclusivamente à primeira obrigação. A prescrição que ora se discute, refere-se à segunda.

74. Ainda que assim não fosse, não havia, como ainda não há, dívida líquida, que constitui mais um requisito previsto no art. 4º o Decreto-lei n. 20.910/1932.

75. Por fim, como decorrência lógica de tudo o quanto restou aqui reconhecido, não se vê nos ofícios enviados pela EMTU e pelo Requerido qualquer reconhecimento do direito da Requerente ao pagamento de valores, de tal sorte que igualmente não incide o art. 191 do Código Civil, contrariamente ao sustentado pela Requerente em sua Réplica (§ 35).

76. Desse modo, o Tribunal Arbitral entende que a prescrição somente foi interrompida com a apresentação do pedido de instauração de procedimento de mediação em 29.06.2017, nos termos do art. 17, par. ún., da Lei n. 13.140/2015.

77. Em consequência, a pretensão ressarcitória da Requerente se acha fulminada pela prescrição quinquenal para quaisquer valores decorrentes de viagens de ônibus de linhas indevidamente não seccionadas, ocorridas antes de 29.06.2012.

78. À luz de tal constatação, torna-se irrelevante solucionar a controvérsia entre as Partes quanto à data de início de operação da linha de metrô concedida, isto é, se 21.06.2010 (como entende o Requerido) ou 17.10.2011 (como sustenta a Requerente).

IX.2. Retroação do pedido de reequilíbrio

79. Impõe-se igualmente necessário assentar premissas para enfrentar a tese do Requerido de que o reequilíbrio econômico-financeiro pleiteado pela Requerente somente poderia retroagir pelo prazo máximo de 180 dias, à luz da cláusula 13.5 do Contrato.

80. O direito de o contratado obter o reequilíbrio econômico-financeiro decor-

re de “fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”, nos termos do art. 65, I, “d”, da Lei n. 8.666/93. O art. 124 desse diploma estende a aplicação de suas normas aos contratos de concessão de serviço público, cuja lei específica (Lei n. 8.987/95) não dispõe em sentido contrário.

81. No presente caso, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato não decorre de nenhum dos fatos mencionados no referido dispositivo legal, bem como aquele contratual, ou seja:

- a) o fato gerador de desequilíbrio (frustração de demanda de passageiros) não era imprevisível; ao contrário, o contrato previu que poderia ocorrer e estipulou as suas consequências;
- b) embora previsível, o fato gerador do desequilíbrio não trouxe “consequências incalculáveis”; tanto é que o contrato previu uma forma de calculá-las;
- c) o fato gerador não impediu ou retardou a execução do objeto contratual;
- d) não houve força maior ou caso fortuito porque não se apresenta na espécie “fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir”, conforme dispõe o art. 393, par. ún., do Código Civil; e, por fim,
- e) a alegação do “fato do príncipe configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”, não merece prosperar, uma vez que, pelo contrário, o Requerido assumiu a obrigação contida na Clausula 13.3.1 e a descumpriu, sujeitando-se às eventuais consequências previstas no Contrato.

82. No presente caso, vê-se que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato nada tem a ver com o contexto do dispositivo legal e da cláusula contratual acima referidos. Houve sim o descumprimento de uma obrigação por parte do Requerido, que pode ensejar o direito de o Requerente obter compensação “pela frustração de demanda daí decorrente na LINHA 4 – AMARELA” (cláusula 11.3.3 do Contrato). Essa compensação foi contratualmente definida como pecuniária, “no

montante equivalente ao resultado da multiplicação do número de passageiros transportados na linha de ônibus intermunicipal da EMTU não seccionada, pela TARIFA DE REMUNERAÇÃO” (cláusula 11.3.3 do Contrato), sendo certo que as Partes discutem a correta interpretação a ser dada à cláusula, com reflexos nos métodos de cálculo da indenização.

83. Conforme acima registrado, a cláusula 11.3.4 do Contrato dispõe que a compensação “poderá” ser feita “mediante a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO”. Assim, não se trata propriamente de um reequilíbrio econômico-financeiro no sentido clássico, cuja necessidade teria origem nas circunstâncias definidas na Cláusula Décima Segunda do Contrato), mas sim uma forma de reparação do prejuízo sofrido, o qual haverá de ser aqui quantificado. O direito ao ressarcimento pecuniário somente se vê prejudicado pelo prazo prescricional quinquenal, que se reconheceu incidente sobre parte das prestações objeto da cobrança.

84. Daí, porque este Tribunal Arbitral entende inaplicável o quanto pactuado na cláusula 13.5 do Contrato para limitar o período de apuração do direito ao ressarcimento da Requerente.

X – DISPOSITIVO

85. Diante dos fundamentos ora expendidos, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, profere esta SENTENÇA PARCIAL para o fim de reconhecer a prescrição da pretensão da Requerente ao ressarcimento por todas as viagens de ônibus de linhas da EMTU referidas no Anexo VI do Contrato e não seccionadas anteriormente a 29.06.2012.

86. Todas as questões não decididas nesta sentença parcial, inclusive com relação aos custos da arbitragem, serão tratadas em uma sentença arbitral posterior. Assim, este Tribunal Arbitral não proverá, nesta sentença arbitral, sobre os demais pedidos formulados, e, em sequência, determinará os próximos atos a serem praticados em prosseguimento do processo arbitral por meio de oportuna Ordem Processual.

87. Em sua sessão de 19.12.2019, a Corte prorrogou o prazo para a prolação da sentença final até 31 de março de 2020.

São Paulo, 07 de janeiro de 2020

RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO

Coárbitro

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

Presidente do Tribunal Arbitral



Procuradoria de Procedimentos Disciplinares

PROCESSO SEE Nº 1672/0000/2016 - GDOC Nº 1000726 - 284837/2016

INTERESSADO: DIRETORIA DE ENSINO DA REGIÃO DE ****

INDICIADA: ***

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

RELATÓRIO PPD Nº 1218/2019

1. Trata-se de processo administrativo disciplinar instaurado em face da servidora ***, portadora da Cédula de Identidade, Registro Geral nº ***-X, Diretor de Escola, efetiva, do quadro SQC-II-QM, em exercício à época dos fatos na E.E. “***”, da Diretoria de Ensino da Região de ***.

2. Atendendo determinação do Senhor Chefe de Gabinete da Secretaria de Estado da Educação (fls. 343), aos 25.05.2018 foi baixada a Portaria nº 998/2018, que se encontra acostada às fls. 358/360.

3. Nos termos da referida Portaria, a indiciada teria praticado as seguintes irregularidades, *verbis*:

I. Teria deixado de convocar Assembleia Geral da APM para eleição dos componentes do Conselho Deliberativo, Diretoria Executiva e Conselho Fiscal, na forma prevista no Estatuto da Associação de Pais e Mestres, descumprindo o princípio da gestão democrática;

II. Deliberadamente e de forma continuada, teria se apropriado de encargos dos órgãos diretivos da APM e teria mantido sob sua guarda pessoal os talões de cheques de todas as contas ativas da APM da E.E. “Prof^a ***”;

III. Não teria divulgado e/ou publicado as prestações de contas e os relatórios referentes à aplicação de recursos recebidos do Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE) e repassados pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE), com informações relativas às receitas e despesas, conforme disposto no artigo 12 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB);

IV. Teria desviado para finalidade diversa, e em proveito próprio e/ou de terceiros, a aplicação de verbas disponibilizadas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento (FNDE), referente ao Programa Dinheiro Direto na Escola e pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação à APM da E.E. “Prof.^a ***”, mediante a emissão de cheques nominais, expedidos em seu próprio nome, bem como de outras pessoas físicas e jurídicas, sem a equivalente comprovação de compra e recebimento de material ou prestações de serviços nos casos abaixo discriminados:

- a) Cheques da APM da E.E. “Prof.^a ***”, emitidos em nome de ***, seu genitor, já sacados, com assinaturas não reconhecidas pelos signatários da conta, conforme discriminado às fls. 324;
- b) Cheques da APM da E.E. “Prof.^a ***”, emitidos em nome de Santa Casa de Misericórdia de ***, já sacados, para quitação de mensalidades de plano de saúde com assinaturas não reconhecidas pelos signatários da conta, conforme discriminado às fls. 324;
- c) Cheques da APM da EE. “Prof.^a ***”, emitidos em nome do Colégio *** ou Sistema Educacional ***, já sacados, para a quitação de mensalidades escolares de ***, seu filho, com assinaturas não reconhecidas pelos signatários da conta, conforme discriminado às fls. 325;
- d) Cheques da APM da E.E. “Prof.^a ***”, já sacados e emitidos em nome de ***, seu marido, com assinaturas não reconhecidas pelos signatários da conta, conforme discriminado às fls. 325;
- e) Cheques da APM da E.E. “Prof.^a ***”, emitidos em seu próprio nome e já sacados, com assinaturas não reconhecidas pelos signatários da conta, conforme discriminado às fls.326;
- f) Cheques da APM da E.E. “Prof.^a ***”, emitidos em nome de profissionais de Educação Física: *** e ***, pessoas estranhas às atividades da referida escola, e com assinaturas não reconhecidas pelos signatários da conta, conforme discriminado às fls. 326;
- g) Cheques da APM da E.E. “Prof.^a ***”, em nome de pessoas jurídicas estranhas às atividades da referida escola, com assinaturas não reconhecidas pelos signatários da conta, conforme discriminado às fls. 327;

Em algumas das situações acima indicadas, teria havido, inclusive, devolução dos cheques por falta de fundos.

4. Regularmente citada às fls. 367, a indiciada foi interrogada às fls. 378/379 v^o, na presença de seu defensor constituído ¹.

5. A defesa prévia foi apresentada às fls. 381/384 e se fez acompanhar dos documentos de fls. 385/405.

1 Instrumento de procuração às fls.373

6. Durante a instrução foram ouvidas as testemunhas ***2 , ***3 , ***4 , ***5 , ***6 , e ***7 . Também foi ouvido, na condição de informante, ***8 , cônjuge da indiciada.

7. Às fls. 481, foi declarada encerrada a instrução processual e determinada a apresentação de alegações finais pela defesa.

8. As alegações finais foram juntadas às fls. 492/498, oportunidade em que a defesa técnica pleiteou a improcedência das imputações em razão de uma suposta insuficiência de provas e diante dos predicados profissionais da indiciada. Também foi mencionado que a indiciada promoveu ressarcimento aos cofres públicos, o que afastaria o prejuízo ao erário. A peça defensiva se fez acompanhar dos documentos de fls.499/509.

9. É a síntese do processado. Opino.

10. Em relação às condutas relativas à ausência de convocação para eleição dos componentes do Conselho Deliberativo, Diretoria Executiva e Conselho Fiscal (item I da portaria), a prova produzida no curso da instrução processual demonstrou as condutas irregulares em apreço, corroborando os indícios detectados no âmbito da apuração preliminar. A negativa apresentada pela indiciada em seu interrogatório foi impugnada pelos depoimentos prestados pelas testemunhas ***⁹ e ***¹⁰ . Estas, ao serem inquiridas sob o crivo do contraditório, confirmaram que em 2014 e 2015 não houve eleição para os cargos da APM, sendo que elas somente foram informadas posteriormente pela indiciada de que compunham a APM. A testemunha ***, vice-diretora, relatou que chegou a redigir atas de reuniões que, na realidade, não ocorreram, o que

2 Fls. 448/448 vº.

3 Fls. 450/451vº.

4 Fls. 453/454.

5 Fls. 456/456 vº.

6 Fls. 458/459.

7 Mídia gravada às fls. 482.

8 Mídia gravada às fls. 482.

9 Que à época ocupou o cargo de Diretora Executiva da APM.

10 Diretora Financeira da APM à época dos fatos.

vai ao encontro dos relatos produzidos por *** e ***, e evidencia a procedência destas imputações específicas, salientando-se, também, que inexistente um único documento nos autos evidenciando a convocação de Assembleia para realização das eleições em apreço.

11.O mesmo cenário se verificou em relação às acusações contidas no item II da peça acusatória inicial. Aqui também, a negativa dos fatos apresentada pela indiciada quando interrogada foi impugnada pelos demais elementos de prova colhidos no curso da fase instrutória. Com efeito, as testemunhas *** e *** relataram que nunca executaram as atividades afetas às diretorias que ocupavam no âmbito da APM da escola, bem como que não ficavam na posse dos talões de cheques; por seu turno, a testemunha *** assegurou que “a indiciada é quem cuidava dos assuntos referentes à APM, realizando compras, atendendo fornecedores”, esclarecendo que nunca viu cheques da APM guardados no armário que ficava na sala da direção, desmentindo a narrativa da acusada no sentido de que os cheques eram custodiados nesse armário. Tais circunstâncias evidenciam que os talões de cheques ficavam mesmo em poder da indiciada, inclusive, para que esta pudesse utilizá-los, na medida em que não se tem qualquer notícia de que outra pessoa tivesse acesso aos talonários ou realizasse aquisições para a unidade escolar.

12.A acusação formulada no item III da portaria igualmente se mostrou procedente. A alegação da indiciada no sentido de que na entrada da escola havia um quadro onde eram afixadas as prestações de contas, balancetes, convocações para assembleia e horário administrativo não encontrou o menor respaldo probatório. A vice-diretora ***, em seu depoimento, informou que “a partir do segundo semestre de 2014 não houve mais divulgação quanto a aplicação dos recursos da APM”, tendo a testemunha *** relatado que “nunca viu publicação ou divulgação de prestações de contas e relatórios de aplicação de recursos da APM, sendo que a indiciada nunca lhe informou sobre recursos recebidos e despesas efetuadas pela APM”. No mesmo sentido foi o testemunho de ***, que, na condição de diretora financeira do colegiado, nunca recebeu informações da indiciada “sobre recursos recebidos e despesas efetuadas pela APM”. A testemunha ***, professora da escola à época, declarou que “durante a gestão da indiciada não se recorda de ter visto prestações de contas ou relatórios referentes a aplicação de recursos recebidos pela APM”, o que demonstra a omissão funcional imputada na portaria inicial.

13. Cumpre ressaltar que não se discute aqui se a indiciada apresentou (ou não) as prestações de contas e balancetes relativas às contas da APM, mas sim a ausência na divulgação desses documentos, o que caracteriza a falta de transparência na gestão escolar ventilada nestes autos.

14. Quanto às acusações contidas no item IV, o conjunto probatório é robusto no sentido de confirmar as irregularidades apontadas na portaria inicial.

15. É incontroversa a emissão de cheques da APM da escola em benefício de ***, genitor da indiciada (item IV.a). Os cheques encontram-se às fls.195, 214, 215, 240, 288 e 289, sendo que a acusada, em seu interrogatório, admitiu a emissão dos títulos e o depósito na conta bancária de seu pai. Para tanto, apresentou a justificativa de que *** teria revisado e assinado atas de APM na condição de advogado, bem como teria ministrado palestras na escola e prestado outros serviços de assessoria.

16. As excludentes invocadas pela acusada não foram demonstradas. Ao contrário, a prova testemunhal colhida foi unânime em apontar que desconhece qualquer serviço que *** tenha prestado à unidade escolar ou à APM. Também inexistente qualquer nota fiscal ou recibo emitido por ***, o que também corrobora a irregularidade na emissão dos cheques em testilha. Para além disso, há que se considerar a informação prestada pela própria direção da escola, no sentido de que “o Estatuto da APM averbado em cartório não prevê a obrigatoriedade de assinatura de advogado regularmente inscrito na OAB”¹¹, bem como o relato das testemunhas *** e ***, que não reconheceram suas assinaturas em parte dos cheques emitidos em favor de ***.

17. Também é manifesta a irregularidade na emissão dos cheques em nome da Santa Casa *** e cujas cópias se encontram às fls.185, 219, 276, 281, 283, 284 e 285 (item IV.b). Nesse sentido, a testemunha *** esclareceu que havia um ajuste entre a Santa Casa e a APM da escola, onde aquela prestaria atendimento às pessoas indicadas pela APM. Essas pessoas pagavam uma mensalidade que era entregue à indiciada que, por sua vez, deveria repassá-la à Santa Casa, descontando-se um percentual de 5% que ficaria com a APM a título de “comissão”. *** também esclareceu que nos momentos em que a indiciada não se encontrava

11 Fls.466.

na escola, essas mensalidades eram entregues para uma funcionária da secretaria que depositava os valores na conta bancária da acusada ou entregava as quantias diretamente a esta. A indiciada confirmou esse ajuste entre a Santa Casa e a APM, alegando que “quem estivesse lá (escola) recebia o numerário”, sendo que “não havia uma pessoa que controlasse o fluxo de recebimento de pagamentos efetuados em relação a esse convênio”.

18. Nesse sentido, evidente que esse “convênio” firmado pela APM e a Santa Casa não possuía qualquer controle quanto ao fluxo dos recursos recebidos pela APM, o que permitiu, inclusive, a emissão de cheques sem provisão de fundos, conforme se verifica às fls.284 e 285. A propósito, é sintomática a responsabilidade da indiciada pelos referidos títulos, a ponto de neles constar o número do telefone residencial daquela, conforme admitido em seu interrogatório prestado durante a instrução processual.

19. A indiciada também confirmou a utilização de cheques da APM para o pagamento de mensalidades da escola frequentada por seu filho (item IV, c). A justificativa de que não possuía cheques pessoais no dia do pagamento das mensalidades, bem como que pediu para as diretoras da APM assinarem os cheques não encontra eco nos elementos de prova colhidos. Tanto *** como *** negaram que a indiciada tivesse pedido que elas assinassem os cheques para pagamento das mensalidades escolares, sendo que as testemunhas não reconheceram suas assinaturas nos títulos de fls. 250, 253, 255, 262, e 268; além disso, não é crível que nos cinco meses em que se utilizou de cheques da APM não tivesse providenciado a retirada de cheques de sua conta bancária pessoal para saldar seus compromissos financeiros.

20. Eventual devolução do recurso público pela servidora igualmente não afasta a caracterização do ilícito disciplinar; as causas extintivas de punibilidade, na órbita administrativa, são taxativas e devem estar expressamente previstas em lei, não sendo possível a aplicação analógica em situações que tais. Há que se ressaltar que não se tem notícia de que os valores depositados por *** efetivamente foram suficientes para o ressarcimento do desfalque causado ao erário, o que afasta, também sob este prisma, a excludente invocada pela defesa e evidencia a procedência destas imputações específicas.

21. Quanto aos cheques emitidos em favor de seu marido *** (item IV, d), a indiciada admitiu que este nunca forneceu produto ou prestou serviços para a escola,

desconhecendo as razões pelas quais os cheques de fls.204/213 foram emitidos em benefício daquele. ***, ao ser inquirido durante a instrução processual, alegou simplesmente desconhecer os cheques emitidos em seu nome, confirmando que nunca prestou serviços à escola ou mesmo que tivesse fornecido algum produto a esta. Aqui também, *** e *** relataram que não foram as responsáveis pelas assinaturas constantes nos referidos cheques, sendo que, pelas razões já invocadas neste relatório final, apenas a indiciada é quem manuseava os cheques da APM, a indicar ter sido a responsável pela utilização dos títulos em benefício de seu marido.

22. Da mesma forma, evidente o desvio de recursos públicos em benefício direto da indiciada, diante da emissão de cheques nominais a esta, conforme se verifica pelas cópias de fls.196, 223, 225, 226, 258, 265 e 271 (item IV.e). A indiciada admitiu a emissão dos cheques em seu nome, os quais foram depositados em sua conta bancária pessoal. Por outro lado, as diretoras da APM – *** e *** –, em seus depoimentos, informaram que não assinaram os referidos títulos.

23. A justificativa de que esses cheques correspondiam à remuneração por trabalho de monitoria no âmbito do Programa “Mais Educação” não teve o menor amparo probatório. A testemunha *** esclareceu que a escola nunca teve o Programa “Mais Educação”, sendo que a prova oral produzida igualmente permitiu concluir que a indiciada jamais executou qualquer atividade de monitoria na unidade. Também a alegação de que promoveu a devolução do numerário não exclui o ilícito administrativo, diante das razões já expostas nesta peça opinativa.¹²

24. Com relação aos cheques emitidos em nome de *** e *** (item IV.f), a indiciada relatou que os conhece por serem professores de educação física, bem como que chegaram a prestar serviços na academia de ginástica pertencente ao seu filho. Esclareceu que os cheques foram emitidos em favor deles por acreditar que tenham atuado em oficinas curriculares dentro no Programa “Mais Educação”. Aqui também, invocam-se os testemunhos de ***, *** e ***, apontando que a escola jamais aderiu ao Programa “Mais Educação”, sendo que os beneficiários dos cheques em apreço não eram professores da escola e nunca foram vistos na unidade. Inexiste qualquer recibo ou nota fiscal que justifique a utilização dos recursos da APM. Acresça-se que *** e *** também não reconheceram como suas as assinaturas constantes nos cheques de fls.217, 218, 220, 221, 247, 251, 260, emitidos em

12 Item 20.

favor de *** e ***, pessoas que sequer conheciam. Nesse compasso, a indiciada constitui-se no único elo de vinculação entre os cheques da APM e os beneficiários destes, de tal modo que não há como se afastar a responsabilização de *** pela emissão irregular dos títulos com o conseqüente desvio dos recursos públicos discriminados na peça acusatória inicial.

25. Por derradeiro, também se comprovou a emissão de diversos cheques em favor de pessoas jurídicas diversas, sem que houvesse qualquer destinação pública dos recursos utilizados (item IV.g). Embora a indiciada não tenha se lembrado da emissão desses cheques, a prova testemunhal informou desconhecer as empresas beneficiárias dos títulos de fls. 186, 192, 194, 269, 274, 278, 279, 280, 282, 291, e 292, sendo que *** e ***, novamente, não reconheceram como suas as assinaturas ali lançadas. Da mesma forma, inexistente qualquer recibo ou nota fiscal por estas emitidas que demonstrassem o fornecimento de produto ou prestação de serviços para a unidade ou mesmo para a APM.

26. Conforme já argumentado neste relatório, a indiciada era quem fazia as compras e ficava em poder dos cheques da APM, de modo que manifesta sua responsabilidade também pela emissão desses títulos; há que se mencionar, inclusive, que o cheque de fls.194 foi emitido em favor da empresa *** Ltda, de propriedade do marido da indiciada¹³, o que novamente a vincula com a irregular utilização das verbas destinadas à APM da escola.

27. As condutas adotadas pela indiciada, valendo-se indevidamente de suas funções como responsável pela unidade escolar, demonstrando postura incompatível com aquela esperada de um agente público de forma reiterada, configuram mais do que simples violação a dever funcional, mas em verdadeiro procedimento irregular de natureza grave que, na clássica lição de Edmir Netto de Araujo, se constitui em

infrações que atentam contra a hierarquia, a ordem, o funcionamento dos serviços públicos, a obediência a leis e regulamentos, o patrimônio estatal, a moralidade e a credibilidade do serviço público; enfim, um amplo campo de enquadramento de condutas que poderão ser caracterizadas como procedimento irregular, e que, no exame das peculiaridades de cada caso concreto, como a gravidade e reiteração de faltas, o prejuízo efetivo ou potencial, à Administração ou a terceiros, a reincidência específica, a ilicitude penal, o dolo, a negligência etc., levarão a uma tal consideração de gravidade que justifique a pena expulsiva, pelo comportamento oposto à lei

13 Fato admitido pela acusada e pelo seu marido, ***.

e contrário aos princípios morais com que se conduzir o servidor no desempenho de seu cargo ou função¹⁴.

Por outro lado, e considerando-se que os valores depositados em contas particulares, bem como os pagamentos indevidos ocasionaram prejuízos ao erário, igualmente se mostra aplicável a regra contida no inciso VI do art. 257 da Lei nº 10.261/68. Da mesma forma, as condutas de se apropriar e desviar recursos públicos, em proveito pessoal e de terceiros, configuram a prática dos ilícitos previstos nos incisos II e XIII do mesmo art.257. Nem se diga que a ausência de decisão judicial impediria o reconhecimento das infrações administrativas em apreço, diante da conhecida independência entre as instâncias. A aplicação da sanção administrativa não exige o prévio pronunciamento judicial, conforme entendimento consagrado nos Tribunais Superiores e no Tribunal de Justiça deste Estado, *verbis*:

8. É firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da competência da autoridade administrativa para impor pena de demissão a servidor público em razão da prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de provimento jurisdicional, porquanto a penalidade administrativa não se confunde com a pena de perda da função pública prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992, esta sim aplicável exclusivamente pela autoridade judiciária. Precedentes. (STJ - MS nº 15.828/DF, Rel. Min MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 9/3/2016)

APELAÇÃO. Agente de Segurança Penitenciária. Pretensão à anulação do ato administrativo que o demitiu do serviço público, com reintegração ao cargo. Processo administrativo disciplinar. Ato praticado contra a Administração Pública, que também se qualifica como crime (falsidade). Indiferença de inexistência de apuração do ato praticado no âmbito criminal, ante a incomunicabilidade das esferas. Regularidade formal do processo administrativo disciplinar verificada, com respeito ao *due process of law*, a ampla defesa, franco contraditório e defesa técnica em prol do autor. Motivação suficiente e adequada da decisão administrativa, apoiada no estatuto vinculativo dos atos do autor. Penalidade administrativa que não sofre as consequências de eventual não apuração, absolvição ou até mesmo desclassificação no âmbito processual penal. Esferas criminais e administrativas independentes. Sentença de procedência reformada para a improcedência da demanda, com realinhamento dos encargos econômicos do processo. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDOS. (TJSP - Apelação/Remessa Necessária nº 1011010-98.2019.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. VICENTE DE ABREU AMADEI, j. 14/06/2019)

14 ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 2007, p. 945.

28. Uma vez demonstrada a prática das infrações funcionais, cabe tecer considerações sobre eventual sanção a ser aplicada no presente caso. Em que pese inexistir nos autos notícia de anterior condenação¹⁵, as condutas praticadas revestem-se de acentuada gravidade, totalmente incompatíveis com o exercício de atividade funcional junto a um estabelecimento de ensino, notadamente em razão dos problemas de manutenção que a escola apresentava na gestão da acusada¹⁶. Nesse compasso, valer-se de sua condição funcional para: (i) deixar de promover a regular atuação da APM da escola, centralizando as atividades dela de forma a não permitir que seus diretores executassem suas atividades, além de não conferir a necessária transparência à gestão dos recursos da Associação; (ii) apropriar-se e desviar recursos públicos em proveito próprio e de terceiros¹⁷ de forma reiterada e em períodos diversos, indicado maior intensidade no dolo do agente; demonstram, à saciedade, o rompimento do vínculo de confiança entre a Administração e a indiciada, razão pela qual revela-se inviável qualquer atenuação de eventual sanção a ser imposta.

29. Com essas considerações, proponho que sejam julgadas procedentes as imputações contidas na portaria inicial, com a responsabilização funcional de ***, portadora da Cédula de Identidade, Registro Geral nº ***, Diretora de Escola, efetiva, do quadro SQC-II-QM, em exercício à época dos fatos na E.E. “Profª ***”, vinculada à Diretoria de Ensino da Região de ***, por violação ao contido nos incisos III, IX, XIII e XIV do art. 241; inciso XI do art. 243; caracterizando-se os ilícitos previstos no art. 256, inciso II; e art. 257, incisos II, VI, e XIII, todos da Lei nº 10.261/68, com a aplicação da pena de demissão a bem do serviço público tendo em vista o disposto nos arts. 251, inciso V e 252 do mesmo diploma legal. Havendo notícia nos autos de que a indiciada está submetida ao regime de acumulação legal de cargos, a pena demissória agravada deverá ser estendida a todos os cargos, nos termos do enunciado contido na Súmula nº 13 da PGE¹⁸.

30. Propõe-se também o envio de cópias ao Ministério Público, para eventual apuração dos fatos sob a órbita criminal e de improbidade administrativa.

15 Fls. 368/371vº.

16 Conforme relatos das testemunhas ouvidas na fase processual – fls. 451, 453vº e 458vº.

17 Inclusive em proveito de membros de seu núcleo familiar.

18 “A Pena Demissória agravada com a nota ‘A Bem do Serviço Público’, na hipótese de o servidor exercer em regime de acumulação regular outro cargo público, acarreta a perda de ambos.”

31. Por derradeiro, recomenda-se sejam adotadas as providências necessárias no sentido de se promover diligências objetivando o ressarcimento ao erário dos valores indevidamente utilizados pela indiciada.

32. Encaminhem-se os autos ao Senhor Procurador do Estado Chefe da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, para as providências de sua alçada¹⁹.

São Paulo, 11 de setembro de 2019.

RICARDO KENDY YOSHINAGA

Procurador do Estado

19 Art.5º, I, da Lei Complementar nº 1.183/2012.

SENTENÇA

PROCESSO DIGITAL N°: 1068420-17.2019.8.26.0053

CLASSE - ASSUNTO: MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL - DEMISSÃO OU EXONERAÇÃO

IMPETRANTE: ***

IMPETRADO: SECRETÁRIO DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Josué Vilela Pimentel

VISTOS.

*** impetrou MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR em face do SECRETÁRIO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. A impetrante era servidora pública estadual e cumulava, licitamente, dois cargos de provimento em caráter efetivo: um de Diretora Escolar, lotada na E.E. Professora ***, da Diretoria de Ensino da Região de ***; e outro de Professora de Educação Básica II. Relatou que por ter supostamente cometido ato ímprobo no exercício da função de Diretora, teve instaurado contra si, Processo Administrativo Disciplinar. Após a tramitação do aludido processo a comissão processante elaborou relatório opinando pela aplicação da penalidade de Demissão a bem do Serviço Público, com extensão dos efeitos ao cargo de docência, que regularmente acumulava. Irresignada com a penalidade aplicada interpôs, tempestivamente, recurso hierárquico, que se encontra pendente de análise pelo Governador do Estado. Ocorre que o recurso interposto não possui efeito suspensivo e a impetrante já esta sendo penalizada pela decisão administrativa em comento. Diante disso requer, em sede liminar, a imediata suspensão da decisão que a afastou do cargo de Professora de Educação básica II até o julgamento final desta demanda. Ao final, requer seja concedida segurança confirmando o pedido liminar e declarando nula a decisão de demissão a bem do serviço público. Juntou documentos (fls. 24/756).

Deferidos os benefícios da gratuidade processual e indeferido o pedido liminar (fls. 757/758).

Notificado (fls. 764), o Secretário da Educação de São Paulo apresentou informações (fls. 766/779). Preliminarmente, alegou inadmissibilidade da via eleita. Isso porque, segundo a autoridade impetrada, o caso demanda dilação

probatória. No mérito, afirmou que o processo administrativo disciplinar tramitou regularmente, com observância do devido processo legal. Sustentou que a administração possui poder discricionário para valorizar os elementos informativos e aplicar, entre as sanções previstas em lei, a que se mostrar mais adequada à conduta praticada. Ressaltou ainda que, no presente caso, foram aplicados os termos da Súmula nº 13 da PGE, que dispõe expressamente sobre a perda de cargos acumulados em caso de demissão a bem do serviço público. Por fim, requereu a denegação da segurança.

O representante do Ministério Público emitiu parecer opinando pelo afastamento da preliminar arguida pela autoridade coatora e pela denegação da segurança (fls. 783/789).

É o relatório.

DECIDO.

Trata-se de ação mandamental em que se pretende a anulação de decisão administrativa que estendeu a penalidade de demissão a bem do serviço público a todos os cargos cumulados pela impetrante.

A preliminar se confunde com o mérito, na medida em que a necessidade de dilação probatória acarreta a denegação da segurança, não a rejeição da inicial.

No mérito, a segurança não deve ser concedida.

Segundo dispõe o inciso LXIX, do artigo 59, da Constituição da República, *“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”*.

De outra parte, *“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”*

(Hely Lopes Meirelles, **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**, 12a ed. Editora Revista dos Tribunais, págs. 12/13).

Como supramencionado, o direito é líquido e certo quando há prova suficiente de sua existência no momento da propositura da ação.

Oportuno esclarecer que os atos administrativos gozam de presunção “juris tantum” de legalidade e obrigam, desde logo, os administrados, salvo exceções.

A impetrante teve instaurado contra si, Processo Administrativo Disciplinar nº 1218/2019, pelo alegado cometimento de ato ímprobo no exercício do cargo de Diretora Escolar.

Ao final do processo, lhe foi imposta penalidade de demissão a bem do serviço público, com extensão ao segundo cargo, por ela licitamente cumulado.

Em sede inicial, a impetrante pleiteia a anulação da decisão proferida nos autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 1218/2019, instaurado pelo suposto cometimento de ato ímprobo no exercício do cargo de Diretora Escolar.

Não obstante, seu pedido não merece prosperar.

Conforme consta nos autos, o aludido processo tramitou regularmente junto a Comissão Processante, que após análise de todos os fatos, opinou pela aplicação da penalidade de demissão a bem do serviço público, com extensão ao segundo cargo, licitamente cumulado pela impetrante.

Acolhido relatório apresentado, foi proferida decisão administrava determinando a perda de ambos os cargos.

Muito embora os atos de improbidade que ensejaram a instauração de processo administrativo disciplinar tenham decorrido do exercício de uma das funções cumuladas pela impetrante, a aplicação da penalidade extensiva não configura “bis in idem”.

O administrador detém poder discricionário para aplicar a penalidade que se mostre mais adequada.

A decisão, ora impugnada, foi proferida com observância do disposto na Súmula Administrativa nº 13, que prevê expressamente a extensão da sanção a todos os cargos públicos exercidos em regime de acumulação, vejamos:

"PENA ADMINISTRATIVA - Cargo Público exercido em acumulação regular.

Efeitos.

- 1. A Pena Demissória agravada com a nota 'A Bem do Serviço Público', na hipótese de o servidor exercer em regime de acumulação regular outro cargo público, acarreta a perda de ambos;*
- 2. A Pena Demissória Simples, nas mesmas circunstâncias, acarretará a perda de ambos, caso, através de exame da natureza ou espécie da falta disciplinar cometida, reconheça-se a incompatibilidade do servidor para o exercício de cargos públicos;*
- 3. Salvo o disposto no item seguinte, os efeitos das penas corretivas, todavia, devem permanecer adstritos ao cargo em que foi cometida a falta;*
- 4. A Pena Disciplinar pode ser aplicada ao servidor que, no exercício de outro cargo, função ou atividade, transgrida deveres impostos pela subordinação hierárquica".*

Deste modo, não há que falar em ilegalidade na decisão proferida pelo Secretário de Educação do Estado de São Paulo.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido e DENEGO a segurança pleiteada, extinguindo o processo com conhecimento do mérito, o que faço com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Custas e despesas na forma da lei.

Incabível condenação em honorários, conforme Súmula 512 do E. Supremo Tribunal Federal e 105 do E. Superior Tribunal de Justiça e art. 25 da Lei 12.016/2009.

Dê-se ciência, por ofício, à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada do resultado do feito encaminhando-lhe cópia desta, por ofício, na forma do art. 13 da Lei 12.016/2009.

P.R.I.C.

São Paulo, 20 de janeiro de 2020.

REGISTRO: 2020.0000243857

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1068420-17.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ****, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e ISABEL COGAN.

São Paulo, 7 de abril de 2020.

BORELLI THOMAZ

Relator

VOTO N°: 29.576

APELAÇÃO N° 1068420-17.2019.8.26.0053

COMARCA: CAPITAL

JUÍZO DE ORIGEM: 8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA: JOSUÉ VILELA PIMENTEL

APELANTE: ****

APELADO: ESTADO DE SÃO PAULO

INTERESSADO: SECRETÁRIO DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Processo administrativo disciplinar. Pena de demissão a bem do serviço público. Perda da função na qual ocorreu o ato ímprobo. Pena extensiva a outro cargo ocupado pela servidora. Cabimento. Recurso desprovido.

Ao relatório da r. sentença acrescento ter sido improcedente mandado de segurança para anular a decisão publicada na Imprensa Oficial no dia 1º de outubro de 2019, republicado com retificação no dia 28 de novembro de 2019, com pedido de reintegração da impetrante no cargo de Professora de Educação Básica II, contra o que ela apelou.

Sustenta ser o ato administrativo fundamentado em ato infralegal (Súmula administrativa n° 13), em violação ao princípio da legalidade. Ademais, sustenta que, como a cumulação era lícita, a extensão da pena ao outro cargo configura *bis in idem*, mesmo porque os vínculos funcionais são independentes. Defende ser a incompatibilidade para novo cargo, na forma do artigo 307, parágrafo único, da Lei Estadual n° 10.261/68.

Recurso bem processado, respondido nas págs. 820/826. A D. Procuradoria de Justiça declinou de manifestação (págs. 840/842).

É o relatório.

Promovo julgamento virtual ante o Comunicado Conjunto do Conselho Superior da Magistratura n° 37/20, sobre trabalho remoto em Segundo Grau, estabelecido pelo Provimento do mesmo CSM 2.550/20p., que estabelece sistema

especial de trabalho no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em decorrência da situação mundial em relação ao novo coronavírus, classificada como pandemia COVID-19.

Consoante já observara no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2286095-54.2019.8.26.0000, **** titular dos cargos de Diretora de Escola, efetiva, do quadro SQC-II-QM, lotada na E.E. Professora ****, e de Professora de Educação Básica II, foi aplicada pena de demissão a bem do serviço público, a incidir sobre os dois cargos.

A impetrante era servidora pública estadual e, por supostos atos irregulares no cargo de Diretora, houve apuração preliminar, seguida de processo administrativo¹. A Comissão Processante, pelo Relatório PPD nº 1218/2019², opinou pela aplicação da penalidade de Demissão a Bem do Serviço Público, com extensão dos efeitos ao cargo de docência³, o que foi acolhido pela Secretária de Estado da Educação (pág. 26⁴).

Apresentou recurso, mas ainda pendente de análise pelo Governador do Estado, razão pela qual impetrou este mandado de segurança porque, nos termos do artigo 314 do Estatuto dos Funcionários Públicos, não há efeito suspensivo, *de modo que a Apelante já se encontra em cumprimento da penalidade*.

Defende que a pena não pode ser estendida ao outro cargo ocupado por ela, de Professor de Educação Básica II, por ser vedado o *bis in idem*, por extensão ao princípio do devido processo legal e em obediência à Súmula nº 19 do E. Supremo Tribunal Federal.

A liminar foi indeferida, nos termos do artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97 (págs. 757/758), apresentadas as informações nas págs. 767/779.

Ao final, o D. Magistrado entendeu ser caso de improcedência do mandado de segurança. Fundamentou que, *embora os atos de improbidade que ensejaram a instauração de processo administrativo disciplinar tenham decorrido do exercício de uma das funções cumuladas pela impetrante, a aplicação da penalidade*

1 Portaria de Instauração nº 998/2018 (págs. 421/425).

2 Págs. 684/697.

3 Ver publicação no Diário Oficial de 28/11/2019 (pág. 28).

4 Publicado no Diário Oficial de 1º/10/2019 (pág. 27).

extensiva não configura “bis in idem”, mesmo porque embasada na Súmula Administrativa nº 13 (págs. 790/793).

Respeitado o esforço recursal, entendo não haver razão nos argumentos da impetrante-recorrente.

De fato, houve instauração de processo administrativo disciplinar contra a impetrante, *para apuração preliminar de possíveis irregularidades apontadas no Relatório de Verificação das Contas da APM⁵ da EE “Prof^a ****”,* que acarretou na pena de demissão a bem do serviço público, nos termos dos artigos 251, V, 252, 256, II e 257, II, VI e XIII da Lei estadual nº 10.261/68 (págs. 29/756).

A apelante nem sequer discute a pena imposta, mas, sim, a extensão ao cargo que licitamente cumulava, de Professor de Educação Básica II.

Pese embora ao alegado, entendo que a gravidade da pena de demissão a bem do serviço público implica a perda de ambos os cargos, pois a conduta atinge a moral do servidor, não apenas o cargo específico no qual se deu o ilícito.

Na esteira do quanto observado pelo D. Procurador do Estado no processo administrativo, as condutas adotadas pela indiciada, valendo-se indevidamente de suas funções como responsável pela unidade escolar, demonstrando postura incompatível com aquela esperada de um agente público de forma reiterada, configuram mais do que simples violação a dever funcional.

O Ministério Público, em primeiro grau, também ponderou: em caso de acumulação regular de cargos públicos, fica implícito que o servidor demitido “a bem do serviço público” não poderá manter o segundo cargo junto à mesma Administração Pública para a qual não se mostra capacitado para o adequado exercício da sua competência.

Nesses termos, a demissão a bem do serviço público, independentemente de ter sido lastreada nas condutas referentes ao cargo de diretora, demonstra a incompatibilidade do servidor com o serviço público, mormente por se tratar de ato grave, de desvio de verba pública para proveito próprio.

5 Associação de Pais e Mestres.

Não vejo, pois, qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na aplicação da Súmula Administrativa nº 13 da Procuradoria-Geral do Estado:

PENA ADMINISTRATIVA - Cargo Público exercido em acumulação regular. Efeitos.

1. *A Pena Demissória agravada com a nota "A Bem do Serviço Público", na hipótese de o servidor exercer em regime de acumulação regular outro cargo público, acarreta a perda de ambos;*
2. *A Pena Demissória Simples, nas mesmas circunstâncias, acarretará a perda de ambos, caso, através de exame da natureza ou espécie da falta disciplinar cometida, reconheça-se a incompatibilidade do servidor para o exercício de cargos públicos;*
3. *Salvo o disposto no item seguinte, os efeitos das penas corretivas, todavia, devem permanecer adstritos ao cargo em que foi cometida a falta;*
4. *A Pena Disciplinar pode ser aplicada ao servidor que, no exercício de outro cargo, função ou atividade, transgrida deveres impostos pela subordinação hierárquica.*

Nem há *bis in idem*, pois, como já fundamentado, a pena incide sobre o servidor e, demitido de um dos cargos, há de ser cessado o vínculo com a Administração Pública, sem lhe facultar o cometimento de irregularidades em outro cargo.

Isso posto, mantenho a r. sentença, diante de seus próprios fundamentos, pelos quais, registro, bem se examinou a questão controvertida.

Observo, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Nego provimento ao recurso.

BORELLI THOMAZ

Relator

A photograph of a person's hands typing on a laptop keyboard. The person is holding a pen in their right hand. On the desk next to the laptop is a white coffee cup and a glass of water. The image is overlaid with a dark blue semi-transparent rectangle containing the title text.

Assessoria de Empresas e Fundações

PROCESSO N.º 18487-286273/2018

PARECER AEF N.º 16/2018

INTERESSADO: COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DE SÃO PAULO - PRODESP

EMENTA:

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. EMPRESA ESTATAL. Dúvidas formuladas pela Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP a respeito do tratamento jurídico a ser dado ao Conselho de Representantes dos Empregados no âmbito da Companhia, face à edição da Lei federal n.º 13.249/2017, da Lei federal n.º 13.467/2017 e da Lei federal n.º 13.303/2016. Resposta à consulta.

Senhora Procuradora do Estado Assistente,

1. Trata-se de expediente enviado pela Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP, no qual a companhia encaminha questionamentos formulados pela Presidente do Conselho de Representantes dos Empregados acerca do tratamento jurídico a ser dado a referido órgão, bem como sobre a eleição e mandato de seus conselheiros, à luz da edição da Lei federal n.º 13.249/2017, da Lei federal n.º 13.467/2017 (“reforma trabalhista”) e da Lei federal n.º 13.303/2016 (“LRE”).
2. A PRODESP solicita, por meio do expediente, o pronunciamento desta Instituição sobre as questões colocadas (fl. 02).
3. Transcrevo abaixo as sete indagações dirigidas à Assessoria Jurídica da PRODESP pelo Conselho de Representantes dos Empregados (“CRE”) (fl. 03):

“1. O CRE precisa se adequar à nova CLT?

2. O Conselho de Representantes dos Empregados (situação Prodesp) é igual à Co-

missão de Representantes dos Empregados (CLT)? A Comissão é uma célula da empresa, diferente do atual CRE?

3. Como fica o mandato da atual gestão (vigência abr/2017 a abr/2019) em relação à nova gestão dos administradores da Prodesp (abril/2018 a abril/2020)? É possível a prorrogação por mais um ano do mandato dos Conselheiros, a exemplo dos administradores da Prodesp em 2017?

4. Qual o prazo para esta adequação?

5. Todos os requisitos do artigo 17 da Lei 13.303/2016 são aplicáveis à eleição do Representante dos Empregados?

6. Pode haver um RE para a Empresa e um RE para o Conselho de Administração?

7. Qual o órgão externo competente para conhecer e dirimir estas questões?”

4. Consta de fls. 04/09 do expediente o Estatuto do Conselho de Representantes dos Empregados da PRODESP.

5. A Assessoria Jurídica da PRODESP proferiu o Parecer PAJ n.º 115/2018 (fls. 10/19), tendo em conta as alterações trazidas pela reforma trabalhista. Tal Parecer concluiu que “o CRE [...] submete-se, no que couber, às regras estipuladas na CLT, pois lei federal válida e plenamente em vigor” (fl. 13), ressaltando ainda que “o CRE deve promover as adequações de seu estatuto, para fiel observância da nova redação da CLT, o quanto antes possível” (fl. 18). Por fim, em resposta à pergunta de número 6, entendeu o Parecer de forma negativa, eis que “fica nítida a intenção do legislador de que a comissão de representação dos empregados exerça ambas as atribuições” (fl. 18).

6. Na sequência, a Assessoria Jurídica da PRODESP proferiu o Parecer PAJ n.º 135/2018 (fls. 20/24), com enfoque nas questões societárias. Tal peça opinativa entendeu que não seria possível a prorrogação do mandato do representante dos empregados no Conselho de Administração, devendo os empregados elegerem novo representante antes da Assembleia Geral Ordinária então convocada para o dia 16 de abril de 2018 (fl. 22). O Parecer opinou, ainda, pela aplicação dos requisitos do artigo 17 da Lei federal n.º 13.303/2016 ao membro do Conselho de Administração representante dos empregados (fls. 22/23) e pela competência da Procuradoria-Geral do Estado para dirimir as dúvidas suscitadas (fl. 24).

7. Referidos Pareceres foram aprovados pela Cota PAJ n.º 362/2018 (fls.

25/27), que ressaltou que o membro do Conselho de Administração representante dos empregados tem os mesmos direitos e deveres dos demais conselheiros, sendo-lhe devida inclusive a remuneração pertinente (“jeton”).

8. O expediente traz ainda cópia da Lei federal n.º 12.353/2010¹ (fl. 28); da Manifestação GPG-CEF n.º 49/2012, com seus respectivos despachos de aprovação (fls. 29/50); e do Parecer PA n.º 58/2008 (fls. 51/56), com seus anexos (fls. 57/64) e respectivos despachos de aprovação (fls. 65/69).

É o relatório. Passo a responder às questões formuladas.

“1. O CRE precisa se adequar à nova CLT?”

“2. O Conselho de Representantes dos Empregados (situação Prodesp) é igual à Comissão de Representantes do Empregado (CLT)? A Comissão é uma célula da empresa, diferente do atual CRE?”

9. O Estatuto do Conselho de Representantes dos Empregados da PRO-DESP (fls. 04/09) traz disposições que atualmente conflitam com a Lei federal n.º 13.303/2006 e com o modelo de comissão de representação dos empregados estabelecido pela Lei federal n.º 13.467/2017, que incluiu os artigos 510-A a 510-D na Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”).

10. Em primeiro lugar, tal Estatuto deve ser reformulado nas partes em que disciplina o representante dos empregados no Conselho de Administração da companhia. A LRE, em seu artigo 19, garante a participação de representante dos empregados no órgão, e o artigo 17 de referida lei prevê os requisitos e impedimentos que devem ser preenchidos para tal. O Estatuto do CRE, por sua vez, estabelece que os empregados elegerão por voto direto, dentre os conselheiros eleitos para o CRE, o representante que acumulará as funções de Presidente do CRE e de representante dos empregados no Conselho de Administração da empresa (artigo 6º do Estatuto), sendo que os requisitos para a candidatura vêm previstos no artigo 10 do Estatuto.

11. Considerando a incompatibilidade entre os requisitos previstos em lei e no

1 Dispõe sobre a participação de empregados nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e dá outras providências.

Estatuto do CRE para a elegibilidade do representante dos empregados no Conselho de Administração, devem prevalecer as prescrições legais aplicáveis, em detrimento do Estatuto ora vigente.

12. Já no que toca à comparação entre as disposições do Título IV-A da CLT e do Estatuto do atual CRE, vejamos.

13. A princípio, seria possível imaginar que o CRE poderia subsistir em sua presente configuração, não havendo uma obrigatoriedade de adaptação às novas regras da CLT, em possível coexistência de um conselho já existente na companhia, e de uma comissão a ser instituída em obediência aos ditames da reforma trabalhista.

14. No entanto, cotejando as atribuições legais conferidas pela CLT à comissão de representantes e as atribuições prescritas pelo Estatuto ao atual CRE, vê-se que existe uma sobreposição relevante de funções, especialmente a função de representar os empregados perante a administração da empresa.

15. Considerando-se que a nova regra legal atribui tal competência à comissão de representantes dos empregados, entendo que tal função não deve permanecer em órgão diverso do legalmente previsto. Tal situação acaba por gerar o esvaziamento das funções do CRE. Ainda que assim não fosse, a coexistência do CRE e da comissão legalmente estabelecida inevitavelmente resultaria em frequentes conflitos de competências, sendo que as competências deferidas pela lei à comissão deverão então ser prestigiadas.

16. Face ao exposto, quer parecer que a coexistência de dois órgãos de representação dos empregados, com regimes bastante distintos (no que toca aos critérios de elegibilidade, ao número de membros, ao modo de funcionamento, etc.) não se apresenta viável na prática.

17. Recomenda-se, portanto, a adequação do órgão de representação dos empregados na companhia aos termos estabelecidos pela reforma trabalhista e pela LRE.

“3. Como fica o mandato da atual gestão (vigência abr/2017 a abr/2019) em relação à nova gestão dos administradores da Prodesp (abril/2018 a abril/2020)? É possível a prorrogação por mais um ano do mandato dos Conselheiros, a exemplo dos administradores da Prodesp em 2017?”

18. O Estatuto do CRE determina, em seu artigo 12, que a duração do mandato dos membros do CRE será de 24 (vinte e quatro) meses, coincidente com o mandato dos membros do Conselho de Administração da companhia.

19. Considerando-se o atual descompasso entre os mandatos dos membros do CRE e do Conselho de Administração, entendo que a possibilidade de prorrogação dos mandatos dos membros do CRE poderia ser deliberada em Assembleia Geral dos Empregados da PRODESP, nos termos do artigo 28 do Estatuto, que prescreve que tal Assembleia tem poderes para decidir sobre todos os assuntos pertinentes ao CRE, inclusive sobre a duração de seus mandatos.

20. No entanto, face à recomendação de adaptação realizada na resposta anterior, quer parecer que a resposta a este item fica prejudicada.

21. De toda sorte, ressalva-se que especificamente o mandato do representante dos empregados no Conselho de Administração da companhia sujeita-se às novas normas da LRE e ao Estatuto Social da PRODESP, que não podem ser contrariados pelo quanto estabelecido no Estatuto do CRE. Assim, o novo representante dos empregados no Conselho de Administração deveria ter sido eleito em abril de 2018, junto com os demais administradores eleitos, para um mandato unificado de 2 (dois) anos.

22. Caso tal representante dos empregados para o Conselho de Administração não tenha sido eleito em abril de 2018, pode ser eleito agora para completar o mandato unificado com os demais administradores, em atenção ao Estatuto Social da PRODESP (artigo 8º).

“4. Qual o prazo para esta adequação?”

23. Tendo em vista que tanto a LRE quanto as normas da reforma trabalhista encontram-se em vigor, as adequações necessárias devem ser realizadas desde já, com a maior brevidade possível.

“5. Todos os requisitos do artigo 17 da Lei 13.303/2016 são aplicáveis à eleição do Representante dos Empregados?”

24. O representante dos empregados no Conselho de Administração da companhia é um conselheiro com os mesmos direitos e deveres dos demais (inclusive com relação ao recebimento da remuneração – “jeton” – fixada em Assembleia Geral de Acionistas), e deve atender às prescrições legais aplicáveis a todos os membros de tal órgão.

25. Dessa forma, para que seja elegível, o representante dos empregados deve cumprir com todos os requisitos e impedimentos previstos no artigo 17 da LRE, ressaltando-se que o §5º do artigo em questão possibilita a dispensa dos requisitos previstos no inciso I do *caput*, no caso de indicação de empregado que cumpra com os quesitos ali especificados.

26. Demais disso, reporto-me ao quanto já exposto na resposta às questões 1 e 2, sobre os requisitos para a elegibilidade do representante dos empregados no Conselho de Administração - em vista da incompatibilidade entre os requisitos ora previstos em lei e os requisitos constantes do Estatuto do CRE, devem prevalecer as prescrições legais aplicáveis, em detrimento do Estatuto ora vigente, que deve ser reformulado nessa parte.

“6. Pode haver um RE para a Empresa e um RE para o Conselho de Administração?”

27. Entendo que sim. Conforme já explicitado, o representante dos empregados no Conselho de Administração deverá ser eleito segundo as condições prescritas pela LRE e pelo Estatuto Social da PRODESP, e será um membro de tal órgão, com as mesmas prerrogativas e deveres dos demais conselheiros de administração na gestão da companhia. Suas competências vêm previstas na LRE, na Lei federal n.º 6.404/1976 e no Estatuto Social da PRODESP.

28. Por outro lado, deve haver uma comissão de representantes dos empregados que os represente perante a administração da empresa (dentre outras atribuições), conforme estabelecido pela reforma trabalhista.

29. Entendo que representar os empregados perante a administração da empresa é diferente de integrar a administração da empresa (caso do empregado membro do Conselho de Administração).

30. Dessa forma, quer parecer que o membro do Conselho de Administração

que é eleito pelos empregados não precisa necessariamente integrar a comissão de representantes dos empregados.

31. De outro lado, não há uma vedação legal expressa a que o empregado eleito para a comissão de representantes dos empregados também seja indicado pelos empregados para integrar o Conselho de Administração, uma vez preenchidos os requisitos legais. Nesse caso, a cumulação de funções deve ser disciplinada pelo estatuto ou regimento interno da comissão de representantes dos empregados, observando-se as normas do Regimento Interno do Conselho de Administração da companhia.

32. Para a hipótese de acumulação, aponto algumas cautelas que devem ser observadas.

33. Em primeiro lugar, caso a mesma pessoa seja eleita para ambas as funções, deve evitar o conflito de interesses no desempenho de cada uma delas.

34. Nesse particular, o Estatuto do CRE traz disposições que podem, em tese, levar a situações de conflitos de interesses entre a função de representante dos empregados e a de administrador da companhia (ainda que indicado pela classe), as quais devem ser ajustadas (caso do artigo 9º, inciso V, por exemplo). Por outro lado, o artigo 4º, parágrafo único, do Estatuto resguarda o dever de lealdade do representante dos empregados no Conselho de Administração, ao afirmar que *“no que diz respeito às informações e documentos a que tiver acesso, em virtude de sua participação nas reuniões do colegiado mencionado no caput deste artigo, o Representante dos Empregados (RE) deverá atender aos mesmos deveres de lealdade à Companhia e reserva e sigilo sobre negócios, que a lei determina aos administradores”*.

35. Há que se observar, ainda, que o membro do Conselho de Administração tem mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução, nos termos do artigo 9º do Estatuto Social da PRODESP, sendo que a forma de sua eleição está disciplinada no Estatuto Social e no Regimento Interno do Conselho de Administração.

36. Por sua vez, o membro da comissão de representantes dos empregados tem mandato de 1 (um) ano, vedada a recondução, conforme o artigo 510-D da CLT, sendo que o artigo 510-C disciplina a forma de eleição dos integrantes desta comissão.

37. Ou seja, é possível a cumulação de funções apenas por 1 (um) ano (prazo do mandato da comissão de representantes), desde que a mesma pessoa seja eleita

para as duas funções diferentes, segundo os procedimentos de eleição previstos para cada uma destas posições.

38. Em suma, uma vez eleita a comissão de representantes dos empregados prevista pela CLT, nada obsta a que um dos membros eleitos seja indicado para o Conselho de Administração, desde que cumpra com os requisitos previstos em lei. Igualmente, nada obsta a que o administrador representante dos empregados seja posteriormente eleito para a comissão de representantes, respeitados os critérios de elegibilidade e os prazos de mandato de cada posição.

39. Caberá ao estatuto ou ao regimento interno da comissão de representantes dos empregados disciplinar tais questões (em harmonia com o disposto no Regimento Interno do Conselho de Administração), com atenção inclusive para as situações de substituição por suplente e de perda de mandato que, a meu ver, devem ser disciplinadas de forma independente para cada uma das posições em questão.

“7. Qual o órgão externo competente para conhecer e dirimir estas questões?”

40. O artigo 101 da Constituição estadual de 1989 prevê que “vinculam-se à Procuradoria-Geral do Estado, para fins de atuação uniforme e coordenada, os órgãos jurídicos das universidades públicas estaduais, das empresas públicas, das sociedades de economia mista sob controle do Estado, pela sua Administração centralizada ou descentralizada, e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.

41. A Lei complementar estadual n.º 1.270/2015 (Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo), em seus artigos 3º, inciso XIX, e 9º, inciso III e §§ 1º e 2º, bem como a Resolução PGE-22, de 12-11-2015, disciplinam o mencionado comando constitucional, atribuindo à Assessoria de Empresas e Fundações, órgão integrante do Gabinete do Procurador Geral, as funções de (i) fornecer orientação e apoio técnico, com vistas à especialização e à uniformização de teses e de procedimentos, e de (ii) responder às consultas que envolvam questões afetas à atuação das empresas estatais, observada a orientação jurídica vigente na Procuradoria-Geral do Estado, dentre outras.

42. Dessa forma, compete a esta Assessoria de Empresas e Fundações manifestar-se sobre as questões colocadas neste expediente.

É o parecer, que submeto à consideração superior.

GPG, 27 de setembro de 2018.

LAURA BARACAT BEDICKS

Procuradora do Estado

PROCESSO N.º 18487-286273/2018

INTERESSADO: COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DE SÃO PAULO - PRODESP

ASSUNTO: ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. EMPRESA ESTATAL. Dúvidas formuladas pela Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo - PRODESP a respeito do tratamento jurídico a ser dado ao Conselho de Representantes dos Empregados no âmbito da companhia, face à edição da Lei federal n.º 13.249/2017, da Lei federal n.º 13.467/2017 e da Lei federal n.º 13.303/2016. Resposta à consulta.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, o Parecer AEF n.º 16/2018.

2. Restitua-se o expediente à Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo - PRODESP.

GPG, 27 de setembro de 2018.

CAMILA ROCHA CUNHA VIANA

Procuradora do Estado Assistente respondendo pela coordenação da
Assessoria de Empresas e Fundações

DOUTRINA

TAX GAP: EFICIÊNCIA DA
ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA,
AUMENTO DA ARRECAÇÃO E
REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA
NOMINAL

Thiago Oliveira de Matos

TAX GAP: EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, AUMENTO DA ARRECADAÇÃO E REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA NOMINAL

THIAGO OLIVEIRA DE MATOS¹

RESUMO

O presente ensaio tem por escopo promover a reflexão sobre relevância da administração tributária em sua atividade arrecadatória e seu papel na redução da diferença entre as cargas tributárias nominal e a efetiva (*tax gap*), bem como na minoração da carga nominal da tributação e no equilíbrio do sistema tributário para a distribuição justa dos ônus fiscais.

Palavras-chave: Administração tributária. *Tax gap*. Eficiência administrativa. Justiça fiscal. Ônus tributários. Carga tributária. Gasto público. Despesa pública.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As reflexões acerca da carga tributária, especialmente no Brasil, tendem a considerar preponderantemente o gasto público para explicar os níveis dos encargos tributários, suas distorções ou justificações. É assente a ideia de que a diminuição da carga de tributos está diretamente condicionada à redução dos gastos públicos, raciocínio que não se ignora correto considerando-se a lógica simples de relação entre receitas e despesas em dado orçamento: quanto maior a despesa mais recursos são necessários para supri-la.

E o gasto público, nesse enfoque, costuma ser analisado sob dois aspectos principais: de um lado o aumento relevante das necessidades sociais, a justificar maiores dispêndios dos Estados, em especial os realizadores de políticas sociais em maior escala, e de outro o mau emprego da verba pública em razão de decisões atécnicas, ou mesmo de práticas irregulares, por parte de administradores.

Acentuando o problema dos gastos públicos em cenários de administrações ineficientes, identificam-se gestores do erário que, mesmo visando atingir finalidade estatal legítima em suas ações, não raro tomam suas decisões ignorando práticas

1 Mestrando profissional em Direito Tributário na FGV/SP.

e critérios que se pautem pela “eficácia de custo” (ou eficiência), representada pela oferta do maior bem-estar alcançável num determinado contexto aliado aos menores custos possíveis, como ensinam MAXIMIANO e NOHARA.²

Os gastos públicos, sem dúvidas, são um fator determinante para a compreensão dos níveis de carga tributária no mundo, com atenção particular voltada aos países em desenvolvimento e, sobretudo, àqueles que apresentam altos índices de corrupção e administrações públicas pouco eficientes.

No entanto, afora os problemas relacionados aos gastos estatais, outro elemento, não menos importante, deve ser considerado para a compreensão e o questionamento dos níveis de carga tributária numa determinada sociedade, muitas vezes relegado a um segundo plano de importância, qual seja, a eficiência das administrações tributárias na atividade arrecadatória.

A administração tributária, prevista no Título IV do Código Tributário Nacional (artigos 194 e seguintes), é reconhecida, dentre outras funções essenciais, por fiscalizar e arrecadar tributos, “de suma importância para a Fazenda Pública, visto que a receita tributária representa a maior fonte regular de receita”, nas palavras de HARADA³, sendo a atividade arrecadatória, quando eficiente, fator determinante para os ajustes da carga tributária em dada economia.

E a afirmação de que a o aumento dos índices de arrecadação influi diretamente na carga tributária nominal impõe demonstração a partir das seguintes indagações: Carga tributária e arrecadação não são elementos conexos e diretamente proporcionais? Maior carga tributária não significa necessariamente maiores índices de arrecadação? De que modo a arrecadação eficiente pode contribuir para a redução da carga tributária nominal?

2. CARGA TRIBUTÁRIA NOMINAL X CARGA TRIBUTÁRIA EFETIVA

Para responder às indagações acima é preciso, antes de mais nada, distinguir a carga tributária chamada nominal da denominada carga tributária efetiva. Na lição

2 MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. *Gestão pública: abordagem integrada da administração e do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 243.

3 HARADA, Kyioshi. *Direito financeiro e tributário*. 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 677.

de MACIEL⁴, a carga tributária nominal, também conhecida como legal, é a prevista na legislação instituidora dos tributos. Já a carga tributária efetiva é o resultado real da arrecadação. Na primeira tem-se a hipótese normativa tributária, enquanto na segunda estão considerados os fatos tributários concretos subsumidos à legislação fiscal e geradores efetivos de receita pública.

Tal distinção conceitual revela que na dinâmica das relações tributárias é natural, e esperado, que a dimensão da tributação nominal nem sempre corresponda à da tributação efetiva, concluindo-se pela existência de uma diferença, um hiato, entre o que se arrecada efetivamente e que se poderia arrecadar conforme a previsão normativa. A essa diferença chama-se *tax gap*. Para MACIEL, a diferença entre a carga tributária nominal e a efetiva denomina-se evasão fiscal, e “seu enfrentamento consiste, em última análise, em um dos principais focos da administração tributária”.

3. NEM SEMPRE ALTAS CARGAS TRIBUTÁRIAS NOMINAIS REPRESENTAM ALTOS ÍNDICES DE ARRECADAÇÃO

Crer que quanto maior a quantidade de tributos, o percentual de suas alíquotas, o número de contribuintes potenciais ou a diversidade de bases econômicas tributáveis, maior será a receita efetiva vertida aos cofres públicos é um equívoco. Uma carga tributária nominal alta nem sempre corresponderá ao aumento de receitas ou à expectativa dos níveis de carga efetiva. Além disso, a majoração da carga tributária isoladamente considerada, desacompanhada de medidas outras que possam estimular ou garantir a arrecadação, tende a potencializar os índices de *tax gap*, já que elevado apenas um dos fatores da relação dinâmica existente entre a previsão fiscal orçamentária e os recursos de fato auferidos pelo ente tributante.

Se a carga tributária nominal aumenta em decorrência da atividade normativa, mas o cenário econômico-social sobre o qual incidem os tributos criados ou majorados não sofre estímulo algum para corresponder à expectativa abstrata da legislação, a diferença entre o que se poderia arrecadar, de acordo com a norma, e o que se arrecada de fato, reflexo do comportamento dos contribuintes, tende também a aumentar, elevando os percentuais do *tax gap*.

Desse modo, uma vez que para fins de avaliação do equilíbrio entre receitas

4 MACIEL, Everardo. Tópicos de administração tributária. In VASCONCELLOS, Roberto França de (coord.). Política fiscal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 397.

públicas e gastos estatais não se considera propriamente a carga tributária nominal, mas sim a efetiva arrecadação, representativa dos recursos à disposição do Estado para fazer frente às suas despesas, em caráter vinculado ou não, as atenções naturalmente voltam-se para a eficiência das administrações tributárias, responsáveis pela execução e aplicação da legislação fiscal com vistas à realização de sua função arrecadatória. Ao lado de outros fatores, a majoração da carga tributária efetiva é substancialmente produto da atividade das administrações fiscais. Nas palavras de MACIEL⁵:

A redução da evasão fiscal decorre de uma combinação de fatores como grau de civilidade dos contribuintes, eficiência da máquina arrecadadora, rigor das penalidades fiscais, simplificação da legislação tributária, forma da extração fiscal adotada etc. (grifamos)

LEMOS⁶, fazendo menção ao Manual de Controle Interno das Administrações Tributárias, destaca, além da vocação arrecadatória tradicional reconhecida nas administrações tributárias, as funções de gestão, regularização ou fiscalização, arrecadação executiva (coercitiva), assessoramento ao contribuinte, apoio e análise, revelando, desse modo, a complexidade e a diversidade das atribuições confiadas ao Fisco.

Realçando o papel fundamental das administrações fiscais na construção de um sistema tributário equilibrado e eficaz, sendo uma de suas características o aprimoramento da arrecadação, afirma DERZI⁷ que com vistas ao alcance desse escopo “(...) a participação ativa da administração tributária não é apenas útil, mas imprescindível na busca da eficiência, racionalidade legislativa e prática, assim como da justiça tributária”.

E não se pode afastar da atividade arrecadatória exercida pelas Administrações

5 MACIEL, Everardo. Tópicos de administração tributária. In VASCONCELLOS, Roberto França de (coord.). *Política fiscal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 398.

6 LEMOS, Igor. Considerações sobre as estruturas das administrações tributárias brasileiras. In MACEDO, Alberto; AGUIRREZÁBAL, Rafael; PINTO, Sérgio Luiz M.; ARAÚJO, Wilson José de (coord.). *Gestão tributária municipal e tributos municipais*. Vol. VI. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 325-326.

7 DERZI, Misael Abreu Machado. O relevante papel das administrações tributárias – experiência e informações – nas reformas e aperfeiçoamentos contínuos das legislações tributárias. In MACEDO, Alberto; AGUIRREZÁBAL,

Rafael; PINTO, Sérgio Luiz M.; ARAÚJO, Wilson José de (coord.). *Gestão tributária municipal e tributos municipais*. Vol. VI. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 37. ,

tributárias a noção de justiça fiscal, inerente ao aspecto da incidência efetiva e isonômica da legislação sobre aqueles que devem recolher os tributos normativamente previstos. Nessa faceta da justiça fiscal, atrelada à isonomia, a ineficiência da administração tributária tende a propiciar um vácuo de incidência da legislação fiscal, permitindo que um grupo de destinatários das normas tributárias não seja alcançado efetivamente, onerando, assim, de forma desigual, a parcela de contribuintes que arcam, de fato, com os encargos fiscais.

Destaca-se nesse quadro um dos reflexos-*causa* do *tax gap*, indicativo de que a ineficiência da atividade arrecadatória reduz a implementação da carga tributária efetiva, distando-a da nominal e aumentando o hiato entre ambas, o que, dentre outros fatores, repercute diretamente nos níveis de recursos disponíveis para o suprimento dos gastos públicos, induzindo a uma pressão sobre a obtenção de mais receitas, que acaba por se traduzir, não raro, em medidas normativas de majoração da carga tributária nominal, potencializando mais uma vez o *tax gap* e impondo uma sobre carga àqueles que cumprem, regularmente, com suas obrigações fiscais.

Nesse contexto, torna-se racionalmente difícil suplantar o questionamento acerca da justiça da tributação, no plano normativo, ante a desigualdade de sua incidência fática, quadro que pode incentivar comportamentos contrários à sujeição tributária não resistida por parte de contribuintes outrora cumpridores de suas obrigações fiscais, acentuando, por mais essa razão, o *tax gap*, e potencializando as perdas sociais pela carência de recursos disponíveis no orçamento estatal. Essa realidade ratifica a relevância central do papel das administrações tributárias como agentes redutores das mencionadas distorções por meio da eficiência arrecadatória.

Ainda sobre a importância da eficiência arrecadatória associada à redução do hiato tributário, retomando-se a dinâmica da relação entre receita e despesa e reconhecendo-se que quanto maiores as necessidades sociais em que se fundam os gastos públicos mais recursos serão necessários para o equilíbrio orçamentário, especialmente advindos da tributação, bem como tendo-se em vista que a solução comumente eleita pelo administrador-legislador para essa realidade é, mormente, a criação ou a majoração de tributos, põe-se a derradeira indagação, a fim de se considerar como arrecadar mais poderia, pragmaticamente, contribuir para a estabilização, ou o mesmo a redução, da carga tributária nominal.

Pensamos que antes de uma alteração majorante da carga tributária nominal, seja pela criação de tributos, aumento de alíquotas ou da abrangência das bases

econômicas de incidência, a **capacidade ociosa de arrecadação** deve ser analisada. Para se cogitar de uma alteração legislativa nesse sentido, deve haver a precedência de uma averiguação efetiva da eficiência das administrações tributárias, em seu viés arrecadatário, notadamente sobre: a eficácia das políticas e programas fiscais com base na legislação vigente; os métodos de abordagem dos contribuintes, identificando-se seus diversos perfis; os sistemas de cobrança administrativa e judicial; os custos da Administração tributária comparados ao retorno de sua atuação; as deficiências e possibilidades de aprimoramento dos meios de combate à sonegação fiscal, distorcivas da repartição dos ônus da tributação, entre outros.

Aumentando-se a eficiência das administrações tributárias e potencializando-se sua atividade arrecadatária, o resultado será o implemento da carga tributária efetiva, ou seja, haverá maior volume de recursos ingressados nos cofres públicos, o que propiciará aos Estados melhores condições de fazerem frente às suas despesas e equilibrar seus orçamentos, diminuindo, controlando ou mesmo superando o déficit. Desse modo, em razão da melhor distribuição dos encargos da tributação, também não se faria imprescindível a majoração da carga tributária nominal, medida que tende a reduzir ainda mais o bem-estar daqueles que já arcam com os ônus financeiros decorrentes dos tributos, potencializando um estado de injustiça e desigualdade de incidência fiscal.

Além de frear o aumento da carga tributária nominal, pode a maior efetividade das administrações tributárias em sua tarefa arrecadatária concorrer para sua redução e, conseqüentemente, para a minoração dos índices de *tax gap*, diminuindo a distância entre a tributação efetiva e a nominal por dupla incidência: implementação efetiva de recursos, de um lado, e redução do espectro tributário abstratamente previsto na legislação de outro. É o que considera MACIEL (p. 397), para quem “aumentos consistentes de receitas, obtidos em virtude de uma maior eficiência do aparelho arrecadador, pode ser um sólido pretexto para reduzir a carga tributária”.

4. CONCLUSÕES

É verdade que a identificação dos contornos da capacidade ociosa da arrecadação, decorrente das necessidades de aprimoramento das administrações tributárias, demanda um estudo pontual – mas possível – destinado à apreensão de sua dimensão e carências, não se ignorando que a eficiência arrecadatária, por si só, não é capaz de revolucionar os sistemas tributários para a consolidação plena

do equilíbrio da carga tributária e da justiça fiscal. Outros fatores podem, e devem, estar associados à eficiência arrecadatória para que um modelo ótimo de tributação se verifique, variando tais fatores de acordo com o tipo de sociedade analisada, sua economia, a consciência e civilidade dos contribuintes etc.

No entanto, parece também evidente que a eficiência das Administrações tributárias, em suas variadas facetas, dentre elas a arrecadatória, revela-se como fator central e imprescindível para a construção de um sistema de tributação mais equilibrado e justo, com menores índices de evasão e melhores resultados para a realização dos fins sociais dos Estados.

BIBLIOGRAFIA

HARADA, Kyioshi. **Direito financeiro e tributário**. 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LEMONS, Igor. Considerações sobre as estruturas das administrações tributárias brasileiras. *In* MACEDO, Alberto; AGUIRREZÁBAL, Rafael; PINTO, Sérgio Luiz M.; ARAÚJO, Wilson José de (coord.). **Gestão tributária municipal e tributos municipais**. Vol. VI. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

DERZI, Misael Abreu Machado. O relevante papel das administrações tributárias – experiência e informações – nas reformas e aperfeiçoamentos contínuos das legislações tributárias. *In* MACEDO, Alberto; AGUIRREZÁBAL, Rafael; PINTO, Sérgio Luiz M.; ARAÚJO, Wilson José de (coord.). **Gestão tributária municipal e tributos municipais**. Vol. VI. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão pública: abordagem integrada da administração e do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

MACIEL, Everardo. Tópicos de administração tributária. *In* VASCONCELLOS, Roberto França de (coord.). **Política fiscal**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ISSN 2237-4515



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