

**REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL DO
ESTADO**



GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Centro de Estudos Jurídicos

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

R.PGE	Manaus	a.24	nº. 31	2008
--------------	---------------	-------------	---------------	-------------

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Rua Emílio Moreira, 1308 - Praça 14 de Janeiro
69020-040 Manaus-AM Fone: (92) 3622-3904

Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos:
SUELY XAVIER LIMA

Apoio Administrativo e Informática:
ISLENE BOTELHO BARROSO / RAIMUNDA FREITAS

Comissão Editorial:
SUELY XAVIER LIMA - Procuradora do Estado
HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA - Procuradora do Estado
ROBERTA F. DE ANDRADE MOTA - Procuradora do Estado
RÔMULO DE S. CARPINTEIRO PERES - Procurador do Estado

Comissão de Revisão:
MARIA TEREZA SERRÃO DE SOUSA - Bibliotecária
MARIA RITTA SOARES CAVALCANTE - Bibliotecária

Os artigos assinados não representam necessariamente a opinião da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas. A transcrição de matérias contidas na Revista da Procuradoria Geral do Estado só será permitida com citação da fonte.

Tiragem deste número: 500 exemplares

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.
Manaus, Procuradoria Geral do Estado, Centro de Estudos Jurídicos, 1983-

ISSN 1807-9261
1983-2007 (1-31)

D.Q.C. 340.05



**GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

CARLOS EDUARDO DE SOUZA BRAGA
Governador do Estado do Amazonas

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
Subprocurador-Geral do Estado

PROCURADORES DO ESTADO EM 2008

1ª CLASSE:

- 1 - Adriane Simões Assayag Ribeiro
- 2 - Aldemar Augusto Araújo Jorge de Salles
- 3 - Alzira Farias Almeida da Fonseca de Goes
- 4 - Ana Eunice Carneiro Alves
- 5 - Carlos Alberto de Moraes R. Filho
- 6 - Indra Mara dos Santos Bessa
- 7 - Jorge Henrique de Freitas Pinho
- 8 - Jose Sodré dos Santos
- 9 - Júlio Cezar Lima Brandão
- 10 - Leonardo Prestes Martins
- 11 - Lourenço dos Santos Pereira Braga
- 12 - Paulo José Gomes de Carvalho
- 13 - Roberta Ferreira de Andrade Mota
- 14 - Sandra Maria do Couto e Silva
- 15 - Sérgio Vieira Cardoso
- 16 - Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato
- 17 - Vitor Hugo Mota de Menezes

2ª CLASSE

- 1 - Alberto Bezerra de Melo
- 2 - Angela Beatriz Gonçalves Falcão de Oliveira Bastos
- 3 - Anna Karina Leão Brasil Salama
- 4 - Ellen Florêncio Santos Rocha
- 5 - Evandro Ezidro de Lima Regis
- 6 - Heloysa Simonetti Teixeira
- 7 - Leonardo de Borborema Blasch
- 8 - Luis Carlos de Paula e Sousa
- 9 - Marcelo Augusto Albuquerque da Cunha
- 10 - Maria Florência Silva Aiub
- 11 - Maria Hosana de Souza Monteiro
- 12 - Neusa Dídya Brandão Soares Pinheiro
- 13 - Onilda Abreu da Silva
- 14 - Patrícia Petruccelli Marinho
- 15 - Ronald de Sousa Carpinteiro Peres
- 16 - Ruth Ximenes de Sabóia
- 17 - Simonete Gomes Santos
- 18 - Suely Xavier Lima
- 19 - Yolanda Correa Pereira

3ª CLASSE

- 1- Abraham Nissim Benoliel
- 2 - Benedito Evaldo de Lima
- 3 - Carlos Alexandre Moreira de Carvalho M. de Matos
- 4 - Clara Maria Lindoso E Lima
- 5 - Cláudio Roberto Barbosa de Araújo
- 6 - Clóvis Smith Frota Júnior
- 7 - Eliana Leite Guedes
- 8 - Fábio Pereira Garcia dos Santos
- 9 - Glícia Pereira Braga
- 10 - Ingrid Khamylla Monteiro Ximenes de Souza
- 11 - Isabela Peres Russo Andrade
- 12 - Júlio César de Vasconcellos Assad
- 13 - Kalina Maddy Macêdo Cohen
- 12 - Karla Brito Novo
- 14 - Leila Maria Raposo Xavier Leite
- 15 - Luciana Araújo Paes
- 16 - Luciana Guimarães Pinheiro Vieira
- 17 - Marcello Henrique Soares Cipriano
- 18 - Rafael Albuquerque Gomes de Oliveira
- 19 - Raimundo Paulo dos Santos Neto
- 20 - Raquel Bentes de Souza do Nascimento
- 21 - Ricardo Antonio Rezende de Jesus
- 22 - Rômulo de Souza Carpinteiro Péres
- 23 - Tatianne Vieira Assayag
- 24 - Victor Fabian Soares Cipriano
- 25 - Vivien Medina Noronha
- 26 - Virgínia Nunes Bessa

PROCURADORES APOSENTADOS

Adson Sousa Limja
Alberto Guido Valério
Antônio Mendes do Carmo
Benedito de Jesus Azedo
Elson Rodrigues de Andrade
Eros Pereira da Silva
Fernando de Melo Collyer Cavalcante
Flávio Cordeiro Antony
Jacirema Santana Paes
Jaime Carvalho Arantes
Jaime Roberto Cabral Índio de Maués
Jari Vargas
João Bosco Dantas Nunes
José Bernardo Cabral
José das Graças Barros de Carvalho
José Martins de Araújo
Leonor do Carmo Mota Vila
Maria Beatriz de Jesus Pinto Martins
Miosótis Castelo Branco
Oldeney Sá Valente
Paulo Lobato Teixeira
Roosevelt Braga dos Santos
Sebastião David de Carvalho
Silvia Pucú Stephano
Vicente de Mendonça Junior
Wandira de Araújo Oliveira

SUMÁRIO

Apresentação	13
--------------------	----

PARECERES

- Parecer nº 202/08-PPE/PGE. Gratificação de Curso prevista na Lei nº 2.383/96. Requisitos para a percepção do benefício. Ana Eunice Carneiro Alves	15
- Parecer nº 96/08-PPE/PGE. Eleições municipais. Afastamento de servidor público candidato a mandato eletivo. Ana Eunice Carneiro Alves	20
- Parecer nº 240/08-PA/PGE. Consulta sobre a possibilidade de pagamento de diárias. Despesa oriunda de termo de convênio expirado. Glícia Pereira Braga e Silva	34
- Parecer nº 46/08-PA/PGE. Interpretação de lei. Forma de controle e supervisão das atividades da Amazonastur. Glícia Pereira Braga e Silva	43
- Parecer nº 125/08-PA/PGE. Alteração contratual. Acréscimo qualitativo de serviços. Percentual superior a 25%. Glícia Pereira Braga e Silva	52
- Parecer nº 239/08-PA/PGE. Pagamento ao contratado por serviços efetivamente prestados. Heloyza Simonetti Teixeira	82
- Parecer nº 19/08-PA/PGE. Cessão contratual em permissão de serviço público. Cessão de empresa contratada. Heloyza Simonetti Teixeira	92
- Parecer nº 30/08-PPIF/PGE. Concessão de domínio de terras públicas estaduais. Roberta Ferreira de Andrade Mota	115
- Parecer nº 39/08-PPIF/PGE. Retificação de título definitivo. Clara Maria Lindoso e Lima	130
- Parecer nº 41/08-PPIF/PGE. Desapropriação de imóvel, acessões e benfeitorias. Evandro Ezidro de Lima Regis	139

- Parecer nº 8/08-PROCONT/PGE. Lei de incentivos fiscais. Data do início da fruição do benefício. Adriane Simões Assayag Ribeiro	152
---	-----

TRABALHOS FORENSES

- Petição inicial de ação anulatória de ato administrativo. Clara Maria Lindoso e Lima	158
---	-----

- Petição inicial de ação anulatória de débito fiscal. Luciana Guimarães Pinheiro Veira	183
--	-----

- Contestação em ação anulatória de ato jurídico cumulada com reintegração de posse e indenização por danos morais. Roberta Ferreira de Andrade Mota	199
---	-----

- Petição inicial de intervenção de terceiro, na modalidade de oposição. Evandro Ezidro de Lima Regis	221
--	-----

- Recurso de agravo interno. Marcello Henrique Soares Cipriano	233
---	-----

- Contrarrazões de agravo de instrumento. Fábio Pereira Garcia dos Santos	247
--	-----

- Contrarrazões de agravo de instrumento. Adriane Simões Assayag Ribeiro	269
---	-----

- Contrarrazões de apelação. Marcello Henrique Soares Cipriano	283
---	-----

DOCTRINA

- Aspectos gerais do crédito público no Direito Brasileiro. Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	302
---	-----

- Notas sobre a proporcionalidade. Paulo Victor Vieira da Rocha	335
--	-----

PALESTRA

- Fiscalização dos termos de parceria celebrados com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS) pela Administração Pública. Heloyza Simonetti Teixeira	363
---	-----

APRESENTAÇÃO

A Revista da Procuradoria Geral do Estado chega ao Número 31 com esta edição. O inaugural foi editado em 1983, com proposta de circulação semestral que nem sempre foi cumprida. Em 1999, no entanto, já no Número 21, passou a circular anualmente e com regularidade absoluta.

Ao longo de sua existência, a RPGE se manteve fiel às finalidades que lhe foram traçadas. Assim, a publicação de pareceres e trabalhos forenses produzidos pelos Procuradores do Estado do Amazonas no desempenho das atribuições primaciais da Instituição *i. e.*, a prestação de assessoria em matéria de alta indagação jurídica aos órgãos e entidades do Poder Executivo, bem como aos Poderes Legislativo e Judiciário, e a representação judicial e extrajudicial do Estado tem propiciado o amplo conhecimento de suas posições e a uniformidade da conduta dos órgãos que compõem o Sistema de Apoio Jurídico da Administração Estadual. Mas o conteúdo da Revista não se limita a esses dois campos. Em verdade, ela também serve à divulgação do que aqui se faz em termos de doutrina, estimulando a pesquisa jurídica em relevantes temas.

Isso, pois, é o que se tem nas 382 páginas à frente, que a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas oferece aos órgãos e profissionais que integram a comunidade jurídica com o sentimento de estar prestando serviço público relevante.

Em novembro de 2009.

Frânio Lima
Procurador-Geral do Estado

PARECERES

PROCESSO Nº 4038/08-PGE

INTERESSADO: Sandra Maria Malheiros Daou

ASSUNTO: Servidora estatutária da SUSAM. Assistente Social. Solicitação de Gratificação de Curso.

PARECER Nº 202/08-PPE/PGE

SERVIDOR DA ÁREA DE SAÚDE. GRATIFICAÇÃO DE CURSO PREVISTA NA LEI Nº 2.383/96. REQUISITOS PARA A PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO.

- Para fazer jus à percepção da Gratificação de Curso prevista no inciso IV do artigo 3º da Lei nº 2.383/96, o servidor deve ser titular de cargo efetivo específico da área de saúde, pertencer ao Grupo Ocupacional Nível Superior e ter sido pós-graduado em Especializações, Mestrados ou Doutorados. Esses os requisitos estritamente legais.

- Além dessas condições, mais uma, decorrente do Princípio da Eficiência que rege a Administração Pública, deve ser atendida para que o servidor da área de saúde faça jus a receber a Gratificação de Curso prevista no artigo 3º da Lei nº 2.383/96: o curso freqüentado deve guardar relação com as atribuições do cargo ocupado pelo servidor.

- A Lei nº nº 3.251/08, ao fixar o valor da gratificação de produtividade de saúde dos servidores integrantes do Quadro de Pessoal Permanente do Sistema Estadual de Saúde, estabeleceu diferença remuneratória entre os cargos de nível superior da “área de saúde” e os

demais cargos de nível superior. Sendo assim, apenas os titulares de cargos privativos de profissionais de saúde podem ser considerados como o que a Lei denomina “área da saúde”.

Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto/Seção II:

Por meio do requerimento de fl. PGE-15, a Interessada, titular do cargo de Assistente Social do Quadro de Pessoal da SUSAM, solicita o pagamento da Gratificação de Curso prevista no inciso IV do artigo 3º da Lei nº 2.383/96, por haver concluído Pós-Graduação “Lato Sensu” em Saúde Pública (fls. PGE-6).

A Assessoria Jurídica da SUSAM, invocando o Parecer nº 159/08-PPE/PGE desta Especializada, manifestou-se pelo indeferimento do pedido, havendo solicitado, entretanto, a manifestação desta Casa sobre a situação particular da Interessada, qual seja, o fato de exercer cargo privativo de profissional de saúde e o curso concluído haver sido na área de saúde pública (fls. PGE-16/22).

É o Relatório.

Conforme referido pela SUSAM, esta PGE já firmou entendimento no sentido de que, para fazer jus à percepção da vantagem prevista no inciso IV do art. 3º da Lei nº 2.383/96, a Lei exige que o servidor seja titular de cargo efetivo da área de saúde, que pertença ao Grupo Ocupacional Nível Superior e que tenha sido pós-graduado em Especializações, Mestrados ou Doutorados. Restou definido, também, que além dessas condições, mais uma, decorrente do princípio da eficiência que rege a Administração Pública, deve ser atendida para que o servidor da área de saúde faça jus a receber a Gratificação de Curso prevista no artigo 3º da Lei nº 2.383/96: o curso freqüentado deve guardar relação com as atribuições do

cargo ocupado pelo servidor, uma vez que, ao instituir tal benefício, quis o legislador premiar financeiramente os servidores que buscam o aperfeiçoamento profissional e, conseqüentemente, a melhoria da qualidade das atividades desenvolvidas em função do cargo ocupado.

Pois bem: no caso concreto destes autos, a requerente titulariza o cargo de provimento efetivo de Assistente Social, cargo este privativo de profissional de saúde, com profissão regulamentada, de acordo com o que definiu a Resolução nº 287/98 do Conselho Nacional de Saúde. De se ressaltar, ainda, que por meio da Resolução nº 383/99, o Conselho Federal de Serviço Social, em razão do que estabeleceu a citada Resolução do CNS, decidiu por caracterizar o Assistente Social como profissional de saúde, vez que a tais profissionais atribui-se, enquanto assim caracterizado, a intervenção junto aos fenômenos sócio-culturais e econômicos que reduzam a eficácia dos programas de prestação de serviços nos níveis de promoção, proteção e/ou recuperação da saúde.

Neste sentido, os assistentes sociais vêm assumindo novas funções no setor, como participar do processo de gestão da saúde, atuar nos conselhos de saúde, na formulação, planejamento, monitoramento e avaliação da política, distanciando-se das antigas funções rotineiras e burocratizadas, restritas à execução de ações subsidiárias ao saber médico, inseridos, assim, no processo de trabalho em saúde, como agente de interação entre os níveis do Sistema Único de Saúde - SUS com as demais políticas sociais.

Pois bem: esta PGE definiu, também, no Parecer referido pela SUSAM, que em razão do que estabelece a legislação de regência da matéria, os servidores da área de saúde de nível superior a que se refere a Lei, são aqueles havidos como privativos de profissionais de saúde. Os demais, embora integrem o Sistema Estadual de Saúde, não podem ser considerados como tal.

No caso concreto, como já referido, a Interessada exerce o cargo efetivo de Assistente Social, cargo este que, por ser havido como profissional de saúde, inclui-se dentre os servidores da área da saúde.

Quanto ao curso concluído pela servidora -- Pós Graduação em Saúde Pública, embora assista razão à SUSAM na parte em que afirma não se tratar de Especialização em Serviço Social, não se pode negar, até mesmo pelo que restou dito anteriormente sobre a profissão em questão, que os conhecimentos adquiridos pela servidora guardam relação com as atribuições do cargo por ela exercido, podendo citar-se, como exemplo, as disciplinas de gestão estratégica em saúde pública, planejamento em saúde, saúde do trabalhador e sistemas comparados de saúde, dentre outras.

Dessa forma, considerando que ao instituir a Gratificação de Curso, quis o legislador premiar financeiramente os servidores que buscam o aperfeiçoamento profissional e, conseqüentemente, a melhoria da qualidade das atividades desenvolvidas em função do cargo ocupado, que o cargo que a servidora titulariza é havido como da “área de saúde”, tenho como preenchidos os requisitos legais, razão pela qual opino pelo **deferimento** do pedido.

É o Parecer.

**PROCURADORIA DO PESSOAL
ESTATUTÁRIO-PPE/PGE, em Manaus, 19 de agosto de
2008.**

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES

Procuradora-Chefe, em substituição

PROCESSO Nº 4.038/2008-PGE**Interessado:** Secretaria de Estado da Saúde-SUSAM**Assunto:** Solicitação de gratificação de curso (Sandra Maria Malheiros Daou).**DESPACHO**

APROVO o Parecer nº 202/08-PPE/PGE, da Procuradora-Chefe, em substituição, da Procuradoria do Pessoal Estatutário, Dra. Ana Eunice Carneiro Alves.

DEVOLVAM-SE os autos à SUSAM.

GABINETE DO SUBPROCURADOR-GERAL-ADJUNTO/SEÇÃO II, em exercício, Manaus, 21 de agosto de 2008.

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO

Subprocurador-Geral-Adjunto/Seção II, em exercício

PROCESSO Nº 1884/08-PGE**INTERESSADO: O Secretário de Estado de Saúde****ASSUNTO: Afastamento de servidor público candidato a mandato eletivo. Eleições municipais. Consulta.****PARECER Nº 096/08-PPE/PGE**

ELEIÇÕES MUNICIPAIS. AFASTAMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO CANDIDATO A MANDATO ELETIVO.

- O afastamento remunerado de servidor público, estatutário ou não, candidato a mandato eletivo será de três meses anteriores ao pleito (alínea I do inciso II do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90).

- A regra constante da alínea I do inciso II do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90 é aplicável a todos os servidores públicos efetivos, indistintamente, pouco importando o fato de estarem cumprindo estágio probatório.

- Nessa hipótese, afastado o servidor nos termos da LC nº 64/90, deverá ficar suspenso o estágio probatório, reiniciando-se o curso deste após o retorno ao exercício das funções do cargo de que é titular.

- O servidor titular de cargo efetivo que exerce, também, cargo em comissão, deve afastar-se deste último de forma definitiva. No que se refere ao cargo efetivo, faz jus ao afastamento remunerado.

- Tratando-se de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público o servidor não tem direito à remuneração, a significar que, em razão da natureza do regime a

que está submetido, o afastamento haverá de se dar em caráter definitivo.

- O inciso V do art. 73 da Lei nº 9.504/97 fala em *circunscrição do pleito* a indicar que, de eleição para Prefeito (e Vice) e Vereador, a referida regra não se dirige à Administração Estadual. Dessa forma, afastadas, no âmbito estadual, as proibições ali elencadas.

Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto/Seção II:

Tratam os autos de consulta formulada pelo Secretário de Estado de Saúde acerca do afastamento remunerado de servidores públicos estaduais candidatos a mandato eletivo no pleito municipal a ser realizado neste ano de 2008.

Indaga o ilustre Secretário:

*“1. Em relação ao pessoal **estatutário** que **não** exerce cargo comissionado ou função de confiança:*

*a) Qual o **prazo** legal para tais servidores se desincompatibilizarem?*

*b) A desincompatibilização deve ocorrer por meio de **afastamento remunerado**?*

*c) No caso de servidor público em estágio probatório, deverá ser **suspensa** a contagem do prazo do estágio probatório?*

*2. No tocante ao pessoal **estatutário** que **exerce** cargo comissionado ou função de confiança:*

*a) Qual o **prazo** legal para tais servidores se desincompatibilizarem?*

*b) Deve o **afastamento remunerado de tais servidores públicos estar condicionado à exoneração do cargo comissionado ou função de confiança**?*

3. Relativamente aos agentes públicos que exercem cargos

comissionados ou funções de confiança estaduais e, ao mesmo tempo, não possuem vínculo estatutário com o Poder Executivo Estadual (inclusive os servidores públicos cedidos por outros entes estatais):

- a) Qual o **prazo** legal para tais servidores se desincompatibilizarem?
- b) A desincompatibilização deve ocorrer pela via da **exoneração do cargo comissionado ou função de confiança estadual**?

4. No tocante ao pessoal vinculado ao **regime especial temporário (RET)**:

- a) Qual o **prazo legal** para tais agentes públicos se desincompatibilizarem?
- b) A desincompatibilização deve ocorrer pela via da **rescisão contratual**?

5. Em caso do servidor público que, **além** de titular de cargo de provimento efetivo (pessoal **estatutário**), possui **contrato** vinculado ao **regime especial temporário (RET)**:

- a) Qual o **prazo legal** para se desincompatibilizar?
- b) Deve o afastamento remunerado de tal servidor público estar **condicionado** à **rescisão** do contrato vinculado ao RET?

6. À luz do art. 73, V, da Lei nº 9.504/97, **está** a Administração Pública **proibida** de dispensar o agente público contratado pelo regime especial temporário (RET), **ainda que** a dispensa ocorra em face do **término** da vigência contratual?

7. Embora o art. 73, V, da Lei nº 9.504/97 explicitamente vede **apenas** a remoção **ex officio** - durante os 3 (três) meses antecedentes ao pleito eleitoral e até a posse dos eleitos -, a **interpretação finalística** e extensiva de tal dispositivo legal **incluiria** na referida proibição **também** os casos de remoção **a pedido** (como medida profilática

pautada pela impessoalidade e prudência, a poupar o gestor público de pressões, urdiduras e maledicências típicas do contexto político-eleitoral)?

É o relatório.

A Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, estabelece duas hipóteses de inelegibilidade para os servidores públicos que pretendam disputar mandato eletivo:

1. os que, até 6 (seis) meses antes da eleição, tiverem competência ou interesse, direto, indireto ou eventual, no lançamento, arrecadação ou fiscalização de impostos, taxas e contribuições de caráter obrigatório, inclusive parafiscais, ou para aplicar multas relacionadas com essas atividades e,
2. os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito.

De se ressaltar, por oportuno, que, nessa segunda hipótese e somente nela, a Lei confere ao servidor o direito à percepção dos vencimentos integrais do cargo efetivo de que seja titular.

A desincompatibilização é um ato voluntário, que consiste no afastamento de titulares de certos cargos públicos, com antecedência determinada por lei, a fim de poderem concorrer à eleição subsequente, evitando que se opere a inelegibilidade em função do cargo exercido pelo interessado com a sua candidatura. A desincompatibilização ocorre por meio do afastamento, que pode ser definitivo ou

não, sendo que neste último caso, o servidor tem assegurado o retorno às suas atividades funcionais, sendo eleito ou não.

A Lei Complementar nº 64/90 estabelece casos de inelegibilidade com o escopo, constitucionalmente enunciado, de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato e a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

No caso do servidor público em geral, a lei exige que o candidato se afaste do cargo ou emprego até três meses antes do pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais, para poder concorrer à Presidência ou Vice-Presidência da República, exigência que, por remissão expressa, se aplica também aos demais cargos eletivos (LC 64/90, art. 1º, II, I). Na hipótese de servidor público que tenha interesse direto, indireto ou eventual, no lançamento, arrecadação ou fiscalização de impostos, taxas e contribuições de caráter obrigatório, inclusive parafiscais, a Lei fixou o prazo de seis meses para o afastamento.

Sendo assim, visando a desincompatibilização a evitar que um candidato incorra em situação de inelegibilidade, não pode a Administração negar ao servidor público o direito ao afastamento de que cuida a Lei.

Quanto ao afastamento remunerado pelo prazo de três meses, necessário registrar o seguinte:

De acordo com a regra constante da alínea I do inciso II do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, o prazo para desincompatibilização do servidor candidato é o de três meses anteriores ao pleito, garantido ao servidor, nessa hipótese e somente nela, o direito à percepção integral dos vencimentos do cargo efetivo de que seja titular.

De se ressaltar, entretanto, que, para ser candidato, o servidor necessita ter seu nome aprovado na Convenção do Partido a que esteja filiado, bem como que sua candidatura seja registrada na Justiça Eleitoral.

Dessa forma, o servidor que se afastar nos três meses anteriores ao pleito, para não incidir na regra de inelegibilidade, faz jus à percepção dos vencimentos integrais de seu cargo efetivo durante o período de afastamento. Entretanto, de acordo com o que restou posto na Resolução nº 18.019-TSE, pode a Administração subordinar a continuidade do afastamento remunerado à prova, no termo do prazo respectivo, do registro da candidatura do servidor. Indeferido o registro, cessa o direito ao afastamento.

De outro lado, esta PGE já firmou entendimento no sentido de que a regra da alínea / do inciso II do art. 1º da LC nº 64/90 é aplicável a todos os servidores públicos, não se podendo deixar de incluir aqueles que estejam cumprindo estágio probatório, já que a situação fática dos servidores estáveis e não-estáveis é a mesma, ou seja, a garantia insculpida no texto da LC nº 64/90 é concedida ao cidadão em razão de sua situação de candidato, pouco importando o fato de estar cumprindo o estágio probatório.

Restou definido, também, que, afastado o servidor nos termos da LC nº 64/90, deverá ficar suspenso o estágio probatório, reiniciando-se o curso deste após o retorno do servidor ao exercício das funções do cargo de que é titular.

Diante de tudo o que foi dito até aqui, respondo às indagações constantes dos itens 1 e 2 da Consulta assim:

1. Pessoal estatutário que não exerce cargo comissionado ou função de confiança:

a) Qual o prazo legal para tais servidores se desincompatibilizarem? **03 meses anteriores ao pleito.**

b) A desincompatibilização deve ocorrer por meio de afastamento remunerado? **Sim, sendo possível ao administrador público, de acordo com o que dispõe a Resolução nº 18.019-TSE, subordinar a continuidade do afastamento remunerado à prova, no termo do prazo respectivo, do registro da candidatura do servidor.**

c) No caso de servidor público em estágio probatório, deverá ser **suspensa** a contagem do prazo do estágio probatório? **Sim, devendo constar, do ato que conceder o afastamento, a suspensão do estágio probatório, reiniciando-se o curso deste após o retorno do servidor ao exercício das funções do cargo de que é titular.**

2. Pessoal estatutário que exerce cargo comissionado ou função de confiança:

a) Qual o prazo legal para tais servidores se desincompatibilizarem? **03 meses anteriores ao pleito.**

b) Deve o afastamento remunerado de tais servidores públicos estar condicionado à exoneração do cargo comissionado ou função de confiança?

Cabe ressaltar, aqui, que os servidores efetivos que exercem cargo em comissão ou função de confiança, devem afastar-se, definitivamente, do exercício desse cargo ou função, 03 meses antes do pleito. Neste sentido é a jurisprudência do TSE:

“(...) Desincompatibilização. O candidato que exerce cargo em comissão deve afastar-se dele de forma definitiva no prazo de três meses antes do pleito. Art. 1º, III, I, da Lei Complementar no 64/90. (...)” (Ac. no 822, de 11.10.2004, rel. Min. Gilmar Mendes.)

No caso das eleições municipais a serem realizadas neste ano, a Administração deverá exonerar do cargo em comissão ou dispensar da função de confiança a partir do dia 05.07.08, aqueles servidores que pretendem concorrer ao mandato eletivo, cabendo ressaltar que não basta o protocolo do pedido do candidato na data limite e sim que o ato de exoneração ou dispensa seja publicado no Diário Oficial do Estado que circular até aquela data.

Exonerados dos cargos em comissão, os

servidores efetivos têm direito ao afastamento remunerado do cargo efetivo de que sejam titulares.

De se destacar, também que, para os agentes políticos investidos de *status* de autoridade pública em cujo conceito não se enquadram aqueles que não possuem efetivo poder de mando, de administração da coisa pública, não sejam responsáveis por execução orçamentária, departamento ou divisão de finanças e não exerçam cargos e funções que se poderia argumentar serem assemelhados aos elencados nos incisos e alíneas do artigo 1º da Lei de Inelegibilidades, a Lei estabeleceu um prazo maior (de 6 ou 4 meses, conforme seja candidato a Vereador ou a Prefeito, respectivamente) para que se exonerem de suas funções.

Assim, tratando-se de servidor público ocupante de cargos de chefia de escalões inferiores, este pode permanecer no exercício desses cargos até a data limite de 3 meses antes do pleito.

Deve, pois, a Administração observar, em relação ao prazo de afastamento, a exceção acima referida.

3. Relativamente aos *agentes públicos que exercem cargos comissionados ou funções de confiança estaduais e, ao mesmo tempo, não possuem vínculo estatutário com o Poder Executivo Estadual* (inclusive os servidores públicos cedidos por outros entes estatais):

a) Qual o prazo legal para tais servidores se desincompatibilizarem?

b) A desincompatibilização deve ocorrer pela via da exoneração do cargo comissionado ou função de confiança estadual?

Como já referido no item anterior, tratando-se de servidor vinculado à administração estadual apenas por vínculo comissionado, o prazo geral para a desincompatibilização é de 03 meses anteriores ao pleito, cabendo ressaltar que, nessa hipótese, o afastamento haverá de ser definitivo, ou seja, mediante exoneração do

cargo em comissão ou dispensa da função de confiança. Também aqui, deve a administração lembrar que a data a ser considerada será o dia em que circular o DOE do qual conste o referido ato.

De outro lado, como já referido também, para os servidores que exercem no âmbito da administração estadual, os cargos em comissão ou funções de confiança de que tratam os incisos e alíneas do art. 1º da LC 64/90, a Lei estabeleceu um prazo maior de 6 ou 4 meses, conforme seja candidato a Vereador ou a Prefeito, respectivamente, para que se exonerem de suas funções, o que deve ser observado também nessa hipótese.

4. No tocante ao *peçoal vinculado ao regime especial temporário (RET)*:

a) Qual o prazo legal para tais agentes públicos se desincompatibilizarem?

b) A desincompatibilização deve ocorrer pela via da rescisão contratual?

Conforme já referido, a regra da alínea I do inciso II do art. 1º da LC nº 64/90 é aplicável a todos os servidores públicos, vez que a garantia insculpida no texto legal é concedida ao cidadão em razão de sua situação de candidato. O prazo para o afastamento, então, é de 03 meses. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

“(...) Contrato de prestação de serviço temporário. Ausência de desincompatibilização. Incidência da inelegibilidade prevista pelo art. 1o, II, I, da LC no 64/90. Pessoa contratada para atender necessidade temporária de excepcional interesse público deverá se afastar três meses antes do pleito (Res.-TSE no 21.809/2004). (...)”

(Ac. no 22.708, de 20.9.2004, rel. Min. Carlos Velloso.)

No que diz respeito, porém, ao afastamento remunerado, necessário registrar que, nessa hipótese, nos termos do que já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, tratando-se de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público o servidor não tem direito à remuneração, a significar que, em razão da natureza do regime a que está submetido, o afastamento haverá de se dar em caráter definitivo.

Eis o entendimento da Corte Eleitoral acerca da matéria:

“Consulta. Eleição 2004. Agente comunitário de saúde. Afastamento. Necessidade.” NE: “(...) o afastamento deverá ocorrer três meses antes do pleito; (...) se a pessoa for contratada com base na Lei nº. 8.745/93 (contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público) (...) não terá direito à remuneração (...)”. (Res. no 21.809, de 8.6.2004, rel. Min. Peçanha Martins.) “Recurso especial. Vereador. Recurso contra diplomação. Inelegibilidade.

Ao proferir o voto acima transcrito, o ilustre Ministro Relator tomou por fundamento o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do ROMS nº 14.025/RS, nos seguintes termos:

“1. Tendo o recorrente sido admitido no cargo de professor da Rede Estadual de Ensino em caráter emergencial, este não possui direito à licença remunerada para concorrer a cargo eletivo. Isso porque foi contratado para

atender premente necessidade de serviço (...) é incompatível a contratação temporária com o licenciamento remunerado pretendido, pois a necessidade e a urgência de contratação surgem novamente com o do servidor anteriormente contratado(...).”

Diante do exposto, respondo às indagações constantes do item 4 assim:

No tocante ao **peçoal vinculado ao regime especial temporário (RET)**:

- a) Qual o prazo legal para tais agentes públicos se desincompatibilizarem? **03 meses anteriores ao pleito.**
b) A desincompatibilização deve ocorrer pela via da rescisão contratual? **Sim, visto que, nesta hipótese, o afastamento haverá de ser definitivo.**

5. Em caso do servidor público que, **além** de titular de cargo de provimento efetivo (peçoal **estatutário**), possui **contrato** vinculado ao **regime especial temporário (RET)**:

- a) Qual o **prazo legal** para se desincompatibilizar?
b) Deve o afastamento remunerado de tal servidor público estar **condicionado** à **rescisão** do contrato vinculado ao RET?

Em razão do que já foi respondido nos itens anteriores, concluo que, nessa hipótese, o prazo de afastamento é de **03 meses anteriores ao pleito**. Em relação à função temporária o servidor deverá ser dispensado, definitivamente, enquanto que, em relação ao exercício das atribuições do cargo efetivo, o servidor deverá ser afastado com a remuneração a que faz jus.

6. À luz do art. 73, V, da Lei nº 9.504/97, **está** a Administração Pública **proibida** de dispensar o agente

*público contratado pelo regime especial temporário (RET), **ainda que** a dispensa ocorra em face do **término** da vigência contratual?*

*7. Embora o art. 73, V, da Lei nº 9.504/97 explicitamente vede **apenas** a remoção **ex officio** - durante os 3 (três) meses antecedentes ao pleito eleitoral e até a posse dos eleitos -, a **interpretação finalística** e extensiva de tal dispositivo legal **incluiria** na referida proibição **também** os casos de remoção **a pedido** (como medida profilática pautada pela impessoalidade e prudência, a poupar o gestor público de pressões, urdiduras e maledicências típicas do contexto político-eleitoral)?*

Estabelece o dispositivo legal referido pelo
Consultente:

“Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

*V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, **na circunscrição do pleito**, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: (grifei).*

(...)

Quanto ao dispositivo acima transcrito, referido nas indagações em análise, oportuno transcrever os ensinamentos de V.Exa. na obra intitulada “Eleições - Calendário Eleitoral Comentado”, Manaus: Editora Valer, 2000, pag. 36, acerca do que dispõe a Lei nº. 9.504/97,

neste particular.

“Análise tópica da regra impõe considerar, em primeiro lugar, que a proibição diz respeito ao âmbito da eleição, de sorte que se dirige ao governo da União, quando em disputa a Presidência da República, aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, quando a escolha for de Governador (e Vice), Senador, Deputado Federal, Estadual ou Distrital e aos governos dos municípios quando se tratar - como em 2000 - de eleição para Prefeito (e Vice) e Vereadores.”.

Como visto, o inciso V do art. 73 da Lei nº 9.504/97 fala em *circunscrição do pleito* a indicar que, tratando-se, no caso concreto destes autos, de eleição para Prefeito (e Vice) e Vereador, a referida regra não se dirige à Administração Estadual.

Dessa forma, estão afastadas, no âmbito da administração estadual, as proibições indicadas no referido dispositivo legal, dentre elas as constantes dos itens 6 e 7 da consulta.

É o parecer, s.m.j

**PROCURADORIA DO PESSOAL
ESTATUTÁRIO-PPE/PGE, em Manaus, 28 de abril de
2008.**

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora-Chefe, em substituição

PROCESSO Nº 1884/2008-PGE**Interessado: SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE****Assunto: Afastamento de servidor. Eleições. Consulta****DESPACHO:**

APROVO, integralmente, o Parecer nº 096/08-PPE/PGE, da lavra da culta Chefa da Procuradoria do Pessoal Estatutário, doutora Ana Eunice Carneiro Alves, que, a meu sentir, esgota a análise do tema proposto com precisão e clareza.

Sejam os autos devolvidos ao nobilíssimo Secretário de Estado da Saúde, observado o disposto no item II da Portaria n.º 102/2007-GPGE, de 21 de dezembro de 2007.

SEÇÃO II/SUBGAD/PGE, em Manaus, 05 de maio de 2008.

LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA

Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado

Processo nº 7005/2008-PGE**Interessado:** Secretaria de Estado da Saúde SUSAM**Assunto:** Consulta sobre a possibilidade de pagamento de diárias. Despesa oriunda de termo de convênio expirado**PARECER Nº 240/2008-PA/PGE**

DIREITO ADMINISTRATIVO. TERMO DE CONVÊNIO. CONSULTA SOBRE A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE DIÁRIAS. DESPESA ORIUNDA DE TERMO DE CONVÊNIO EXPIRADO. IMPOSSIBILIDADE.

- Termo de Convênio n. 3177/2004, assinado em 02/07/2004, com vigência até 27/05/2008.

- É vedada a inclusão, tolerância ou admissão, nos convênios, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente, de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam: (...) V - realização de despesas em data anterior ou posterior à sua vigência e VI - atribuição de vigência ou de efeitos financeiros retroativos. (art. 8.º da Instrução Normativa n. 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional).

- Impossibilidade de pagamento.

Senhora Procuradora Chefe:

Através do Ofício nº. 7.991/08-SUSAM, o ilustre Secretário de Estado da Saúde, Senhor Agnaldo Gomes da Costa, formula consulta a esta Casa a respeito da possibilidade de pagamento de diárias a servidor público, despesa esta oriunda de termo de convênio expirado. Para tanto explica que:

“Ao cumprimentá-lo, indagamos o posicionamento dessa ínclita Procuradoria-Geral acerca dos autos em epígrafe.

Trata-se da possibilidade de pagamento de diárias ao servidor Cássio Roberto Espírito Santo, em razão do mesmo ter se deslocado ao Município de Manacapuru, no exercício de seu *múnus* funcional, durante o período de 20 a 25 de novembro de 2006, a fim de executar atividade relacionada ao Convênio Federal n. 3177/04.

O motivo da presente consulta jurídica diz respeito ao fato de que o art. 8.º, inciso VI da Instrução Normativa n. 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional (a disciplinar os convênios federais financeiros voltados à execução de projetos ou realização de eventos) veda a existência de cláusula a prever efeitos financeiros retroativos”.

Carreada aos autos a documentação necessária, foram encaminhados a esta Casa.

Até aqui, apenas o relatório. Passo a opinar.

No dia 02 de julho de 2004, o Estado do Amazonas, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde, firmou com a União Federal, representada pelo Ministério da Saúde, o Termo de Convênio n. 3177/2004, objetivando o apoio técnico e financeiro para desenvolvimento tecnológico e qualificação da gestão, visando o fortalecimento do Sistema Único de Saúde (cláusula primeira).

O ajuste acima mencionado vigorou até 27/05/2008, conforme verifico da cópia do extrato de publicação junto ao Diário Oficial da União de fls. 37-PGE.

Relembrando, inicialmente, a natureza do termo

de convênio, cito o saudoso Hely Lopes Meirelles para o qual os “convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes. Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes” (in Direito Administrativo Brasileiro, 20ª edição, Editora Malheiros, p. 354).

Diferente não poderia ser o entendimento de Jessé Torres Pereira Júnior, ao afirmar que “no convênio, têm-se partícipes (convenientes não vinculados contratualmente) que propugnam objetivos de interesses comuns (ambos os Municípios querem a demarcação dos limites municipais; ou Estado-Membro e União desejam trocar informações para fins tributários). Sendo assim, é natural que qualquer partícipe, a todo momento, pode denunciar o convênio e dele se retirar... O convênio pode ter por objeto qualquer coisa (obra, serviço, atividade, uso de certo bem), desde que encarne um interesse público... Pode ocorrer que o objeto, além de encarar um interesse público, também sintetiza um interesse particular, como é o caso do convênio em que um dos partícipes é pessoa privada... O objeto deve atender a interesses iguais, comuns... Nenhum deseja vantagens ou interesses opostos. Se pretenderem interesses contrapostos, não se tem convênio, mas contrato...”

2

Marçal Justen Filho, por sua vez, ensina-nos que “no chamado ‘convênio administrativo’, a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem, ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe. No convênio, a assunção de deveres

¹ Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública, 5. ed., Renovar. p. 46.

² Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 8. ed. Dialética. p. 668.

destina-se a regular a atividade harmônica de sujeitos integrantes da Administração Pública, que buscam a realização imediata de um mesmo e idêntico interesse público”.

O convênio administrativo, tratado por nossa Constituição Federal como convênio de cooperação, é um tipo de ajuste realizado entre entes convenientes, estes dotados de personalidade jurídica de direito público, ou entre estes e o particular, com escopo mútuo. Ele é, portanto, um ato administrativo complexo, modalidade do gênero acordo, pelo qual entidades públicas ou privadas cooperam para a satisfação de um interesse público mútuo, cujo resultado é, obrigatoriamente, comum.

A sua celebração dá-se pela forma de ajuste, no qual são elencados todos os dispositivos que norteiam os rumos dos partícipes na consecução da cooperação administrativa, em conformidade com a legislação vigente.

Por outro lado, a aplicação dos recursos públicos por meio das formas de cooperação administrativa obriga seus partícipes às cláusulas dos termos convenientes. Na verdade, o que se deseja é garantir o que foi ajustado em cada avença administrativa, respeitando o interesse público e a consolidação das regras de finanças públicas. A esse respeito, Pedro Durão leciona que:

“Diante dessa realidade, cabe aos partícipes o fiel cumprimento dos programas e dos convênios, assegurando a gestão dos recursos públicos, repassados em consonância com o objeto colimado.

(...) Não há dúvida de que a despesa integra o orçamento para desígnio das funções elementares. Deve-se, portanto, analisar a sua correta aplicação em busca de harmonia e

³ Convênios e consórcios administrativos: Gestão, teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2004. p. 129.

equilíbrio das receitas e despesas, evitando a malversação do erário.

Até porque a despesa pública só pode ser realizada com autorização na forma respeitante aos preceitos da Carta Política Federal, implicando crime de responsabilidade às autoridades públicas que desobedecerem à restrição legal”.

Por este motivo, nele estão presentes o controle interno (aquele realizado pela própria Administração Pública) e o controle externo (aquele realizado pelas Cortes de Contas). No primeiro caso, que é na verdade o que interessa nos autos, abrange a inteira observância da avaliação das metas, da legalidade e da aplicação dos recursos públicos.

No que diz respeito ao questionamento propriamente dito, penso que a Administração - SUSAM - não pode proceder com o pagamento da despesa - diárias ao servidor deslocado ao interior - tendo em vista o que determina o art. 8º da Instrução Normativa nº 01, de 15/01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional:

“Art. 8º É vedada a inclusão, tolerância ou admissão, nos convênios, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente, de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam:

(...)

V - realização de despesas em data anterior ou posterior à sua vigência;

VI - atribuição de vigência ou de efeitos financeiros retroativos.”

Tal vedação é encontrada, ainda, de forma clara e expressa no instrumento ora analisado:

“CLÁUSULA SEXTA - DA EXECUÇÃO FÍSICO-FINANCEIRA

As faturas, notas fiscais, recibos e outros documentos de despesas, relativas à execução físico-financeira do objeto avençado, deverão ser emitidos em nome do **CONVENENTE** ou do **EXECUTOR**, se for o caso, devidamente identificados com o número deste Convênio.

Parágrafo Primeiro: Não poderão ser pagas, com recursos do Convênio, despesas com:

a) data anterior/ou posterior à vigência da execução físico-financeira do Convênio”.

4

Comentando esta vedação, tendo em vista a previsão similar na legislação federal, Ubiratan Aguiar e outros lecionam que:

“Outra vedação que deve ser observada com rigor pelos gestores é a da realização de despesa em data anterior ou posterior à vigência do convênio. As despesas realizadas à conta de um determinado convênio devem se referir exatamente ao período de sua vigência.

Entende-se como a vigência de um convênio o prazo, definido em seus termos, pelo qual ele estará em vigor.

(...) No caso de atrasos na execução do objeto,

⁴Convênios e tomadas de contas especiais: manual prático. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 33.

deve ser providenciada solicitação, devidamente justificada, de prorrogação de prazo da vigência inicialmente acordado, junto ao órgão repassador dos recursos, mantendo-se, sempre, o comprovante da remessa e recebimento do pedido.

Essa proibição não se constitui em mera formalidade. Na verdade, é um dos elementos capazes de comprovar que a execução do objeto se deu com os recursos repassados, pois permite estabelecer nexo de causalidade. O procedimento é de suma importância para a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos”.

Diante de todo o até aqui exposto, concluo que não deve a Administração Pública - Secretaria de Estado da Saúde - efetuar o pagamento das diárias ao servidor público por viagem realizada quando da execução do Termo de Convênio n. 3177/2004, tendo em vista a vedação legal, constante, inclusive, do instrumento firmado.

É a minha opinião. Sob censura.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/PGE,
em Manaus (AM), 18 de dezembro de 2008.

Glícia Pereira Braga e Silva
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 7005/2008-PGE**INTERESSADO:** Secretaria de Estado da Saúde**ASSUNTO:** Consulta sobre possibilidade de pagamento de diárias (despesas oriundas de termo de convênio expirado)**D E S P A C H O**

Cabe observar, inicialmente, que conforme informado no parecer nº 020/2008-CCRIA (fl.043PGE), datado de 6.3.2008, a despesa a que se referem os autos ocorreu de acordo com o Plano de Trabalho e ainda na vigência do termo de convênio.

Desse modo, considerando que, pela instrução processual, a despesa não foi contraída após a vigência do convênio, sugiro que o fato seja levado ao conhecimento do Concedente para decidir sobre a aceitação do pagamento nessas condições.

Acolho, parcialmente, o Parecer nº 240/2008-PA/PGE, da lavra da Dra Glícia Pereira Braga e Silva, tendo em vista que, a despeito da proibição citada em sua manifestação, em se verificando o reconhecimento da despesa pelo Concedente, o referido pagamento poderá ser efetuado.

Encaminhe-se ao Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/PGE,
em Manaus, 22 de dezembro de 2008.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 7005/2008-PGE**INTERESSADO: Secretaria de Estado de Saúde****ASSUNTO: Pagamento de diárias com recursos de convênio.****DESPACHO:**

APROVO o entendimento firmado pela digna Chefa da Procuradoria Administrativa, mestra Heloysa Simonetti Teixeira, à vista do que também acolho parcialmente, porque em tese, o Parecer nº 240/08-PA/PGE, lavrado pela nobre Procuradora Glícia Pereira Braga e Silva.

Com efeito, se o convênio esteve vigente até maio de 2008 e se as diárias em exame reportam-se a viagem realizada em 2006, não cabe aplicar à hipótese a vedação fixada pelo art. 8º da Instrução Normativa nº 01/07, da Secretaria do Tesouro Nacional, justo por não se tratar de despesa que implique em atribuição de efeito retroativo.

Sejam os autos encaminhados ao nobilíssimo Secretário de Estado de Saúde, observado o disposto no item II da Portaria nº. 102/2007-GPGE, de 21 de dezembro de 2007.

SEÇÃO II/SUBGAD/PGE, em Manaus, 2 de janeiro de 2009.

LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA

Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado

Processo nº 854/2008-PGE**Interessado:** Amazonastur -- Empresa Estadual de Turismo**Assunto:** Consulta Interpretação de lei**PARECER Nº 46/2008-PA/PGE****DIREITO ADMINISTRATIVO .
INTERPRETAÇÃO DE LEI. FORMA DE
CONTROLE E SUPERVISÃO DAS
ATIVIDADES DA AMAZONASTUR.**

- A Empresa Pública de Turismo - AMAZONASTUR - é empresa pública dotada de personalidade jurídica de direito privado, com autonomia administrativa, técnica, patrimonial e financeira e jurisdição em todo Estado, aprovado por ato do Chefe do Poder Executivo e pela Legislação que lhe for aplicável, podendo se revestir de qualquer das formas permitidas em Direito (art. 1.º da Lei n. 2.797, de 09 de maio de 2003).

- Empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas pelo Poder Público, mediante autorização de lei específica, com capital exclusivamente público, para a prestação de serviço público ou a realização de atividade econômica de relevante interesse coletivo, nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial. (Hely Lopes Meirelles).

- As empresas públicas submetem-se a controle por parte da pessoa jurídica que as instituiu.

- Controle e supervisão sem imposição

hierárquica. Controle finalístico.

Senhora Procuradora-Chefe:

A ilustre Presidente da Empresa Estadual de Turismo - Amazonastur, Senhora Oreni Campelo Braga da Silva, por meio do Ofício n. 284/2008-GP, formula consulta a esta Casa a respeito da forma de controle e supervisão de suas atividades pela Secretaria de Planejamento e de Desenvolvimento do Estado do Amazonas - SEPLAN.

Este é o teor da consulta:

“Ao tempo em que cumprimentamos Vossa Excelência, vimos por meio da presente formular consulta a essa douta Procuradoria, expondo o que segue:

1. A Empresa Estadual de Turismo - Amazonastur, cuja criação foi autorizada pela Lei n. 2.797, de 09 de maio de 2003 e instituída através do Decreto n. 2.410, de 16 de maio de 2003, teve sua natureza jurídica definida no art. 2.º do referido Diploma legal, conforme adiante transcrito:

“Art. 2.º A Empresa Estadual de Turismo AMAZONASTUR, é empresa pública dotada de personalidade jurídica de direito privado, com autonomia administrativa, técnica, patrimonial e financeira e jurisdição em todo o Estado do Amazonas, regendo-se pelas disposições desta Lei, de seu Estatuto, aprovado por ato do Chefe do Poder Executivo e pela Legislação que lhe for aplicável, podendo se revestir de qualquer

das formas permitidas em Direito”.

2. O Decreto nº 23.410, de 16 de maio de 2003, por sua vez, no art. 2º assim prescreve:

“Art. 2.º Vinculada, para efeito de supervisão, na forma da Lei, à Secretaria de Estado de Planejamento e Desenvolvimento Econômico, a AMAZONASTUR reger-se-á por este Estatuto, pelo seu Regulamento Administrativo e pela Legislação que lhe for aplicável”.

3. Importa mencionar que a Lei Delegada n. 117, de 18/05/2007 em seu art. 2.º abaixo transcrito preceitua:

“Art. 2.º. Vinculada, para efeito de controle e supervisão de suas atividades à Secretaria de Estado de Planejamento e Desenvolvimento Econômico SEPLAN, a Empresa Estadual de Turismo - AMAZONASTUR (...)”.

4. Postos os dispositivos legais supra e, com o escopo de elucidar até onde vai o limite da competência e autonomia do órgão a que esta Empresa Pública está vinculada, haja vista que, pela leitura da lei, não se pode inferir que a vontade do legislador tenha sido a de estabelecer subordinação hierárquica e investir de tal poder o Órgão controlador, uma vez que o texto legal não fala expressamente em controle hierárquico da SEPLAN sobre a Amazonastur.

Assim, vimos mui respeitosamente, solicitar que

essa douta PGE se pronuncie acerca da real extensão da expressão: “controle e supervisão de suas atividades”.

Até aqui, apenas o relatório. Passo a opinar.

A Lei nº 2.797, de 09 de maio de 2003, autorizou o Poder Executivo a instituir a Empresa Estadual de Turismo - AMAZONASTUR. Transcrevo os dois primeiros dispositivos:

“Art. 1.º Fica o Poder Executivo autorizado, mediante o cumprimento das formalidades legais específicas, a instituir a EMPRESA ESTADUAL DE TURISMO - AMAZONASTUR, entidade estadual de implementação da Política Estadual de Turismo, cujas regras de atuação, estrutura administrativa, composição patrimonial e fontes de recursos são dispostos nos termos desta Lei.

Art. 2.º A EMPRESA ESTADUAL DE TURISMO - AMAZONASTUR é empresa pública dotada de personalidade jurídica de direito privado, com autonomia administrativa, técnica, patrimonial e financeira e jurisdição em todo o Estado do Amazonas, regendo-se pelas disposições desta Lei, de seu Estatuto, aprovado por ato do Chefe do Poder Executivo, e pela legislação que lhe for aplicável, podendo se revestir de qualquer das formas permitidas em direito”.

Percebo, então, da leitura atenta dos dispositivos retro mencionados que a AMAZONASTUR é uma empresa pública estadual, entidade esta que compõe a

Administração Pública Indireta do Estado do Amazonas.

Enquanto a Administração Direta é composta de órgãos internos do Estado, a Administração Indireta compõe-se de pessoas jurídicas, também denominadas entidades.

De acordo com o art. 4.º, II do Decreto-Lei nº 200/67, a Administração Indireta compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas, como faz questão de consignar a lei, de personalidade jurídica própria: a) as autarquias; b) as empresas públicas; c) as sociedades de economia mista e d) as fundações públicas.

Falando a respeito das empresas públicas, Hely Lopes Meirelles leciona que:

“Empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas pelo Poder Público, mediante autorização de lei específica, com capital exclusivamente público, para a prestação de serviço público ou a realização de atividade econômica de relevante interesse coletivo, nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial.

(...) O que caracteriza a empresa pública é seu capital exclusivamente público, de uma só ou de várias entidades, mas sempre capital público. Sua personalidade é de Direito Privado e suas atividades se regem pelos preceitos comerciais. **É uma empresa, mas uma empresa estatal por excelência, constituída e controlada pelo Poder Público.**

(...) Atrai a si diferentes formas de controle pelo Estado, administrativo, financeiro, jurisdicional, parlamentar. **Esses controles têm como**

¹ Direito administrativo brasileiro, 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 356 e seguintes.

finalidade verificar se a empresa está sendo gerida convenientemente. Permitem corrigir uma administração infeliz ou irregular.

Ante as características apontadas, a empresa pública situa-se na zona de transição entre os instrumentos de ação administrativa do Poder Público e as entidades privadas de fins industriais. **Sujeita-se ao controle do Estado, na dupla linha administrativa e política, já que seu patrimônio, sua direção e seus fins são estatais.** Vale-se tão somente dos meios da iniciativa privada para atingir seus fins de interesse público”. (Grifei)

Desta forma, sendo a Amazonastur empresa pública está sujeita ao controle por parte do Estado do Amazonas. Tanto isto é verdade, que a Lei Delegada nº 117, de 18/05/2007, estabeleceu, em seu art. 2.º, que:

“Art. 2.º Vinculada, para efeito de controle e supervisão de suas atividades à Secretaria de Estado de Planejamento e Desenvolvimento Econômico - SEPLAN, a empresa Estadual de Turismo - AMAZONASTUR tem a seguinte estrutura básica (...)”.

Tal vinculação também está prevista na Lei Delegada n. 74, de 18 de março de 2007, que sobre a Secretaria de Estado de Planejamento e Desenvolvimento Econômico - SEPLAN, *in verbis*:

“Art. 3.º Dirigida pelo Secretário de Estado de Planejamento e Desenvolvimento Econômico, com o auxílio de um Secretário Executivo e dois Secretários Adjuntos, a Secretaria de Estado de Planejamento Econômico - SEPLAN - tem a

seguinte estrutura organizacional:

(...)

IV ENTIDADES VINCULADAS:

(...)d) Empresa Estadual de Turismo - AMAZONASTUR”.

Desta forma, sendo resultado de um processo de descentralização administrativa, integrando a Administração Indireta, e exercendo atividades reclamadas por imperativos de "segurança nacional" ou "relevante interesse coletivo", as empresas públicas submetem-se a controle por parte da pessoa política que as instituiu. **Não se trata aqui de controle hierárquico, porém de controle finalístico, que pode mesclar aspectos políticos e administrativos, e que pode se manifestar de diversas formas.**

Diversas são as formas de controle que podem ser exercidas pelo Estado do Amazonas. Cito algumas: designação de representantes do governo nas assembléias gerais e órgãos de administração ou controle da entidade; recebimento de relatórios, boletins e balanços que permitam acompanhar as atividades na entidade criada nos mais diversos aspectos: administrativo, financeiro, operacional, conformidade com metas de governo estabelecidas, etc.; fixação de despesas com pessoal, com material, com publicidade, segundo programas de contenção de gastos previamente estabelecidos; realização de auditorias, vistorias ou inspeções periódicas; avaliação de rendimento, eficiência e produtividade, segundo critérios previamente fixados; intervenção direta na entidade, por razões de interesse público.

Em todo caso, o acompanhamento deve ser permanente e ordenado, respeitada sempre a autonomia administrativa, técnica, patrimonial e financeira da Amazonastur, autonomia esta que foi delineada na autorização legislativa (quando de sua criação).

A pessoa política matriz, como entidade controladora, poderá editar atos normativos disciplinando

suas relações com as empresas governamentais instituídas e em funcionamento. O instrumento jurídico para tanto será o *regulamento*, veiculado mediante *decreto*.

A supervisão, por sua vez, visa, essencialmente, a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Em conclusão, a forma de controle e de supervisão da AMAZONASTUR por parte da SEPLAN será regulamentada pelo Chefe do Poder Executivo, mediante Decreto (regulamentação da Lei Delegada nº 117/07). Entretanto, este controle e supervisão não comprometerão a competência e autonomia da Amazonastur, já delineados na legislação (lei de criação e lei delegada), uma vez que não se trata de subordinação hierárquica, mas de simples controle finalístico.

Assim me parece. À consideração superior.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/PGE,
em Manaus (AM), 07 de março de 2008.

GLÍCIA PEREIRA BRAGA E SILVA
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 854/2008-PGE

INTERESSADO: Empresa Estadual de Turismo-
AMAZONASTUR

ASSUNTO: Consulta sobre interpretação de lei de criação da entidade.

DESPACHO

Acolho o Parecer nº 46/ 2008-PA/PGE, da lavra

da ilustre Procuradora do Estado, Dra. Glícia Pereira Braga e Silva, que enfrentou a questão ao fazer um paralelo com a atuação da União em relação a suas entidades.

Como no dizer de Diógenes Gasparini, o regime de controle adotado pela União também é utilizado pelos Estados-Membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, com as adaptações necessárias.

Encaminho os autos ao ilustre Subprocurador-Geral.

Procuradoria Administrativa-PA/PGE, em Manaus, 11 de março de 2008

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA

Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 0854/2008-PGE

INTESSADA: Amazonastur- Empresa Estadual de Turismo.

ASSUNTO: Consulta sobre interpretação de lei.

D E S P A C H O

APROVO o Parecer nº 46/08-PA/PGE, da Procuradora do Estado Glícia Pereira Braga e Silva, acolhido com as considerações acrescidas pela Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, Dr.^a Heloysa Simonetti Teixeira.

ENCAMINHEM-SE os autos à **AMAZONASTUR.**

GABINETE DO SUBPROCURADOR GERAL DO ESTADO, Manaus, 13 de março de 2008.

¹Direito administrativo, p. 441.. ed. Saraiva.

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO

Subprocurador- Geral do Estado e

Subprocurador- Geral-Adjunto/ Seção II, em exercício

Processo nº 2860/2008-PGE

Interessado: Unidade de Gerenciamento do Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus - UGPI

Assunto: Alteração contratual - Acréscimo qualitativo de serviços - Percentual superior a 25%

PARECER Nº 125/2008-PA/PGE**DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSULTA. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. ACRÉSCIMO QUALITATIVO DE SERVIÇOS. PERCENTUAL SUPERIOR A 25%. POSSIBILIDADE.**

- Análise do caso concreto.
- Apreciados os aspectos jurídicos.
- Manifestação favorável da Assessoria Jurídica da UGPI (Parecer nº 14/2008).
- A alteração unilateral dos instrumentos administrativos pode dar-se pela quantidade ou pela qualidade dos serviços e bens a serem fornecidos.
- A corrente majoritária de nossos doutrinadores é no sentido de que tanto as alterações unilaterais quantitativas quanto as unilaterais qualitativas estão sujeitas aos limites estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei de Licitações.
- A Decisão n. 215/99 do Tribunal de Contas da União prevê a alteração contratual qualitativa em percentuais acima dos previstos em lei. Alteração excepcionalíssima.
- Possibilidade de sua aplicação.
- Apresentada sugestão.

Senhora Procuradora-Chefe:

O ilustre Coordenador Executivo da Unidade de Gerenciamento do Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus, Senhor Robson da S. Roberto, por meio do Ofício nº 682/2008-CGE/UGPI, formula consulta a esta Casa a respeito da possibilidade de acréscimo de serviços ao Termo de Contrato nº 04/2007-UGPI firmado com a empresa Andrade Gutierrez S/A, em percentual superior a 25%. Para tanto diz que:

“Honra-me cumprimentá-lo cordialmente, oportunidade em que encaminho, para análise e manifestação desta d. Casa de Procuradores, o Processo nº 390/2007-UGPI, que trata de solicitação de Aditivo ao Contrato nº 04/2007-UGPI firmado entre esta Unidade de Gerenciamento e a Construtora Andrade Gutierrez S/A, cujo objeto é a Implantação dos Sistemas de Abastecimentos de Água e de Esgotamento Sanitário nas Sub-Bacias dos Igarapés Manaus, Mestre Chico e Bittencourt.

Ocorre que o predito Aditivo prevê a alteração do valor do Contrato em 53,93%. Entretanto, em que pese a necessidade premente de realização das alterações propostas, verifica-se que o percentual apresentado não guarda correlação com os limites adotados pela Lei n. 8.666/93.

Em vista disso, pretende o Coordenador Executivo da UGPI saber se, à luz do artigo 65, da Lei nº 8.666/93, poderá o Termo Aditivo ser celebrado sem que, todavia, este ato implique ao ordenador de despesa a responsabilização pela inobservância dos preceitos legais pertinentes à matéria, especialmente no que se refere à

extrapolação dos limites previstos no art. 65, da Lei de Licitações e Contratos.

Por último, no intuito de conferir suporte técnico ao examinador da presente consulta, encaminho os seguintes anexos: Justificativa Técnica/Planilha Comparativa (Volume I); Readequação da Planilha Orçamentária/Memória de Cálculo dos Quantitativos e Composições de Preços Unitários (Volume II); Projetos Executivos (Volume III)”.

A iniciativa do consulente decorre do pedido formulado pela empresa Contratada, Andrade Gutierrez S/A, em dezembro de 2007, do qual peço permissão para transcrever alguns trechos:

“O Projeto Executivo, definido contratualmente como escopo da UGPI e em elaboração pela empresa de projetos Concremat, embora não elaborado em sua totalidade, tem imposto serviços não previstos na planilha contratual e variações consideráveis em algumas quantidades existentes.

Em síntese, as principais alterações incorporadas no Projeto Executivo, até esta data, são:

- ? Estação elevatória na Quadra-Bairro 3;
- ? Rede de recaiue da Elevatória da Quadra-Bairro 3 até a Rua Joaquim Nabuco;
- ? Interceptor com diâmetros não constantes em planilha e quantidades variáveis;
- ? Travessias pelo Método Não-Destrutivo na Av. Tarumã e Rua Nhamundá no Igarapé Manaus.

Além disso, algumas modificações se fazem necessárias em função da seqüência executiva dos trabalhos e de situações específicas encontradas em cada trecho. Como exemplos característicos de tais modificações podemos citar: a remodelação do projeto na região da foz dos Igarapés Manaus e Bittencourt onde o projeto executivo do interceptor foi emitido após a execução quase completa do aterro; a necessidade de remoção de pavimento existente em paralelepípedos localizado logo abaixo da camada de AAUQ atual; e a ocorrência de material de 3.^a categoria - rocha - em alguns trechos próximos à Av. Boulevard.

Convém ressaltar que todas as ocorrências citadas, bem como as demais, têm sido informadas pela equipe da obra e verificadas “in loco” pela fiscalização das obras.

Porém, apesar de se tratar de contrato por Preços Unitários, a medição destes serviços fica impossibilitada em virtude da existência de itens específicos e/ou da extrapolação das quantidades estimadas na planilha do Projeto Básico.

Em face do significativo valor de serviços não medidos e visando a embasar o imediato ajuste através de Adequação da Planilha Contratual, a Construtora Andrade Gutierrez, apresenta anexa para vossa análise e considerações a Planilha de Quantidades e Preços (com respectiva Memória de Cálculo) compatível com o Projeto Executivo recebido até a presente data”.

Por outro lado, a empresa Concremat Engenharia, responsável pelo Projeto Executivo das obras tratadas no termo de contrato firmado com a empresa Andrade Gutierrez S/A, ao apreciar o pleito acima, destacou que:

“Cumpre destacar que eventuais diferenças de quantitativos entre a presente Planilha do Projeto Executivo e a anteriormente apresentada no Projeto Básico Avançado decorre fundamentalmente do processo de cálculo hidráulico mais acurado do Projeto Executivo, que dispôs de levantamentos de campo (topográficos e geotécnicos) bem mais precisos e completos que os anteriormente executados. Assim, foram levantadas todas as transferências de campo (drenagem de águas pluviais, redes e adutoras de água potável, dutos elétricos e telefônicos), bem como o levantamento topográfico e atendimento de soleiras de 3,0m de profundidade, o que evidentemente acabou por causar alterações de projeto.

Finalmente, é importante ressaltar que os quantitativos finais empregados na obra, ainda assim, poderão ser ligeiramente diferentes àqueles apresentados na Planilha de Quantidades do Projeto Executivo, dada a inerente possibilidade de se encontrar no momento da execução das obras condições de campo diferentes daquela prevista na elaboração do Projeto. Essas condições diferenciadas de obra, quando confirmadas, são atestadas pela Fiscalização que de antemão autoriza a execução dos serviços e atesta os quantitativos finais dos serviços executados”.

A Assessoria Jurídica da UGPI, ao manifestar-se sobre a intenção da Contratada, foi favorável ao pleito ao argumento de que a Decisão n. 215/99 do Tribunal de Contas da União possibilita, em casos excepcionais, o acréscimo qualitativo em percentual superior a 25%. Reproduzo algumas de suas palavras:

“Assim, em homenagem ao interesse público, a alteração contratual não somente se torna recomendável ou legítima, constitui-se em dever da Administração.

Aliás, não é demasiado lembrar que as alterações nos contratos administrativos devem atender, antes de qualquer outra consideração, ao interesse público, tanto assim que a própria Lei prevê a possibilidade de alteração.

Vê, portanto, que sem a implantação das modificações propostas pela Comissão, não haverá consecução do objeto e, por conseguinte, não haverá a satisfação do interesse público primário que determinou a celebração do Contrato nº 04/2007.

Tenho, ainda, que dita alteração deverá ser levada a efeito por acordo mútuo, ou seja, bilateral, evitando-se a excessiva onerosidade das obrigações da empresa contratada, e garantindo, dessa forma, que o novo ajuste passa a depender da manifestação de sua vontade.

Pelas razões acima expostas, admito ser possível a alteração contratual proposta pela Contratada e recomendada pela Comissão Técnica, tendo em vista não se verificar, a meu ver, e conforme dito alhures, desvirtuamento do objeto da licitação, apenas ajustes que, segundo

informa a Comissão, atendem à qualidade técnica necessária à implantação do sistema do esgoto, o que pode ser traduzido em satisfação do interesse da coletividade e da própria Administração.

Todavia, em que pese os argumentos aqui lançados, julgo prudente e conveniente, submeter a matéria à análise da Procuradoria Geral do Estado, órgão superior de consulta formal, para que analisando a questão, possa orientar esta Unidade de Gerenciamento quanto à possibilidade legal de proceder a alteração contratual, na forma recomendada pela Comissão Técnica.

Lembro, ainda, da necessidade de submeter a questão ao Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, objetivando a não objeção à celebração do Termo Aditivo, como requisito de regularidade do processo.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, sou de opinião favorável à formalização de ADITIVO AO CONTRATO N. 004/2007-UGPI, em função das razões expostas na Justificativa Técnica, ficando a celebração do predito termo condicionada ao retorno dos autos da Casa de Procuradores do Estado do Amazonas, bem como a apresentação, pela Contratada, de reforço de garantia de execução, haja vista a alteração do valor do contrato”.

Carreada aos autos a documentação necessária, chegam a mim para manifestação.

Até aqui, o relatório. Passo a opinar.

Antes de apreciar o tema propriamente dito, destaco que a presente análise dar-se-á no caso concreto e abordará apenas os aspectos jurídicos, sem adentrar nas questões de ordem técnica e nos valores envolvidos.

Concordo, na íntegra, com a abordagem feita pela Assessoria Jurídica a respeito da matéria:

1) A alteração unilateral dos instrumentos administrativos pode dar-se pela quantidade ou pela qualidade dos serviços e bens a serem fornecidos;

2) A corrente majoritária de nossos doutrinadores é no sentido de que tanto as alterações unilaterais quantitativas quanto as unilaterais qualitativas estão sujeitas aos limites estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei de Licitações (acréscimos e supressões no percentual de até 25% nas obras, serviços ou compras);

3) A Decisão n. 215/99 do Tribunal de Contas da União prevê a possibilidade de alteração contratual qualitativa em percentual acima do limite previsto em lei;

4) Com esta decisão, o TCU deixa claro que além das qualitativas, as alterações devem ser excepcionalíssimas, no sentido de que sejam realizadas quando a alternativa - a rescisão do contrato, seguida de nova licitação e contratação - significar sacrifício insuportável do interesse coletivo a ser atendido pela obra ou serviço;

5) O entendimento firmado pelo TCU impõe que essas alterações sejam consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas, devendo, ainda, observar os princípios

da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como atender alguns pressupostos;

6) Com efeito, em virtude das inevitáveis implicações burocráticas, não seria racional, operar a rescisão do contrato com a Construtora Andrade Gutierrez e dar início a novo procedimento licitatório e, tampouco, deixar de executar a obra nos moldes aprovados pela Comissão Técnica. Isso importaria em sacrifício do interesse público primário;

7) A autorização do aditivo proposto seria economicamente mais viável do que a obrigação de suportar os ônus decorrentes de uma inevitável rescisão de contrato com a empresa contratada;

8) Sem a implementação das modificações qualitativas propostas pela Comissão, não haverá a consecução do objeto e, por conseguinte, não haverá a satisfação do interesse público primário que determinou a celebração do Contrato n. 04/2007;

9) Há, ainda, a necessidade de submeter a questão ao Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, objetivando a não objeção à celebração do Termo Aditivo como requisito do processo.

Relembro a orientação do art. 65 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica

aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.”

Percebe-se, então, que a alteração unilateral dos instrumentos administrativos pode dar-se pela quantidade ou pela qualidade dos serviços e bens a serem fornecidos. A alteração quantitativa, por sua vez, pode ser ou para crescer ou para diminuir o objeto contratado.

No que concerne ao percentual e ao tipo de objeto, dispõe o §1º do referido artigo desta Lei:

“Art. 65.

§1º. O Contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.”

Este é o posicionamento do Tribunal de Contas da União para fins de aceitar o acréscimo qualitativo em percentual superior a 25% e adotado pela Assessoria Jurídica da UGPI para fins de subsidiar o seu posicionamento:

“Decisão

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º

da Lei n. 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, nos seguintes termos:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;
II - não possibilitar a inexecução contratual, à

vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

8.2. encaminhar à autoridade consulente cópia do inteiro teor desta Decisão, bem como dos Relatórios e Votos que a fundamentaram;

8.3. determinar o arquivamento do presente processo”.

Procurarei, neste momento e com as

informações constantes dos autos (Parecer Jurídico e Justificativa Técnica) atestar o cumprimento, pela Administração Pública, dos requisitos estabelecidos pelo Tribunal de Contas da União para a possibilidade do acréscimo qualitativo em percentual superior ao estabelecido em lei.

1. Não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório:

Para comprovação do atendimento deste requisito, valho-me das afirmativas da Assessoria Jurídica:

“Com efeito, em virtude das inevitáveis implicações burocráticas, não seria racional, no caso sob análise, operar a rescisão do contrato com a Construtora Andrade Gutierrez e dar início a novo procedimento licitatório e, tampouco, deixar de executar a obra nos moldes aprovados pela Comissão Técnica. Isso importaria em sacrifício à satisfação do interesse público primário.

Ainda na expectativa de respaldar a decisão de autorizar o aditivo proposto, é possível invocar, também, o princípio da economicidade, por meio do qual a Administração deverá adotar a solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista dos recursos públicos.

É dizer que a rescisão contratual, por interesse público, com vistas a nova licitação e contratação, a que se faz referência, traz uma série de conseqüências: a indenização de

prejuízos causados a ex-contratada, como por exemplo, os custos com a dispensa de empregados específicos para aquela obra; o pagamento do custo de desmobilização; o pagamento devido pela execução do contrato anterior até a data da rescisão; a paralisação da obra por tempo relativamente longo até a conclusão do novo processo de contratação e a mobilização do novo contrato, atrasando o atendimento da coletividade beneficiada.

Em outras palavras, a autorização do aditivo proposto seria economicamente mais viável do que a obrigação de suportar os ônus decorrentes de uma inevitável rescisão de contrato com a empresa contratada”.

Quanto aos custos, reproduzo texto encontrado na mesma manifestação jurídica: “Esclarece a Comissão que para a composição dos novos preços unitários foram considerados e preservados todos os valores constantes da proposta comercial da construtora Andrade Gutierrez S/A, ressaltando que, ‘no caso dos novos insumos e materiais utilizados, os preços foram cotados no mercado e corrigidos para a data da proposta/contrato, sem acréscimo dos custos e preços”.

2 - Não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado:

Penso que este requisito está, por sua vez, implicitamente atendido pela Administração Pública quando da celebração do instrumento contratual com uma empresa do porte da Construtora Andrade Gutierrez S/A, a qual, sem

sobra de dúvida, possui capacidade técnica e econômica-financeira para suportar o objeto a ser aditivado.

3 - Decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial:

Da leitura atenta da Justificativa Técnica apresentada, percebo, claramente, a superveniência dos fatos. Reproduzo-a em parte:

• Parque Residencial Igarapé de Manaus

1 - Em face da modificação havida na implantação das unidades habitacionais nas quadras bairro (objeto do Contrato nº 001/2006), **quando do início das obras em julho de 2006, que foram construídas no igarapé de Manaus, o BID recomendou que não poderia ser utilizado o sistema condomínio para implantação das redes de esgotos e de água nos prédios residenciais (...)**

2 - Os interceptores que deveriam ser executados concomitantemente com as galerias projetadas, **após as escavações, foram assentados somente após o reaterro e a conclusão das mesmas**, o que implicou no acréscimo dos volumes de escavação, reaterro com areia e escoramentos, devido às grandes profundidades onde foram assentadas as tubulações, com o respectivo aumento dos custos dos serviços.

3 - A modificação, por motivos técnicos, das quantidades de unidades habitacionais que deveriam ser construídas na área de solo criado do Igarapé de Manaus (objeto do Contrato n. 001/2006-UGIP), 1637 unidades previstas para 819 implantadas (ver anexos projetos conjuntos habitacionais), as áreas previstas para implantação dos conjuntos sofreram alterações devido aos custos das

indenizações) **obrigou a criação de uma nova área de solo criado** - área 5 no Igarapé do Quarenta (ver anexo) inserida na bacia do Quarenta - Educandos, dentro da área de intervenção direta das obras, com a mesma implantação (ver item 1), com o conseqüente acréscimo de todo este sistema de esgotamento e de seus quantitativos nas obras.

4 - Para atender à necessidade de reassentamento de famílias do Igarapé de Manaus, que deveriam ser assentadas no Complexo do Conjunto Manaus nas Quadras 1A, 1B e 2 (objeto do Contrato n.º 001/2006-UGPI) antes da conclusão do sistema final de esgoto, **foi necessária a execução de obras adicionais às previstas no projeto básico licitado, tais como estação elevatória, reservatório elevado, linhas de recalque de esgoto e sistema de controle de pressão de água, somente com o que se poderia atender a necessidade de saneamento da área, já que o sistema tinha que entrar em operação, interligando-o com o já existente (coletor tronco da Rua Joaquim Nabuco) em funcionamento.**

5 - **A rede de água interna às quadras, devido a nova implantação habitacional, gerou necessidade de se projetar nova concepção em relação ao PBA.** Fora projetada visando atender as ligações dos prédios, as ligações de casas existentes no seu entorno e, também, transpor interferências existentes durante a etapa de desenvolvimento do Projeto Executivo, possibilitando atender a maior número de ligações no entorno da área.

Na elaboração dos Projetos Executivos houve necessidade de se considerar as condições já descritas, com a implementação dos seguintes critérios:

• Redes Coletoras de Esgotos nas Micro Bacias

1 - O Projeto Executivo das redes coletoras foi elaborado levando-se em conta a topografia de rede locada em campo,

cadastro de interferências adutoras, galerias de água pluviais, tráfego de veículos, largura dos logradouros e atendimento de soleiras abaixo do greide da rua, até 1,5m de profundidade. O tipo de escoramento, processo de esgotamento de vala, troca de solo e reaterro com areia foram especificados em função do tipo de solo encontrado nas sondagens executadas especificamente para esta finalidade, em toda área de projeto. **Estas considerações não foram levadas em conta no Projeto Básico em virtude de não haver um cadastro das redes enterradas no município, e também da dificuldade de se fazer um estudo topográfico e de sondagens detalhado sem interdição das ruas,** o que causaria um transtorno duplicado para a população e para os usuários das vias públicas. A UGPI optou por fazer este levantamento detalhado na interdição necessária para execução das obras, sendo surpreendida pelo elevado número de interferências não cadastradas na Prefeitura de Manaus.

2 - O Projeto foi elaborado conforme critérios de projetos apresentados e aprovados pela UGPI para elaboração do projeto executivo, ou seja:

- Terminal de limpeza de DN 200 mm para início de rede;
- Poço de Inspeção de DN 600 mm para redes com profundidade até 1,60m e poço de visita de DN 1,00 m para demais situações;
- Rede com recobrimento mínimo de 1,40 m.

• Interceptores e Coletores Tronco

Já na fase de execução das obras, os projetos executivos dos Interceptores e coletores troncos dos Igarapés, tiveram que ser consideradas interferências com as galerias e canal de drenagem existentes ou projetados, cujos respectivos projetos foram desenvolvidos com elementos de topografia atualizada, com informações complementares de redes existentes verificadas somente após escavações realizadas durante a execução das obras,

pelos mesmos motivos e condicionantes do item 1 acima descrito.

• Estações Elevatórias de Esgotos-Igarapé Manaus e Bittencourt

1 - No PBA foi prevista uma única estação elevatória, denominada EE-1, localizada no Parque Centro Cultural para o esgotamento sanitário das bacias dos Igarapés de Manaus e Bittencourt.

Quando da elaboração do Projeto Executivo, verificou-se a inconveniência de uma estação elevatória de esgoto na entrada do Parque Centro Cultural, uma área prevista para lazer e convivência, junto a importante Patrimônio Histórico da Cidade, que é o Palácio Rio Negro.

Conforme projetos de concepção em anexo, o Projeto Arquitetônico e Urbanístico do Parque Centro Cultural, foi modificado na fase de execução das obras, procurando se valorizar todo o Patrimônio Histórico, modificando substancialmente o previsto no Projeto Básico. Isto aconteceu também no escopo das obras do Contrato 001/2006-UGPI, sendo, portanto, impossível que fosse previsto para as obras de esgotamento sanitário.

Decidiu-se eliminar esta elevatória e projetar duas independentes, uma para a micro bacia do Igarapé de Manaus e outra para a do Igarapé Bittencourt.

As duas elevatórias deverão encaminhar os esgotos para a EPC do Educandos, na Rua Izabel, conforme previsto no projeto básico.

2 - Para a ligação provisória do sistema existente de esgotos das quadras 1 e 2, necessária para o reassentamento das famílias já retiradas das palafitas, até que seja construído o

Interceptor Manaus, sua Elevatória e Linha de Recalque, foi projetada a EE Provisória, localizada na Quadra 3.

Ao que tudo indica, portanto, os fatos realmente são supervenientes ao início das obras pela Contratada.

4 - Não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos:

Penso que a implementação das modificações qualitativas propostas pela Comissão Técnica e aceitas pela Contratada não ocasionam a transfiguração do objeto originalmente contratado. Atendido, por sua vez, mais este requisito constante da decisão do Tribunal de Contas da União.

5 - Ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes:

Entendo que a justificativa técnica apresentada e acima reproduzida demonstra o preenchimento deste requisito por parte da Administração Pública Estadual.

6 - Demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência:

Neste aspecto, entendeu a Assessoria Jurídica da UGPI que “sem a implementação das modificações qualitativas propostas pela Comissão, não haverá a consecução do objeto e, por conseguinte, não haverá a satisfação do interesse público primário que determinou a celebração do Contrato nº 04/2007”. Entendimento este ao qual me filio.

DA SUGESTÃO:

Do exame detido dos autos, concluo que haverá acréscimo quantitativo e qualitativo no mesmo aditamento a ser firmado pelas partes contratantes.

Esta é a minha conclusão da leitura das afirmativas encontradas da justificativa técnica:

• Parque Residencial Igarapé de Manaus

1 - (...)

Assim, a quantidade de ligações domiciliares e a de caixa de gordura, caixas de sabão, foi multiplicada por 6 e por 12, no caso de prédios de 6 e de 12 unidades, sendo certo que, se utilizássemos o sistema condominial, teríamos apenas uma para cada prédio.

3 - A modificação, por motivos técnicos, das quantidades de unidades habitacionais que deveriam ser construídas na área de solo criado do Igarapé de Manaus (objeto do Contrato n.º 001/2006-UGIP), 1637 unidades previstas para 819 implantadas (ver anexos projetos conjuntos habitacionais), as áreas previstas para implantação dos conjuntos sofreram alterações devido aos custos das indenizações) obrigou a criação de uma nova área de solo criado - área 5 no Igarapé do Quarenta (ver anexo) inserida na

bacia do Quarenta -Educandos, dentro da área de intervenção direta das obras, com a mesma implantação (ver item 1), com o conseqüente acréscimo de todo este sistema de esgotamento e de seus quantitativos nas obras”.

Na verdade, ao que tudo indica, haverá acréscimo quantitativo em decorrência do qualitativo. Entretanto, sugiro que a Administração Pública demonstre em percentuais o que corresponde ao acréscimo qualitativo e o que corresponde ao acréscimo quantitativo. Esta minha sugestão decorre do fato de que a Decisão do TCU apenas possibilita o acréscimo qualitativo em percentual superior ao previsto em lei.

DA CONCLUSÃO:

Diante do exposto, entendo ao final que, atendidos os requisitos impostos pela Decisão do TCU aqui tratada, o pleito da Empresa Andrade Gutierrez S/A referente ao Termo de Contrato n. 04/2007 pode ser atendido. Deve, todavia, a Administração Pública atender a sugestão nesta manifestação apresentada, antes da celebração do aditamento.

Esta é a minha opinião. Sob censura.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/PGE,
em Manaus (AM), 01 de julho de 2008

GLÍCIA PEREIRA BRAGA E SILVA
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 2.860 /2008-PGE**INTERESSADO:** Unidade de Gerenciamento do Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus - UGPI**ASSUNTO:** Consulta sobre alteração contratual.**D E S P A C H O**

Da leitura do bem lançado Parecer nº 125/2008-PA-PGE, subscrito pela douta Procuradora do Estado, Dra. Glicia Pereira Braga e Silva, vê-se que no detido exame realizado foi utilizado paradigma da Corte de Contas Federal (Decisão nº 215/99), que admite, excepcionalmente, a possibilidade de se ultrapassar o limite imposto pelo art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/93, desde que atendidos os seus requisitos.

De conseguinte, é possível entender que as disposições da Lei nº 8.666/93, particularmente aos limites das alterações contratuais, são aplicáveis aos contratos decorrentes de licitações realizadas com recursos oriundos de organismos internacionais.

Nesse passo, importa remarcar que contratos tais não estão imunes aos preceitos constitucionais, não obstante a previsão do parágrafo 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

“§ 5º. para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas,

na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.”

O sobredito dispositivo abre espaço para novas regras procedimentais e critérios para seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, sem, contudo, impor obrigações que confrontem com a legislação pátria vigente.

1

Acerca do assunto, cite-se breve trecho da doutrina oferecida por Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, ao analisar o alcance das disposições do parágrafo 5º do art. 42 da Lei n. 8.666/93:

“Em primeiro lugar, deve ser afastada falsa impressão de que elas estariam a permitir de condições normas e de que elas estariam a permitir a aplicação de condições, normas e procedimentos de agência oficial de cooperação

¹Em artigo “Projetos Financiados por Organismos Internacionais em Concorrências Públicas - Limites Constitucionais e Legais de suas diretrizes (guidelines)”, disponível no site www.zenite.com.br, acesso em 18.7.2008.

estrangeira ou ou organismo financeiro multilateral de o Brasil parte, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para Administração, **decorrentes de acordo, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional.**

É que em havendo acordo protocolo, ou tratado internacional que integre a ordenamento jurídico brasileiro, a aplicabilidade de suas regras às licitações instauradas pelo Poder Público brasileiro decorrer diretamente da constituição Federal.

(...) Também estão a limitar a aplicação das normas decorrentes dos acordos, protocolos, convenções e contratos internacionais os princípios que devem nortear a Administração Pública, insertos no art. 37, caput, da Constituição Federal: os princípios da legalidade, impossibilidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

Ao final, concluem os doutrinadores que, por ter *status* de lei ordinária, o tratado aprovado, na forma constitucional, pode derrogar dispositivos de outra lei ordinária, no caso a Lei n. 8.666/93.

Este é, também, o pensamento defendido por Marçal Justen Filho (Parecer n. (605/42/AGO/1997), que trago à colação:

“15.2 No caso específico, a licitação envolveu recursos provenientes do Banco Internacional de

² Grifos originais.

³ Limitações às alterações de contratos administrativos”, Contuloria Zênite, www.zenite.com.br, acesso em 18.7.08.

Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD -, também conhecido como Banco Mundial . Essa instituição apresenta normas similares às do Banco Interamericano de Desenvolvimento-BID. Ambas as instituições admitem aplicações de valores contratuais que supere o montante de 25%. Aliás, o BID editou, em agosto de 1993, normas que outorgam poderes decisórios para as representações locais. Como expõe Daniel E. Real de Azúa, "as Representações Locais podem autorizar modificações de contratos de obras, seja através de emendas, edições ou obras complementares que não modifiquem o objeto do contrato original que se tenha tornado necessárias para cumprir com o mesmo. Esta autorização, ao contrário não fica restringida aos 25% do montante original do contrato" (A licitação internacional (Análise dos Editais). Edições Aduaneiras, 1994 p.89).

Entretanto, não obstante tais entendimentos, em pesquisa à **Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**, encontram-se decisões e acórdãos no sentido de que não é possível desobedecer a Lei n. 8.666/93, quando esta se mostrar em confronto com as regras do organismo internacional . Para ilustrar, importa citar dentre outras:

Decisão nº 1640/2002-Plenário.

EMENTA: Auditoria. Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT. Obras de restauração e duplicação da BR-101, segmento palhoça SC - Osório RS. Irregularidades nos editais de licitação para seleção das empresas executoras das obras. Ausência de procedimentos e regras previstas na Lei n. 8.666/93, sob a alegação de exigência do BID.

Análise da matéria. Impossibilidade de contrato de empréstimo internacional conter cláusulas conflitantes com a Constituição. Prevalência dos princípios constitucionais em caso de conflito com as normas dos organismos de financiamento.

Determinação visando à correção dos editais. Remessa de cópia ao Congresso Nacional e órgão de supervisão e controle.”

Acórdão 166/2004 Plenário

“6. Como as alegações do DNIT para esses fatos invariavelmente apontam exigências ou orientações do BID, coloca-se em questão a aplicabilidade das normas licitatórias nacionais, em face de procedimentos definidos por organismos internacionais de financiamento. É pacífico que, com fundamento na soberania, as normas contidas na Constituição Federal não podem ser afastadas. Então convém lembrar o que enuncia o inciso XXI do art. 37 da CF/1988: `XXI ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações.` (grifei)

7. Da mesma maneira que a norma específica de licitações os princípios constitucionais aplicáveis à administração pública como o da proporcionalidade, da moralidade, da

impessoalidade, da eficiência e da economicidade também observados, sob pena de se preferir a supremacia da Constituição.

(...)

9. Não se trata, com evidência, de admitir a imposição de normas e procedimentos por parte dessas entidades de fomento, e sim de conciliar as regras internas com as diretrizes do órgão financiador. A utilização de regras estranhas à Lei nº 8.666/93 é uma faculdade, e, mesmo atendida a Constituição Federal, a autoridade administrativa deve retorquir diante de pontos importantes e sempre por em prática o seu poder de negociação.

(...)

13. Está claro, em resumo, que a definição de regras licitatórias pelos organismos estrangeiros não invalida a preeminência de normas nacionais, quando não conflitantes com aquelas ou quando, ainda que conflitantes, sejam requeridas por dispositivo ou princípio da Constituição. Daí não se justificar a absoluta falta de referências à Lei n. 8.666/93 em qualquer licitação desse tipo, porque o que se procura é a coexistência harmoniosa das normas internas e externas, e não a desconsideração da lei nacional.”

“Acórdão 2.189/2006-Plenário

Ementa

Recurso de Revisão. Processual. Reabertura de Conta. Irregularidades apuradas em auditoria. Superveniência de fato novo. Responsabilidade do parecerista. Contrato. Extrapolação dos limites dos acréscimos. Dispensa de licitação. Contas irregulares. Multa.

“9.22 Nesse mesmo diapasão, registramos que a Lei nº 9.648, de 27/5/1998, que modificou o parágrafo 2º do art. 65 nº 8.666, de 1993, ao contrário dos alegados pelos responsáveis, **confirma a necessidade da observância restrita à legislação quando ocorrem acréscimos e reajustes firmados pela Administração**, porque o veto presidencial ao inciso I do citado dispositivo menciona que a elevação do limite em vigor atualmente de 25% para 50% (constante do projeto de Lei de Conversão nº 5. de 1998), com base em conceitos jurídicos indeterminados poderia ensejar o abuso na aplicação da norma.

9.23 Registramos, por fim, que a alteração ocorrida no valor original do contrato n. 0.00.92.0043/00 firmado entre a CODEVASF e a EMSA (objeto destes autos) foi de cerca de 102%, conforme consta do voto condutor da Decisão n. 273/2000-TCU-2ª Câmara. Dado a magnitude desse percentual, poderíamos considerar que ocorreu, na realidade, um novo contrato entre as mencionadas empresas, sem os procedimentos de um novo processo licitatório.”

Ainda no referido Acórdão, em seu voto, o Ministro relator Augusto Nardes, ao analisar o mérito do recurso, apesar de não se vislumbrar prejuízo ao erário, houve “irregularidades com flagrantes desrespeitos à legislação pertinente (...)”. Dentre as impropriedades consideradas pelo Ministro, citou a “b) extrapolação do limite de alteração do contrato mencionado acima, nos termos do disposto no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93;”

Importa registrar que o Acórdão 2.189/2006-Plenário, acima transcrito, analisou contrato administrativo decorrente de **financiamento externo com o BID**.

Considerando que o contrato de financiamento, celebrado pelo Estado do Amazonas com o BID, é garantido pela União, torna-se obrigatório concluir que o instrumento se submeterá ao crivo do TCU, razão por que, na hipótese em que estes autos cuidam, em outras diversas oportunidades, é de bom alvitre **seguir as orientações da Corte Federal de Contas.**

Outro ponto que merece ser sublinhado, no que tange ao caso concreto, na linha de sugestão defendida no Parecer, para tornar mais clara e objetiva a justificativa técnica (vol. I- fls.180-231-PGE), cumpre-me **recomendar a demonstração, em quadro analítico, das alterações meramente quantitativas separando-as das qualitativas.**

Impende lembrar a prévia oitiva do BID acerca da alteração proposta, uma vez que “ultrapassa 15% a quantidade de bens e serviços correlatos sem alteração no preço unitário ou outros termos e condições de venda”, **previsto na GN-2349-7, e em estrita observância ao § 5º do art. 42 da Lei n. 8.666/93.**

Acresça-se que os preços cobrados devem estar de acordo com os de mercado, acrescidos apenas do BDI (**decisão nº 469/97-Plenário-TCU**), cujas planilhas demonstrativas precisam estar assinadas pelo responsável técnico.

Remarque-se ademais, que a opinião jurídica exarada louvou-se nos argumentos técnicos aos autos apensados (vol. I).

Encaminhe-se à apreciação do ilustre Subprocurador-Geral-Adjunto.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/ PGE,
em Manaus, 2 de julho de 2008.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 2.860/2008-PGE**INTERESSADA:** UGPI.**ASSUNTO:** Alteração contratual - Acréscimo qualitativo de serviços- Percentual superior a 25%.**D E S P A C H O**

APROVO o Parecer nº 125/08-PA/PGE, da Procuradora do Estado Glícia Pereira Braga e Silva, acolhido com as considerações acrescidas pela Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, Dr^a. Heloysa Simonetti Teixeira.

DEVOLVAM-SE os autos, acompanhados dos anexos, à **UGPI**.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 9 de julho de 2008.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

Processo nº 004406/2008-PGE

Interessado: Secretaria de Estado da Saúde

Assunto: Análise de pagamento a empresa Contratada em decorrência da inadimplência do Município durante a execução do Termo de Convênio.

PARECER Nº 239/2008-PA/PGE

ADMINISTRATIVO. T E R M O D E
CONVÊNIO. INADIMPLÊNCIA DO
MUNICÍPIO JUNTO AO INSS. PAGAMENTO
AO CONTRATADO POR SERVIÇOS
EFETIVAMENTE PRESTADOS.

Ao Estado, como partícipe do termo de convênio, é possível efetuar o pagamento ao Contratado, com verificação da regularidade do procedimento. Recomendação de observância aos termos do Parecer n. 158/2006-PA/PGE.

Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto

Retornam os autos a esta Casa para fins de análise acerca da possibilidade de o Estado do Amazonas efetuar pagamento diretamente à empresa contratada pelo Município de Codajás, para execução do objeto do Termo de Convênio n. 023/2003.

Por ocasião da primeira vez do encaminhamento

do referido processo à PGE, exarei a Promoção n. 52/2008-PA/PGE para solicitar: justificativas acerca dos valores acrescidos ao Termo de Convênio, com indicação sobre a observância do limite de 25% de acréscimo ao objeto contratual oriundo da avença e apresentação do comprovante de recebimento definitivo da obra, pelo Município e avaliado pela fiscalização do

Passo ao relato dos fatos.

O Estado do Amazonas, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde firmou, com o Município de Codajás, o Termo de Convênio nº 023/2003, para fins de construção do Hospital Geral do Município, no valor global R\$ 3.299.614,97.

Do valor previsto, coube ao Estado do Amazonas a quantia de R\$ 2.200.276,09, conforme dispõe a cláusula segunda do instrumento convenial (fl.0053-PGE). O restante supõe-se que seria de responsabilidade do Município, a título de contrapartida.

Posteriormente, foram celebrados o 5º Termo Aditivo, para acréscimo de R\$ 1.846.537,08, e o 7º Termo Aditivo, também para acréscimo da ordem de R\$ 996.000,00. Ressalte-se que os termos aditivos foram precedidos de Parecer Técnico da Gerência de Projetos e Obras da SUSAM (fls. 268-PGE).

O Município de Codajás celebrou o Termo de Contrato nº 226/2005-PMC, em 16 de novembro de 2005, com a empresa COPEF Construção e Comercial Ltda, no valor de R\$ 1.960.657,87, para execução do objeto.

Para deixar claro o acompanhamento da execução física e financeira do ajuste, remarco que constam dos autos laudos de vistoria que confirmam o cumprimento das metas físicas, de acordo com a liberação das parcelas financeiras, desde o Termo original até a 1ª e parte da 2ª

parcelas do 7º termo aditivo (fl.121-PGE, 123-PGE, 126-PGE, 128-PGE, 130-PGE, 132-PGE, 135, 137-PGE, 139-PGE, 141-PGE, 143-PGE, 145-PGE). Todavia, em data de 6 de agosto de 2008, há informação da Secretaria de Estado da Infra-estrutura - SEINF, subscrita pelo Engenheiro responsável pela fiscalização, de que *“5. Após visita e vistoria dos serviços executados para construção do Hospital, constatou-se que existem pendências; 6. Em se tratando de omissão de laudo técnico para atestar a execução dos serviços, esta fiscalização fica impedida em face do Termo de Convênio em questão não existir no mundo jurídico;”*

Posteriormente, após o pedido de diligência da PGE, os autos foram encaminhados à SEINF, cuja manifestação pode ser parcialmente transcrita (fl. 457):

“Ficou constatada a execução de serviços conveniados com total observância dos itens propostos em planilhas de orçamento, anteriormente conveniados, levando em consideração o mesmo convênio firmado naquela época com o Governo do Estado.

Avaliando todo e qualquer serviço e produto instalado na unidade de saúde, encontra-se um volume de trabalho de engenharia e técnico desenvolvidos pela Construtora COPEF que representa os custos para o atual estágio da obra. A empresa COPEF foi contratada pela Prefeitura de Codajás para realizar a tal conclusão do hospital.

Com isso se observa diante dos serviços executados, os itens de planilha de orçamento que foram conveniados. Considerando apenas serviços que a empresa desenvolveu até o cancelamento do convênio com a Prefeitura de

Codajás.”

Registre-se que não constam dos autos as fotos e as planilhas referentes ao objeto do convênio, posto que o envelope que acondicionava o CD, no qual estariam gravadas as imagens, (fl. 342), está vazio.

Convém mencionar que, para sintetizar a mais recente situação financeira do ajuste, o Diretor do Departamento de Gestão Orçamentária da SUSAM, em 11.04.2008, apresentou Nota Técnica (fls. 48-49) na qual consignou os valores pagos ao Município e os ainda pendentes. As informações foram confirmadas no ofício de encaminhamento à PGE. Segundo o documento, as parcelas relativas ao termo de convênio original e ao 5º Termo Aditivo foram repassadas integralmente. Quanto ao valor do 7º Termo Aditivo, verifica-se que foi pago apenas parcialmente, registrando-se que, do valor de R\$ 300.000,00, referente à segunda parcela, foram devolvidos, em 20/09/07, R\$ 209.779,80 aos cofres estaduais, restando pendente a última parcela de R\$ 396.000,00. Sublinhe-se que tal devolução se deu em face da inadimplência do Município perante ao INSS, conforme informação nos autos, subscrita pelo Sr. Prefeito do Município conveniente (011-PGE) e no ofício de encaminhamento, assinado pelo ilustre Secretário da Saúde.

Esse fato repercutiu desfavoravelmente no instrumento contratual firmado, uma vez que o Município não mais pode prosseguir com o pagamento para a empresa.

No intuito de obter a contraprestação pelos serviços prestados, a Contratada pleiteou, junto à SUSAM, o pagamento direto, sem repasse ao Município, reiterado em 22.09.08 (fl.382-PGE), dado o impedimento do Ente.

Acerca do pedido formulado, solicita o digno representante da Pasta a manifestação desta Procuradoria

Geral.

Até aqui relatei.

A questão de fundo, objeto da consulta, já recebeu, em outras oportunidades, análise desta Casa, inclusive em processo de interesse da Consulente. Da leitura dos autos, conclui-se que, em verdade, a situação narrada cobra resposta a duas questões principais: (i) se é possível o pagamento, pelo Estado do Amazonas, diretamente à empresa contratada pelo Município de Codajás, resultante do Termo de Convênio celebrado para a execução de objetivo comum aos partícipes; e, (ii) em caso positivo, quais os requisitos a serem observados.

A respeito do primeiro questionamento, **em tese**, assente-se pela possibilidade, eis que, como remarcado pelo ilustre Subprocurador-Geral-Adjunto, Dr. Lourenço Braga, no Processo nº 2488/08-PGE, em despacho ao Parecer nº 104/08-PA/PGE, *“a responsabilidade pela conclusão do objeto do convênio é de ambos os partícipes, eis que essa espécie de ajuste administrativo consiste, exatamente, na conjugação de esforços para alcance de objetivo comum.”* Diz-se em tese, porquanto se faz **imprescindível preencher os requisitos legais**, para, então, concluir-se pela subsunção do caso concreto à orientação jurídica. Este entendimento, esposado na citada manifestação procuratorial, instrui o processo sob exame.

Desse modo, na forma mencionada na primeira manifestação desta PGE, e já respondendo ao segundo questionamento, como primeiro requisito, necessário se faz comprovar que os serviços foram prestados. Em se tratando de conclusão do objeto, exige-se a exibição do termo de recebimento definitivo da obra, de acordo com o art. 73, I, “b”, da Lei nº 8.666/93. Tal exigência visa a resguardar a Administração, de vez que não se permite pagar por serviços não efetivados (art. 63, da Lei nº 4.320/64). Em

assim sendo, o sobredito termo serve de comprovante da prestação dos serviços.

No caso em apreço, ao que se lê nas informações prestadas pelo corpo técnico da SEINF (fl. 437-438-PGE), restaram serviços complementares que não foram executados, logo, a obra não está concluída. No entanto, segundo informa o laudo, o valor ora pleiteado pela empresa corresponde ao que já foi executado e ao previsto nas planilhas que integram o termo de convênio e seus aditivos (fls. 436/6-PGE). Assim, em havendo pendência na execução dos serviços, de fato, não há como o Município de Codajás emitir o termo de recebimento da obra. Pelas últimas planilhas carreadas aos autos (fls. 436/6), o montante a receber pela empresa alcança R\$ 398.094,10, segundo cálculo do engenheiro designado, Emerson Redig de Oliveira.

No que pertine à atestação dos serviços ora pleiteados, como segundo requisito, ressalto que, **não constam dos autos as notas fiscais emitidas pela empresa com a declaração e assinatura do responsável (fiscal da obra).**

O terceiro e último requisito diz respeito à regularidade dos procedimentos adotados na execução dos serviços, ou seja, cabe ao órgão repassador do recurso verificar se foram atendidos os dispositivos legais relativos à execução do convênio, inclusive quanto à observância da legislação pertinente aos contratos (Lei nº 8.666/93).

Sucedee que merece registrar sobre os valores envolvidos na contratação efetuada pelo Município de Codajás. Se o valor inicial do convênio foi da ordem de R\$ 3.299.614,97, os acréscimos efetuados ultrapassaram o limite de 25% permitido pelo art. 65, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93. Esta observação se dirige ao termo de contrato celebrado entre o Município e a empresa COPEF Construção e Comercial Ltda. Relativamente ao termo de

convênio, teoricamente, não existiria óbice. Entretanto, ao crescer o objeto do convênio, não se há de esquecer os reflexos desta alteração no contrato resultante desse mesmo convênio, eis que, na situação em que se cuida, impõe-se a realização de outro certame licitatório. Não foi o que aconteceu.

Todavia, não obstante esse fato, é de se perquirir sobre o dever de pagar pelos serviços prestados, ainda quando verificada irregularidade ou nulidade na contratação. Em consonância com o art. 59, parágrafo único, do mesmo Estatuto Legal, “*a nulidade do contrato não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada (...)*”. A previsão homenageia o tão propalado princípio que veda o enriquecimento sem causa, abraçado pelo ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, com expressa previsão no Código Civil.

Não poderia ser diferente o entendimento desta Casa, pacificado por meio do Parecer n. 158/2006-PA/PGE, que admite o pagamento em casos que tais, **não sem apurar a responsabilidade do servidor envolvido e o grau de culpa do contratado na irregularidade encontrada**. Confira-se a ementa:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSULTA. PAGAMENTO PELA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DIVERSOS CONTEMPLADOS NO EDITAL DE LICITAÇÃO E NO CONTRATO ADMINISTRATIVO FORMALIZADO. POSSIBILIDADE. CONCORRÊNCIA DE CULPAS. INDENIZAÇÃO EQUIVALENTE AOS CUSTOS. APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS AGENTES ADMINISTRATIVOS.”

Para não se tornar enfadonho aqui repetir o entendimento amplamente divulgado desta PGE sobre o assunto, faço apensar cópia do susomencionado parecer, a fim de orientar, objetivamente, o órgão a como proceder. Em rápidas palavras, na trilha desse entendimento, quando se verifica a culpa concorrente (Contratante e Contratado) deve ser efetuado o pagamento somente dos **custos envolvidos, deduzida a parcela do lucro**. Assim, a Administração Pública não estará se locupletando e o particular não sofrerá prejuízo, eis que indenizado.

Para cumprimento da apuração de responsabilidade, entendo que cabe à SUSAM, antes de aprovar a prestação de contas final relativa ao termo de convênio sob análise, instaurar procedimento administrativo para apuração da irregularidade verificada na execução do convênio. Decidida a questão e constatado o descumprimento da lei pelo Conveniente, deve-se proceder à instauração da **tomada de contas especial**, com posterior remessa ao Tribunal de Contas do Estado, sob pena de responsabilização do gestor da SUSAM.

De outro lado, entendo e recomendo com veemência a apuração de responsabilidade dos servidores dos órgãos envolvidos, eis que, aparentemente, os repasses financeiros foram autorizados sem observância aos ditames legais. Imperiosa a apuração desses fatos.

Em síntese, conclui-se:

1- ao Estado do Amazonas se permite assumir os compromissos referentes à execução da obra decorrente de termo de convênio firmado com o Município, pelas razões expostas, cabendo ao gestor decidir;

2- a execução do convênio, pelo Município de Codajás, traz indícios de irregularidades, com desobediência ao art. 65, parágrafo 2º, da Lei n. 8.666/93;

3- relativamente ao termo contratual decorrente do convênio, parece haver culpa concorrente do Município e da empresa contratada, pois a ninguém é dado o direito de

desconhecer a lei. No entanto, diante da instrução dos autos que não revela se houve outro procedimento licitatório para abarcar as alterações posteriores ao termo de contrato primitivo, esse fato precisa ser esclarecido;

4- os serviços prestados, ora pleiteados, estão atestados pelo fiscal da obra;

5- em se confirmando a culpa concorrente, o pagamento pode ser efetuado, subtraindo-se a parcela referente ao lucro e apurando-se os custos;

6- a responsabilidade dos envolvidos deve ser investigada, mediante a instauração de tomada de contas especial em relação ao Município e de processo administrativo para os servidores dos órgãos estaduais responsáveis pelo convênio.

É o parecer. À apreciação do Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/PGE

em Manaus, 19 de dezembro de 2008.

Heloyza Simonetti Teixeira

Procuradora Chefa

PROCESSO Nº 004406/2008-PGE

Interessado: SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

Assunto: Consulta sobre procedimento para pagamento de parcelas em convênio.

DESPACHO:

APROVO integralmente o Parecer nº 239/2008-PA/PGE, lavrado pela culta Chefa da Procuradoria Administrativa, mestra Heloyza Simonetti Teixeira, que

considera possível ao Estado *efetivar o pagamento ao contratado* e recomenda, com veemência, a apuração de eventual responsabilidade através de *tomada de contas especial em relação ao Município e de processo administrativo para os servidores dos órgãos estaduais responsáveis pelo convênio*.

Sejam os autos devolvidos ao nobilíssimo Secretário de Estado de Saúde, observado o disposto no item II da Portaria nº 102/2007-GPGE, de 21 de dezembro de 2007.

SEÇÃO II/SUBGAD/PGE, em Manaus, 19 de dezembro de 2008.

LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA

Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado

Processo nº 131/2008-PA/PGE**Interessado:** Secretaria de Estado da Fazenda**Assunto:** Análise de cessão contratual de permissão de serviço público.**PARECER Nº 19/2008-PA/PGE**

ADMINISTRATIVO. CESSÃO CONTRATUAL EM PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. CESSÃO DE EMPRESA CONTRATADA. CRIAÇÃO DE SUBSIDIÁRIA INTEGRAL A SER OPERACIONALIZADA POR MEIO DE SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO.

- a cessão total de contratos administrativos, em regra, é desaconselhável por malferir princípios constitucionais; todavia, em se tratando de cessão ocasionada por reorganização societária, em qualquer de suas modalidades, sobretudo no âmbito de concessão/permissão de serviços públicos, é possível a sua utilização, desde que cumpridos, cumulativamente, determinados requisitos.

Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto

A Secretaria de Estado da Fazenda, representada por sua Secretária Executiva de Assuntos Administrativos, Sra. Rosineide de Melo Roldão, pelo Ofício n. 031/08-GSEFAZ, de 7/1/2008, encaminha o processo administrativo em epígrafe para análise de proposta apresentada pela empresa Armazéns Gerais Columbia S.A.,

com vistas à transferência do objeto do Termo de Contrato n. 07/2001, para uma subsidiária integral, em fase de constituição, a ser denominada de Resende Armazéns Gerais e Logística da Amazônia S.A.

Informa a Consulente que se cuida de ajuste contratual celebrado, em 28.05.2001, com o Estado do Amazonas, por intermédio da Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ, para *“permissão para prestação de serviços públicos de instalação e armazenagem de mercadorias oriundas de empresas cadastradas na Secretaria de Estado da Fazenda do Amazonas, no armazém geral localizado no Município de Resende, Estado do Rio de Janeiro.”*

A dúvida suscitada cinge-se à possibilidade, ou não, de ser autorizada a pretendida transferência de titularidade do contrato, pelas razões a seguir minudenciadas:

“Desta feita, esta Secretaria passou a análise do assunto, contudo não chegando a um posicionamento definitivo sobre a possibilidade legal ou não do deferimento do pleito, haja vista que há dois aspectos sobre o mencionado pedido. O primeiro, sinalizando com a possibilidade do deferimento com base no instrumento convocatório, termo de contrato, Lei nº 8.987/95 e Decreto Federal nº 2.763/98. O segundo, não vislumbrando a possibilidade de deferimento, uma vez que a transferência da permissão que se pretende fazer será para uma subsidiária integral, isto é, pessoa jurídica distinta, que não participou do certame licitatório, caracterizando uma burla ao princípio licitatório e ao da isonomia enfaticamente consagrados na Constituição Federal. O Tribunal de Contas da União, através da Decisão nº 420/2002 - Plenário, tem o entendimento sobre o tema em

questão, no sentido de que a Supremacia do Interesse Público impugna qualquer ato cujo teor seja a substituição do licitante vencedor por terceiros.”

Diante do impasse instaurado no âmbito da SEFAZ, chegam os autos à apreciação desta PGE.

Até aqui relatei. Passo às considerações.

A matéria objeto de exame impõe a apreciação do tratamento conferido pela legislação pertinente ao instituto da cessão, ao fenômeno da cisão e sua interface com a criação de sociedade de propósito específico, na forma de subsidiária integral, e o atendimento ao interesse público buscado pela Administração Estadual.

Após a leitura do relato da empresa interessada, em carta dirigida à SEFAZ (fls. 05-011-PGE), faz-se relevante transcrever que:

“3. Desde a assinatura do Contrato de Permissão, a Colúmbia gerencia o Entrepósito Resende por meio de uma filial da Armazéns Gerais Colúmbia S/A, especialmente aberta para tal fim, devidamente registrada e com matrícula de Armazém Geral concedida pela Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro JUCERJA.

4. Ocorre que, dado o grande crescimento das atividades do Entrepósito, a Colúmbia verificou que a presente organização legal dificulta a cobertura eficiente das suas questões administrativas e fiscais.

5. Como se sabe, a operação do Entrepósito Resende, pela própria natureza de seu regime fiscal, tem características diversas das demais operações da Colúmbia e por isto mesmo requer estruturas próprias de gerenciamento e de

pessoal.

6. Mencione-se ainda que o próprio Protocolo ICMS n. 22/99 estabelece em sua Cláusula 4ª, parágrafo 5º que o armazém geral do Entrepósito deverá ser único e operar em regime de exclusividade.

7. Ora, a Colúmbia, que até meados de 2007, não tinha qualquer outra operação no Estado do Rio de Janeiro além do Armazém Resende, recentemente passou a ter outros negócios no Estado do Rio de Janeiro, e tem planos de aumentá-los.

8. Essa nova realidade, mais ainda, pede que a administração do Entrepósito Resende seja segregada de todas as demais atividades da Colúmbia. Tudo indica, como se argumenta a seguir, que a melhor forma de fazê-lo seja constituir uma nova sociedade de propósito único e específico, que substitua com vantagem a atual e já ineficiente estruturação sob forma de filial.” (grifei)

Por se tratar de Termo de Contrato de Permissão de Serviços Públicos haveremos de nos reportar à Lei geral nacional n. 8.987/95, denominada “Lei das Concessões”, com os contornos da Lei n. 8.666/93, que norteia as contratações públicas. Ao que consta das informações trazidas à apreciação, haverá transferência de patrimônio para a constituição de uma nova empresa, o que parece, à primeira vista, referir-se à cisão parcial da empresa existente. Ademais, a proposta apresentada diz respeito à constituição de empresa de propósito específico, a ser operacionalizada por uma subsidiária integral. Inegável nesse mote a importância desses aspectos, razão por que merecem ser analisados com maior detença.

Dessa feita, entendo por abordar, em primeiro lugar, sobre a transferência de patrimônio que se fará, com a criação de uma nova empresa. Posteriormente, cabe aprofundar o estudo acerca da sociedade de propósito específico (SPE), na forma de subsidiária integral. Por último, torna-se imprescindível verificar a previsão legal para o trespasse das atividades permitidas à nova empresa a ser constituída, sob a ótica da cessão contratual na seara do Direito Público.

Considerando a informação de que a atual permissionária, Armazéns Gerais Colúmbia S.A., deverá constituir nova empresa, para a qual será transferida parte de seu patrimônio (infraestrutura física, pessoal e administrativa, além de outros ativos) é possível enquadrar-se a operação no art. 229 da Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), uma vez que o Código Civil não traz essa previsão. Eis a dicção do sobredito artigo:

“Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão. (Grifei)

§1º Sem prejuízo do disposto no art. 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados. (Grifei)

§2º Na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela assembléia geral da companhia à vista de justificação que incluirá as informações de que tratam os nºs. do art. 224; a assembléia, se aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembléia de constituição da nova companhia.”

Existem dois tipos de cisão: parcial e total. A cessão parcial ocorre quando o patrimônio da empresa é segregado (cindido), permanecendo a empresa funcionando com o restante; a cessão total se dá quando todo o patrimônio é cindido entre os sócios, deixando a empresa de existir.

Segundo o magistério de Antonio Carlos Nasi (artigo “Incorporação, fusão, cisão, joint-venture, o que é, quando fazer, quando não fazer - Breve análise de cada situação”, publicado no site www.nardonnasi.com.br, acesso em 18.1.2008), a cisão parcial é utilizada em várias situações, dentre as quais as mais usuais são:

- a- quando um sócio não tem mais interesse em participar da sociedade;
- b- quando da morte de um sócio e os remanescentes não aceitam os herdeiros como novos sócios;
- c- quando parte das atividades da empresa deve ser separada, por conveniências operacionais;
- d- para solucionar conflitos entre os sócios;
- e- por objetivos de planejamento tributário;
- f- com objetivos de vender parte do negócio.”

(grifo não original)

Explica o autor que uma “cisão clássica é quando os sócios de uma empresa procedem uma cisão, gerando uma nova empresa, onde todos vão participar da mesma forma que participam na empresa cindida. Todavia, isto é uma situação onde não há conflitos e sim interesses operacionais em cindir a empresa. (...) O instrumento jurídico da cisão envolve necessariamente a constituição de uma nova empresa para receber os bens, direitos e obrigações cindidos. Ou seja, o sócio que sai da sociedade deve ter ou constituir uma empresa para receber os ativos e passivos cindidos.”

No caso concreto que se examina, não há situação de conflito, haja vista a justificativa de a permissionária Armazéns Gerais Colúmbia pautar-se na conveniência operacional, fartamente demonstrada a necessidade de segregar a atividade contratada pelo Estado do Amazonas das demais assumidas pela empresa. Trata-se, portanto, de hipótese de cisão parcial da sociedade atual, com fundamento no art. 229 da Lei 6.404/76, a qual repassará parte de seu patrimônio para a nova sociedade, esta a ser criada sob o molde de subsidiária integral, como sociedade de propósito específico, matéria esta que será objeto de apreciação a seguir.

A sociedade de propósito específico, segundo a doutrina dominante, não está prevista no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, para alguns, após o Código Civil de 2002, passou a ser tipificada, de acordo com o art. 981, transcrito a seguir:

“Art. 981 (...)

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

Para Rubens Edmundo Requião (artigo “A *Joint Venture* e a Sociedade de Propósito Específico”, www.requiaomiroadv.br, acesso em 15.01.2008) a SPE, “do inglês *purpose company* ou *special purpose consortium*, não tem regulação especial no Brasil, e não representa um modelo ou tipo de sociedade. Surgem em leis esparsas algumas regras, geralmente de aplicação restrita, que pouco a pouco vão traçando o perfil do instituto. Penetrará em qualquer dos modelos de sociedade existentes, ressalvadas a sociedade em nome coletivo (...) e poderá assumir a condição¹ de companhia aberta. A subsidiária integral, formada nos termos do art. 251 da Lei nº 6.404/76, representa um caminho natural para a especialização do objeto social, permitindo a operação da sociedade de propósito específico”. (Grifei)

A SPE, ou SPC, é uma sociedade que possui atividade restrita, podendo ter prazo de duração determinado, e sua principal utilidade é de isolar o risco financeiro da atividade a que se destina. Mas, não só. A SPE possui a vantagem de ser uma entidade autônoma da que a criou, com personalidade jurídica e contabilidade próprias, o que facilita o controle de suas atividades, principalmente porque se dedica a um único fim.

A operacionalização de uma SPE, aparentemente, é simples, exigindo a criação de “um CNPJ próprio para a nova entidade, que passará a ter todos os registros² próprios de uma empresa comercial, cuja única

¹Entendendo que não existe previsão legal para criação da sociedade de propósito específico, mas admitindo sua utilização no Brasil, com base no modelo norte americano da Joint venture, citem-se: Sheila Felix de Oliveira e Ronaldo Apelbaum (artigo “Direito Empresarial: Sociedade de Propósito Específico (SPE) - Aspectos Societários, contábeis e fiscais”. www.fiscosoft.com.br, acesso em 15.01.2008).

²Sociedade de Propósito Específico. www.precisão.eng.br, acesso em 15.01.2008.

diferença reside no objeto social, específico para o desenvolvimento daquela empreitada, devendo se extinguir após sua conclusão, ou ser renovada para um novo negócio”

Na legislação brasileira o instituto foi inaugurado na Lei nº 8.666/93 (Lei Nacional de Licitações e Contratos), art. 33 , em cujo dispositivo há permissão para constituição de consórcio exclusivamente para execução do objeto licitado, permissão esta que evoluiu para a criação de uma empresa com fim exclusivo de executar o objeto da licitação. Posteriormente, a Lei nº 8.987/95, que regula as concessões de serviços públicos, no art. 19, à semelhança da Lei de Licitações, admitiu essa figura, além de prever no art. 20 , a possibilidade de criação de empresa, no caso de consórcio, antes da celebração do contrato.

Sob a ótica da Lei de Concessões, convém citar os comentários de Modesto Carvalhosa (em Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, v.II, Ed. Saraiva, 1.998, p.355): “A administração pública evolui para a exigência de constituição de uma sociedade que pudesse nitidamente separar os capitais, os recursos e⁵ as aptidões, voltada unicamente para a execução do contrato público celebrado.”(grifos não originais)

Haverá, segundo Requião ,

³Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas de consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

§2º. O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

⁴Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.

⁵Op. Cit.

“a presença de uma pessoa jurídica especializada, em substituição do consórcio despersonalizado, com vantagem daquela representar maior estabilidade, dado que os contratos de concessão públicos são muito complexos e celebrados com prazos muito longos. A pessoa jurídica, ainda, segregando obrigações, patrimônio, riscos, operações e contabilidade, permite melhor fiscalização por parte do concedente, deixando mais nítida a responsabilidade da empresa concessionária e de seus sócios componentes.” (grifei)

A menção expressa à sociedade de propósito específico veio com a Lei federal n. 11.079/2004, que instituiu o regime das parcerias público-privadas. O art. 9º regulamentou a constituição e o funcionamento da sociedade de propósito específico, sem definir sua composição societária.

Em comentários ao preceptivo, Diógenes Gasparini entende que

“há que ser, por óbvio, regularmente instituída antes da celebração do contrato de parceria público-privada, podendo assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos à negociação no mercado. Deve obedecer padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme for estabelecido em regulamento, e este ainda não for editado. Seu propósito, certo e determinado, daí a denominação sociedade de propósito

específico, é implantar e gerir o objeto da parceria. Portanto, nenhum outro propósito pode ter.”(Direito Administrativo, 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 425).

Posteriormente, a Lei nº 11.101/2005, que regulamentou os procedimentos para a recuperação judicial e extrajudicial, e a falência do empresário e da sociedade empresária, no art. 50, XVI, incluiu, como meio de recuperação judicial, a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

Diante desse quadro regulatório, o tipo societário para amparar a SPE é que irá ditar suas características, respeitadas as disposições legais sobre seu funcionamento, sempre em consonância com o Código Civil ou a Lei 6.404/76, se sociedade limitada ou anônima, respectivamente.

Ao que se lê da proposta apresentada, pretende a Permissionária criar uma SPE por meio de uma subsidiária integral. Para Modesto Carvalhosa é a operação possível, em se tratando de concessão ou permissão, com realce para os benefícios que proporciona:

“Diversas são as funções da subsidiária integral. Ressalta-se aquela de constituição de sociedade com propósito único, criada para a emissão de valores mobiliários, ou para a concessão ou permissão de serviços públicos. Por outro lado, o instituto facilita imensamente os negócios de incorporação (art. 252) e de racionalização de atividades operacionais. Permite ainda a formação de novos *profit centers* e de projetos no grupo societário. Assim, pode-se transformar uma divisão de fábrica em uma substância

integral, a fim de atribuir-lhe estratégia de margens e de resultados próprios”. (op cit., p.122)

No que concerne à subsidiária integral, prevista no art. 251, da Lei nº 6.404/76, esta se constitui na única hipótese admitida, no Direito Brasileiro, de unipessoalidade originária, segundo explica Fábio Ulhoa Coelho, que é sociedade anônima constituída mediante escritura pública, por iniciativa de sociedade brasileira, subscritora de todas as ações emitidas. “Nascida da vontade de um único sujeito de direito, a subsidiária integral é exemplo de sociedade institucional, ou seja, não se constitui por contrato”. Em outra oportunidade, realça o autor que: “Cabe, a propósito, o registro de que a subsidiária integral não pode ser constituída por uma pessoa física, mas somente por outra sociedade (LSA, art. 251), o que, de certo modo, reintroduz o princípio geral da pluripessoalidade.”

Ao que se colhe da instrução processual, a Permissionária planeja operacionalizar a SPE por meio da criação de subsidiária integral, como forma de racionalizar a prestação dos serviços prestados e facilitar o controle das atividades desenvolvidas, consoante item 13 de sua correspondência (p.08-PGE), aqui transcrito:

“13. Parecem claros à Colúmbia os benefícios que resultarão da transferência do Entrepasto Resende para uma empresa específica, constituída sob a forma de subsidiária integral da Colúmbia.

Vejamos:

(a) maior facilidade de controle pela Secretaria

⁶ Curso de direito comercial, 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 388.

⁷ Op. cit. p. 177.

da Fazenda do Amazonas, por refletir a contabilidade da nova empresa tão somente a atividade do Entrepasto Resende;

(b) melhor controle administrativo do Entrepasto Resende pela Colúmbia, com a nomeação de Diretores e Gerentes diretamente ligados à mesma;

(c) melhor condição de acesso aos programas de incentivos disponíveis no Estado do Rio de Janeiro e no Município de Resende, caso a nova companhia lá seja constituída;

(d) total segregação de outros negócios que a Colúmbia venha a realizar no Estado do Rio de Janeiro ou até mesmo no município de Resende, fora do âmbito do Protocolo 22/99, distanciando-se das atividades como permissionária do Estado do Amazonas.”

Nesse aspecto, diante dos argumentos até aqui minudenciados, não me parece existir óbice legal à criação da nova empresa, para operacionalização da SPE, por intermédio de uma subsidiária integral.

Por fim, impende verificar a previsão legal acerca da possibilidade de transferência ou cessão do contrato administrativo firmado entre a permissionária e o Estado do Amazonas.

É bom esclarecer, desde logo, que a questão da cessão contratual, de um modo geral, em sede de direito público, é matéria dissonante, sobre a qual diversos doutrinadores têm posicionamentos favoráveis, por considerarem plenamente possível a cessão total sem infringência a dispositivos constitucionais (Marçal Justen

Filho, Leon Fredja Szklarowsky, Floriano P. Azevedo Neto e Carlos Pinto Coelho Motta), enquanto, em oposição, há outros que sustentam a não possibilidade, justo porque tal procedimento estaria inquinado de inconstitucionalidade por malferir o princípio da igualdade e o princípio da obrigatoriedade de licitar (Jessé Torres Pereira Junior, Consultoria Zênite e Toshio Mukai).

Em sede jurisprudencial, na esfera do Tribunal de Contas da União, a Decisão n. 375/2002-Plenário e a Decisão 420/2002-Plenário são emblemáticas, porquanto a Corte assentou o entendimento pela proibição à sub-rogação plena. Todavia, há posicionamentos outros, diante de situações excepcionais, pela possibilidade de cessão total, desde que atendidos determinados requisitos.

No âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas prevaleceu, como regra, o entendimento de que a cessão total de contratos administrativos, de modo geral, não merece guarida (Parecer 286/2007-PA/PGE), pelos argumentos que consideram o instituto inaplicável por infringência a dispositivos constitucionais, em acolhimento a tese sustentada majoritariamente pelo TCU, que tem como pano de fundo o art. 78, VI da Lei n. 8.666/93.

De um acurado exame da hipótese aqui tratada - transferência de um contrato de permissão de serviço público para empresa a ser constituída sob a forma de subsidiária integral, operacionalizada por sociedade de propósito específico -, tenho que não se confunde com a situação pretérita citada, pelas razões que passo a

⁸ A Consultoria Zênite admite apenas excepcionalmente e impõe a observância a requisitos para que se admita a cessão total ou parcial (BLC 65/83/JAN/2001; BLC 769/54/AGO/1998; BLC 549/65/JUL/1999).

⁹ Considerando a sub-rogação irregular, citem-se os seguintes pronunciamentos do TCU: Acórdão 763/2003 - Plenário; Decisão 284/1999; Acórdão 712/2003; Decisão 623/2002 - Plenário; Decisão 1.103/2002 - Plenário; Decisão 1.260/2002 - Plenário; Decisão 665/2002 - Plenário. Pela Possibilidade de cessão total, em situação excepcionalíssima: Acórdão 1.517/2005 - Plenário.

pormenorizar.

Impende perscrutar, *ab initio*, o regramento norteador das concessões de serviço público, que, na forma do art.40, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.987/95, são aplicáveis às permissões. Confira-se:

“Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. **Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.”**

Preliminarmente, remarque-se que são válidas, aqui também, as observações feitas, em regra geral, para as concessões de contratos administrativos. Vale dizer, entretantes, que a transferência de contrato de concessão/ permissão respalda-se em permissivo específico da Lei nº 8.987/95, cuja redação se transcreve:

“Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá:

- I- atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e
- II- comprometer-se a cumprir todas as clausulas do contrato em vigor.”

Por outro lado, a Cláusula Décima Segunda do

Termo de Contrato n. 07/2001-SEFAZ/AM e a minuta que integrou o edital admitem a transferência:

“CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - SUBPERMISSÃO

Será permitida a subpermissão, cessão ou transferência total ou parcial, do objeto da permissão, com prévia e expressa anuência da PERMITENTE.”

Comporta a questão breve esclarecimento. Na situação exposta, não se há falar em subpermissão, visto que na subpermissão (subconcessão) o permissionário permanece com o vínculo perante a Administração; em outras palavras, continua responsável pela execução das atividades permitidas. Assemelha-se, então, à subcontratação, na qual o Contratado original não transfere a obrigação à outra pessoa (subcontratado). Em se tratando de cessão ou transferência (total ou parcial) há a substituição da pessoa do concessionário/permissionário.

Para Marçal Justen Filho (Concessões de Serviços Públicos, p.279, ed. Dialética, São Paulo):

“Na cessão, aquele que era concessionário deixa de sê-lo, transferindo essa condição para outrem, que o sucede na relação jurídica. A cessão não produz uma nova concessão, mas envolve a continuidade do vínculo existente apenas com outro sujeito como concessionário. O antigo concessionário permanece como tal, transferindo a um terceiro uma parcela de seus poderes e deveres.”

10

¹⁰Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
Op. cit. p. 641.

Contrapondo-se à possibilidade de cessão ou transferência da concessão/permissão prevista no art. 27, entendendo-o inconstitucional, Celso Antonio Bandeira de Mello assevera:

“Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo da disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e, feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido pela Constituição”.

Sustenta o autor que, nessa hipótese, está-se admitindo a *comercialização do direito de prestar o serviço* e ensejando que seja repassado a um sujeito que não venceu ou sequer disputou o certame licitatório.

Sublinhe-se que, no mesmo preceptivo, foi conferido idêntico tratamento a questões distintas: a transferência de controle acionário da empresa. Para B. de Mello, “nesta, sim, justificar-se-ia a solução adotada pela lei, se não fora pelo fato de que pode ser, como vem sendo, acobertadora de uma verdadeira fraude ao espírito da norma permissiva”. Nessa hipótese - transferência do controle acionário - “o serviço é deslocado para outra empresa. A mesma empresa, aquela que venceu o certame, continua com os encargos e direitos correspondentes. Entretanto, o fato é que, se a empresa em questão for uma sociedade de fins específicos, constituída para disputar aquela licitação e os editais têm feito tal exigência -, fica

¹¹ Op. cit. p. 641.

visível que a subsequente transferência do controle acionário comprovaria que tal empresa era apenas uma fachada de que se serviram seus acionistas para, em vencendo o certame, vender valorizadamente a um outro grupo o pacote acionário, o que, por certo, não está no espírito nem do instituto da licitação, nem da norma permissiva de alienação das ações.” (grifei)

Diante da documentação acostada, verifica-se que a situação sob comento não se quadra à última hipótese levantada pelo ilustre doutrinador. Ao revés, a permissionária atual é que constituirá a SPE para execução do objeto da permissão, e, ainda assim, já decorridos seis anos da contratação.

Uma vez mais se buscam as lições de Marçal Justen Filho , para quem os efeitos jurídicos da transferência da concessão podem ser obtidos através da transferência do controle do concessionário:

“Assim, ao invés de ceder diretamente o direito de operar o serviço público, poderia efetuar-se a alienação das ações ou quotas da sociedade titular da concessão. [...] A operação se apresenta como modalidade de outro instituto jurídico. Trata-se de exemplo de negócio indireto, largamente conhecido no direito privado.

[...] A regra apanha qualquer modalidade de transferência da concessão, direta ou indiretamente. É irrelevante a modalidade do negócio. Não se distinguem hipóteses de negócio gratuito ou oneroso, *intervivos* ou *mortis causa*

Também são apanhadas as hipóteses de reorganização societária (fusão, cisão e

¹² Op. cit. p. 287-288.

incorporação) tanto quanto as de permuta de participações societárias, doações, alienações onerosas etc.”. (grifo não original)

Em outra obra, Marçal Justen Filho alude às figuras de reorganização societária (fusão, cisão e incorporação) e sua repercussão no contrato com a Administração. Di-lo o autor:

“Admite-se que a reorganização empresarial, por via de fusão, cisão ou incorporação, possa frustrar a finalidade buscada pela contratação. Mas a Administração deve evidenciar que o evento prejudica a execução do contrato ou importa outra categoria de vícios.

Ainda quando inexistir vedação expressa no instrumento convocatório, essas operações de reorganização empresarial podem acarretar a rescisão do contrato se forem instrumento de frustração de regras disciplinadoras da licitação, o que deverá ser evidenciado caso a caso.”

Admitida a possibilidade de transferência da concessão/permissão em virtude de reorganização societária, imperiosa a anuência prévia da Administração. O poder concedente deve aquiescer com a transferência, condição esta de validade da operação. Inválida seria a transferência pelo antigo concessionário/permissionário, do serviço concedido/permitido, sem a concordância do Estado, infração esta que pode ensejar a caducidade da concessão/permissão.

Sobreleva considerar, ademais, que, em se

¹³ Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, p. 586.

tratando de transferência de concessão/permissão, imprescindível se faz a comprovação dos requisitos cobrados no edital por ocasião da licitação. Assim, não é despidendo reiterar que os itens 3.2.1; 3.2.2; 3.2.3; e 3.2.4 devem ser devidamente cumpridos pela cessionária (SPE). Enfim, evidenciado o atendimento às exigências editalícias, e não subsistindo, objetivamente, incerteza quanto ao atingimento do interesse público buscado com a celebração do contrato, o Poder Concedente poderá anuir na cessão contratual, nos moldes propostos pela atual Permissionária.

Relevante citar, nesse contexto, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União pela aquiescência da cessão contratual derivada de cisão empresarial (Acórdão 1.517/2.005-Plenário-Proc. 009.985/2004-0):

“6. A cisão, modalidade de reorganização empresarial que cobre relevo no caso vertente, pode ser conceituada, nos termos do art. 229 da Lei n. 6.404/76, como a *“operação pela qual a companhia transfere parcelas de seu patrimônio para uma ou mais sociedades constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.”*

7. Em virtude do caráter *intuitu personae* da contratação administrativa, quando há alteração no pólo passivo da contratação - a exemplo da fusão, cisão ou incorporação - a doutrina diverge quanto à possibilidade de se levar adiante a execução do contrato.

8. No tocante ao primeiro aspecto, importa salientar, que, por meio da Decisão 420/2002-Plenário, ficou assentado que, “em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-

rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI da Lei nº 8.443/92”.

9.[...]

13. Observa-se, portanto, que o entendimento firmado na Decisão n. 420/2002-Plenário não se mostra aplicável ao caso sob exame, uma vez que a contratada, ao firmar o quarto termo aditivo ao Contrato nº 071/2000, não cedeu sua posição a terceiro.

[...]

22. Importa salientar, que, por meio do referido *decisum* que apreciou consulta formulada pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Sr. Aécio Neves, acerca da obrigatoriedade, ou não, de rescisão de contratos porventura celebrados com empresas que tenham sofrido fusão, cisão ou incorporação - o Tribunal manifestou-se favoravelmente à continuidade dos contratos celebrados com essas empresas, desde que cumpridos os seguintes requisitos, cumulativamente: (grifos não originais)

a) tal possibilidade esteja prevista no edital e no contrato, nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93;

b) sejam observadas pela nova empresa os requisitos de habilitação estabelecidos no art. 27 da Lei nº 8.666/93, originalmente previstos na licitação;

c) sejam mantidas as condições estabelecidas no contrato original.

[...] Destarte, ante os princípios da razoabilidade e do interesse público, não reputo pertinente proceder-se à rescisão do contrato nº 071/2000-RAJ, apenas pelo fato de não estar expressa, tanto no edital como no instrumento citado, a possibilidade de ser realizada cisão, nos termos do inciso VI, já que o próprio artigo 78 da Lei nº 8.666/93, usado como fundamento para tanto, também prevê, em seu inciso XI, que constitui motivo para a rescisão contratual “a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que prejudique a execução do contrato” (grifei), o que, como demonstrado, não se verifica na situação em análise.

[...]

31. Há que se considerar ainda que está em jogo a paralisação de um empreendimento, com custos bastante elevados para a sociedade, que tem por finalidade suprimir a carência de água tratada (uso doméstico) e ampliar a oferta de água decantada (uso industrial) em São Luís/MA.”

À vista da argumentação expendida, reputo possível a transferência contratual pleiteada, diante da cisão a ser processada para criação de empresa subsidiária integral da Armazéns Gerais Colúmbia S/A, cuja operacionalização dar-se-á por meio de uma sociedade de propósito específico, observados, cumulativamente, os seguintes requisitos, em síntese:

- a) sejam observados pela nova empresa os requisitos de habilitação estabelecidos no instrumento convocatório da licitação;
- b) sejam mantidas todas as condições estabelecidas no contrato original;

c) seja elaborado termo de cessão, com a devida anuência do Estado do Amazonas;

d) sejam cumpridos os requisitos da Lei nº 6.404/76 para a reorganização empresarial pretendida.

Sendo estas as minhas considerações, submeto à apreciação do ilustre Subprocurador-Geral-Adjunto.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/PGE,
em Manaus, 25 de janeiro de 2008.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA

Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 000131/2008-PGE

Interessado: SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA

Assunto: Cessão de contrato administrativo

DESPACHO:

APROVO, integralmente, o bem lançado Parecer nº 019/2008-PA/PGE, da lavra da ilustre Chefa da Procuradoria Administrativa, mestra Heloysa Simonetti Teixeira, que, a meu sentir, estampa análise profunda e segura do tema, concluindo pela possibilidade jurídica de cessão de contrato administrativo para sociedade de propósito específico a ser constituída, por cisão, pela contratada Armazéns Gerais Colúmbia S.A., Restando indubitado que o julgamento da conveniência e da oportunidade compete ao nobilíssimo Titular da Pasta interessada.

Sejam os autos devolvidos à diligente Secretaria Executiva de Assuntos Administrativos da Secretaria de Fazenda, observado o disposto no item II da Portaria nº 102/2007-GPGE, de 21 de dezembro de 2007.

SEÇÃO II/SUBGAD/PGE, em Manaus, 19 de dezembro de 2008.

LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA

Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado

PROCESSO Nº 1859/2006

INTERESSADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO PRETO DA EVA

ASSUNTO: Repasse de área

PARECER Nº 30/2008-PPIF/PGE

ADMINISTRATIVO. TERRAS DEVOLUTAS. REPASSE AO PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO. LEI Nº 1.496/1981. REVOGAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CONCESSÃO DE DOMÍNIO DE TERRAS PÚBLICAS ESTADUAIS. POSSIBILIDADE. DECISÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA.

A Constituição Federal de 1988 revogou a Lei nº 1.496/1981, porque trouxe disciplina própria sobre a titularidade das terras devolutas.

Assim, o repasse de área pertencente ao patrimônio público estadual ao domínio do Município de Rio Preto da Eva pode ser feito mediante autorização legislativa e expedição de título de domínio, desde que autorizado pelo Chefe do Poder Executivo, a quem cabe decidir.

Senhor Procurador-Geral,

I - RELATÓRIO

Cuida-se de requerimento de repasse de terras ao patrimônio municipal formulado pelo Município do Rio

Preto da Eva e dirigido à Casa Civil, de área compreendida no quadrado de 34 Km de lado, orientado no sentido norte/sul, leste/oeste, tendo como ponto de partida a Praça Tenreiro Aranha, situada no centro da cidade, por força do disposto no artigo 85-I da Lei nº 1.496, de 29/12/1981.

A Consultoria Técnico-Legislativa encaminhou os autos à PGE, tendo sido solicitada diligência ao ITEAM, conforme promoção nº 249/2006 (fls. 8).

Em resposta, o ITEAM informou que a área pretendida abrange a Gleba Rio Preto, de propriedade do Estado do Amazonas, bem como terras de domínio da União, da Suframa, do INPA, do Exército e pertencentes a particulares, oriundas de títulos definitivos expedidos pelo Estado do Amazonas (fls. 84).

Por meio da promoção nº 519/2007 (fls. 102-104), foi solicitada informação sobre a titulação de terras em favor de municípios na vigência das leis 700/67 e 1.496/81, tendo o ITEAM informado que não houve expedição de títulos definitivos na época, porém houve transferência de terras públicas estaduais por ato do Governo do Estado entre 1888 e 1895, conforme ofício nº 204/2008.

II - FUNDAMENTAÇÃO

A Procuradoria Geral do Estado é o órgão superior do Sistema de Apoio Jurídico da Administração Estadual, integrado pelos serviços jurídicos dos órgãos da Administração Direta, das autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, acorde com o artigo 2º e § 1º da Lei nº 1.639, de 30/12/1983 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado).

Dentre as atribuições da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário, descritas no artigo 17 da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado (Lei nº 1.639, de 30/12/1983), insere-se a manifestação prévia em todos os procedimentos administrativos atinentes à alienação, gravames, oneração, cessão, doação, arrendamento e

quaisquer outras formas de transferência ou utilização de bens imobiliários e fundiários pertencentes ao Estado do Amazonas, bem como a representação do Estado em todos os atos extrajudiciais, especialmente nos notariais, pertinentes à alienação, aquisição, oneração e transferência de bens do patrimônio imobiliário e fundiário do Estado, a teor dos incisos IV e V.

Pretende a Interessada o repasse ao patrimônio do Município do Rio Preto da Eva de área compreendida no quadrado de 34 Km de lado, orientado no sentido norte/sul, leste/oeste, tendo como ponto de partida a Praça Tenreiro Aranha, situada no centro da cidade, por força do disposto no artigo 85-I da Lei nº 1.496, de 29/12/1981, que reza:

“Art. 85. Pertencem ao patrimônio municipal as terras devolutas:

I - circunvizinhas da sede municipal compreendida num quadrado de 34 quilômetros de lado, orientados no sentido norte/sul, tendo como centro a praça principal da cidade, desde que a população da área urbana seja superior a 1000 famílias”.

Diz-se que são terras devolutas aquelas que compõem o domínio privado da União, dos Estados e dos Municípios, que não tendo divisas certas (nem no solo, nem nos títulos), jamais foram adequadamente medidas ou demarcadas.

Doutrinariamente, a conceituação de terras devolutas é objeto de vários estudos, havendo divergência entre o conceito adotado nos tempos do Império e da posterior República. De início, a expressão significou terras vagas, não ocupadas, ou, ainda, aquelas devolvidas pela ocorrência do comisso, quando as obrigações assumidas pelo sesmeiro não eram cumpridas. Posteriormente, o vocábulo cedeu lugar à concepção de que, mesmo ocupadas, as terras poderiam ser devolutas.

Confira-se o entendimento de um dos nossos maiores administrativistas, Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 30. ed., p. 531):

“Terras devolutas são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos. São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelos respectivos proprietários. Tal conceito nos foi dado pela Lei Imperial 601, de 18.9.1850, e tem sido aceito uniformemente pelos civilistas. Essas terras, até a proclamação da República, pertenciam à Nação; pela Constituição de 1891 foram transferidas aos Estados-membros (art. 64) e alguns destes as traspassaram, em parte, aos municípios. (...)”

Especificamente sobre terras devolutas, a determinação legal deu-se em face da Constituição da República de 1891, por seu artigo 64, constituindo-se em forma originária de aquisição da propriedade, através do qual se transferiu da União para os Estados, passando-se a estes a propriedade e, conseqüentemente, o direito de livremente dispor, exceção apenas às restrições impostas no próprio texto Constitucional.

No âmbito estadual, a Lei nº 189, de 05/01/1948, que dispôs sobre a Lei Orgânica dos Municípios, em seu artigo 77, assim estabeleceu:

“Art. 77. Os municípios que não tiverem patrimônio, solicitarão do Governador do Estado, por intermédio do Prefeito, duas léguas quadradas de terras no lugar que mais convier, não compreendidas na concessão as terras já

legitimadas ou demarcadas por particulares e as posses mandadas respeitar pela Constituição do Estado e outras leis”.

A Lei nº 700, de 30/12/1967, que dispôs sobre a organização dos Municípios, em seu artigo 104, assim estabeleceu:

“Art. 104. Pertencem ao patrimônio municipal as terras devolutas adjacentes às povoações de menos de mil habitantes, num raio de círculo de 12 quilômetros da praça central.

§ 1º - Nas sedes dos Municípios, de população superior a mil habitantes, esse raio será de 20 quilômetros.

§ 2º - No Município da Capital, esse raio será de 50 quilômetros contados a partir do centro da cidade sede”.

A Emenda Constitucional nº 12, de 10/12/1981, deu nova redação ao artigo 125 da Constituição Estadual, nos seguintes termos:

“Art. 125. Constituem patrimônio dos Municípios, exceto o da Capital, as terras públicas compreendidas na área urbana e de expansão urbana das sedes municipais e distritais, expedindo-lhes o Estado os respectivos títulos dominiais”.

A Lei nº 1.496, de 29/12/1981, que dispôs sobre a Lei Orgânica dos Municípios do Estado do Amazonas, transferiu ao domínio dos municípios as terras devolutas circunvizinhas das sedes, estabelecendo dois parâmetros:

a) um quadrado de trinta e quatro quilômetros de lado, tendo como centro a praça principal da cidade, em que a população da área urbana seja superior a mil famílias;

b) um quadrado de vinte quilômetros de lado, tendo como centro a praça principal da cidade, em que a população da área urbana seja inferior a mil famílias.

Contudo, a promulgação da Constituição Federal, em 05/10/1988, revogou a Lei nº 1.496/1981, ao acentuar a autonomia municipal, estabelecendo o sistema das cartas próprias, pelo qual cada município deveria ser regido por lei orgânica própria, votada e aprovada pelos membros de sua Câmara Municipal, e ainda porque trouxe disciplina própria sobre as terras devolutas.

Este é o entendimento fixado pelo Parecer nº 010/2002-PPIF/PGE:

“ DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. Terras Devolutas. Definição. Bens pertencentes aos Estados por força do art. 26, IV, CF/88.

1. Com a Constituição Federal de 1988, as terras devolutas anteriormente repassadas ao patrimônio municipal pela Lei 1.496/81 foram revertidas ao patrimônio estadual (art. 26, IV, CF/88);

2. O art. 26, IV, CF/88 é norma constitucional de eficácia plena, produzindo efeitos desde a entrada em vigor da constituição;

3. As terras repassadas aos municípios pela Lei 1.496/81, arrecadadas e registradas anteriormente a entrada em vigor da CF/88, são bens municipais;

4. O domínio das terras repassadas pela Lei 1.496/81 deve ser investigado mediante a verificação das terras validamente arrecadadas pelos municípios antes da CF/88.”

Merece destaque o seguinte trecho do Parecer 10/2002:

“Dentre as inúmeras alterações advindas com a Constituição Federal de 1988, *in casu*, se faz necessário verificar os reflexos do art. 26, IV:

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

...

IV - as terras devolutas não compreendidas entre as terras da União.

Ora, considerando a referida norma constitucional segundo a classificação dada por José Afonso da Silva, em relação a sua aplicabilidade, poderíamos classificá-la como sendo norma de eficácia plena, razão pela qual seus efeitos foram produzidos desde a entrada em vigor da Constituição. Assim, mesmo as terras antes repassadas aos municípios pela Lei 1.496/81, e que após a promulgação da CF/88 continuaram a ser consideradas como devolutas, em sentido estrito, foram revertidas ao domínio estadual por força do referido dispositivo constitucional.

Trago à baila o entendimento de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, na obra 'Comentários à Constituição do Brasil', vol. 3, Editora Saraiva, p. 115:

'Embora no passado houvesse legislação específica sobre terras devolutas municipais (Lei nº 16 de 13.11.1989, concedendo às municipalidades terras devolutas adjacentes às povoações com mais de cem habitantes), não me parece mais possível tal figura, em face da sua não disciplina constitucional.'

Essa reversão de patrimônio, também pode ser observada em outros dispositivos constitucionais, como por exemplo o art. 20, II, que reverteu 'para o patrimônio da União, parte

das terras devolutas estaduais e municipais, consideradas indispensáveis à proteção ambiental'. Também como exemplo de reversão de patrimônio, podemos citar os artigos 20, III e 26, I, da CF/88, que dispõem sobre o domínio das águas públicas, revogando o artigo 29 do Código de Águas (Dec. 24.643, de 10/07/1934), na parte em que atribuía domínio das águas aos Municípios”.

Em conclusão, o Parecer nº 10/2002 entendeu que as terras transferidas ao patrimônio municipal através da Lei nº 1.496/81 que não foram arrecadadas pelos respectivos municípios até a promulgação da CF/88 foram revertidas ao patrimônio do Estado do Amazonas.

Contudo, há dois aspectos que devem ser considerados no caso em apreço, quais sejam:

a) o Município de Rio Preto da Eva foi criado pela Emenda Constitucional nº 12, de 10/12/1981, desmembrado de Manaus com territórios adjacentes de Itacoatiara e Silves;

b) à época da edição da Emenda Constitucional nº 12 (10/12/1981) e da Lei nº 1.496 (29/12/1981), a área pretendida pelo Município de Rio Preto da Eva não mais podia ser considerada terra devoluta, porque registrada em nome do Estado Amazonas, conforme matrícula nº 448 do Livro 2-R do Cartório do 2º Ofício da Comarca de Itacoatiara, de 18/11/1981.

Portanto, o repasse da área pretendida depende da conveniência e oportunidade do Chefe do Poder Executivo, configurando mérito administrativo, sobre o qual não cabe à Procuradoria Geral do Estado opinar, cumprindo-nos, apenas, manifestação sobre a possibilidade jurídica do pleito formulado pelo Município de Rio Preto da Eva.

Quanto ao domínio municipal, José dos Santos Carvalho Filho, na obra *Manual de Direito Administrativo* (12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 997), afirma que

“os Municípios não foram contemplados com a partilha constitucional de bens públicos. Todavia, é claro que há vários destes bens que lhes pertencem.”

E continua:

“Como regra, as ruas, praças, jardins públicos, os logradouros públicos pertencem ao Município. Integram-se entre seus bens, da mesma forma, os edifícios públicos e os vários imóveis que compõem seu patrimônio. E, por fim, os dinheiros públicos municipais, os títulos de crédito e a dívida ativa também são bens municipais.”

A definição das terras pertencentes ao domínio dos Municípios é residual, conforme esclarece Thiago Marrara, na obra *Bens públicos; domínio urbano; infra-estruturas* (Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 41):

“Os bens municipais nunca foram objeto de dispositivos específicos nas Constituições. Até 1988, isso se compreende pelo fato de que os Municípios não eram exatamente uma esfera política autônoma. No entanto, mantida na nova Carta, a omissão poderia ser entendida como uma falha de redação ou estruturação do documento constitucional em relação ao novo ente político, não fosse a possibilidade de se extrair os bens municipais através de uma interpretação residual e a *contrario sensu* dos dispositivos que enumeram os bens federais e estaduais. Essa interpretação acaba sendo concretizada nas Leis Orgânicas de cada Município, superando-se, assim, grande parte das dificuldades práticas que decorreriam da redação constitucional.”

Assim, considerando que a área pretendida

constitui patrimônio fundiário estadual, é juridicamente possível a concessão do domínio ao Município de Rio Preto da Eva, mediante expedição de título, a critério do Chefe do Poder Executivo.

A respeito da concessão de domínio, leia-se a lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, extraída da obra *Manual de Direito Administrativo* (19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1050-1051):

“Concessão de domínio é o instrumento de direito público pelo qual uma entidade de direito público transfere a outrem, gratuita ou remuneradamente, bem público de seu domínio. O núcleo dessa forma alienativa é o mesmo da compra e venda e da doação, conforme a concessão seja remunerada ou gratuita. Mas, diferentemente delas, não tem fisionomia contratual típica, porque o ajuste é previsto especificamente para o direito público.

Quando a concessão de domínio tem como destinatária pessoa estatal, formaliza-se pela própria lei e independe de transcrição imobiliária. Se a transferência é para pessoa privada, deve formalizar-se por escritura pública ou termo administrativo e exigirá transcrição no competente Registro de Imóveis.

A concessão de domínio reclama lei específica de transferência ou de autorização para esse fim. A CF, no art. 188, § 1º, prevê a necessidade de anuência do Congresso Nacional para a alienação ou concessão de terras públicas, à pessoa física ou jurídica, com área superior a dois mil e quinhentos hectares.”

O Instituto Terras do Amazonas - ITEAM - atestou

que a área pretendida abrange terras públicas estaduais e federais e terras particulares. Assim, só podem ser objeto de titulação em favor do Município de Rio Preto da Eva as terras públicas estaduais.

Quanto às terras públicas federais, o Município de Rio Preto da Eva pode solicitar doação aos respectivos proprietários.

No tocante às terras particulares, o Município pode adquiri-las pelos meios admitidos em direito, dentre os quais desapropriação.

A transferência do domínio ao Município de Rio Preto da Eva necessita de autorização legislativa e independe de pagamento, sendo necessária a avaliação do imóvel, nos termos do artigo 17, inciso I, da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), *in verbis*:

“Art. 17 - A alienação de bens da administração pública, subordinada à **existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de **avaliação** e obedecerá às seguintes normas:**

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo” ;
(sem grifos no original).

¹ A expressão ‘permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo’ está suspensa por uma medida cautelar concedida pelo STF, na ADI 927 (DJ 10/11/1993).

Quanto à autorização legislativa, deve ser observado o disposto no artigo 47, da Lei nº 2.754, de 29/10/2002, que reza:

“A alienação de terras públicas, com área superior a mil metros quadrados, se urbanas, e a mil hectares, se rurais, deverá ser autorizada pela Assembléia Legislativa e, em qualquer caso, quando superior a dois mil e quinhentos hectares, dependerá, ainda, de aprovação prévia do Congresso Nacional”.

A Constituição Federal, ao dispor sobre as atribuições do Congresso Nacional, dispensou a autorização legislativa quando a área a ser alienada ou concedida fosse inferior a dois mil e quinhentos hectares, conforme se depreende do teor do artigo 49:

“Art. 49 É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

XVII aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares”.

Trata-se de inexigibilidade de autorização legislativa, certamente decorrente da necessidade de se agilizar os procedimentos e evitar que o Congresso Nacional fosse assoberbado por um grande volume de pedidos de autorização para alienação ou concessão de pequenas áreas.

A Constituição do Estado do Amazonas, seguindo o mandamento da Constituição Federal, também excepciona a regra geral, consoante o disposto nos artigos 28, inciso XX e 134, §7º, *in verbis*:

“Art. 28 É da competência exclusiva da Assembléia Legislativa:

(...)

XX - autorizar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas estaduais, de área superior a quinhentos metros quadrados, se urbanas, e de mil hectares, se rurais, bem como a alienação ou concessão de uso de bens imóveis do Estado na forma da lei;

Art. 134. (...)

§7º - A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas **com área superior a mil metros quadrados, se urbana**, e dois mil metros quadrados, se rural, dependerá da prévia aprovação da Assembléia Legislativa. (sem grifos no

Deve-se observar que a divergência no quantitativo entre o inciso XX, do artigo 28, e o § 7º, do artigo 134, decorreu de alteração deste segundo dispositivo, por força da Emenda Constitucional nº 36, de 13/12/99, antes da qual os dispositivos possuíam o mesmo quantitativo, razão porque há de se interpretar que o Legislador Amazonense esqueceu-se, ao dar nova redação ao §7º do artigo 134, de alterar o disposto no inciso XX, do art. 28.

De qualquer modo, aplica-se o disposto no artigo 47, da Lei Estadual nº 2.754, de 29/10/2002, sendo imprescindível a obtenção de autorização legislativa.

Para tanto, após autorização do Chefe do Poder Executivo, os autos devem ser remetidos ao ITEAM, para elaboração de memorial descritivo da área incluída no patrimônio fundiário estadual.

III - CONCLUSÃO

Do exposto, concluo pela possibilidade jurídica de repasse da área pertencente ao domínio do Estado do Amazonas ao patrimônio do Município de Rio Preto da Eva,

através da concessão de domínio, com expedição de título, cuja minuta segue em anexo, desde que autorizado pelo Chefe do Poder Executivo, a quem cabe decidir.

Para concretizar o trespasse da propriedade do bem ao patrimônio do Município de Rio Preto da Eva, devem os autos ser remetidos ao ITEAM, para elaboração de memorial descritivo, a fim de possibilitar a obtenção de autorização legislativa e a confecção do título.

Isto posto, sugerimos a remessa dos autos à Casa Civil, para decisão e comunicação ao Município de Rio Preto da Eva, e posterior encaminhamento ao ITEAM.

É o parecer, submetido à superior apreciação.

**PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO
IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO-PPIF/PGE**, em Manaus/AM,
15 de agosto de 2008.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
Procuradora Chefe

PROCESSO Nº 1.859/2006-PGE**INTERESSADO:** Município de Rio Preto da Eva**ASSUNTO:** Pedido de repasse de área**D E S P A C H O**

APROVO o Parecer nº 30/08-PPIF/PGE, da Procuradora-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, **Dra. Roberta Ferreira de Andrade Mota**.

Para deliberação e respectiva comunicação ao Interessado, **ENCAMINHEM-SE** os autos à Casa Civil, de onde, após, deverão seguir ao ITEAM, para elaboração de memorial descritivo.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 18 de agosto de 2008.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 003945/2008 PGE**INTERESSADO:** Secretaria de Estado de Política Fundiária**ASSUNTO:** Consulta**PARECER Nº 039/2008-PPIF/PGE**

ADMINISTRATIVO. RETIFICAÇÃO DE TÍTULO DEFINITIVO. SUJEITO ATIVO INEXISTENTE. FALHA NA INTERPRETAÇÃO DA LEI. VÍCIO DE FORMA. ATO PASSÍVEL DE CONVALIDAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Senhora Procuradora-Chefa

Trazem os presentes autos consulta encaminhada pela Secretaria de Estado de Política Fundiária - SPF, acerca da possibilidade de retificação de título definitivo expedido em favor de sujeitos indeterminados e inexistentes do ponto de vista jurídico.

É que, nos idos de 1977, ao final de um procedimento de demarcação e compra de uma área de terras no bairro da Cachoeirinha, nesta cidade de Manaus, o título definitivo foi expedido em favor de “herdeiros de Ernestina Guimarães Lucena”. Recentemente, em 2008, um dos tais “herdeiros” buscou registrar o aludido título, sendo obstaculizado pelo oficial do Cartório que alegou a impossibilidade do registro face a “indeterminação dos titulares”.

O processo contendo a consulta veio instruído

com cópia do Requerimento nº 40-EG que tramitou no antigo Departamento de Alienação de Terras do Estado do Amazonas (fls. PGE 11) e ainda com o processo nº . SEPROR referente à solicitação de transferência de título definitivo (fls. PGE-66).

É o breve relatório, passo a opinar:

Do exame dos autos se extrai que, em 26 de junho de 1959, a Sra. Ernestina Guimarães Lucena, devidamente qualificada, requereu por compra junto ao Governador do Estado do Amazonas e com fundamento no art. 35 da Lei nº 112, de 28 de Dezembro de 1956, o imóvel que ocupava, situado à “Rua Parintins, nº 680, medindo 6 metros de frente por 63 ditos de fundos”. O aludido requerimento foi firmado pela própria Sra. Ernestina Guimarães Lucena, posto que sua firma está devidamente reconhecida com as formalidades de praxe da época (fls. PGE-012).

Pagos os importes, o feito iniciou sua tramitação administrativa, contudo, recebeu um despacho determinando seu ARQUIVAMENTO em 19 de abril de 1967, (fls. PGE 16). Naquele mesmo ano de 1967, a requerente Ernestina Guimarães Lucena protocolou novo requerimento nos mesmos termos (fls. PGE 019).

Na ocasião do primeiro requerimento, estava em vigor a Lei nº. 112, de 28 de Dezembro de 1956, já em 1967, quando o novo requerimento foi protocolado, estava vigente a Lei nº. 89/59, tendo sido esta então a legislação que regeu o procedimento.

A partir de então, o procedimento transcorreu regularmente com as publicações dos editais, a demarcação e o recolhimento aos cofres públicos estaduais, em 21 de dezembro de 1971, de parte do valor referente à compra do bem (fls. PGE 44).

Ocorre que a tramitação entre a Secretaria de

Estado de Produção Rural no Amazonas, o INCRA em Brasília e novamente a Secretaria de Estado no Amazonas demorou mais 07 anos, e neste meio tempo, a Sra. Ernestina Guimarães Lucena veio a falecer (certidão de óbito às fls. 76).

Pois bem, em 14 de julho de 1977, um dos filhos da Sra. Ernestina Guimarães Lucena, o Sr. Heider Guimarães Lucena, ingressou com requerimento junto ao Secretário de Estado de Produção Rural, solicitando a “transferência nominal do Título Definitivo”. Instruiu os autos com cópias das certidões de nascimento sua e de outros três filhos da falecida e ainda certidão de casamento e óbito da Sra. Ernestina Guimarães Lucena.

Em resposta a tal requerimento foi exarado o Parecer/SEPROR/DT - nº 157/77, do qual a conclusão transcrevo a seguir:

“Deve ser deferido o pleito e a transferência se processar para Herdeiros de ERNESTINA GUIMARÃES LUCENA, sem a descrição nominal dos mesmos, ressaltando-se direitos de outros possíveis herdeiros que não mencionadas na Petição inicial (sic)”

Segundo a fundamentação exposta do aludido Parecer, tal conclusão se deu a partir da interpretação do art. 162 da Lei de Terras do Estado, a Lei nº 89/59, que assim dispõe:

“Art. 162 Não serão expedidos títulos definitivos de terras ou de vendas a pessoa diferente da que inicialmente requereu, salvo o caso de sucessão “causa-mortis”.

Todavia, com todas as vênias de estilo, a interpretação do dispositivo legal acima transcrito jamais poderia ter levado à estranha conclusão de que no Título

Definitivo a ser expedido pelo Estado poderia constar a expressão “Herdeiros de Ernestina Guimarães Lucena”, como sujeitos do direito de propriedade ali materializada.

A noção de sujeito de direito é das mais elementares. Há, com efeito, no estudo dos direitos subjetivos, teoria que abriga os entes despersonalizados, tais como a massa falida e a herança jacente, e há ainda aqueles que reconhecem a existência de direitos subjetivos temporariamente desprovidos de sujeitos, como no caso do patrimônio de alguém imediatamente após o seu falecimento e até que se efetue o inventário e a partilha. Para estas situações o ordenamento criou a figura do “sujeito temporário”, que seria então o “espólio de determinada pessoa”, mas jamais e em tempo algum existe a possibilidade de figurar como titular de um direito subjetivo um “instituto” denominado “herdeiros de fulano de tal”.

Na verdade, o que a legislação previu, e que não foi alcançado pelo intérprete da lei à época, era a possibilidade de o título ser emitido no nome de cada um dos sucessores da pessoa inicialmente requerente da titulação. Neste aspecto, o procedimento foi instruído corretamente, posto que dele constasse as certidões de nascimento dos filhos da Sra. Ernestina Guimarães Lucena e ainda a sua certidão de casamento.

Assim, a orientação deveria ter sido no sentido de que o título fosse emitido em nome de todos os herdeiros da falecida senhora, mencionados nominalmente, formando-se assim uma propriedade em condomínio, fato este, que por si só já existia, já que todos seriam, à época, sucessores de sua mãe.

Do exposto, conclui-se de início que houve um erro por parte da Administração ao emitir o título em favor dos herdeiros de Ernestina Guimarães Lucena e não em favor do ESPÓLIO DE ERNESTINA GUIMARÃES LUCENA ou dos sucessores nominalmente citados.

Passamos agora a analisar a possibilidade jurídica de retificação do referido título definitivo, em razão da ocorrência do erro antes apontado.

Inicialmente, sobre a alegação de que o ato fora praticado em administração pretérita, cumpre-nos lembrar, que a Administração Pública, mesmo que no seu aspecto subjetivo, se constitui pelo universo de órgãos e pessoas que desempenham as funções administrativas. Por sua vez, na Administração Direta - como no caso aqui - tem-se o Estado como pessoa Administrativa, composta por órgãos internos que são os verdadeiros instrumentos de ação administrativa.

Em síntese, quem praticou o ato equivocado de emissão do TD em favor de “herdeiros” e não do “espólio” foi o Estado do Amazonas, pessoa Administrativa, e não o agente público titular do cargo ou função pública à época da emissão do referido título. Nesta linha de raciocínio, é a Administração Pública Estadual - atualmente incorporada pela Secretaria de Política Fundiária do Estado do Amazonas, dentro de sua competência para emissão de títulos definitivos - quem poderá retificar o ato defeituoso.

No que tange à possibilidade de tal retificação, a doutrina administrativa considera a hipótese de desfazimento volitivo do ato administrativo que pode ocorrer sob três formas: a invalidação (ou a anulação), a revogação e a cassação.

Sem nos prendermos aos conceitos sobre a revogação e cassação, estranhos à espécie em exame, enfrentaremos a questão da invalidação do ato administrativo, no caso, do Título Definitivo emitido em favor de herdeiros de Ernestina Guimarães Lucena.

De acordo com a construção doutrinária denominada de “Teoria das Nulidades” aplicada ao direito administrativo, existem atos nulos, anuláveis e

consequentemente convalidáveis. Ao se admitir que atos administrativos podem estar inquinados de vícios insanáveis (nulos) ou de vícios sanáveis (anuláveis), admite-se também a possibilidade de convalidação do ato a princípio anulável.

Sobre a convalidação, esclarece José dos Santos Carvalho Filho :

“A convalidação (também denominada por alguns autores de aperfeiçoamento ou sanatória) é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte. (...)

O instituto da convalidação tem a mesma premissa pela qual se demarca a diferença entre vícios sanáveis e insanáveis, existente no direito privado. A grande vantagem em sua aceitação no Direito Administrativo é a de poder aproveitar-se atos administrativos que tenham vícios sanáveis, o que frequentemente produz efeitos práticos no exercício da função administrativa. Por essa razão, o ato que convalida tem efeito *ex tunc*, uma vez que retroage, em seus efeitos, ao momento em que foi praticado o ato originário.”

Ainda socorrendo-nos da doutrina, vemos que, no que se refere à convalidação, existem três formas possíveis: a retificação, a reforma e a conversão.

No caso em exame, a que melhor se aplica é a retificação, que segundo o autor antes citado, “é o ato administrativo pelo qual o órgão competente decide sanar

¹ Manual de direito administrativo, 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 149.

um ato inválido anteriormente praticado, suprimindo a ilegalidade que o vicia”.

É competente para retificar o ato a mesma autoridade que o tenha praticado ou superior, o que vale dizer, a autoridade administrativa com a mesma competência daquela que praticou o ato ou hierarquicamente superior a ela.

Aplicando o exposto ao caso concreto, o vício constante do Título emitido em favor de “herdeiros de Ernestina Guimarães” é visivelmente um vício sanável, já que à época da tramitação do procedimento de titulação a requerente preencheu todos os requisitos para obtenção do direito.

De outra mão, não se pode olvidar a boa-fé demonstrada pelos particulares administrados, inclusive quando noticiaram o falecimento de sua genitora, ao tempo em que solicitaram a alteração na titularidade ativa da propriedade a ser concedida, apresentando a respectiva documentação comprobatória de sua qualidade de sucessores da requerente.

Quanto à autoridade competente para a presente retificação, trata-se do Governador do Estado, após a confecção do novo título pela Secretaria de Política Fundiária, no âmbito de sua competência.

Por todo o exposto, conclui-se que, não só é possível juridicamente que seja expedido um novo título retificando a titularidade passiva do título emitido em favor dos herdeiros de Ernestina Guimarães Lucena, como a atual Administração deve fazê-lo, desta feita fazendo constar como titular da propriedade o ESPÓLIO DE ERNESTINA GUIMARÃES LUCENA”, de modo que posteriormente os herdeiros, que venham a se habilitar em processo de inventário, possam garantir seus direitos sucessórios.

É o parecer, *sub censura*.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO

IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO-PPIF/PGE, em Manaus, 24 de setembro de 2008.

CLARA MARIA LINDOSO E LIMA

Procuradora do Estado

Processo nº 03945/2008-PGE

Interessado: SECRETARIA DE ESTADO DE POLÍTICA FUNDIÁRIA-SPF

Assunto:

D E S P A C H O

ACOLHO, por seus jurídicos fundamentos, o **PARECER Nº 039/2008-PPIF/PGE**, da lavra da Procuradora do Estado, **Dra. CLARA MARIA LINDOSO E LIMA**.

Encaminhem-se os autos ao Exmo. Senhor Procurador- Geral do Estado.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO-PPIF/PGE, em Manaus, 24 de setembro de 2008.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA

Procuradora Chefa

PROCESSO nº 3.945/2008-PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado de Política Fundiária.

ASSUNTO: Consulta sobre a possibilidade de retificação de título definitivo.

DESPACHO

APROVO o Parecer nº 039/08-PPIF/PGE, da Procuradora do Estado **CLARA MARIA LINDOSO E LIMA**, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, Dra. Roberta Ferreira de Andrade Mota.

DEVOLVAM-SE os autos à SPF para as providências constantes do aludido pronunciamento.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 29 de setembro de 2008.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 1118/2008-PGE

Interessada: Secretaria de Estado de Educação e Qualidade do Ensino-SEDUC

ASSUNTO: Desapropriação

PARECER Nº 041/2008/PPIF/PGE

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL, ACESSÕES E BENFEITORIAS. DEPÓSITO DE MATERIAIS. UTILIDADE PÚBLICA CONFIGURADA. POSSIBILIDADE.

- A desapropriação de área de terra e respectivas acessões e benfeitorias, de propriedade privada, com a finalidade manutenção de depósito para guarda bens e produtos da SEDUC, configura hipótese de utilidade pública capitulada no art. 5º, alíneas *h* e *m*, do Decreto-Lei 3.365/41.

- Incertezas quanto à origem da matrícula, bem como a dúvida quanto à legalidade das alterações feitas pelo proprietário, impossibilitam a aquisição por compra direta, impondo a desapropriação pela via judicial.

- A memória técnica e o memorial descritivo de imóvel a ser desapropriado, fruto de levantamento topográfico *in loco*, devem ser elaborados pela Secretaria de Política Fundiária SPF de modo a estabelecer a correta correspondência entre as descrições constantes da matrícula do imóvel a ser expropriado e a área efetivamente ocupada por este.

- Cabe ao chefe do Poder Executivo Estadual, supridas as irregularidades apontadas e, a par da exposição de motivos e a indicação da dotação orçamentária feitas pelo titular da Interessada, aferir, sob o manto da discricionariedade, a conveniência e oportunidade em deflagrar, mediante edição de decreto declaratório, o procedimento expropriatório.

Senhora Procuradora Chefa,

1 - RELATÓRIO

A Secretária de Estado, em exercício, de Educação e Qualidade do Ensino, Marly Honda de Souza, encaminhou os autos do processo 2798/2008-SEDUC, por intermédio do ofício 505-GS/SEDUC, em que a empresa IMPORTADORA BELMIROS LTDA oferece em venda, pelo valor de R\$ 2.800.000,00 (Dois Milhões e Oitocentos Mil Reais) o imóvel ocupado pela SEDUC, por meio de contrato de locação, cujo aluguel mensal é de R\$ 22.400,00 (Vinte e Dois Mil e Quatrocentos Reais).

O processo encaminhado foi instruído com o requerimento da empresa Belmiro's, 1º Termo Aditivo ao Contrato 23/2006, cópia da matrícula 47.651 do 1º CRI, Laudo de Avaliação feito pela SEDUC, registros fotográficos, parecer da Assessoria Jurídica da SEDUC.

Por meio da Promoção 082/2008-PPIF/PGE, fls. 32, propus a devolução dos autos à SEDUC para esclarecer a propriedade, posto que, naquele momento, a Belmiro's não figurava mais como proprietária do bem, eis que alienado em favor de Amazon Milk, elaboração de exposição de motivos, indicação de dotação orçamentária e elaboração de novo laudo de avaliação.

Na SEDUC, equivocadamente, a Chefe de Gabinete, Francisca Santiago Vieira, encaminhou os autos para o Diretor do Departamento de Logística para formular exposição de motivos - fls. 37/38.

A exposição de motivos, como ato motivador e embasador da decisão governamental pela edição do decreto declaratório de utilidade pública, é ato de competência exclusiva do titular da pasta ou seu substituto legal, nessa condição.

Além da exposição de motivos subscrito pelo Diretor do Departamento de Logística, juntou-se aos autos:

1 - Escritura pública de distrato firmada entre AMAZON MILK INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e IMPORTADORABELMIRO'S LTDA- fls. 39/40, 50/51-PGE;

2 - Ofício 1830/2008-GS/SEDUC, em que se solicita a abertura de crédito orçamentário suprementar no valor de R\$ 2.570.000,00, para aquisição do bem;

3 - Plotagem da área de interesse da Seduc e do TD de Manoel Nery da Fonseca - fls. 62;

4 - Escritura pública de Retificação e Ratificação, de 21/08/2008, feita por Belmiros Ltda, por meio da qual alterou a área da matrícula 47.651 - fls. 75/76;

5 - Certidão vintenária da matrícula 47.651 - fls. 81/82;

6 - Laudo de avaliação feito pela SPF - fls. 89/100-PGE;

7 - Peças técnicas que embasaram a retificação da área, subscritas pelo Técnico Agrimensor LUIS ALBERTO DACOSTA - CREA4957-TD/AM - fls. 124/135;

Em contato com a assessoria jurídica da SEDUC, que esteve na PGE para buscar informações acerca do presente feito, demonstrou que o processo receberia parecer desfavorável se não houvesse nos autos, como de fato não havia naquela oportunidade, a exposição de motivos subscrita pelo titular da SEDUC, a indicação de dotação orçamentária e não apenas o pedido de abertura de crédito suplementar, bem como a declaração do Secretário no que concerne ao valor proposto por Belmiro's.

No aguardo dessa manifestação do Secretário, os autos ficaram sobrestados desde 25/09/2008, o que somente ocorreu por meio do ofício 2817/2008-GS/SEDUC, protocolado em 04/11/2008.

É o relatório.

2 - FUNDAMENTAÇÃO

O objetivo do pleito é a aquisição, por compra direta, do imóvel situado na Avenida Ephigênio Salles, antiga estrada do V-8, nº 798 e 800, de propriedade da empresa IMPORTADORA BELMIRO'S LTDA, atualmente alugado para a própria SEDUC.

Contudo, dois fatos não recomendam a aquisição por compra direta:

1 - Na área em que se situa o imóvel pretendido, segundo consta do mapa de fls. 62, o Estado do Amazonas expediu um Título Definitivo em favor de Manoel Nery da Fonseca em 29/08/1894.

A reconstituição da matrícula 47.651 do 1º CRI, segundo consta dos documentos de fls. 81/82, demonstra que as matrículas anteriores (1.821 e 25.012), cujas unificações resultaram na matrícula 47.651, nasceram de venda feita pelo Município de Manaus, isto é, não se originam no TD expedido pelo Estado do Amazonas.

2 - A retificação efetuada por IMPORTADORA BELMIRO'S LTDA, por meio da Escritura de fls. 103, do Livro 416 do 4º Ofício de Notas, via pela qual foram alterados os

limites, confrontações e a própria área do imóvel, não obedeceu aos regramentos da Lei de Registros Públicos (Lei Federal 6.015/73).

Com efeito, o fundamento da retificação, segundo consta da escritura pública, é o art. 213, inciso I, letra “d” da Lei 6.015/73, que diz:

“Art. 213 - O oficial retificará o registro ou a averbação.

I - de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de:

d) retificação que vise a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georeferenciadas, **em que não haja alteração das medidas perimetrais**”; (negritei)

A retificação efetivada, ao contrário do que prevê o texto legal transcrito, alterou o perímetro do imóvel e, também, a área, àquele de 356,00 m/l para 374,05 m/l e esta de 4.100,00 m² para 4.659,55 m².

Nesse sentido, a retificação deveria ter sido feita na forma do inciso II do Art. 213 da Lei 6.015/73, *verbis*:

“Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação:

II - a requerimento do interessado, **no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área**, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, bem assim pelos confrontantes.

§ 1º Uma vez atendidos os requisitos de que trata o *caput* do art. 225, o oficial averbará a

retificação.

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de algum confrontante, este será notificado pelo Oficial de Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, para se manifestar em quinze dias, promovendo-se a notificação pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação do Oficial de Registro de Imóveis, pelo Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la.

§ 3º A notificação será dirigida ao endereço do confrontante constante do Registro de Imóveis, podendo ser dirigida ao próprio imóvel contíguo ou àquele fornecido pelo requerente; não sendo encontrado o confrontante ou estando em lugar incerto e não sabido, tal fato será certificado pelo oficial encarregado da diligência, promovendo-se a notificação do confrontante mediante edital, com o mesmo prazo fixado no § 2º, publicado por duas vezes em jornal local de grande circulação.

§ 4º Presumir-se-á a anuência do confrontante que deixar de apresentar impugnação no prazo da notificação.

§ 5º Findo o prazo sem impugnação, o oficial averbará a retificação requerida; se houver impugnação fundamentada por parte de algum confrontante, o oficial intimará o requerente e o profissional que houver assinado a planta e o memorial a fim de que, no prazo de cinco dias, se manifestem sobre a impugnação.

§ 6º Havendo impugnação e se as partes não tiverem formalizado transação amigável para solucioná-la, o oficial remeterá o processo ao juiz

competente, que decidirá de plano ou após instrução sumária, salvo se a controvérsia versar sobre o direito de propriedade de alguma das partes, hipótese em que remeterá o interessado para as vias ordinárias.

§ 7º Pelo mesmo procedimento previsto neste artigo poderão ser apurados os remanescentes de áreas parcialmente alienadas, caso em que serão considerados como confrontantes tão-somente os confinantes das áreas remanescentes.

§ 10. Entendem-se como confrontantes não só os proprietários dos imóveis contíguos, mas, também, seus eventuais ocupantes; o condomínio geral, de que tratam os arts. 1.314 e seguintes do Código Civil, será representado por qualquer dos condôminos e o condomínio edilício, de que tratam os arts. 1.331 e seguintes do Código Civil, será representado, conforme o caso, pelo síndico ou pela Comissão de Representantes”.(negritei)

A desapropriação judicial, portanto, objetiva preservar o Estado do Amazonas de eventuais vícios na matrícula de registro de imóveis do bem, posto que a desapropriação, como forma originária de aquisição da propriedade evita, de forma mais eficaz, que o adquirente, por vícios pretéritos à aquisição, sofra eventuais questionamentos judiciais.

Conquanto a proteção outorgada pela desapropriação judicial não seja absoluta, inegável que a proteção outorgada por essa forma de aquisição da propriedade é, dentre as possíveis, a mais segura.

A desapropriação de bem de propriedade privada pode ser efetivada mediante justa e prévia indenização, em sendo conveniente e oportuno, desde que presente

determinada situação de utilidade pública ou interesse social prevista em Lei (Art. 5º, inciso XXIV, da Constituição da República).

A aquisição de bens mediante o instituto da desapropriação é das mais claras manifestações do poder coletivo, representado pelo ente estatal, sobre o interesse individual, fruto da democracia, possuindo como uma de suas premissas, que o bem seja de domínio privado.

Das informações constantes dos autos, brevemente relatadas, depreende-se que o imóvel pretendido pela SEDUC foi destacado do patrimônio público do Estado do Amazonas, titulado que fora em favor de Manoel Nery da Fonseca.

Em assim sendo, em tese, é juridicamente possível a desapropriação do imóvel, incluindo-se as respectivas acessões/benfeitorias, com o escopo de integrar o bem ao patrimônio do Estado do Amazonas e mantê-lo na sua atual destinação, justificando-se, dessa forma, o interesse público.

No que se refere ao laudo de avaliação apresentado pela Secretaria de Política Fundiária-SPF, que elevou o valor da avaliação de R\$ 2.570.000,00 para incríveis R\$ 4.070.000,00, **deve ser desconsiderado, integralmente.**

As amostras colhidas e que permitiram que fosse considerado o valor do metro quadrado em R\$ 523,04/m² são irrealis.

O valor das ofertas feitas por proprietários e imobiliárias é, em regra absoluta, bem superior ao valor que, efetivamente, se pretende para venda do bem ofertado e essa margem, sem um contato pessoal com o vendedor, não é extirpada das amostras, contaminando-as para o fim pretendido.

E não se diga que, por conta do programa de computação utilizado e das exclusões de amostras, que tais distorções foram corrigidas, não foram.

As amostras desse tipo de mercado, isto é,

galpões, são díspares em decorrência de uma série de fatores que, salvo melhor juízo, não foram consideradas no laudo de avaliação pelo programa.

Localização em áreas residenciais, por exemplo, é fator determinante para depreciação de tais imóveis, assim como a proximidade com mercados consumidores e empresas, serem considerados fatos determinantes para elevação do preço.

Ademais, de se notar que não foi levando em consideração o valor de aquisição do imóvel e o valor do bem para fins de lançamento fiscal, conforme preceitua o art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41, que rege todo o procedimento expropriatório:

“Art. 27 - O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, **à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu**”.

Segundo consta da certidão de fls. 83, expedida pela Secretaria Municipal de Finanças Públicas, o valor do imóvel, na base cadastral do Município de Manaus, é de **R\$ 305.562,00**.

O ITBI, de fls. 49, aponta para o valor de avaliação de **R\$ 900.000.000,00, que corresponde ao valor de venda feita por BELMIRO'S em favor de AMAZON MILK, em 2006**.

Ainda que se considere a valorização no período compreendido entre a venda feita em 2006 e a data do laudo de avaliação, em 2008, não se pode olvidar que o aumento é desproporcional e que tais aspectos não foram levados em

consideração na avaliação da SPF. Por tais razões, considero inteiramente inválido, para os fins propostos, o laudo de avaliação de fls. 89/100.

Por fim, como regra de mercado, sabe-se que o valor mensal de uma locação corresponde, em média, ao percentual de 1% sobre o valor do bem.

A SEDUC, segundo consta do aditivo de fls. 6/7, paga R\$ 22.400,00 por mês. Assim, como regra de mercado, o valor estimado do bem é de aproximadamente R\$ 2.240.000,00; o que se coaduna, a meu ver, com o valor proposto no laudo de fls. 14/20, que aponta o valor do bem como sendo de R\$ 2.570.000,00.

Como houve proposta de R\$ 2.800.000,00 pelo suposto proprietário, acato a formulação como contra-proposta, já devidamente aceita pelo Secretário Titular da SEDUC.

3 - PENDÊNCIA

Conquanto conste da Promoção 082/2008-PPIF/PGE, datada de 17/02/2008, que o processo, após serem supridas as falhas a cargo da SEDUC, deveria ser encaminhado para a SPF para instrução técnica, **não consta dos autos que a SPF tenha elaborado ou confirmado se a descrição do imóvel da matrícula 47.651 do 1º CRI corresponde à situação fática do bem.**

Em outras palavras, o Estado do Amazonas não possui nenhuma informação, no que se refere à descrição do perímetro e da área do bem pretendido, vindo da Secretaria de Política Fundiária, a quem cabe, por conta da fé-pública de que são portadores seus funcionários, assessorar a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas nos procedimentos expropriatórios.

Assim, antes de se deflagrar o procedimento expropriatório, por meio da edição do respectivo decreto, deverá a SPF elaborar o memorial descritivo e a respectiva memória técnica do imóvel, de modo a constatar se a área

ocupada corresponde à descrição integral da matrícula 47.651 do 1º CRI.

Por fim, em face da ausência das peças técnicas supra, deixo de anexar minuta do decreto declaratório de utilidade pública.

3 - CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, concluo:

a) Que a desapropriação do imóvel de que trata a matrícula 47.651 do 1º CRI, após confirmação pela SPF de que corresponde a área ocupada pelo imóvel locado em favor da SEDUC, na forma e condições constantes da fundamentação, é juridicamente possível para fins de manutenção da destinação atualmente dada pela SEDUC;

b) Que o laudo de avaliação de fls. 89/100, pelos equívocos apontados, não pode ser considerado para fins de fixação do valor do bem, devendo ser desconsiderado integralmente;

c) Que a desapropriação deve ser efetivada por meio de processo judicial, considerando as inconsistências da matrícula 47.651 do 1º CRI;

Em decorrência das conclusões acima elencadas, ao tempo em que submeto o presente parecer à superior apreciação da Chefia da PPIF e do Procurador Geral do Estado, proponho:

1º - Remessa dos autos à Secretaria de Estado de Política Fundiária - SPF, para cumprir o contido no item 3 do presente parecer.

2º - Após o cumprimento do contido no item anterior, que a SPF remeta os autos ao Governador do Estado para editar o decreto declaratório de utilidade pública.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO - PPIF/PGE, em Manaus, 06

de novembro de 2008.

EVANDRO EZIDRO DE LIMAREGIS

Procurador do Estado

Processo nº 1118/2008-PGE

Interessado: Secretaria de Estado de Educação e Qualidade do Ensino-SEDUC

Assunto: Desapropriação

DESPACHO

ACOLHO, por seus jurídicos fundamentos, o **PARECER nº 041/2008-PPIF/PGE**, da lavra do Procurador do Estado, **Dr. EVANDRO EZIDRO DE LIMAREGIS**.

Encaminhem-se os autos ao Exmo. Senhor Procurador Geral do Estado.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO-PPIF/PGE, em Manaus, 06 de novembro de 2008.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA

Procuradora Chefa

Processo nº 1.118/2008-PGE

Interessada: Importadora Belmiro's Ltda

Assunto: Proposta de venda do imóvel ocupado pela SEDUC por meio de contrato de locação.

DESPACHO

APROVO o Parecer nº 041/08-PPIF/PGE, do Procurador do Estado Evandro Ezidro de Lima Régis, acolhido pela Procuradora-Chefa da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário, Dra. Roberta Ferreira de Andrade Mota.

ENCAMINHEM-SE os autos à SPF para as providências constantes do aludido pronunciamento.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 17 de novembro de 2008.

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
Procurador-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 2708/2008 - PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado da Fazenda do Amazonas

ASSUNTO: Consulta

PARECER Nº 008/2008 - PROCONT/PGE

LEI DE INCENTIVOS FISCAIS. DATA DO INÍCIO DA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO. VIGÊNCIA E EFICÁCIA DO DECRETO CONCESSOR. LAUDO TÉCNICO DA SEPLAN. CONDIÇÃO PARA EFICÁCIA DA NORMA. ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 2.826/02. ART. 8º DO DECRETO 23.994, DE 29/12/03.

É da data do Laudo Técnico que se inicia a fruição do benefício fiscal. Somente a partir do laudo é que se completam os requisitos necessários para a eficácia do decreto que concedeu o direito ao benefício.

Trata-se de Consulta formulada pelo Sr. Diretor do Departamento de Fiscalização da Secretaria de Estado da Fazenda do Amazonas, solicitando análise e manifestação da Procuradoria Geral do Estado sobre a interpretação do parágrafo único, do art. 7º, da Lei 2.826/03, *in verbis*:

“Art. 7º A concessão dos incentivos fiscais efetivar-se-á mediante Decreto, na forma

estabelecida em regulamento.

Parágrafo único. O início do período de vigência dos incentivos fiscais é a data da publicação do Decreto Concessivo no Diário Oficial do Estado, o qual passará a produzir seus efeitos com a comprovação do implemento das condições exigidas na legislação, através de Laudo Técnico de Inspeção.”

Em seu requerimento, pondera, contrariamente ao entendimento da SEPLAN e do DETRI/SEFAZ, que o início da vigência do benefício fiscal é a data da publicação do decreto concessivo e que o laudo técnico previsto neste dispositivo legal apenas objetiva constatar o implemento das condições previstas no projeto aprovado pelo CODAM.

Diante dos entendimentos divergentes e com vistas a unificar procedimentos na SEFAZ, o Sr. Diretor do DEFIS solicita parecer desta especializada, sendo os autos a mim distribuídos.

É o Relatório. Passo a opinar.

Antes de se adentrar à interpretação do dispositivo legal acima, faremos um breve intróito sobre os institutos da VIGÊNCIA, VALIDADE e EFICÁCIA de norma.

Validade da norma é a sua adequação ao ordenamento jurídico em que se insere. **Vigência** é a força que tem a norma cumprindo com sua finalidade, regular condutas, gerando efeitos, sobre os eventos a que se refere seu antecedente, tão logo ocorram no âmbito dos fatos. **Eficácia** é a aptidão que apresenta o fato jurídico (evento previsto no antecedente da norma) de fazer instalar a relação jurídica no momento de sua ocorrência. É atributo do fato jurídico e não da norma propriamente dita.

Pode ocorrer de uma lei válida não ter vigência, quando está em curso o interregno previsto na Lei de Introdução ao Código Civil, de quarenta e cinco dias no território nacional ou noventa dias fora dele, entre a publicação da lei e sua entrada em vigor.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro trata da vigência da lei, estabelecendo de forma pragmática os critérios que determinam o início da vigência. Afirma que, salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar em todo o território nacional quarenta e cinco dias após a sua publicação.

Admitindo isto, é de se reconhecer que o parágrafo único do art. 7º da Lei 2.826/03 determina a imediata vigência do decreto que concede o benefício fiscal, mas sua eficácia fica condicionada ao implemento de uma **condição**, qual seja, da existência de **Laudo Técnico da SEPLAN**.

As condições, vale dizer, podem tanto suspender um direito como implicar sua resolução. Na condição suspensiva, os efeitos da concessão ficam inoperantes até que o acontecimento se realize, permanecendo em suspenso a sua incorporação ao patrimônio do titular, na categoria de expectativa de direito (*spes debitum iri*), ou de um direito meramente virtual, inábil a gerar seus naturais efeitos.

Considero, assim, que a obrigação de o Fisco conceder benefícios está sob condição suspensiva, vez que sua exigibilidade está sujeita à ocorrência de evento futuro e incerto - Laudo Técnico da SEPLAN.

O art. 7º da Lei de Incentivos Fiscais, em seu parágrafo único, impõe condição para se alcançar o direito ao benefício, tal condição tem de ser implementada, sob pena de não se concretizar o direito à fruição do benefício fiscal.

Urge destacar o disposto no art. 8º, do Decreto 23.994, de 29/12/03, que regulamentou a Lei nº. 2.826/03:

“Art. 8º No interstício entre a data da publicação do Decreto, de que trata o art. 6º, e a data da expedição do Laudo Técnico a que se refere o

artigo anterior, a SEFAZ, mediante requerimento da empresa interessada, poderá expedir Autorização, com prazo de validade de até 06 (seis) meses, para acobertar a fruição dos incentivos de isenção, diferimento e redução de base de cálculo de que trata o art. 2º, referentes às operações de entradas de insumos e bens na empresa incentivada.

Parágrafo único. O prazo a que se refere este artigo poderá ser prorrogado uma única vez pela SEFAZ.”

O Decreto regulamentador da Lei de Política Estadual de Incentivos Fiscais e Extrafiscais prevê, claramente, que não há identidade temporal entre a data da vigência do decreto concessor dos benefícios e do Laudo Técnico, termo inicial para a empresa fruir os benefícios fiscais.

Ademais, qual seria a razão de ser do susomencionado dispositivo se a data da publicação do decreto fosse, por si só, suficiente para a eficácia da fruição dos benefícios?

Há, sim, dois termos distintos:

- a) a data da publicação do Decreto - início da vigência do incentivo fiscal/extrafiscal;
- b) a data da concessão do Laudo Técnico - início da eficácia do benefício, a partir de então poderá a empresa usufruir o benefício fiscal/extrafiscal.

Vê-se, portanto, que o **LAUDO TÉCNICO** é a condição imposta pela legislação para que se dê início à fluência do incentivo fiscal. Trata-se, na verdade, de uma condição suspensiva que, enquanto não implementada, obsta à empresa de usufruir o benefício fiscal concedido por Decreto. Se a SEPLAN não concede o Laudo Técnico à empresa (que por qualquer motivo não satisfaz os requisitos necessários) esta jamais irá usufruir efeitos do decreto concessor.

Isto posto, concluímos que:

1. o parágrafo único do art. 7º, da Lei nº. 2.826, de 29 de setembro de 2003, dispõe que a eficácia do Decreto Concessivo de incentivos fiscais fica condicionado ao Laudo Técnico emitido pela SEPLAN;
2. neste íterim, a eficácia das disposições estarão suspensas, podendo a empresa, com base no art. 8º do Decreto 23.994, de 29 de dezembro de 2003, solicitar à SEFAZ autorização para acobertar a fruição dos benefícios de isenção;
3. em inexistindo a autorização, não poderá a empresa interessada usufruir dos benefícios fiscais, até que seja produzido Laudo Técnico.
4. com a publicação do decreto concessivo no Diário Oficial do Estado inicia-se a vigência dos incentivos fiscais, com sua eficácia suspensa, até emissão de Laudo Técnico posterior, quando então passará a empresa a fruir os incentivos.

É o Parecer, o qual se submete à consideração dessa zelosa Chefia.

**PROCURADORIA DO CONTENCIOSO
TRIBUTÁRIO-PROCONT/PGE**, em Manaus, 23 de junho de 2008.

ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO
Procuradora do Estado

Processo nº 2708/2008-PGE/AM
INTERESSADO: Secretaria de Estado da Fazenda
ASSUNTO: Consulta

D E S P A C H O

Acolho, por seus jurídicos fundamentos, o bem lançado Parecer nº 008/2008-PROCONT/PGE, de autoria da Procuradora ADRIANE SIMÕES ASSAYG RIBEIRO.

Submeto à superior decisão do Exmo. Procurador-Geral do Estado.

Remetam-se os autos ao Gabinete do Exmo. Procurador-Geral do Estado, com as cautelas de praxe.

PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-PROCONT/PGE, em Manaus, 03 de julho de 2008.

SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
Procuradora-Chefa

PROCESSO Nº 2708/2008-PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado da Fazenda

ASSUNTO: Consulta sobre Lei de Incentivos Fiscais

D E S P A C H O

APROVO o Parecer nº 008/2008-PROCONT/PGE, da Procuradora do Estado Adriane Simões Assayag Ribeiro, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Contencioso Tributário, Dra. Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato.

DEVOLVAM-SE os autos à **SEFAZ**

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 4 de julho de 2008.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

TRABALHOS FORENSES

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO
DA _____ VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela Procuradora do Estado que esta subscreve, na conformidade do art. 132 da Constituição da República, e art. 12, inciso I, do Código de Processo Civil, com endereço para comunicação processual na Rua Emílio Moreira, n.º 1.308, Praça 14 de Janeiro, onde poderá receber as intimações de estilo, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fulcro nas disposições do art. 37, XXI da Constituição da República Federativa do Brasil, do art. 13 da Constituição do Estado do Amazonas, dos arts. 273, 282 e seguintes do Código de Processo Civil, propor a presente **AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO CUMULADA COM CANCELAMENTO DE REGISTRO E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA** contra **HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA.**, C.G.C n.º 046.248.47/0001-06 e contra **S.B. IMÓVEIS LTDA.**, CGC N.º 04.275.343/0001-10, ambas estabelecidas nesta cidade de Manaus à Rua José Paranaguá n.º 383, Centro, a segunda com o contrato social registrado na JUCEA sob o

n.º 02.272.484/0001-53, pelas razões de fato e de direito abaixo alinhadas:

1 - DOS FATOS

Em data de 17 de setembro de 1996 a empresa HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA. (posteriormente incorporada pela ré S.B. Imóveis Ltda.) ingressou junto ao INSTITUTO FUNDIÁRIO DO AMAZONAS - IFAM, então detentor da memória fundiária do Estado do Amazonas, com requerimento administrativo (Doc.01/01) pretendendo a aquisição, por compra, do trato de terra com **área de 2.9 hectares** pertencente ao patrimônio público estadual, descrito na escritura de permuta (Doc.01/02) celebrada entre Sebastião Menta e sua mulher, Gerson Soares e sua mulher e Sócrates Bonfim, em 1979, registrada perante o Cartório do 3º Ofício de Notas.

Alegou a então Requerente Hexágono Construções Ltda. que exercia, à época, a posse da área juntamente com seus “familiares”, embora se trate de pessoa jurídica por mais de 30 anos. Juntou, a título de comprovação, a cópia da citada Escritura Pública de Permuta.

O requerimento deu origem ao procedimento administrativo que levou o **n.º 2845/96 - IFAM**. (DOC.01).

Após a identificação do imóvel, restou constatado que, de fato, tratava-se de terra devoluta, de propriedade do Estado do Amazonas (Doc.01/06). Seguiu-se então a fase de vistoria técnica (Doc.01/03), levada a efeito pelos técnicos do antigo IFAM.

Transposta a fase de instrução, o Diretor-Presidente do IFAM, por meio da Portaria n.º 059/97 - IFAM (publicada no DOE em 05.11.1997 (Doc. 01/09), arrecadou uma área de **185.307,00 m²**, situada na Av. do Turismo s/n, Bairro Tarumã e determinou a adoção das medidas concernentes ao seu respectivo registro em nome do

Estado do Amazonas.

O imóvel foi então matriculado no Cartório de Registro de Imóveis do 3º Ofício da Comarca de Manaus, sob o **n.º 26.384, fl. 01** do livro 02 Registro Geral (DOC 02).

Em data de **05 de janeiro de 1998** foi expedido o **TÍTULO DEFINITIVO MEDIANTE CONDIÇÕES RESOLUTIVAS** do lote descrito na matrícula **n.º 26.384, fl. 01** do Livro 02 RG, com **área total de 185.307m² (18,5 hectares)** em favor de **HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA.**, pelo **valor de venda R\$ 620,27 (seiscentos e vinte reais e vinte e sete centavos)**. (DOC 03)

Esta transferência foi devidamente averbada na matrícula n.º 26.384, fl. 01 do livro 02 Registro Geral, sob o **n.º R.1/26384, de 13 de janeiro de 1998**.

Vale dizer, a sucedida da Demandada requereu por compra um trato de terra de 2,9 hectares e acabou “levando” uma área de 18,5 hectares pela módica quantia de R\$ 620,27 (seiscentos e vinte reais e vinte e sete centavos), o que significa dizer que **pagou aproximadamente menos de um milésimo de centavo por metro quadrado**.

Pois bem, em agosto de 2003, por meio da Portaria n.º 019/2003 - MP 57º PRODEDIC (DOC 06), o Ministério Público Estadual instaurou o **Procedimento Administrativo n.º 018/2003 MP 57º PRODEDIC**, “*com a finalidade de apurar eventuais irregularidades na alienação realizada pelo Estado do Amazonas, através do Instituto Fundiário, de um imóvel situado na Avenida do Turismo, medindo 183.307,00m², pelo preço vil de R\$ 630,27 (seiscentos e trinta reais e vinte e sete centavos) à Hexágono Construções Ltda. CGC n.º 04.624.847/0001-06, conforme a certidão narrativa do registro de imóveis do 3º Ofício, datada de 15 de maio de 2003.*”

Tal procedimento administrativo tramitou por 3 anos e 8 meses no âmbito do Ministério Público Estadual.

A alienação do trato de terras realizada pelo Estado do Amazonas ao particular Hexágono Construções Ltda. pelo valor acima mencionado foi detalhadamente

apurada pelo *parquet* estadual, inclusive com oitiva dos envolvidos no procedimento da suposta regularização fundiária, facultando-se-lhes a ampla defesa e o contraditório.

Concluídas as investigações, o MPE encaminhou os autos do referido Procedimento Administrativo n.º 018/2003 MP 57ª PRODEDIC a esta Procuradoria Geral do Estado para adoção de providências.

Com efeito, após minucioso exame da documentação coletada pelo Ministério Público Estadual e ainda após realização de levantamento pelo órgão técnico do Estado, atualmente detentor da memória fundiária estadual, concluiu-se que a concessão do Título Definitivo em questão não poderia jamais ter acontecido, na medida em que o procedimento de alienação ofendeu princípios constitucionais básicos referentes à atuação da administração pública que não observou nenhum dos pressupostos legais essenciais e elementares para sua validade, quais sejam: o interesse público expressamente demonstrado, a licitação, a autorização legislativa, a avaliação prévia com o justo valor.

Além disso, o preço pago é caracterizado como preço vil, posto que atribuiu ao metro quadrado de área na Estrada do Turismo o valor de menos de um milésimo de centavo. Do mesmo modo, o fundamento jurídico da titulação não se aplica ao caso, além de outras irregularidades que se demonstrará a seguir.

Dessa forma, tal alienação é nula de pleno direito, e como consequência, é nulo o título definitivo que deu origem ao citado registro R1/26384 que, por sua vez, precisa ter seus efeitos suspensos prontamente, sob pena de dar ensejo a uma sucessão de transferências *a non domino* que possam prejudicar terceiros de boa-fé, bem como prejudicar a efetividade da prestação jurisdicional buscada na presente ação.

2 - DA LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DAS DUAS DEMANDADAS

A presente ação ordinária é proposta contra HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA. por ter sido esta empresa a beneficiária do Título Definitivo emitido irregularmente pelo Estado do Amazonas.

Todavia, em que pese ao fato de o título definitivo que se pretende agora anular ter sido emitido em favor de HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA. (DOC 04), a presente Ação Ordinária é proposta também contra a empresa S.B IMÓVEIS LTDA. (DOC 05), em razão da Décima Primeira Alteração Contratual (Doc.05/01), ocorrida em 10 de novembro de 2003, por meio da qual ocorreu a incorporação integral da sociedade empresarial que girava sob a denominação social de HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA., tendo-lhe sido transferido o seu patrimônio ativo e passivo.

Ressalte-se ainda que, em razão da referida incorporação, os sócios da HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA. celebraram DISTRATO (Doc.04/02), naquela mesma data (10 de novembro de 2003), extinguindo a sociedade por não haver mais ativo e passivo, tudo conforme demonstrado pelas cópias dos contratos que a este se anexam.

Dessa forma, restou demonstrada a legitimidade passiva *ad causam* também da sociedade S.B. Imóveis Ltda. para figurar no pólo passivo da presente demanda, tendo em vista ter sido beneficiária da transmissão patrimonial ocorrida com a incorporação e desse modo que sofrerá os efeitos da anulação do título definitivo em questão.

3 - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

3.1- DA OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A seqüência de erros e impropriedades na

condução do procedimento de alienação da terra pública, que recebeu o n.º 2845/96 - IFAM, culmina por motivar a nulidade dos atos referentes à expedição do TÍTULO DEFINITIVO em tela, de modo a descaracterizar sua eficácia como documento de propriedade e de domínio.

Logo de início, fácil é assinalar que o trato de terra em questão, situado no KM 9 da Estrada do Tarumã, atualmente denominada de Estrada do Turismo, com área equivalente a 185.307,00 m², foi alienado sem a observância dos princípios constitucionais expressos no art. 37 *caput* da Constituição Federal e ainda do disposto no inciso XXI do mesmo artigo, que explicitamente determinam:

“Art. 37- A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade** e eficiência e, também ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e **alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições da efetiva proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

(Grifei)

Infere-se do dispositivo constitucional acima transcrito que a beneficiária da titulação não poderia jamais ter sido favorecida com a alienação do imóvel objeto da matrícula n.º 26.384, fl. 01 do Livro 02 do Registro Geral do Cartório do 3º Ofício de Registro de Imóveis, a não ser que

tivesse se submetido ao crivo indispensável da licitação pública, com observância, sobretudo, dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

O princípio da legalidade e os demais princípios constitucionais, quando aplicados à Administração Pública, ganham contornos muito mais nítidos, na medida em que o Administrador só pode realizar aquilo que a lei permite que ele o faça. Não há espaço para a avaliação subjetiva do ato. Não há espaço para favorecimento de interesses privados.

3.1.1 - DAAUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO

Ao pretender a alienação de um bem público, o Administrador precisará demonstrar a forte presença do interesse público na celebração do contrato.

Na hipótese dos autos, ou seja, na alienação do trato de terras localizado no Km 09 da Estrada do Turismo, não só não houve qualquer demonstração de prevalência do interesse público na alienação requerida pelo particular, como tal alienação aconteceu de maneira contrária ao determinado na legislação ordinária aplicada à espécie.

A ofensa à Constituição reside no fato de a alienação ter sido realizada sem o menor indício de presença de interesse público, ou sequer a tentativa de sua demonstração.

3.1.2 - DAAUSÊNCIA DE LICITAÇÃO

A alienação em questão ocorreu também sem licitação, conforme exigido expressamente pelo dispositivo constitucional antes transcrito. O não atendimento ao procedimento de licitação afronta o princípio da isonomia, ainda mais se levamos em conta que a beneficiária da titulação é uma pessoa jurídica que jamais teve a posse da totalidade do imóvel titulado.

O que resta claro, na verdade, é que vários

outros particulares chegaram a requerer para si a regularização fundiária de pequenas áreas inseridas na gleba de terra titulada irregularmente e tiveram sua pretensão inviabilizada em razão da titulação conferida à primeira Ré, conforme atestam as cópias dos requerimentos coletados no processo de averiguação feito pelo Ministério Público Estadual. (DOC. 08 e DOC 09).

Além do mais, a alienação ocorreu sem a necessária autorização legislativa, a preço vil, e além do mais, não havia à época permissivo legal infraconstitucional para alienação de bens urbanos pelo Estado do Amazonas.

Assim, de uma só vez, o ato administrativo que se busca agora declarar nulo, feriu profundamente os princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, todos expressos nos supra citados dispositivos da Constituição Federal.

Somente por estas razões, em especial a ausência do interesse público e de procedimento prévio de licitação pública expressamente determinado pela Constituição, já seria possível a declaração de nulidade pretendida. Todavia, há ainda mais razões, senão vejamos.

3.2 - DA OFENSA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL REFLETIDA NA AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

O art. 134 da Constituição Estadual, que trata da destinação das terras devolutas e áreas públicas não utilizadas no Estado do Amazonas, determina no § 7º, com a redação original vigente à época da prática do ato administrativo nulo, o seguinte:

“§ 7º - Nos casos de alienação ou concessão de terras públicas a qualquer título, com área superior a quinhentos metros quadrados, se urbanas, e a um mil hectares, se rurais, dependerá de prévia anuência do Poder

Legislativo, na forma da lei”.

Por se tratar de imóvel urbano, com área superior a quinhentos metros quadrados (185.307m²), a alienação da área dependia, para sua validade frente à Constituição Estadual, de autorização legislativa.

Neste momento, relevante esclarecer que o trato de terra em questão não está caracterizado como imóvel rural. Trata-se efetivamente de imóvel urbano.

A alienação questionada envolveu área de 185.307,00m², localizada em zona de expansão urbana da cidade de Manaus.

Por certo que a caracterização de imóvel rural se dá, nos termos do art. 4º, inciso I do Estatuto da Terra, a partir de sua vocação exploratória, ou seja, a partir de sua destinação, independente de sua localização geofísica.

Todavia, acerca do tema, explica com maestria Hely Lopes Meirelles:

“A delimitação da zona urbana ou perímetro urbano deve ser feita por lei municipal, tanto para fins urbanísticos quanto para efeitos tributários. No primeiro caso, a competência privativa e irretirável é do Município, cabendo à lei urbanística estabelecer os requisitos que darão à área condição urbana ou urbanizável, e atendidos esses requisitos, a lei especial delimitará o perímetro urbano, as áreas de expansão urbana e os núcleos em urbanização” (Direito Municipal Brasileiro, São Paulo: Malheiros, p. 41)

Observe-se que a definição doutrinária acima transcrita combina o disposto na legislação urbanística, que adota o critério da localização para tutelar o uso e a divisão da propriedade, com o conceito imposto pela legislação

agrária, que concebe ao seu turno, o critério da destinação para definir o imóvel agrário.

Na hipótese dos autos, a área de terra alienada não poderia ter sido considerada rural, como o foi no procedimento de alienação.

Em sede de apuração administrativa pelo Ministério Público Estadual (DOC 07), o servidor do extinto IFAM que à época participou do procedimento que culminou com a alienação que agora se pretende anular, senhor IPOJUCAM EDEN BATURITÉ (Doc.07/05), declarou o seguinte, acerca do imóvel alienado:

“ QUE efetivamente é o autor do laudo de vistoria n.º 764/96 (...) QUE, apesar de afirmar ter estado na área, baseou seu laudo nas informações prestadas pela engenheira Maria Dalva Pinto da Silva ou pelo representante da Hexágono que o acompanhou; **QUE acredita ter deixado de informar no laudo qual o tipo de utilização do imóvel pelo fato de não haver vislumbrado nenhum tipo de utilização pela Hexágono, ou seja, que não havia elementos a caracterizar a utilização da área; (...); QUE o imóvel não era utilizado para fins agrícolas, uma vez que não existiam plantações no local, sendo mantida uma cobertura florestal do tipo capoeira; (...)** **QUE o imóvel em questão se situava em área urbana**, tanto que o formulário do laudo de vistoria utilizado se destinava a imóveis não rurais; QUE o modelo do laudo de vistoria para áreas rurais apresentava compôs para informações sobre atividades agropecuárias, como áreas de pastagem, tipos de plantações e criações; **QUE, com base no Laudo de sua elaboração, no processo de regularização fundiária da Hexágono, o imóvel jamais poderia ter sido caracterizado como rural;**

QUE a outorga do título definitivo da área como uma propriedade rural foi indevida, uma vez que as informações que prestou como vistoriador não evidenciam qualquer uso para fins agropecuários” (grifei)

JOSÉ CARLOS MARTINS BRANDÃO, outro servidor que participou do procedimento, ao prestar esclarecimento no MPE no dia 14/02/2006 (Doc.07/07) afirma “**QUE , garante que o mencionado Laudo de Vistoria se refere a uma área urbana sem fins agropecuários, não podendo as informações nele constantes terem sido utilizadas para caracterizar um imóvel rural**”.

No mesmo sentido é o depoimento dos demais servidores que atuaram no referido procedimento. (Doc. 07/01, 07/03, 07/04 e 07/06)

Ademais, a natureza da área referente à Estrada do Tarumã, atual Estrada do Turismo, se urbana ou rural, já foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Em ação análoga, na qual se buscou a anulação de títulos definitivos expedidos pelo Estado do Amazonas referentes à gleba de terra denominada “Tarumã-Açu”, na área da Estrada do Tarumã, foi exarado o Acórdão a seguir transcrito:

“APELAÇÃO CÍVEL - MANAUS
PROCESSO N. 2004.003688-7
APELANTES: ALCEMIR P. FIGLIUOLO E
OUTROS
ADVOGADO: DOMINGOS JORGE C. PEREIRA
APELADO: ESTADO DO AMAZONAS
PROCURADOR: JÚLIO CÉZAR DE LIMA
BRANDÃO

EMENTA:

ANULAÇÃO DE TÍTULOS DE AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE. ALIENAÇÃO DE LOTES DE TERRAS PERTENCENTES AO DOMÍNIO ESTADUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO IMÓVEIS URBANOS. ÔNUS DA PROVA. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. CPC. ART. 333, I. LEI 4.504/64, ART. 4º, I; CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ART. 134, § 7º. DECRETO-LEI 2.300/86, ART. 15, I.

1. Os réus não comprovaram que os lotes de terras a si outorgados tinham quaisquer das destinações previstas pelo art. 4º, I, da Lei 4.504/64, embora deles fosse o ônus de provar que não se tratavam de imóveis urbanos, segundo o art. 333, I, CPC.

2. Tratando-se de imóveis urbanos cujas áreas excediam a 500m² (quinhentos metros quadrados), sua alienação deveria necessariamente ser precedida de autorização legislativa, **ex vi** do § 7º, do art. 134, da Constituição Estadual. No caso em exame, inexistiu prévia autorização legislativa.

3. Inegável terem as alienações violado o princípio da isonomia assegurado pela licitação (Constituição Federal, art. 37, XXI). Segundo dispunha o art. 15, I, **b**, Decreto-lei 2.300/86, as alienações de imóveis do domínio público, sempre precedidas de avaliação e autorização legislativa, deveriam ser feitas por meio de concorrência, salvo nas hipóteses de dação em pagamento, doação, permuta e investidura, esta última compreendida como a alienação, aos proprietários de imóveis lindeiros, de área remanescente ou resultante de obra pública e que tenha se tornado inaproveitável

isoladamente. A situação dos réus não se insere em quaisquer das hipóteses que dispensaria a concorrência.

ACÓRDÃO

DECIDE a 2ª Câmara Cível, à unanimidade, divergindo do parecer ministerial, não conhecer da apelação de José Marcelo de Castro Lima; em harmonia com o parecer ministerial, conhecer do recurso dos demais réus e lhe negar provimento, consoante relatório e voto que acompanham a presente decisão, dela fazendo parte integrante.

Posta assim a questão, está definitivamente afastada a hipótese de a área em questão se tratar de imóvel rural.

Resta, portanto, configurada a flagrante ofensa a dispositivo da Constituição do Estado, na medida em que a alienação de 185.307,00 m² em área urbana do Município de Manaus ocorreu sem a prévia autorização legislativa.

3.3 - DA OFENSA À LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL:

Não bastassem as ofensas aos preceitos da Constituição Federal e Estadual, a alienação do lote de terras de 185.307 m² ocorreu ainda em contradição a preceitos de legislação infraconstitucional, conforme será demonstrado a seguir:

3.3.1- DA OFENSA À LEI Nº 8.666/93

O ato administrativo que ora se pretende ver declarado nulo se contrapõe ao ordenamento jurídico pátrio infraconstitucional na medida em que a alienação de bens públicos imóveis deve atender aos requisitos expressos no

art. 17 da Lei n.º 8.666/93, que assim determina:

“Art. 17 - A alienação de bens da Administração Pública, **subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação** e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e **de licitação na modalidade de concorrência”**.

Depreende-se da leitura do art. 17 da Lei de Licitações que a alienação de bens imóveis da Administração Pública possui, a par do requisito da prévia autorização legislativa determinado pela Constituição Estadual, mais dois pressupostos, e que a ausência de qualquer deles enseja a nulidade dos títulos definitivos expedidos.

Acerca da disciplina que envolve a validade da alienação de bens públicos, Marçal Justem Filho esclarece:

“A alienação de qualquer bem público pressupõe o cumprimento de certas formalidades, as quais se relacionam com a verificação da **compatibilidade do ato com o interesse público**. A peculiaridade reside em que a alienação de bens e direitos de titularidade no Estado não pode ser configurada como uma atividade intrínseca ou inerente ao desempenho das funções estatais. A alienação tende a ser uma anomalia, envolvendo potencial risco de redução da órbita dos bens públicos, o que é muito mais sério a propósito de imóveis. (...) **as regras atinentes à alienação de bens móveis**

ou imóveis exteriorizam a preocupação comum de evitar a destruição do Estado(...).” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos, Administrativos, 10ª edição, São Paulo: Dialética, p. 174) (sem grifos no original).

Em momento algum, no decorrer do procedimento, restou configurada a presença do interesse público na alienação realizada. Também não se vislumbrou sequer a tentativa quanto a essa demonstração. Por óbvio que nenhum interesse público houve na celebração do negócio jurídico em questão. De modo inverso, a alienação de trato de terra com tamanha extensão pelo preço de R\$ 620,00 (seiscentos e vinte reais) se mostra absolutamente contrária ao interesse do Estado do Amazonas, ensejando uma considerável redução patrimonial em seu desfavor.

Do mesmo modo, não houve a prévia avaliação do imóvel. Aliás, no procedimento de investigação presidido pelo Ministério Público Estadual, do qual os envolvidos foram notificados e puderam participar, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa, não se encontra documento algum que justifique a atribuição do valor vil de R\$ 620, 27 (seiscentos e vinte reais e vinte e sete centavos) por uma área de 185.307m².

Pode-se ainda abstrair do art.17, inciso I da Lei nº 8.666/93, que a beneficiária não poderia ter sido favorecida com alienação do referido imóvel, a não ser que tivesse sido submetida ao procedimento da licitação pública, na modalidade de concorrência, observando-se assim também os princípios norteadores da Administração Pública.

A ausência desses básicos elementos de cunho essencialmente jurídico bem confirmam que a alienação foi processada administrativamente mediante critérios e procedimentos não autorizados em Lei. O não preenchimento dos pressupostos exigidos pela Lei nº 8.666/93 macula o procedimento de maneira insanável,

sendo que a única solução é o reconhecimento de sua nulidade, o que novamente desde já se requer.

3.3.2 DA FALTA DE RESPALDO LEGAL PARA A EMISSÃO DO TÍTULO DEFINITIVO.

No decorrer do Processo Administrativo nº 2845/96-IFAM, há expressa referência à Lei nº 89, de 1959, como sendo a legislação de regência do procedimento.

Com efeito, o Procurador-Chefe do IFAM, em 01.09.1997, exarou o seguinte despacho naqueles autos administrativos:

*“Antes de qualquer pronunciamento jurídico a respeito da formulação do(a) HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA., já qualificado(a) no Processo nº 2845/96, impõe-se de **conformidade com o Art. 76, da Lei nº 89, de 31.12.59**, a publicação do EDITAL, com prazo de 30 (trinta) dias para conhecimento e eventual reclamação de terceiros interessados.”* (sem grifos no original).

Ocorre que, a Lei nº 89/1959 foi **expressamente revogada pela Lei nº 1.427 de 18 de dezembro de 1980**, (DOC 11) que dispôs sobre a regularização de terras rurais sob a jurisdição do Governo do Estado do Amazonas, e no seu art. 38 determinou:

“Art. 38 Revogam-se as disposições da Lei nº 89 de 31 de dezembro de 1959, e as demais disposições em contrário”.

De outra mão, ainda que se considerasse que o Processo Administrativo nº 2845/96-IFAM seguiu o regramento **da Lei nº 1.427/80**, ainda assim não houve a correta subsunção ao preceito normativo, posto que, tal como já esclarecido, **não se trata de imóvel rural** e aquele

diploma legal destinava-se a regulamentar a transmissão de propriedade na área rural do Estado.

Em verdade, o ato praticado não encontrava respaldo no ordenamento jurídico vigente à época de sua prática. Uma vez revogada a Lei nº 89/59, e não tendo a Lei nº 1.427/80 disciplinado a regularização fundiária de áreas urbanas, tal procedimento não era legalmente admitido no Estado do Amazonas à época, por absoluta falta de disciplina legal.

Não é demais lembrar neste lanço, que a atuação do agente público está circunscrita à permissão da lei. Se na esfera de atuação do particular a este é dado praticar quaisquer atos desde que não proibidos pela lei, ao agente público somente será permitido a conduta autorizada em lei.

A regulamentação de procedimento de transmissão de propriedades situadas em áreas urbanas pelo Estado do Amazonas ocorreu muito posteriormente à prática do ato que ora se pretende ver declarado nulo por meio da Lei nº 2.754, de 24 de outubro de 2002.

Assim, além da ofensa à Constituição Federal, da ofensa à Constituição Estadual, de contrária à Lei Federal nº 8.666/93, a alienação objeto da presente ação não encontrava respaldo na legislação ordinária estadual.

3.3.3 - OUTRAS IRREGULARIDADES

A par de todas as irregularidades já anteriormente apontadas, mais alguns pontos merecem destaque na desastrosa emissão do Título Definitivo objeto da presente ação, observe-se:

3.3.3.1 - DA ALIENAÇÃO À PESSOA JURÍDICA

A emissão do título definitivo em questão ocorreu em favor de pessoa jurídica. Como já amplamente

demonstrado anteriormente, não havia, à época, previsão legal para a regularização fundiária de imóvel rural.

Todavia, apenas a título de argumentação, ainda que se admitisse a aplicação, por analogia da Lei n.º 1.427/80 ao caso, ainda assim, aquele diploma legal não aventou a possibilidade de transmissão de propriedade de terras devolutas pertencentes ao patrimônio público estadual à pessoa jurídica.

Mais uma vez demarca-se a ilegalidade do ato.

3.3.3.2 - DA PRÁTICA DE PREÇO VIL

Salta aos olhos, mesmo da pessoa mais leiga no assunto, o fato de que o preço pago pela área foi aviltantemente irrisório, tendo em conta a sua localização e a sua extensão.

Vale dizer, 18,5 hectares ou 185.307m² de terras na área da Estrada do Turismo foram vendidos ao preço de R\$ 620,27 (seiscentos e vinte reais e vinte e sete centavos) equivalente a R\$ 0,0033472.

Como visto, não é possível deixar permanecer eficaz ato jurídico eivado de tantos e tão visíveis irregularidades.

Por tais razões é que se pede a declaração de nulidade do ato administrativo configurado no Título Definitivo n.º 000339, emitido em favor de Hexágono Construções Ltda.

4. DO IMPLEMENTO DA CONDIÇÃO RESOLUTIVA

Por fim, se de todo, os argumentos acima, exaustivamente expendidos, não forem acatados, e a validade do Título Definitivo emitido irregularmente em favor da HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA. for mantida, forçoso então será reconhecer o implemento da condição resolutive prevista na cláusula quarta do título definitivo, cuja consequência é o retorno do bem ao patrimônio do Estado, nos termos da Cláusula Quinta do mesmo

instrumento, conforme se vê a seguir:

“CLAÚSULA QUARTA: A transferência de áreas tituladas, obedecerá aos critérios de indivisibilidade e intransferibilidade das terras , antes de decorrido o prazo de dez anos, de acordo com o art. 134,§ 5º, da Constituição do Estado do Amazonas.

CLAÚSULA QUINTA: A inadimplência de qualquer disposição legal aplicável à espécie e/ou das cláusulas estipuladas neste instrumento, fica o IFAM, desde já autorizado pelo outorgado, a promover o cancelamento deste revertendo o lote ao Patrimônio do Estado.

Tal como já citado anteriormente, a Hexágono Construções Ltda. foi incorporada pela empresa S.B. Imóveis Ltda. Com a referida incorporação **houve a transmissão da totalidade do patrimônio da Hexágono Construções Ltda. para a S.B. Imóveis Ltda.**, configurando-se dessa forma o implemento da condição resolutiva expressa, com a transferência do bem alienado sob condição resolutiva.

Ademais, verifica-se que a incorporação se deu por uma empresa cujos fins sociais abrangem a incorporação imobiliária, indicando fortemente que a beneficiária do título definitivo em questão sempre teve, na verdade, o objetivo de especulação imobiliária, tendo “adquirido” um imóvel pelo valor vil de R\$ 620,27 (seiscentos e vinte reais e vinte e sete centavos) para posteriormente negociá-lo por um valor infinitamente superior.

Dessa forma, restaria configurado o implemento da condição resolutiva e o imediato retorno do bem ao patrimônio público estadual.

5 - DOS PEDIDOS

5.1. DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Necessário considerar que o Estado do Amazonas necessita obter a antecipação dos efeitos práticos da tutela ora pretendida, nos termos do art. 273, do Código de Processo Civil, em razão da presença de prova inequívoca de que a emissão do Título Definitivo n.º 000339 em favor de Hexágono Construções Ltda., com referência a área de 185.307m², localizada no Km 09 da Estrada do Turismo, na cidade de Manaus, deu-se em contraposição ao que dispõe a Constituição Federal, a Constituição Estadual, a Lei n.º 8.666/93 e a legislação estadual e conseqüentemente, tendo em vista a verossimilhança das alegações antes expendidas, expressa na farta documentação anexa a esta petição e ainda nos depoimentos coletados em sede de procedimento administrativo levado à efeito pelo Ministério Público Estadual, no qual se garantiu ao investigado o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, urge que os efeitos da futura anulação do Título Definitivo sejam resguardados, posto que em **05 de janeiro de 2008** expira prazo de 10 (dez) anos fixados pela Cláusula Quarta do Título Definitivo para a intransmissibilidade e indivisibilidade da área prevista na irregularmente alienada.

Oportuno lembrar que a partir do implemento do prazo de vigência de tal cláusula restritiva de alienação, o particular poderá passar a dividir e alienar o imóvel irregularmente titulado, desencadeando uma sucessão de atos passíveis de anulação e potencialmente envolvendo terceiros de boa-fé.

Dessa forma, comprovada, inquivocamente, a irregularidade na Titulação descrita nos autos, e conseqüentemente demonstrada a verossimilhança das alegações e, ainda, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, impõe-se a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, para fazer com que as Rés

se abstenham de praticar qualquer ato no sentido de dividir, parcelar, alienar, ceder, onerar, gravar, transferir, prometer em transferência ou qualquer outro que venha de algum modo alterar a situação jurídica do imóvel descrito da matrícula n.º 26.384, constante da folha 01, do livro 02 do RG do Cartório do 3º Registro de Imóveis da Comarca de Manaus, sob pena de multa diária por descumprimento da obrigação de não-fazer, nos termos do art. 461 do CPC.

Do mesmo modo, com vistas a dar conhecimento a terceiros, evitando-lhes futuros prejuízos de difícil reparação, é necessário ainda determinar ao senhor Oficial do Cartório do 3º Registro de Imóveis da Comarca de Manaus que imediatamente proceda ao bloqueio da Averbação n.º 1/26.384, de 13 de janeiro de 1998, com vistas a suspender a eficácia da Titulação concedida em favor de Hexágono Construções Ltda, por ser indispensável que a proibição judicial de alteração do *status quo* do imóvel fique constando de sua matrícula.

5. 2. DOS DEMAIS PEDIDOS

Diante do exposto, requer:

a) A antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do CPC, para determinar às Rés, ou a qualquer outra pessoa à sua conta ou ordem, que se abstenham de dividir, parcelar, alienar, ceder, onerar, gravar, transferir, prometer em transferência ou praticar qualquer outro ato que venha de algum modo alterar a situação jurídica do imóvel descrito da matrícula n.º 26.384, constante da folha 01, do livro 02 do RG do Cartório do 3º Registro de Imóveis da Comarca de Manaus, sob pena de multa diária por descumprimento da obrigação de não-fazer, nos termos do art. 461 do CPC; e ainda para determinar ao Oficial do Cartório do 3º Registro de Imóveis da Comarca de Manaus que imediatamente proceda ao bloqueio da Averbação n.º 1/26.384, de 13 de janeiro de 1998, com vistas a suspender a eficácia da

Titulação concedida em favor de Hexágono Construções Ltda;

b) A citação das Rés, no endereço indicado para, querendo, contestarem a presente ação, sob as penas da lei (art. 285 e 319 do CPC), na forma do art. 802 do CPC;

c) Que sejam, ao final, julgados totalmente procedentes os pedidos contidos na presente ação, para o fim de anular o TÍTULO DEFINITIVO MEDIANTE CONDIÇÕES RESOLUTIVAS de n.º 000339 emitido, considerando o que consta do Processo Administrativo n.º 2845/96-IFAM, em data de 05 de janeiro de 1998, em favor de HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA., portadora do C.G.C n.º 046.248.47/0001-6, concernente à área de 185.307,00m² descrita na matrícula n.º 26.384, constante da folha 01, do livro 02 do RG do Cartório do 3º Registro de Imóveis da Comarca de Manaus; cancelar o Registro n.º 000339 no livro de registros de títulos do Estado do Amazonas, pelo valor de R\$ 620,27 (seiscentos e vinte reais e vinte e sete centavos).

c. 1) Que alternativamente, caso os argumentos acerca da nulidade do título não venham a ser acolhidos, que seja então reconhecido o implemento da condição resolutive prevista do Título Definitivo e garantido o imediato retorno do imóvel ao patrimônio estadual.

d) Uma vez julgada procedente a presente demanda, com a acolhida de um ou de outro pedido alternativo, que seja o Estado do Amazonas imediatamente imitido na posse do imóvel, posto de constituído de terras pertencentes ao seu patrimônio.

e) A condenação das Rés ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios com base nas disposições do art. 20, §4º do CPC;

f) Produção dos meios de prova em direito admitidos, se necessário for;

g) A oitiva do membro do Ministério Público Estadual na qualidade de *custus legis*;

h) O registro da presente Ação Ordinária na matrícula n.º 26.384, constante da folha 01, do livro 02 do RG do Cartório do 3º Registro de Imóveis da Comarca de Manaus, nos termos do art. 167, da Lei de Registros.

Dá-se à causa o valor de R\$ 185.000,00 (cento e oitenta e cinco mil reais) para os efeitos fiscais.

Nestes termos.

Pede deferimento.

Manaus, 04 de janeiro de 2008.

Clara Maria Lindoso e Lima

Procuradora do Estado

OAB/AM 2.602

Rol de documentos:

? **Documento 01 - DOC 01** - cópia do Processo Administrativo n.º 2845/96 - IFAM, com 033 folhas das quais constam:

○ **Doc. 01/01** - Requerimento da HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA. (02 laudas);

○ **Doc. 01/02** - escritura de Permuta entre SÓCRATES BONFIM, SEBASTIÃO MENTA e sua mulher e GERSON SOARES DA SILVA e sua mulher;

○ **Doc. 01/03** - Laudo de Vistoria Técnica n.º 764/96;

- **Doc.01/04** Croquis de situação do imóvel vistoriado;
- **Doc. 01/05** - Folha de informações Técnicas;
- **Doc.01/06** Informação acerca da titularidade da área;
- **Doc.01/07**- croquis da área;
- **Doc.01/08** Despacho do Procurador-Chefe do IFAM;
- **Doc.01/09** Portaria n.º 059/97 IFAM/PR;

? **Documento 02 DOC 02** - cópia da Matrícula n.º 26.384 lavrada à fl. 01 do Livro 02 RG do Cartório do 3º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Manaus e respectiva certidão narrativa;

? **Documento 03 – DOC 03** – cópia do Título Definitivo Mediante Condições Resolutivas, n.º 000339, datado de 05 de janeiro de 1998, emitido em favor de HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA.;

? **Documento 04 – DOC 04** – Contrato Social da Firma HEXÁGONO CONSTRUÇÕES LTDA.

- **Doc. 04/01** – Décima Primeira Alteração Contratual Hexágono Construções Ltda;
- **Doc. 04/02** – Distrato Social Háxágono Construções Ltda.

? **Documento 05 - DOC 05** - Escritura de Constituição da sociedade por cotas de responsabilidade limitada denominada S.B.IMÓVEIS LTDA.;

- **Doc. 05/01** – Décima Primeira Alteração Contratual S.B Imóveis Ltda.;

- **Doc. 05/02** – Décima Segunda Alteração Contratual S.B. Imóveis Ltda.;
- ? **Documento 06 – DOC 06** - cópia da Portaria n.º 019/2003 MP/57ª PRODEDIC;
- ? **Documento – 07 DOC 07** Cópia do 3º Volume do Procedimento Administrativo n.º 018/2003–MP 57ª PRODEDIC contendo:
 - **Doc. 07/01** – Termo de Declaração em Audiência do Sr. JOSÉ MAIA – Presidente do IFAM à época da alienação;
 - **Doc. 07/02** Seqüencial (passos para regularização de imóveis);
 - **Doc.07/03** - Termo de Declaração em Audiência de MARIA DALVA PINTO DA SILVA;
 - **Doc.07/04** - Termo de Declaração em Audiência de ACILINO DO CARMO CANTO;
 - **Doc.07/05** - Termo de Declaração em Audiência de IPOJUCAN EDEN BATURITÉ;
 - **Doc.07/06** - Termo de Declaração em Audiência de MARIA ARLETE TEIXEIRA DE LIMA;
 - **Doc.07/07** - Termo de Declaração em Audiência de JOSÉ CARLOS MARTINS BRANDÃO;
 - **Doc.07/08** - Termo de Declaração em Audiência de GUILHERME ALUÍZIO DE OLIVEIRA SILVA;
- **Documento 08 – DOC 08** – Pedido de regularização fundiária de ROSA MARIA TEIXEIRA NEVES;
- **Documento 09 – DOC 09** – Pedido de regularização fundiária de ISAC DAVID DAS NEVES (Processo n.º 2374/02 SUHAB);

- **Documento 10 – DOC 10** - Folha de Informação da SPF e Mapa com a plotagem da área da matrícula 26.384, da escritura de permuta e de outras áreas referidas nos autos.
- **Documento 11 – DOC 11** – Cópia da Lei Estadual n.º 1.427/1980.

Manaus, 04 de janeiro de 2008.

Clara Maria Lindoso e Lima
OAB/AM 2.602

**EXMO. SR. JUIZ FEDERAL DA 4ª VARA FEDERAL DA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE MANAUS-AM**

Distribuição por dependência à Ação Cautelar nº
2008.32.00001883-4

O ESTADO DO AMAZONAS, inscrito no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda - CNPJ-MF - sob número 04.312.369.0001-90, representado pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio de sua Procuradora infra-assinada, em conformidade com o art. 132 da Constituição da República e inciso I, do art. 12 do Código de Processo Civil, vem perante V.Exa., ajuizar a presente **AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL** contra a **UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)**, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

INTRODUÇÃO

A presente ação ordinária é distribuída por dependência à cautelar em epígrafe, cuja liminar foi

efetivada em 25.04.2008 - data da liberação da Certidão **(Anexo I)** - , portanto, no prazo do art. 806 do CPC.

Visa discutir, no mérito, o lançamento invocado pela Ré como óbice à concessão de certidão com efeitos negativos-afastado pela aludida liminar, que determinou a suspensão da exigibilidade do débito lançado sob o número 35.885.953-0.

RESUMO DOS FATOS

O Autor foi autuado pela antiga Receita Previdenciária, atual Receita Federal, pela falha nos recolhimentos das contribuições previdenciárias, encartada na NFLD 35.885.953-0, conforme mencionado na Cautelar preparatória.

Aquela NFLD imputa débito em nome do Estado do Amazonas (Secretaria de Educação e Qualidade de Ensino-SEDUC) por não haver efetuado a retenção dos 11% sobre o valor bruto de notas fiscais ou por o haver feito parcialmente, no período de 04/1999 a 06/2001. Administrativamente, foi encerrado o processo administrativo fiscal com o julgamento do recurso do contribuinte **(Anexo II)**.

O Estado do Amazonas, por meio da Secretaria de Educação, celebrou contratos, alguns escritos outros não, com diversas empresas de engenharia civil.

A fiscalização analisou as notas fiscais relativas àqueles contratos (vide Relatório de Lançamento - **Anexo III**) e identificou, em algumas, a ausência da retenção, e em outras, a retenção a menor, fruto de deduções, que ela não reconhece, sobre os valores das notas fiscais (bases de cálculos) pagas. Dessa forma, lançou débito pelo valor integral da retenção, bem como pelas diferenças encontradas.

Contudo, conforme se demonstrará, o lançamento merece ser cancelado, pois, além de apresentar uma série de falhas, tanto erros materiais

quanto erros de fundo - de ordem interpretativa -, foi atingido por uma recente alteração normativa que fulminou a responsabilidade do Poder Público quando contratante de obra de construção civil.

DO MÉRITO

I - DA RETENÇÃO DE 11% (ART. 31 DA LEI 8.212/91) E A CONSTRUÇÃO CIVIL (ART. 30, VI, DA LEI 8.212/91).

Dispõe o art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98:

“A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota ou fatura em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no §5º do art. 33.

...

§4º. Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

III - empreitada de mão-de-obra;

O artigo 219 do Decreto nº 3.048/99 arremata:

“A empresa contratante de serviços executados

¹ Entende-se a colocação à disposição da contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados ou não com a atividade-fim de empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação.

² É a execução de tarefa, obra ou serviço, contratualmente estabelecida, relacionada ou não com a atividade-fim da empresa-contratante, nas suas dependências, nas da contratada ou nas de terceiros, tendo como objeto um fim específico ou resultado pretendido.

mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviço e empresa contratada, observado o disposto no §5º do art. 216”.

A retenção é obrigatória quando o serviço é prestado mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra.

A legislação conceitua. Na cessão de mão-de-obra, destaca-se a natureza contínua do serviço, ficando o pessoal utilizado à disposição exclusiva do tomador, que gerencia a realização do serviço. O objeto do contrato é somente a mão-de-obra. Utiliza-se a força do trabalho do empregado, paga-se pelo esforço feito.

Na empreitada, o contrato focaliza-se no serviço a ser prestado, que tem objetivo específico, com início e fim. Para sua realização, envolverá mão-de-obra, que não estará, necessariamente, à disposição do tomador. O gerenciamento será do contratado. Contrata-se a realização do serviço, paga-se pelo resultado.

A diferença básica entre uma e outra está na necessidade ou não dos funcionários contratados estarem em tempo integral à disposição da contratante, nas suas dependências ou de terceiros.

É indispensável assimilar os dois conceitos para compreender a matéria, pois **não é qualquer serviço que, prestado sob uma daquelas duas formas, fica sujeito à retenção dos 11%.**

É preciso, ainda, constar da lista de serviços, conforme seja cessão ou empreitada, conforme Decreto nº 3.048/99 e OS 203/99 e, posteriormente, OS 209/99 (Ordens de Serviço da época dos fatos geradores).

O serviço de construção civil consta daquela lista, tanto quando é realizado por **cessão de mão-de-obra** quanto é realizado por **empreitada**. Mas, ao contrário dos demais serviços, a construção civil tem **regras muito próprias**. Isso porque, geralmente as construtoras

responsabilizam-se pela execução total da obra, incluindo-se aí, a elaboração de projeto, o pagamento de salários e a aquisição de todo equipamento e material utilizado, razão pela qual, nestes casos, os valores das notas fiscais ou faturas revelam-se totalmente dissociados da base de cálculo da exação previdenciária (folha de salários), sobejando-a em muito, o que, por consectário lógico, acarretará a retenção de valores bem superiores ao tributo efetivamente devido.

Diante daquelas particularidades, a responsabilidade solidária foi mantida, pelo legislador, para a construção civil, desde que a construtora se responsabilize por todas as etapas da obra (**empreitada integral**). Naquele caso, a retenção é optativa e residual: o tomador responderá solidariamente pelas contribuições do prestador de serviço, podendo elidi-la se adotar a retenção. É o que estabelece o artigo 30, VI, da Lei 8.212/91.

“Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

Omissis.....

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem;” (Redação

alterada pela MP nº 1.523-9/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

O item 15 da OS 209/99 arrematava:

“15 - Na empreitada na construção civil, aplicar-se-á a responsabilidade solidária de que trata o inciso VI, do art.30 da Lei 8212/91, somente nos seguintes casos:

I - na contratação de execução de obra por empreitada total; e

...

15.1 - A contratante, valendo-se da faculdade estabelecida no inciso VI do art. 30 da Lei 8.212/91 e em conformidade com o inciso II do parágrafo 3º do art. 220 do Decreto nº 3048/99, elidir-se-á da responsabilidade solidária com a contratada mediante a retenção e o recolhimento previstos no art. 31 da citada Lei, na forma estabelecida neste ato.”

Mais tarde, pretendendo esclarecer melhor ainda a faculdade a ser exercida **especificamente pelo Poder Público, quando for o contratante da construção**, o art. 28, parágrafo único, da Instrução Normativa INSS/DC nº 69, de 10.05.2002, com redação dada pela IN INSS/DC nº 88, de 27.08.2002, estabeleceu, em caráter eminentemente interpretativo o que autoriza a retroatividade :

“Art. 28. Nas licitações, o contrato com a Administração Pública efetuado pelo regime de empreitada por preço unitário ou por tarefa, conforme previsto nas alíneas “b” e “d” do inciso VIII do art. 6º da Lei 8.666, de 1993, será considerado de empreitada total, quando atender os requisitos previstos na alínea “a” do inciso XXIII do art. 2º, admitindo-se o

fracionamento de que trata o art. 11, entendendo-se por: (Redação dada pela Instrução Normativa INSS/DC nº 080, de 27.09.08.2002).

I - (omissis)

II - (omissis)

Parágrafo único. As contratações da Administração Pública que se enquadrarem no conceito de empreitada parcial, definido na alínea “b” do inciso XXIII do art. 2º, ficam sujeitas às normas de retenção previstas nesta Instrução Normativa, independentemente dos regimes de que tratam os incisos I e II deste artigo (Redação dada pela Instrução Normativa INSS/DC nº 080, de 27.09.08.2002).”

Portanto, quando o serviço é o da construção civil, nem sempre a retenção é compulsória. Para que o seja, é preciso que a contratação não tenha sido firmada por empreitada total. Em outras palavras, só a empreitada parcial - cuja execução da obra é fragmentada entre várias construtoras - obriga a retenção nos termos do artigo 31 da Lei 8.212/91. Sendo integral a empreitada, é o artigo 30 da mesma Lei que incide.

II - ERRO DE FUNDO

*“Refere-se o Débito à antecipação das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados das empresas relacionadas em anexo, que prestaram serviços **por Cessão de Mão de Obra na área de Construção Civil (obras de Edificações)**, para o órgão acima identificado. O órgão público, na condição de tomador de serviços, é obrigado a reter e recolher 11% (onze por cento) do valor bruto dos serviços realizados e constantes da*

nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, conforme determina a legislação pertinente a seguir discriminada e demais dispositivos legais elencados no tópico (“RETENÇÃO PELA TOMADORA DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA OU EMPREITADA”), do discriminativo “Fundamentos Legais do Débito - FLD” que é parte integrante da NFLD”:

Foram aquelas as palavras da fiscalização previdenciária (Relatório Fiscal - **Anexo IV**), utilizadas para descrever as circunstâncias fáticas necessárias para a incidência da regra do art.31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98.

Ocorre que ela (fiscalização) faz um juízo errado da relação jurídica contratual entre o Estado e as construtoras. Equivoca-se quanto à forma da execução do serviço de construção. Diz que é prestado mediante cessão de mão-de-obra, quando o é por empreitada.

O artigo 31 da Lei 8.212/91 trata da cessão de mão-de-obra. **Entretanto, a prestação dos serviços de construção civil não ocorreu por cessão de mão-de-obra, como asseverou o Relatório da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (Anexo IV). Para que o fosse, necessária a colocação de empregados à disposição do contratante (que gerencia o serviço), em suas dependências ou nas de terceiro, para a consecução de serviços que se constituem em necessidade permanente do tomador, o que não é o caso.**

Pelas regras de experiência, V.Exa. sabe que a Administração Pública de qualquer das esferas só contrata construtoras para a **execução total de uma obra**, até porque os custos dos trâmites burocráticos para segmentá-la são muito altos.

Por mais que a obra destine-se a pequenas reformas ou reparos, a construtora contratada se

responsabilizará integralmente por todas as fases, desde instalações provisórias, demolições, remoções, revestimento, pintura e até limpeza.

Os vários contratos celebrados pelo Estado do Amazonas (SEDUC) e 84 (oitenta e quatro) empresas de engenharia civil, para a construção ou reforma de unidades escolares, obedeceram aquela lógica: entrega a uma só construtora de todas a fases da obra.

Considerando que a construção contratada pela Administração (SEDUC) é executada nos moldes da **empreitada** e sendo ela **integral**, pode-se afirmar que a situação se ajusta à obrigação prevista no artigo 30, VI, da Lei 8.212/91. Tal dispositivo estabelece, numa relação de exclusão e de residualidade, a solidariedade e a retenção dos 11%.

Portanto, não é a previsão do artigo 31 da Lei 8.212/91 que regula a situação, mas, sim, a do artigo 30, VI, da mesma Lei, acima já transcrito.

Contudo, **em nenhum** dos vários documentos (Relatório Fiscal e Fundamentos Legais do Débito - FLD-**Anexos IV e V**) que acompanharam a NFLD houve referência ao artigo 30, VI, da Lei 8.212/91. Dessa forma, houve **erro na caracterização jurídica dos fatos, também conhecido como erro de direito**.

Ainda assim, poderia asseverar a União que o regime de retenção do art.31 também pode ser aplicado aos serviços de empreitada de mão-de-obra, conforme prevê o inciso III, § 4º do art. 31, acima transcrito.

Contudo, para que se enquadrem naquela hipótese - do § 4º, inciso III, do art. 31 da lei 8.212/91 (retenção de 11%) -, é preciso que a empreitada seja parcial, conforme já foi dito anteriormente (item I).

As cópias das descrições dos serviços e materiais a serem prestados e fornecidos demonstram a amplitude das obrigações das Contratadas. Atuando na prestação de serviços de projetos, execução, fiscalização, reforma, ampliação e construção de obras, as contratadas

os realizaram em regime de empreitada integral.

O fato é que o tipo de atividade - CONSTRUÇÃO CIVIL - desenvolvida pelas Contratadas e reconhecida pelo próprio Auditor no seu Relatório Fiscal, sinaliza a hipótese de incidência da regra legal do art. 30, VI, da Lei 8.212/91, específica para aquela atividade.

Regulamentando o art. 30, inciso VI, assim restou redigido o art. 220 e §§ do Decreto nº 3.048/99:

“Art. 220. O proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária cuja contratação da construção, reforma ou acréscimo não envolva cessão de mão-de-obra, são solidários com o construtor, e este e aqueles com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a seguridade social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

§ 1º Não se considera cessão de mão-de-obra, para os fins deste artigo, a contratação de **construção civil** em que a empresa construtora assuma a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente.”(negrito)

Outra vez a legislação, agora por meio de Decreto, afasta a cessão de mão-de-obra da construção civil. Isso porque, em regra, os contratos são celebrados por empreitada global, ficando as construtoras responsáveis direta e totalmente pela execução da obra (art.220, §1º, do Decreto 3.048/99).

Ainda que o art.30, VI, da Lei 8.212/91 faculte a

possibilidade de o contratante promover a retenção de valores para garantia do cumprimento de obrigações previdenciárias, isso não autoriza que o fundamento legal do lançamento seja o artigo 31 da Lei 8.212/91. Como se disse, se a empreitada é integral, como o foi nos contratos para a construção das dezenas de escolas, o artigo que regula a obrigação tributária do contratante é o artigo 30, VI. Somente quando a empreitada é parcial, que o artigo 31 da Lei 8.212/91 incidirá. Enfim, o que interessa saber é o tipo de empreitada, se integral, aplica-se o artigo 30, VI; mas, se parcial ela for, será o artigo 31.

Assim, o fato da retenção estar mencionada no inciso VI do art.30 não autoriza a fiscalização previdenciária fundamentar o lançamento fiscal no art.31 da Lei 8.212/91, como o fez, conforme consta do “FLD -Fundamentos Legais do Débito” (**Anexo V**).

O Tribunal Regional Federal da Segunda Região enfrentou a questão no seguinte julgado:

EMENTA

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - RETENÇÃO PELA TOMADORA DE SERVIÇOS DE 11% DO VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA - ARTIGO 31 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.711/98 - INAPLICABILIDADE NAS HIPÓTESES DE CONTRATO DE EMPREITADA GLOBAL - ART. 30, VI, DA LEI Nº 8.212/91 - ART. 220 E PARÁGRAFOS DO DECRETO Nº 3.048/99 - SUPRESSÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CONTRATANTE - INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS Nº 80/02.

I - O negócio jurídico celebrado na modalidade de empreitada por preço global

não se restringe a uma mera prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, implicando, em verdade, responsabilidade direta e total do contratado pela execução da obra (art. 220, § 1º, do Decreto nº 3.048/99), razão pela qual, neste caso específico, há de ser afastada a aplicação da sistemática de recolhimento de contribuições previdenciárias nos moldes do art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98, ou seja, retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

II - Nos casos de empreitada por preço global, o valor bruto da nota fiscal ou fatura não apresenta intrínseca relação com a retribuição pecuniária dos empregados da empresa contratada, dissociando-se, assim, da base de cálculo da exação previdenciária, na medida em que nele estão embutidos valores inerentes ao projeto, à administração e ao material e equipamento adquiridos para execução do empreendimento.

III - Ilegalidade do inciso III do § 3º do art. 220 do Decreto nº 3.048/99, bem como do art. 35 da Instrução Normativa INSS nº 80/02, que, com o fito de estabelecer regra de supressão de responsabilidade solidária, desbordaram de sua função meramente regulamentadora, promovendo, por via transversa, a subsunção das empresas contratadas sob a modalidade de empreitada global à sistemática de retenção de tributo implementada pelo art. 31 da Lei nº 8.212/91.

IV - Recurso desprovido. Remessa oficial parcialmente provida (negrito não consta do original).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, à unanimidade, negar provimento ao recurso e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, constante dos autos, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 11 de maio de 2004 (data de julgamento).”

III - SUPERVENIÊNCIA DE NORMA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO QUANDO CONTRATANTE DE OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL

Para a situação tratada no lançamento sob lentes, a Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/05, atualmente em vigor, sofreu uma recente alteração, dada por outra Instrução (IN MPS SRP nº 20/07), esta fruto do Parecer nº AGU/MS 08/2006 (**Anexo VI**).

Aquele Parecer, porque aprovado pelo Presidente da República, tornou-se obrigatório e vinculante para toda a Administração Pública. Ele faz uma distinção bem clara entre as hipóteses de incidência da **responsabilidade solidária**, inserta no artigo 30 da Lei 8.212/91, e de incidência **da retenção**, disposta no artigo 31 da mesma lei, no caso de cessão de mão-de-obra, conforme sua ementa:

“IV - Atualmente, a Administração Pública não responde, nem solidariamente, pelas obrigações para com a Seguridade Social devidas pelo construtor ou subempreiteira contratados para a realização de obras de construção, reforma ou acréscimo, qualquer que seja a forma de

contratação, desde que não envolvam a cessão de mão-de-obra, ou seja, desde que a empresa construtora assuma a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente (Lei 8.212/91, art. 30, VI e Decreto nº 3.048/99, art. 220, §1º c/c Lei nº 8.666/93, art. 71).

V - Desde 1º.02.1999 (Lei 9.711/98, art.29), a Administração Pública contratante de serviços de construção civil executados mediante cessão de mão-de-obra deve reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nova fiscal ou fatura, em nome da empresa contratada, cedente da mão-de-obra (Lei nº 8.212/91, art. 31).”

Por tais motivos, foi suprimida da legislação a solidariedade dos órgãos públicos, inclusive os dispensando de efetuar a retenção dos 11%. A ilação é extraída do seguinte conjunto de artigos da IN nº 03/05, com redação modificada, *in verbis*:

“Art. 176. Não se aplica o instituto da retenção:

II - à empreitada total, conforme definida na alínea “a” do inciso XXVIII do caput e no § 1º, ambas do art. 413, aplicando-se, nesse caso, o instituto da solidariedade, conforme disposições previstas na Seção III do Capítulo X deste Título, observado o disposto no art. 191 e no inciso IV do § 2º do art. 178; (Nova redação dada pela IN MPS SRP nº 20, de 11/01/2007).

“Art. 178. (omissis)

§ 2º. Excluem-se da responsabilidade solidária:

...

IV - a partir de 21 de novembro de 1986, as contribuições sociais previdenciárias decorrentes da contratação, qualquer que seja a forma, de execução de obra de construção civil, reforma ou acréscimo, efetuadas por órgão público da administração direta, por autarquia e por fundação de direito público (incluído pela IN MPS SRP nº 20, de 11/01/2007)”

Especificamente em relação à Administração Pública, para não subsistir dúvidas de que não está obrigada a reter os 11%, foi suprimida do artigo 191, da mencionada Instrução, a expressão “ainda que pessoa jurídica da Administração Pública”, que fazia parte da sua redação original, *in verbis*:

“Art. 191. A contratante de empreitada total, *ainda que pessoa jurídica da Administração Pública*, poderá elidir-se da responsabilidade solidária mediante a retenção de onze por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços contra ela emitido pela contratada, a comprovação do recolhimento do valor retido, na forma prevista no Capítulo IX do Título II, e a apresentação da documentação comprobatória do gerenciamento dos riscos ocupacionais, na forma prevista no art. 381, observado o disposto no art. 172.” (redação original)

Portanto, desde a publicação da IN MPS/SRP nº 20, de 11.01.07, a Administração Pública não é mais responsável solidária pelas contribuições previdenciárias das construtoras que contrata. Também, em função daquela IN, não há mais, sequer, a previsão de opção pela retenção, tal qual existia na redação anterior do artigo 191 da IN 03/05.

Recentes decisões das Delegacias de

Julgamento da Receita Federal vêm aplicando os dispositivos alterados e a nova inteligência deles decorrentes aos procedimentos fiscais cujos lançamentos envolvem a matéria presente. Em todos eles, os acórdãos foram pela improcedência dos lançamentos. **(Anexo VII)**.

Enfim, a mudança na legislação, acabando com a solidariedade na construção civil, quando o contratante da obra é ente público, produz efeitos no presente lançamento, constituindo em causa extintiva superveniente.

DO PEDIDO

À vista do exposto, pede o Autor a procedência do pedido, para desfazer o lançamento número 35.885.953-0, produzido com vício na sua formação e/ou atingido por causa extintiva superveniente. Como pedido subsidiário, sejam acolhidas as causas modificativas do lançamento, condenando-se a Ré nas despesas processuais e honorários de advogado.

Requer a citação da União-requerida.

Provará o alegado por todos os meios em direito

admitidos.

Dá à causa o valor de R\$ 971.491,97.

Nesses termos
pede e espera deferimento

Manaus(AM), 27 de maio de 2008.

LUCIANA GUIMARÃES PINHEIRO VIEIRA
Procuradora do Estado

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO
DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

Processo nº 001.08.231342-4

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela Procuradoria Geral do Estado, inscrita no CNPJ sob nº 04.312.369/0011-62, situada no endereço constante do rodapé, por sua Procuradora, infra-assinada, na conformidade do artigo 132 da Constituição Federal combinado com o artigo 12-I, do CPC, nos autos da **AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS** movida por **EDISON PEREIRA DE SOUZA e ALMERINDA PIRES DE SOUZA**, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência apresentar **CONTESTAÇÃO**, fazendo-o pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

1. DA SÍNTESE FÁTICA

Versam os presentes autos sobre pedido de anulação de ato jurídico consubstanciado na matrícula nº 36578-4º CRI, referente ao imóvel situado na Rua Coronel Ferreira de Araújo, s/nº, Bairro de Petrópolis, de propriedade do Estado do Amazonas, sob a alegação de nulidade, pois que a área não configura terra devoluta e pertence aos Autores, conforme matrícula nº 27796-1º CRI.

Sustentam os Autores que a arrecadação é nula, diante da propriedade e posse dos Autores, e o Estado não poderia ter invadido o imóvel, razão por que requerem a tutela antecipada e a reintegração de posse *initio litis*, bem como a condenação do Estado ao pagamento de danos morais sugeridos em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

2. PRELIMINARMENTE

2.1 - DA INÉPCIA DA INICIAL

A petição inicial, indubitavelmente, esbarra no teor do artigo 295-I e seu parágrafo único, inciso IV, do CPC, que rezam:

“Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

(...)

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

(...)

¹ IV - contiver pedidos incompatíveis entre si”.

Na hipótese em apreço, verifica-se a total incompatibilidade dos pedidos, uma vez que os Autores pretendem a declaração de nulidade de ato jurídico, a reintegração de posse e a condenação do Estado por danos morais, e ainda requerem tutela antecipada, pedidos

¹ Tutela Cautelar, Rio de Janeiro: Aice, 1992, p. 66.

absolutamente incompatíveis, eis que exigem procedimentos e processos próprios.

Com efeito, não há previsão legal para cumular o pedido declaratório e condenatório com outro de natureza possessória.

A respeito, esclarece HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que a cumulação de pedidos pressupõe homogeneidade da tutela jurisdicional, isto é, todos devem ser cognitivos ou todos cautelares ou todos executivos, diante da evidente incompatibilidade de ritos, “porque cada processo tem campo, natureza, fundamentos, critérios e objetivos próprios, que não toleram a abordagem e solução simultâneas”.

Assim é que o § 1º do artigo 292 do CPC permite a cumulação de pedidos, desde que atendidos os seguintes requisitos:

- a) compatibilidade;
- b) competência do juízo;
- c) adequação do procedimento.

In casu, flagrante é a incompatibilidade dos pedidos de natureza declaratória e condenatória e natureza possessória, eis que cada um deles deve seguir com rito e processo próprios, sendo inadmissível frente ao nosso ordenamento jurídico.

Assim sendo, Excelência, é juridicamente impossível a cumulação pretendida, porque são pleitos diferentes, cujos ritos são inconciliáveis, sendo inaplicável o § 2º do artigo 292, do CPC, e prejudicando até o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Indubitavelmente, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa restaram prejudicados com a indevida cumulação de ações que requerem processos e procedimentos diferentes, não só diante da impossibilidade de imprimir ao processo reintegratório o rito

²Alexandre de Paula, Código de Processo Civil Anotado, vol. 2, 7ª. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1445.

ordinário, como diante da diversidade de pedidos, eis que o objeto da ação declaratória é diverso do objeto da ação de reintegração de posse.

Para espantar de vez qualquer dúvida porventura existente, confira-se o entendimento jurisprudencial:

3

“É inadmissível, no mesmo processo, pedidos de conteúdo declaratório e condenatório com pedido cautelar, para os quais não há possibilidade de se adotar o mesmo rito” (Ac. un. da 2ª T. do STJ de 05.10.1994, no REsp 50.217-9-DF, rel. Min. José de Jesus Filho; RSTJ 68/38). “A jurisprudência dominante e a doutrina não admitem a cumulação de ações cautelar e principal, sob a regra do art. 292, § 1º, III, do CPC, descabendo, neste caso, a cobertura do § 2º do mesmo artigo” (Ac. un. da 3ª T. do STJ de 27.08.96, no REsp 48.175-MG, rel. Min. Menezes Direito; RSTJ 89/205) .

“Não se confundindo processo de conhecimento, de execução e ⁴cautelar, não se admite cumulação entre eles num único procedimento, eis que autônomos, com ritos próprios e lides específicas. O processo cautelar, acessório e provisório, não pode ser promovido dentro do de conhecimento, pois tem fases e características completamente diferentes.

No pedido de mérito decide-se do direito, enquanto no cautelar garante-se a eficácia da futura sentença a ser prolatada no processo

³ Ibidem, p. 1446.

⁴ Ibidem, p. 1449.

principal” (Ac. un. da 3ª Câm. do TJSC de 16.11.1993, no Ag 8.146, rel. Des. Amaro e Silva; Jurisp. Cat. 72/430) .

“O instituto da cumulação de ações, que no sistema processual vigente dispensa a ocorrência de conexão, funda-se no princípio da economia e tem o indisfarçável propósito de impedir a proliferação de processos. Inadmite-se a cumulação simples se há incompatibilidade da via procedimental a ensejar tumulto e desordem na realização dos atos” (Ac. unân. da 4ª T. do STJ de 14.05.90, no Resp. 2.267-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Julgs. do TA-RS, vol. 75, p. 248; DJ de 04.06.90; Rev. STJ, vol. 11, p. 398; Adcoas, 1990, nº 128.686).

De fato, irremediavelmente prejudicada está a cumulação pretendida na exordial, em vista do não preenchimento do requisito de admissibilidade de adequação do mesmo tipo de procedimento, eis que a natureza da ação de reintegração de posse reclama, por necessidade intrínseca, rito próprio, manifestamente incompatível com o procedimento ordinário.

Em sendo assim, a cumulação pretendida pelos Autores é absolutamente impossível juridicamente, sendo inepta a petição inicial, impondo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Isto posto e considerando que a inépcia da inicial pode ser reconhecida após a contestação, espera seja acolhida a preliminar argüida, para o fim de julgar extinto o

⁵ Alexandre de Paula, Código de Processo Civil Anotado, vol. 2, 7ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1445.

⁶ Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, 29ª Ed., Colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa, nota 7 ao art. 295, p. 286.

⁷ Da cognição no processo civil, 2ª Ed., Campinas: Bookseller, 2000. P. 71.

processo sem julgamento do mérito, com fulcro nos artigos 267-I, 295-I e parágrafo único, inciso IV, do CPC, condenando-se os Autores aos ônus sucumbenciais.

2.2 - DA CARÊNCIA DE AÇÃO QUANTO À REINTEGRAÇÃO DE POSSE POR ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

O julgador, ao apreciar determinada lide, defronta-se, segundo o magistério de Kazuo Watanabe, com três ordens de questões que lhe chamam a exercer sua atividade cognitiva: as questões processuais, as condições da ação e o mérito da causa.

As condições da ação são, segundo lição de Rodrigo da Cunha Lima Freire, “requisitos de admissibilidade para o exame de mérito”, de sorte que a ausência, “*in statu assertiones*”, de qualquer delas enseja a extinção do processo sem a resolução do “*meritum causae*” (Cód. Proc. Civil, art. 267, inc. VI).

Dentre as condições da ação, insere-se a legitimidade passiva “*ad causam*”. No dizer de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, diante do teor do art. 6.º do CPC, “somente tem legitimidade para a causa, na qualidade de autor, aquele que se diz titular do direito material, **podendo ser réu apenas aquele que, no plano do direito material, tem a obrigação correspondente ao direito material afirmado na petição inicial.**” (sem grifos no original).

Os Autores alegam que o imóvel foi invadido por obras de terraplanagem. Sucede que o Estado não tem qualquer obra no local, como não restou demonstrado o efetivo apossamento do Estado.

No Bairro de Petrópolis, a Superintendência Estadual de Habitação-SUHAB promove ação de

⁸ Condições da ação, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 70.

⁹ Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

desapropriação contra herdeiros e sucessores de Geraldo Mateus Barbosa de Amorim (processo nº 001.07.364327-1), em curso perante a Terceira Vara da Fazenda Pública, em fase de citação por edital.

Pode-se constatar, desde logo, que o Estado do Amazonas e a SUHAB (autarquia) são pessoas jurídicas distintas.

Sobre o tema, relevante é o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello (in Curso de Direito Administrativo, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 148):

“Sendo como são, pessoas jurídicas, as autarquias gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas, como ao diante melhor se esclarece. Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos, negócios próprios, seus recursos, não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônio próprios, de tal sorte que desfrutam de “autonomia financeira”, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativa e financeira necessariamente são de suas próprias alçadas, logo, descentralizadas.

Sempre se entendeu, pois, como é natural, que as autarquias, por serem pessoas, embora infra-estatais, são centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado.

Na mesma linha, e pelos mesmos fundamentos, doutrina e jurisprudência sempre consideraram, outrossim, que quaisquer pleitos administrativos ou judiciais, decorrentes de atos que lhe fossem imputáveis, perante elas mesmas ou contra elas teriam de ser propostos e não contra o Estado.

Disto se segue igualmente que perante terceiros as autarquias são responsáveis pelos próprios comportamentos. A responsabilidade do Estado em relação a eles é apenas subsidiária.”

Da supra lição, conclui-se que o ente Estado do Amazonas não se confunde com a entidade autarquia SUHAB, porquanto ambos são entes dotados de personalidade jurídica, titulares de direitos e deveres, bem como possuem vontade própria, autonomia administrativa e financeira.

Isto posto, o Estado do Amazonas é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente demanda.

Neste diapasão, deverá ser extinta a presente relação processual sem julgamento de seu mérito, nos termos do artigo 267-VI, do CPC, providência que, desde logo, se requer, com a condenação do Autor aos ônus sucumbenciais.

2.3 - DA CARÊNCIA DE AÇÃO PELA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Dentre as condições da ação - requisitos para a constituição e desenvolvimento válido e regular da pretensão à tutela jurisdicional - encontra-se, ao lado da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido, isto é, que o pedido possua referibilidade legal.

Assentadas essas premissas, insta observar que a presente demanda traz em seu bojo a formulação de pedido juridicamente impossível, assim entendido aquele que, analisado em tese, não encontra amparo legal no direito positivo.

¹⁰ Nulidade do processo e da sentença, 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 43.

Os Autores ora requerem a antecipação de tutela, que não guarda relação com o pedido, ora requerem a concessão de liminar.

Segundo o magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier, a possibilidade jurídica do pedido, enquanto condição da ação, quer significar que “a pretensão há de ser albergada pelo sistema, seja explícita, seja implicitamente. Parece, realmente, que, pelo menos no que tange à esfera do direito privado, o fato de a pretensão, para ser 'juridicamente possível', necessitar de agasalho do sistema jurídico, ainda que só implícito, faz com que seja '*possível todo pedido não expressamente vedado por lei*, ou de acordo com a posição que se adotou, também *todo 'pedido' lastreado em 'causa petendi' não proscria pelo sistema*”.

Não encontra qualquer fundamento jurídico o pleito dos Autores, *no referente ao pedido de liminar*, posto que a Lei n.º 8.437/92 obsta, por força do art. 1.º, § 3.º, a concessão de medida cautelar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da demanda. São estes os termos da lei:

“Art. 1.º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

(...)

§ 3.º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”.

Portanto, Nobre Julgador, não se pode desconsiderar o fato de que a pretensão dos Autores esgotará totalmente o objeto da ação. Em suma: trata-se de inegável hipótese de liminar satisfativa, satisfatividade esta que é vedada pelo já mencionado art. 1º, § 3º, da Lei Federal nº 8.437/92 (*“Não será cabível medida liminar que esgote,*

no todo ou em parte, o objeto da ação.”), não havendo, portanto, o que se falar em resguardo da eficácia e utilidade do processo principal, o que, em última análise, consubstancia violação ao art. 796 do Código de Processo Civil, razão pela qual não é juridicamente possível a liminar anteriormente requerida.

Dessarte, outra não pode ser a conclusão, senão pela impossibilidade jurídica do pedido, diante de expressa vedação legal, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, sob pena de negar-se vigência aos arts. 796 do CPC, e 1º, § 3º, da Lei n.º 8.437/92.

Por outro lado, aponta a melhor doutrina e majoritária jurisprudência dos tribunais pátrios que o bem público é insusceptível de apossamento pelo particular, no sentido do *Digesto* privado, sendo que a permanência daquele no imóvel, por mera tolerância do Poder Público, não cria direito possessório a ser defendido através dos interditos (*possa ad interdicta*), implicando o fato da ocupação exercida na outorga do direito de preferência na aquisição onerosa do bem à Administração, em havendo interesse e destinação pública tendentes à realização dessa transferência.

Pois bem, assim sendo, tem-se decidido, com base em autorizada doutrina, que, ante o regime peculiar dos bens públicos, não há possibilidade jurídica dos interditos manejados por particulares, visando proteção a suposta posse particular em terras públicas. Neste diapasão é a seguinte ementa:

“AÇÃO POSSESSÓRIA - BEM PÚBLICO DOMINICAL - PEDIDO DE PROTEÇÃO POSSESSÓRIA FEITO POR PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

- Não configurando posse o poder físico exercido por particular sobre bem pertencente ao domínio público, patente é a impossibilidade jurídica do

pedido de proteção possessória deduzido por ocupante de imóvel público. A posse do poder público sobre imóveis de sua propriedade é exercida de forma permanente, como emanção de sua autoridade, independente de efetiva ocupação ou exploração do mesmo. (...)” (TJ-DF Ac. unân. da 1ª T. Cív., publ. em 7.6.96, Ap. 36.213/95, Rel. Des. Jeronymo de Souza, in ADV COAD, Bol. 05, 1997).

Assim, espera pelo reconhecimento da carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido, por expressa vedação legal, devendo-se, com a devida vênia, ser determinado, nos termos do art. 301, X, CPC, a extinção do feito sem julgamento do mérito, em conformidade com o art. 267, VI, CPC.

3. DO MÉRITO

Ad argumentandum tantum, ultrapassadas as preliminares argüidas, melhor sorte não têm os Autores, devendo ser julgado improcedente o pedido.

3.1 - DA IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DE POSSE

Na hipótese de o processo alcançar julgamento *in meritum causae*, o que se considera apenas para argumentar, o Estado do Amazonas protesta desde já pelo inexorável decreto de improcedência do pedido, à consideração da manifesta falta de arrimo jurídico para a pretensão externada.

Bens públicos, em sentido amplo, de acordo com HELY LOPES MEIRELLES, “são todas as coisas, corpóreas

¹¹ Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 30. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo et. Alii. São Paulo: malheiros, 2005, p. 501.

ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais” .

Como se não bastasse a verdadeira impossibilidade jurídica do pedido formulado, de manutenção de posse sobre terras públicas, cabe considerar, por oportuno, que o objeto em causa não está sujeito ao apossamento pelo particular.

É cediço e inquestionável que a liminar, em ação possessória, deve preencher dois requisitos, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, os quais não restaram demonstrados, já que os Autores não fizeram prova do apossamento pelo Estado.

Assim sendo, a pretensão dos Autores não encontra guarida no ordenamento jurídico, ante a ausência de demonstração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, impondo-se a extinção do processo, uma vez que não restaram caracterizados os pressupostos ensejadores da concessão da liminar, o que se requer, com a condenação dos Autores aos ônus sucumbenciais.

3.2 - DA PROPRIEDADE DO ESTADO DO AMAZONAS

É de se registrar que o registro imobiliário da propriedade do Estado Amazonas (matrícula nº 36578-4º CRI) foi obtido com o aval da Procuradoria Geral do Município, conforme ofício nº 391/2007-GPG/PGM.

O mapa de situação em anexo demonstra o seguinte:

a) a matrícula 36578-4º CRI, do Estado do Amazonas, está inserida na matrícula 32222-4º CRI, do Município de Manaus;

b) a matrícula n.º 32222-4º CRI, referente ao patrimônio do Município, apresenta sobreposição integral com o TD de Raimundo Agostinho Nery, de 25/04/1896, e sobreposição parcial com o TD de João Batista da Mata, de

27/01/1896, com o TD de Raimundo Afonso de Carvalho, de 02/02/1895, e com o TD de Geraldo Matheus Barbosa de Amorim, de 18/02/1895, e ainda com a área das Leis Estaduais nº 182, de 09/12/1953 (reservou terrenos do Estado para a construção de casas populares), nº 41, de 06/07/1954 (reservou uma faixa de terras do Estado para ampliação da cidade de Manaus - Bairro de Petrópolis), e nº 95, de 26/08/1954 (incorporou uma faixa de terras ao Sanatório Adriano Jorge);

c) o TD de Geraldo Matheus Barbosa de Amorim, de 18/02/1895, foi adquirido por Sócrates Bonfim, e uma parte desmembrada, por doação (escritura lavrada no 2º Tabelionato de Notas, livro 737, fls. 189v.), ao Estado do Amazonas, para a construção do Quartel da Polícia Militar, área esta inserida na matrícula 32222-4º CRI, do Município de Manaus;

d) a área do Decreto Municipal nº 159, de 28/01/1934 (descreve o todo maior da área incorporada ao Município com base no Ato Interventorial) incide parcialmente na matrícula nº 32.222 do 4º CRI (Município) e nos TDs de Raimundo Agostinho Nery, João Batista da Mata, Geraldo Matheus B. de Amorim e Raimundo Afonso de Carvalho, bem como nas áreas das Leis Estaduais nº 95/1954 (Adriano Jorge), nº 41/1954 (ampliação da cidade), no imóvel “Catuoca”, de propriedade do Estado do Amazonas (matrícula nº 7.637) e nas Quadras do Loteamento “Jardim Petrópolis”.

O Município de Manaus, em singela exposição de motivos apresentada ao Cartório de Registro de Imóveis do Quarto Ofício, assim historia a incorporação do Bairro de Petrópolis ao patrimônio municipal:

“1) O Ato Interventorial nº 530, de 12/05/1931, incorporou ao Patrimônio Municipal extensa área da cidade que compreendia vários bairros de Manaus, incluindo aí uma parte do bairro hoje conhecido como Petrópolis.

- 2) O Ato Interventorial 1278, de 25 de janeiro de 1932 anulou o Ato Interventorial nº 530.
- 3) Posteriormente o Ato Interventorial nº 2156 revogou o Ato Interventorial nº 1278 e reincorporou ao Município a referida área, incluindo aí uma parte do bairro hoje conhecido como Petrópolis;
- 4) O Decreto nº 159, de 28 de abril de 1934, descreve o todo da área incorporado ao Patrimônio Municipal.
- 5) A Lei nº 41, de 06 de julho de 1954 incorporou mais uma área ao todo incorporado pelo Ato 2156. Esta incorporação referiu-se basicamente a parte do hoje bairro de Petrópolis que ainda não havia sido incorporado ao Patrimônio Municipal.
- 6) Com a incorporação da Lei nº 41, de 06 de julho de 1954, a parte do bairro hoje conhecido como Petrópolis passou a integrar o Patrimônio Municipal.”

Da leitura dos Atos Interventoriais 530, 1278 e 2156, verifica-se que não há qualquer delimitação de área. O memorial descritivo da parte do Bairro de Petrópolis foi elaborado pela Prefeitura com base no Decreto nº 159, de 28/04/1934, que assim dispôs:

“Considerando que essas terras ficam situadas no Município de Manaus, limitando-se ao Norte, por uma linha de 2.930 metros partindo da ponte do Mindú até as terras dos herdeiros de Manoel de Matos; a Leste por uma linha de 3.282 metros, partindo das terras de Manoel Matos, atravessando à Av. Codajás indo terminar na margem direita do Igarapé da Cachoeirinha; ao Sul por uma linha de 3375 metros, partindo da margem direta do Igarapé da Cachoeirinha ao

lugar denominado Matinha (margem esquerda do Igarapé da Cachoeira Grande); e a Oeste com a margem esquerda do Igarapé da Cachoeira Grande, trecho compreendido entre o lugar denominado Matinha e a ponte do Mindú.”

O memorial descritivo da complementação do Bairro de São Francisco e Petrópolis foi elaborado pela Prefeitura com base na Lei nº 41, de 06/07/1954, que reservou para ampliação da cidade, na zona denominada Petrópolis do Bairro de São Francisco, a área de terra do Estado situada a Leste do Sanatório Adriano Jorge e das terras patrimoniais onde a Sociedade Beneficente dos amigos do Bairro de São Francisco beneficiou com abertura de ruas, com as seguintes características:

“Ao Norte e Leste, com o terreno cedido pelo Estado à Prudência Capitalização e pelo Igarapé do Frade, por três linhas respectivamente de 650,220 e 520 metros; ao Sul com o terreno reservado para a construção de casas populares, conforme a Lei nº 182, de 9 de dezembro de 1953, por linhas de 200 e 300 metros respectivamente; e a Oeste, com o terreno do Sanatório Adriano Jorge e terras patrimoniais, por linha de 1.000 metros.

Perímetro: 3.390 metros

Área: 503.450 metros quadrados”.

O Decreto Municipal nº 159/1934, de fato, faz menção aos Atos Interventoriais 530 e 2156, os quais reincorporaram ao patrimônio estadual e depois transferiram ao Município de Manaus as terras.

A Lei Estadual nº 41/1954, todavia, em nenhum momento, faz referência aos mencionados atos, assim como não transfere ao Município de Manaus o imóvel nela especificado, apenas reserva a área para ampliação da cidade, no Bairro de São Francisco. É de se observar que o

inciso IV do artigo 3º estabeleceu condições para que os lotes fossem concedidos definitivamente pelo Estado, o que não deixa dúvida quanto à propriedade do imóvel. A alínea c do artigo 3º também é clara ao afirmar que, em relação aos lotes especiais, se não cumprida a obrigação assumida, caducar a concessão ou não for renovado o prazo, o terreno reverterá ao Estado.

A Lei Estadual nº 95/1954, por sua vez, incorporou uma área ao terreno do Sanatório Adriano Jorge, cuja área havia sido doada pelo Município de Manaus ao Estado do Amazonas pela Lei nº 41, de 08/07/1948.

A Lei Estadual nº 182, de 09/12/1953, declarou de utilidade pública um terreno do Estado situado à margem esquerda do Igarapé da Cachoeirinha.

12

De tudo quanto foi exposto, a conclusão inarredável é que incidem sobre a área duas arrecadações, uma do Município e uma do Estado, realizada com o consentimento do Município, que deve ser chamado para integrar a lide, com fulcro no artigo 46-IV do CPC, em virtude da configuração da afinidade de questões por um ponto comum, qual seja: a propriedade.

3.3 DA INEXISTÊNCIA DO DANO MORAL

Cumpre salientar que o fato vivenciado pelos Autores não é suficiente para que disso decorra a existência de um dano moral indenizável, isto porque o dano moral, segundo René Savatier , é o sofrimento humano que não decorre de uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e ¹³tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições

¹² CF. Stoco, Rui. *Ob. Cit.*, p. 523.

¹³ Responsabilidade Civil do Estado, Editor Borsoi, p. 343.

etc.

Na hipótese presente, conquanto se possa aferir, *prima facie*, o desconforto da situação, não se pode dizer que, em razão disso, restou configurado um dano moral indenizável, pois para que tal ocorresse fazia-se necessária uma relevante violação a um direito da personalidade, com repercussões negativas em sua honra subjetiva.

Essência da responsabilidade civil é a certeza do dano, sua efetiva existência e caracterização. A ausência de um dano concreto e objetivo conduz à impossibilidade da reparação. Não se indeniza o chamado *dano remoto ou hipotético*, assim como também não tem conseqüências jurídicas a simples expectativa de direito. Na lição de AMARO CAVALCANTI :

“O objeto da lesão deve ser um direito individual, na verdadeira significação desse vocábulo; um simples interesse, ou, mesmo, o chamado direito em expectativa, embora realmente prejudicado por atos da administração pública, não pode constituir o objeto em questão.”¹⁴

Sobre o tema, Yussef Said Cahali traz em sua obra *Dano Moral* a definição de danos morais, segundo WILSON MELO DA SILVA, na página 2 de sua obra “O dano moral e sua reparação”, aqui transcrito: “Seu elemento característico é a dor, tomando o termo em seu sentido mais amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos quanto os morais propriamente ditos.”

Conclui afirmando que danos morais seriam os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal.

Lembra, ainda, o mesmo autor que, na

¹⁴ Aguiar Dias, *in Responsabilidade Civil*

caracterização do dano moral, segundo Minozzi (citado por Aguiar Dias), “Não é o dinheiro, nem a coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado”.

ORLANDO GOMES, por sua vez, preleciona:

“Ocorrem as duas hipóteses. Assim, o atentado ao direito, à honra e boa fama de alguém pode determinar prejuízo na órbita patrimonial do ofendido ou causar apenas sofrimento exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há conseqüência de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extra-patrimonial” .

Ora, os autores alegam dano moral expondo tão somente aborrecimentos, sem, em momento algum, demonstrar de que forma foi-lhes causada dor tamanha que pudesse dar ensejo ao pedido de indenização por danos morais.

Não basta para a caracterização do dano a conduta do agente responsável pela omissão, pois o que se repara é o resultado danoso e não a atividade do responsável que tenha sido somente a causa eficiente daquela.

O assunto tem sido cogitado para questionar a tese que vê no dano moral um ataque, lesão ou menoscabo a interesses não patrimoniais do lesado. Assim como o dano patrimonial se aprecia no resultado desvalioso, no prejuízo efetivamente sofrido (dano emergente e lucro cessante), o

¹⁵ Orlando Gomes Obrigações, cit., n. 195, p. 332.

dano moral deve ser apreciado também por seu resultado, que no dizer de ZAVALA DE GONZÁLEZ (“El concepto de daño moral”, JA, supl. De 6/2/85, nº V) são as “consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales” do fato.

Desse modo, assim como o dano patrimonial provém da lesão a um interesse econômico, mas não é essa lesão em si mesma, senão suas consequências, que se ressarce, o dano moral, por seu turno, provém da lesão a um interesse, mas não consiste nesse ataque, lesão ou menoscabo, mas somente no prejuízo consequente, ou seja, na modificação desvaliosa do espírito que tenha provocado na vítima.

Nesse sentido, é a jurisprudência dominante, inclusive do Superior Tribunal de Justiça:

“Indenização - Responsabilidade Civil - Dano Moral - Hipótese de absoluta falta de provas do prejuízo sofrido - Verba indevida - Recurso provido para esse fim.

É de se excluir a indenização por danos morais, por absoluta falta de provas do prejuízo sofrido.

(...)

Se o autor entende que o dano moral desaparece com uma paga em dinheiro - aliás, na nossa opinião, este não tem preço e jamais pode ser resgatado - cumpre demonstrar no que consiste, fixando-lhe limites, permitindo, inclusive, ao Juiz estabelecer um *quantum* satisfatório à parte e exequível ao mesmo tempo; caso contrário poder-se-ia requerer qualquer soma, por mais absurda que fosse, o que, evidentemente, refoge aos princípios mais elementares da justiça e do direito.” (RJTJESP lex nº 110, pág. 169/170).

“Não basta que o autor mostre seja o fato de que se queixa de produzir dano. Em síntese que seja de natureza prejudicial **é mister a prova**

somente do dano.” (RT 454/219, RT 177/265).

“A base ou fundamento do direito à reparação de perdas e danos não é a potencialidade da lesão, e sim o efetivo e concreto prejuízo da vítima.” (TJMG Ap. C. 60.478 11.11.82)

Clara é a inexistência de dano moral, posto que os autores sequer tentaram demonstrá-lo, limitando-se a alegá-lo como espécie de dano, para lograr indenização.

Com efeito, não podem ser caracterizados como dano moral estados de espírito incertos e variáveis em cada caso, pois cada pessoa reage a seu modo.

Na avaliação do dano moral, cabe ao julgador sopesar os argumentos das partes e as situações caracterizadoras de constrangimento moral em relação ao homem comum, evitando que se transforme o ressarcimento em indústria de enriquecimento ilícito da vítima.

Por isso, tem total cabimento a aplicação do princípio da lógica do razoável:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano Moral. Configuração. Princípio da Lógica do Razoável. Na tormentosa questão de saber o que configura o dano moral, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da sensibilidade ético-social normal. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca em igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade

exacerbada.

Destarte, estão fora da órbita do dano moral aquelas situações que, não obstante desagradáveis, são necessárias ao regular exercício de certas atividades, como a revista de passageiros nos aeroportos, o exame das malas e bagagens na alfândega, ou a inspeção pessoal de empregados que trabalham em setor de valores.

Desprovimento do recurso.”

Apelação Cível nº 8.218/95-RJ-2ª Câmara.

José de Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*, 6ª ed., vol. 2, p. 10) esclarece que o objetivo da reparação por danos morais é restabelecer o *status quo*, pois o lesado não deve ficar nem mais pobre, nem mais rico do que estaria sem o ato danoso.

Portanto, o ressarcimento do dano moral deve afastar indenizações generosas, bem como desestimular perspectiva de se obter vantagem fácil e desmerecida, com o fim de obtenção de lucro com o suposto evento danoso.

Em sendo assim, o Réu Estado do Amazonas impugna o valor estimado pelos Autores, por considerá-lo abusivo e irreal.

3.4 - DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

MM. Juiz, não cabe antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, diante da expressa vedação contida no art. 1.º da Lei n.º 9.494/97. Não bastasse isso, o deferimento implicaria o esgotamento total do objeto da ação, o que também é expressamente proibido pela art. 1.º, § 3.º, da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992.

Além do mais, *ad argumentandum tantum*, ainda que fosse possível a antecipação dos efeitos da tutela, os Autores não lograram demonstrar os requisitos para a concessão da medida, quais sejam, prova inequívoca do

direito e verossimilhança das alegações, além do fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação, como exige o art. 273 do Código de Processo Civil.

Assim, pelo exposto, deve ser indeferido o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela.

4. DO PEDIDO

Ex positis, demonstrada a fragilidade das alegações dos Autores, espera seja acolhida uma das preliminares argüidas, para o fim de extinguir o processo sem julgamento do mérito, condenando-se os Autores aos ônus sucumbenciais.

Ultrapassadas as preliminares, espera seja julgado totalmente improcedente o pedido, condenando-se os Autores aos ônus sucumbenciais.

Requer, por fim, com fulcro no artigo 46-IV do CPC, a citação do Município de Manaus, na pessoa do Sr. Procurador-Geral do Município, na sede da PGM, situada na Av. Brasil, nº 2971, Compensa I.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sem exclusão de nenhum, notadamente depoimento pessoal das partes, oitiva de testemunhas e perícia, o que se requer, desde logo.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Manaus/AM, 07 de novembro de 2008.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA

Procuradora do Estado
OAB/AM nº 2334

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO
DA 8ª VARA CÍVEL E DE ACIDENTES DO TRABALHO DE
MANAUS.**

**DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA.
AÇÃO DE USUCAPIÃO 001.03.062216-7
Requerente: ENCOTEL ENGENHARIA E COMÉCIO
LTDA**

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela Procuradoria Geral do Estado, situada na Rua Emílio Moreira, nº 1308 Praça 14 de Janeiro, onde receberá as intimações, representado pelo Procurador do Estado que a esta subscreve, em conformidade com os artigos 132 da CF e 12, I do CPC, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, com arrimo nas disposições constantes nos artigos 56 e seguintes do CPC, intervir na **Ação de Usucapião** movida

por **ENCOTEL ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA** contra **SILVINO LOPES G. DE MELLO**, por intermédio da presente **OPOSIÇÃO**, em razão dos fatos e fundamentos a seguir expostos:

1 - RESUMO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO

Encotel Engenharia e Comércio Ltda move ação de usucapião contra **Silvino Lopes G. de Mello**, tendo como objeto o imóvel situado nesta Cidade de Manaus na **Rua do Nacional, Bairro do Aleixo, com área de 2.547,70 m²**, conforme descrito no item 2 da petição inicial e croqui de fls. 06.

Ultimadas as medidas necessárias para averiguação da situação fática do imóvel, a SPF - Secretaria de Estado de Política Fundiária, detentora da memória fundiária do Estado, procedeu à vistoria da área e concluiu que **parte** do bem objeto da ação, **cerca de 210,95 m²**, encontra-se em área não matriculada de jurisdição do Estado do Amazonas.

2 - DA ADMISSIBILIDADE DA OPOSIÇÃO

De se frisar primeiramente a inteira admissibilidade da presente intervenção. Neste talante, observe-se a subsunção da *fattispecie* à norma constante no artigo 56 do Código de Processo Civil, segundo a qual cabe a oposição, enquanto intervenção de terceiros, quando pretendida, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu.

O Estado do Amazonas, ora opoente, pretende o bem imóvel disputado pelos Opostos na referida ação de usucapião. Pretende-o arrimado **no domínio**.

Assentado isso, e antes de expender as razões de mérito da presente Oposição, insta deduzir as seguintes

preliminares de ordem pública, cuja inobservância implica na completa ineficácia da presente relação processual.

3 - DAS PRELIMINARES

3.1 - Da incompetência absoluta

A competência - legalmente fixada e conceituada como o limite de jurisdição dado a cada juízo - possui seus parâmetros definidos segundo critérios que envolvem a natureza da pretensão, qualidade das partes, complexidade da matéria, dentre outros. Com efeito, o Estado não tem foro privilegiado, mas tem juízo privativo, por isso, a competência das varas especializadas da fazenda pública estadual é absoluta.

Inobstante a ação de usucapião seja proposta - via de regra - no foro onde se encontra situado o bem (art. 95, CPC), nas Comarcas que possuam varas especializadas da Fazenda Pública Estadual (como é o caso de Manaus), caberá a elas o processamento e julgamento da ação de usucapião, sempre que ingressar no feito a Fazenda Pública.

Assim, face aos fatos narrados, notadamente pela condenação sofrida pelo Estado no processo mencionado e tendo em vista a presente intervenção, resta patente qualificar-se a presente causa como de interesse do Estado do Amazonas.

Com espeque no artigo 152, I, alínea a, da Lei de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Amazonas (Lei Complementar n.º 17 de 23.01.97), afigura-se a incompetência absoluta *ratione materiae* deste Juízo para processar e conhecer o feito, acorde com o artigo 113 do CPC.

Dessa arte, requer a V. Ex^a declare a incompetência deste Juízo, ordenando a redistribuição da presente Oposição, bem como da respectiva Ação de Usucapião, a uma das Varas da Fazenda Pública Estadual

para prosseguimento.

3.2 - Da carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido

Dentre as condições da ação - requisitos para a constituição e desenvolvimento válido e regular da pretensão à tutela jurisdicional - encontra-se, ao lado da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido, i.é, que o pedido possua referência legal.

A ação de usucapião de terras particulares possui adequabilidade jurídica (art. 941/945, CPC), contudo, o mesmo não ocorre em relação à ação usucapião de terras públicas, a qual sofre, inclusive, vedação consubstanciada em dispositivo expresso de nossa *Lex Fundamentalis* (art. 183, § 3º, e art. 191, parágrafo único).

Aponta a melhor doutrina e majoritária jurisprudência dos tribunais pátrios que o bem público é insusceptível de apossamento pelo particular, no sentido do *Digesto* privado, sendo que a permanência daquele no imóvel, por mera tolerância do Poder Público, não cria direito possessório a ser defendido através dos interditos (*possa ad interdicta*), implicando o fato da ocupação exercida na outorga do direito de preferência na aquisição onerosa do bem à Administração, em havendo interesse e destinação pública tendentes à realização dessa transferência.

Pois bem, assim sendo, tem-se decidido, com base em autorizada doutrina, que, ante o regime peculiar dos bens públicos, não há possibilidade jurídica dos interditos manejados por particulares, visando proteção a suposta posse particular em terras públicas. Neste diapasão é a seguinte ementa:

“AÇÃO POSSESSÓRIA - BEM PÚBLICO DOMINICAL - PEDIDO DE PROTEÇÃO POSSESSÓRIA FEITO POR PARTICULAR.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

- Não configurando posse o poder físico exercido por particular sobre bem pertencente ao domínio público, patente é a impossibilidade jurídica do pedido de proteção possessória deduzido por ocupante de imóvel público. A posse do poder público sobre imóveis de sua propriedade é exercida de forma permanente, como emanção de sua autoridade, independente de efetiva ocupação ou exploração do mesmo. (...)” (TJ-DF Ac. unân. da 1ª T. Cív., publ. em 7.6.96, Ap. 36.213/95, Rel. Des. Jeronymo de Souza, in ADV COAD, Bol. 05, 1997).

Conseqüentemente, requer o Estado do Amazonas, comprovada a natureza pública da área usucapienda, o reconhecimento da carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido de usucapião (art. 301, X, CPC), extinguindo-se o feito sem julgamento do mérito (art. 267, IV, CPC).

3.3 - DAS INÉPCIAS DA INICIAL

A petição inicial, como instrumento hábil para invocação da tutela jurisdicional, deve obedecer a certos requisitos e formas - todos de índole legal - necessários para a válida e regular composição do litígio.

Em conseqüência, impende observar que a exordial da ação de usucapião, além de formulada com a observância dos requisitos do art. 282/CPC, deve obediência a outros pressupostos que são específicos à natureza especial da pretensão aquisitiva.

Assim, a inicial de usucapião também deverá conter:

a) Certidões negativas da existência de ação possessória que tenha por objeto o bem usucapiendo, em

razão da vedação contida no art. 923 do CPC.

b) Comprovação de que o imóvel está transcrito no Cartório de Registro de Imóveis em nome do Réu.

Ocorre que, os supracitados documentos não foram juntados ao presente feito, o que fulmina a pretensão do Autor, por falta dos documentos indispensáveis, em flagrante desobediência ao disposto no artigo 283 do CPC.

3.3.1 - DA INÉPCIA DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO POSSESSÓRIA

Da análise do presente feito, verifica-se que a inicial veio desacompanhada de outro documento que lhe é essencial, a saber, a Certidão Negativa da Existência de Ação Possessória que tenha por objeto o imóvel usucapiendo.

De fato, preceitua o art. 923 do CPC:

Art. 923. Na pendência de processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio. (sem grifos no original).

De idêntico modo é a Jurisprudência:

“Pendente ação possessória sobre o imóvel, será inadmissível ação de usucapião, por aplicação literal do art. 923.” (RJTJESP 62/230)

No mesmo sentido: RT 490/67, 617/176 *et alii*.

Logo, para o Autor pleitear a aquisição da propriedade mediante usucapião, deverá, na inicial, comprovar mediante certidão negativa, a inexistência de ação possessória relativa à área usucapienda. Entender a questão de outra forma corresponderia a violar disposição expressa da legislação processual civil (art. 923, CPC).

Assim, nos termos do artigo 295-VI c/c arts.284 e 283, todos do CPC, requer seja declarada a inépcia da inicial, extinguindo-se o feito sem julgamento meritório (art.267-I, CPC).

4 - DO MÉRITO

Na hipótese de o processo alcançar julgamento *in meritum causae*, o que se considera apenas para argumentar, o Estado do Amazonas protesta desde já pelo inexorável decreto de improcedência do pedido, à consideração da manifesta falta de arrimo jurídico para a pretensão externada.

Ora, o Autor anseia obter, por meio da Ação de Usucapião, a declaração de aquisição do domínio, por prescrição aquisitiva, de terreno que, a bem da verdade, **constitui, em parte, propriedade do Estado do Amazonas**, por força da sentença condenatória sofrida no processo mencionado, em grau de recurso, bem como sobre área ocupada, por longa data, pelo Estado do Amazonas, conforme se verificou pela vistoria.

Como se não bastasse a verdadeira impossibilidade jurídica do pedido formulado, de usucapião sobre terras públicas, cabe considerar, por oportuno, que o objeto em causa não está sujeito à prescrição aquisitiva, *ex vi* do art. 183, § 3º e 191, parágrafo único, da Constituição da República, que dispõem:

“Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

Ressalta-se, ainda, a vedação que decorre do teor da Súmula 340 do STF, que concebe os bens públicos como indisponíveis.

O interesse do Opoente na presente causa, conforme já mencionado supra, reside no fato de que o

imóvel disputado entre os particulares-opostos consubstancia terras públicas pertencentes ao Estado do Amazonas.

Dessa feita, o Oponente, enquanto legítimo proprietário do imóvel, tem garantido o exercício do direito constitucional de propriedade (artigo 5º XXII) que confere para si o uso, gozo e disposição do bem em relação direta e de forma irrestrita, em detrimento e com prevalência sobre qualquer situação jurídica de outrem incidente sobre a coisa. Daí, como emanção do exercício dessas faculdades integrantes do direito de propriedade, exsurge por igual a posse do Poder Público sobre o imóvel.

Sem embargo, “o domínio patrimonial do Estado sobre seus bens é direito de propriedade, mas¹ direito de propriedade pública sujeita a um regime administrativo especial. A esse regime se subordinam todos os bens das pessoas administrativas, assim considerados bens públicos, e, como tais, regidos pelo direito público, embora supletivamente se lhes apliquem algumas regras da propriedade privada. Mas advirta-se que as normas civis não regem o domínio público; suprem, apenas, as omissões das leis administrativas” (Tratado de Usucapião, Benedito Silvério Ribeiro, vol. I)

Assim é que os artigos 98 a 103 do Código Civil proclamam a natureza ímpar do regime jurídico dos bens públicos, concebendo-os indisponíveis, inalienáveis e fora do comércio.

Enfrentando a exegese desses dispositivos, Pontes de Miranda, servindo-se de construções jurisprudenciais do Excelso Pretório, pontifica a respeito da propriedade e posse dos bens públicos:

¹ Correspondente aos artigos 99, 100 e 102 do atual Código Civil.

“Todos os bens públicos (art. 66,I-III) são hoje, inalienáveis e inusucapíveis. Contra quem alega tê-los adquirido, basta que a entidade de direito público alegue e prove ser bem público. (...) Todos os bens públicos somente podem ser alienados se a lei o permite e segundo ela o permita (Supremo Tribunal Federal, 20 de Abril de 1993, R. dos T., 106, 820: “são insuscetíveis de apropriação, de sorte que a sua posse entenda-se a posse dos bens de uso comum ou de uso especial e a posse própria dos dominicais 'não pode ser adquirida por particulares', 1^a Turma, 17 de Junho de 1943, R. de DA, I, 163, RF 96, 51, 4 de Janeiro de 1945, R, de DA, IV, 203, 16 de Janeiro de 1947, 113, 392, 19 de Junho de 1950, 132, 120, 19 de Agosto de 1946, RF, 109, 104, 21 de Setembro de 1943, R. de DA, I, 159, 17 de Maio de 1946, AJ. 93, 19, 13 de Setembro de 1949, RF, 131, 415, todos incluindo os bens dominicais).” (grifos não constantes do original Tratado de Direito Privado, vol. 12).

No mesmo diapasão manifesta-se Clóvis Beviláqua, *in* Direito das Coisas, Forense, p. 42:

“A posse das coisas públicas, se comuns, cabe simultaneamente, ao povo, que as desfruta, e ao poder público federal, estadual ou municipal, que as administra. Das coisas públicas de uso especial e dominical, cabe a posse ao poder que as administra e a que pertencem”.

Na esteira dessa lição, é de se rejeitar a aplicação do instituto da posse, tal como disposto na seara do direito privado, ao regime a que se sujeitam os bens

públicos. Ao aplicador da lei cabe ter em mente essa diferença de regime jurídico, afastando uma série de equívocos que trazem tumulto à prestação da tutela jurisdicional e transtornos às relações jurídicas da sociedade.

Segundo as regras de direito público, a iniciar pela Lei nº 601, de 1850 (1ª Lei de Terras), sempre se concebeu o fato da ocupação de terras públicas como sendo uma situação jurídica precária, cujo único efeito era o de proporcionar ao ocupante, também denominado de posseiro, o direito de preferência de aquisição do imóvel ocupado ao Poder Público, desde que mantivesse cultura efetiva acompanhada de moradia habitual assim como houvesse interesse da Administração em alienar o bem. Não discrepa desse entendimento a lição de Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol. 12, p. 443:

“Posseiro é conceito de direito público, que corresponde a 'posse', no sentido publicístico; ao passo que a 'posse', no sentido privatístico, corresponde a possuidor. O conceito de possuidor *possessor*, é romano e alargou-se na teoria hodierna da posse, com os conceitos de posse mediata e posse imediata. O conceito de posseiro alude a bens públicos sobre os quais se pode obter título de propriedade, por negócio jurídico entre o Estado e o posseiro. A posse, no sentido publicístico, é elemento fático da aquisição do direito de propriedade por ato negocial do Estado. Não se confunde com a posse, no sentido privatístico, ementa do suporte fático da aquisição do direito de propriedade pela usucapião.”

A esse respeito, no Direito Positivo, o Decreto-Lei nº 9.760, de 05 de Setembro de 1946, é de uma clareza

irrefragável ao estabelecer, em seu art. 132, que, no caso de ocupação de bem imóvel público federal, “a União poderá, em qualquer tempo que necessitar do terreno, imitir-se na posse do mesmo, promovendo sumariamente a sua desocupação (...)”.

Ora, se o Estado pode, *manu militari*, recuperar bem público, não é lícito ao particular reter esse bem em nome de uma “ocupação” advinda da tolerância do Estado. O interesse do particular não pode ir de encontro ao interesse público, segundo a principiologia regente ao direito público.

Razão pela qual não se concebe pretensa posse *ad interdicta* do Autor da ação de usucapião oponível ao Estado do Amazonas, ora Opoente, pois não se forma a “posse civil” em bens públicos, continuando o bem, ainda que ocupado por terceiros, sob posse e propriedade pública, sujeita, portanto a regime jurídico administrativo próprio, em face da intangibilidade do bem público, constitucionalmente assegurada.

Ad argumentandum, ainda que se admitisse a possibilidade jurídica da posse privada sobre bens públicos, tem-se como caracterizada, cristalinamente, que a posse exercida pelo Autor é injusta (art. 1200 do CC) e ilícita (art. 20 da Lei nº 4.947, de 06/04/66) e, assim sendo, incapaz, igualmente, de gerar a aquisição da propriedade.

Assim, demonstrada juridicamente a legitimidade da posse e propriedade do Opoente sobre o bem objeto da demanda, interessa mencionar que o Estado do Amazonas, enquanto titular do direito de propriedade imobiliária, tem o dever de exercê-lo em consonância e obediência às disposições legais que prevêm a destinação dessa propriedade, de forma a atender as finalidades públicas firmadas na Carta Política e que, em última análise, coincidem com a promoção do bem comum e a manutenção da paz social.

5 - DO PEDIDO

Ante o exposto, nos termos dos artigos 59 e seguintes do Código de Processo Civil, requer se digne Vossa Excelência:

a) determinar a distribuição por dependência e o apensamento da presente oposição aos autos da ação de Usucapião nº **001.03.062216-7**;

b) declarar a incompetência deste r. Juízo, determinando a redistribuição da presente Oposição, bem como da respectiva Ação de Usucapião, a uma das varas da Fazenda Pública Estadual.

c) determinar a citação dos opostos, na pessoa dos seus respectivos advogados, para, querendo, contestar o pedido, no prazo comum de quinze dias;

d) julgar procedente a presente Oposição, mediante a declaração da posse e propriedade do Estado do Amazonas sobre o bem objeto da causa, com a condenação do autor da ação de usucapião nos ônus sucumbenciais.

Para a prova do alegado, requer o depoimento pessoal das partes, sob pena de confissão, inquirição de testemunhas, cujo rol apresentará oportunamente, juntada de documentos, inspeção judicial e perícia técnica.

Dá-se a causa o valor de R\$ 1.000,00 (Mil reais), para os efeitos fiscais.

Nestes Termos
Pede Deferimento.

Manaus, 23 de dezembro de 2008.

EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS
Procurador do Estado

**Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator do
Agravo de Instrumento - Processo nº 2007.002780-1,
em trâmite na Colenda 1ª Câmara Cível do Egrégio
Tribunal de Justiça do Amazonas.**

**Processo nº 2007.002780-1
AGRAVANTE: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO
AMAZONAS
AGRAVADA: REZENDE IMPORTAÇÃO LTDA**

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio de seu Procurador infra-assinado, vem, mui respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos autos do Processo em epígrafe, com espeque no §1º do Art. 557 do CPC, acrescentado pela Lei nº 9.756/98, interpor, tempestivamente, **AGRAVO INTERNO** contra os termos da r. decisão monocrática proferida por Vossa Excelência, que negou provimento ao AGRADO DE INSTRUMENTO interposto contra decisão interlocutória do Juízo da 2ª Vara da Dívida Ativa Estadual que antecipou os efeitos da tutela pleiteada nos autos da AÇÃO ORDINÁRIA (Processo nº 001.06.052489-9) proposta por **REZENDE IMPORTAÇÃO LTDA**, já qualificada nos autos, requerendo, assim, pois, seja reformada tal decisão, em juízo de retratação, ou, submetida à apreciação do Colegiado, em face das razões de fato e de direito expostas a seguir.

Termos em que pede deferimento.

Manaus, 12 de março de 2008.

MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO

Procurador do Estado OAB/AM n. 4.011

Razões de AGRADO INTERNO que ora apresenta a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS, nos autos do AGRADO DE INSTRUMENTO Processo nº 2007.002780-1.

Colenda Câmara,
Cultos Julgadores,

I - DA TEMPESTIVIDADE DA MEDIDA

Cumpre-se, antes de adentrar nas razões do recurso, demonstrar a tempestividade do mesmo. Para tanto, toma-se por base a data da intimação da r. decisão agravada, que se deu por meio de publicação em diário oficial ocorrida **no dia 29/02/2008 (uma sexta-feira)**.

Iniciado, pois, no dia útil seguinte (03/03/2008 - segunda-feira) a contagem do prazo de 10 (dez) dias (artigo 557, §1º, c/c artigo 188, ambos do CPC) para interposição do presente recurso, tem-se como termo final para apresentação deste Agravo Interno o dia **12/03/2008**.

Logo, diante da data do protocolo do presente recurso, tem-se demonstrada a sua **TEMPESTIVIDADE**.

II - DA DECISÃO RECORRIDA

Trata-se de r. decisão monocrática do i. Desembargador Relator do recurso de Agravo de Instrumento interposto pela Fazenda Pública do Estado do Amazonas contra a decisão interlocutória do MM. Juízo da 2ª Vara da Dívida Ativa Estadual, que deferiu liminar antecipando os efeitos da tutela pleiteada em ação ordinária movida pela empresa REZENDE IMPORTAÇÃO LTDA.

Entendeu o i. Relator que o Agravo de Instrumento da Fazenda Pública estaria em total confronto com jurisprudência uniforme do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual concluiu, de forma monocrática, no seguinte sentido:

“Por todo o exposto, não me parece haver, na concessão da liminar hostilizada (fls. 122/125), violação aos artigos 155, II e §3º, 146, III, da CF/88 e a LC nº 87/96, bem como lei estadual.

Com tais considerações, chamo o processo à ordem para desprover o recurso nos termos

do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, mantendo incólume a decisão agravada em todos os seus termos.”(fls. 236).

III - DAS RAZÕES DO AGRAVO

1. QUESTÃO PRELIMINAR: Da Nulidade da Decisão Agravada:

Antes de se procurar demonstrar que a aludida conclusão do i. Relator, quanto ao mérito, merece ser reformada, é imperioso o prévio destaque acerca da absoluta nulidade formal do ato decisório ora agravado, conforme se depreende das razões a seguir aduzidas.

Após intimada da conclusão do julgado monocrático ora agravado, por meio de publicação somente da parte dispositiva da decisão, a Fazenda Pública teve acesso aos autos quando então verificou que a decisão que nega provimento ao seu recurso de agravo de instrumento é absolutamente nula por não estar completa nos autos.

Observa-se que entre as folhas 232-233 dos autos, falta pelo menos uma página inteira do conteúdo da decisão, aparentemente relativa a uma parte significativa da fundamentação do julgado, prejudicando o entendimento da Fazenda Pública, sobretudo quanto à identificação de quais matérias em discussão foram assim consideradas pelo julgador como de entendimento uniforme no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e que, portanto, justificariam o julgamento monocrático nos termos autorizados pelo artigo 557 do CPC.

Sabe-se que reiterados são os julgados a considerar inexistente ou inepta a petição ou recurso processual apócrifo ou de conteúdo incompleto, por naturalmente dificultar a análise do Juízo quanto à lógica da conclusão ou pedido a partir de uma narração incompleta ou ilegítima dos fatos e fundamentos, o que se encontra, inclusive, positivado nos termos do inciso II do parágrafo

único do artigo 295 do CPC.

Logicamente, deve-se manter essa mesma linha de entendimento, *mutatis mutandi*, quando se tratar de falha ou incompletude de ato processual a cargo do próprio órgão jurisdicional, como no caso das decisões, pois, da mesma forma, trazem prejuízo à parte interessada no que diz respeito ao exercício pleno e eficaz de seu direito de defesa.

Naturalmente a lógica dessa inferência é pacificamente observada pela jurisprudência, como se pode verificar dos arestos abaixo em destaque:

**PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO
SENTENÇA INCOMPLETA - NULIDADE.**

I - Não constando dos autos a decisão recorrida, em sua íntegra, mas apenas em sua parte dispositiva, deverá ser declarada nula, para que outra seja proferida, contendo todos os requisitos indispensáveis à devida apreciação por este Tribunal.

II - Remessa necessária provida. (TRF 2ª R. - 2ª Turma - REO 189637, Rel. Juiz Castro Aguiar, d.u. 07/06/2000, DJ: 04/07/2000).

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE INVALIDADE DA SENTENÇA, QUE, APRESENTADA EM XEROCÓPIA, ESTÁ INCOMPLETA, FALTANDO-LHE PARTE DO DISPOSITIVO. ANULAÇÃO DA DECISÃO. (TRF 2ª R. - 2ª T. - AC 9102166917, Rel. Juiz D'Andrea Ferreira, d.u. 01/04/1992, DJ: 14/05/1992).

Ainda que esse não fosse o entendimento, não se pode deixar de considerar o fato notório de que a decisão ora agravada, pela falha apresentada, resente de uma fundamentação completa e adequada, o que, nos termos da

própria Constituição Federal, no inciso IX do seu artigo 93, infirma a nulidade objetiva do ato, pois o seu comando estabelece que:

“Art. 93.

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”;

E seguindo a ordem constitucional, a lei (Código de Processo Civil) faz o seu papel a exigir que:

“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:
I - o relatório, que conterà o nome das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”.

“Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

Portanto, por qualquer prisma que se tente

observar a questão da incompletude do ato decisório, outra não pode ser a conclusão se não a de sua total nulidade, a reclamar a cassação dos efeitos do julgado ora agravado.

É preciso deixar também bem claro que, na hipótese sob exame, sequer seria possível cogitar de ato sanável ou convalidável pelo Juízo, nos termos autorizados pelo artigo 244 do CPC para os casos de vício formal do ato sem cominação legal de nulidade, haja vista que é a própria Constituição Federal, como acima se expôs, quem EXPRESSAMENTE COMINA DE NULIDADE O ATO DECISÓRIO QUE SE RESSENTE DE FUNDAMENTAÇÃO.

2. QUESTÕES DE FUNDO:

Ainda que não se estivesse diante de decisão nula, na forma como acima se apresentou, o que se admite apenas para argumentar, o fato é que incorreta está a conclusão do julgador monocrático de que o Agravo de Instrumento do Estado estaria em confronto com jurisprudência uniforme do E. STJ, ou que, por tal motivo, no caso específico sob exame, haveria motivação suficiente para o desprovimento do recurso nos termos do artigo 557 do CPC.

2.1. Da inexistência de jurisprudência uniforme no âmbito do E. STJ:

A aplicação da autorização legal a que alude o artigo 557 do CPC para a monocrática negativa de seguimento de recurso por Relator somente se dá quando de fato os fundamentos do recurso confrontam súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores ou do próprio Tribunal a que se encontra vinculado o relator.

Todavia, não é o caso dos autos, pois, no que se refere ao Egrégio Tribunal local, o Relator faz menção a uma única decisão de mérito e que se refere a uma parte do tema

tratado no recurso sob exame e também na qual ele mesmo era o Relator, não configurando a hipótese de jurisprudência dominante a que se refere o comando legal acima aludido.

Quanto ao entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, de fato há vários posicionamentos TURMÁRIOS que, também sobre parte do tema tratado no recurso, contrapõem-se à tese meritória assumida no recurso da Fazenda Pública.

Todavia, não é pela existência dessas decisões turmárias que se pode confirmar a ocorrência de jurisprudência uniforme no âmbito do E. STJ, como assim afirmou o Relator do recurso da Fazenda Pública.

Como bem demonstrado pela agravante nos autos, a questão de mérito sob exame, que envolve a verificação da legitimidade da pessoa jurídica agravada para questionar a cobrança de ICMS sobre a parcela do contrato de fornecimento de energia elétrica referente à demanda reservada de potência, assim como a de pleitear a restituição de eventual indébito declarado referente a essa parcela do tributo cobrada, além da própria procedência do questionamento sobre tal exação, é tema que ainda não se encontra uniformemente definido no âmbito da jurisprudência do STJ, haja vista que há posicionamentos que favorecem a tese da Fazenda Pública, como o contido no Voto-Vista do Min. João Otávio de Noronha, proferido no Recurso Especial nº 586.120/MG, com cópia nestes autos, às fls. 189-195.

Ademais, vale ressaltar que esse mencionado Recurso Especial, *ab initio* distribuído à análise da Segunda Turma daquela Corte Superior, foi, por requisição do próprio Ministro Relator João Otávio de Noronha, que, como visto, apresentou entendimento em consonância com a tese da Fazenda Pública, remetido à apreciação da 1ª Seção daquele Superior Tribunal, órgão jurisdicional fracionário da Corte responsável por erigir uniformização de jurisprudência. Tal remessa se deu com base no que estabelece o artigo 14, inciso II, do Regimento daquele

Tribunal Superior, *verbis*:

“Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes:

I - omissis

II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção”;

Pela própria motivação da remessa do citado Recurso Especial à análise de um órgão jurisdicional mais especializado já se torna claro o fato de não se tratar o assunto em voga de tema pacífico na jurisprudência do STJ, haja vista que tal encaminhamento também se justifica para o fim de prevenir ou evitar divergência de posicionamentos entre as Turmas daquela Corte Superior.

Ademais, além da própria remessa do RESP à análise do órgão especial confirmar essa idéia, destaca-se ainda o fato de que o referido recurso, muito embora ainda não concluído o seu julgamento, já foi levado à apreciação do Colegiado Especial em algumas oportunidades, recebendo manifestações e votos de parte dos ministros integrantes daquela Seção, com posicionamentos em ambos os sentidos, seja em favor da tese do consumidor, seja em benefício dos argumentos da Fazenda Pública; tudo isso a evidenciar não haver realmente uniformidade da jurisprudência da Corte; porquanto não havendo autorização para negativa de seguimento do agravo da Fazenda Pública na forma como feita pelo Relator.

2.2. Da ventilação de matéria constitucional:

Ainda que se desconsiderasse a demonstração acima de que não há jurisprudência dominante ou uniforme tanto no E. Tribunal local quanto no C. STJ em desfavor da

tese recursal da Fazenda Pública, o que se admite apenas para argumentar, não deve ser esquecido o fato de que a **exigência tributária**, contra a qual a pessoa jurídica agravada se insurgiu e o Estado agravante procura defender sua legitimidade, **tem**, sobretudo, antes mesmo de qualquer previsão na legislação tributária estadual e nacional, **base constitucional**.

Bem demonstrou o Estado, tanto em sede de contestação junto ao Juízo originário (peça juntada às fls. 99-115 dos autos), quanto na sua peça recursal, que o fisco empreendia a exigência tributária questionada com fundamento na mais correta interpretação e aplicação da hipótese prevista constitucionalmente para a incidência do ICMS, especificamente nas disposições do artigo 155, inciso II, da CF/88, onde se estabelece que o ICMS tem sua incidência prevista sobre as operações relativas à circulação de mercadorias, não sendo correto identificar a possibilidade de incidência do tributo somente quando se tratar de efetiva circulação física dessas mercadorias ou bens.

Destaca-se que o próprio Relator, na conclusão de sua r. decisão, confirma o fato de que o assunto sob exame envolve, sobretudo, a apreciação de temas de ordem constitucional, quando afirma que:

“Por todo o exposto, não me parece haver, na concessão da liminar hostilizada (fls. 122/125), violação aos artigos 155, II e §3º, 146, III, da CF/88 e a LC nº 87/96, bem como lei estadual.” (fls. 236).

Não obstante isso, o i. Relator do feito resolveu, mais do que negar seguimento, negar provimento ao recurso da Fazenda Pública baseando-se somente no entendimento, que ele afirma ser uniforme, acerca da matéria relacionada a essa exigência tributária, encontrado apenas no âmbito de alguns julgados turmários do E. Superior Tribunal de Justiça, tendo, inclusive, feito citação

em sua decisão monocrática de alguns arestos tratando da matéria; sendo todos da lavra somente dessa aludida Corte Superior.

Todavia, como é sabido, ainda que se admita que o entendimento contido na sentença recorrida seja jurisprudência dominante no âmbito do E. STJ, o que ainda é questionável, como acima já se demonstrou, deve-se ter em conta, como ponto mais relevante, o fato de que, em se tratando de matéria constitucional, o que se deve tomar como parâmetro uniformizador da jurisprudência, não é a posição dos Tribunais Superiores em geral, mas sim o entendimento dominante do C. Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, o fato de não ter sido a jurisprudência dominante da Excelsa Corte Suprema sobre matéria de índole eminentemente constitucional, mas sim o entendimento assim considerado (dominante) contido em arestos do E. STJ, o fator motivador da negativa de provimento ao Agravo de Instrumento da Fazenda Pública, expresso na r. decisão monocrática do i. Relator do feito; revela-se aí mais um argumento autônomo capaz de infirmar a reforma da r. decisão recorrida, de modo a permitir o devido processamento, assim como a regular apreciação, por esse zeloso Colegiado, das razões de Agravo do Estado.

2.3. Da existência de outro fundamento do recurso de Agravo, além do que foi considerado em confronto com jurisprudência uniforme do STJ, a informar a possibilidade de seguimento e apreciação regular do Recurso do Estado:

Ainda que as razões acima debatidas não fossem por elas próprias suficientes a comandar a reforma da r. decisão monocrática ora agravada, deve-se levar em consideração que o Agravo de Instrumento interposto pela Fazenda Pública visava atacar a decisão liminar antecipatória de tutela do Juízo da 2ª Vara da Dívida Ativa Estadual, não somente questionando a plausibilidade do

direito alegado pela parte agravada e que foi acolhido pelo Juízo, mas também destacando a inexistência de outros fundamentos e requisitos próprios da espécie da decisão hostilizada.

Como visto, a decisão interlocutória originalmente recorrida, pela via do Agravo de Instrumento, seria aquela relativa à antecipação dos efeitos da tutela pleiteada pela pessoa jurídica agravada em ação ordinária por ela movida contra o Estado do Amazonas. E como se sabe, a decisão antecipatória dos efeitos da tutela é cabível somente quando observado pelo julgador a presença **cumulativa** dos diversos requisitos a que alude o artigo 273 e §§ do CPC, dentre os quais se pode destacar:

- a) existência de prova inequívoca;
- b) verossimilhança da alegação;
- c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;
- d) não houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Ao contrário do recurso que ataca uma decisão definitiva de mérito, como uma sentença, a análise de um agravo de instrumento contra, por exemplo, uma decisão interlocutória de antecipação de tutela, não visa o adiantamento da análise do mérito da ação principal, mas sim a apreciação do tema nos moldes da cognição sumária enfrentada pelo Juízo recorrido, a partir da análise dos requisitos e fundamentos autorizadores ou desautorizadores desse tipo de decisão precária.

Assim sendo, *data maxima venia*, não caberia ao Relator do agravo a negativa de seguimento ao recurso da Fazenda Pública pelo simples fato de considerar que o mérito do pleito originário da pessoa jurídica agravada, encontra amparo em jurisprudência dominante, simples inferência essa que seria própria da apreciação de recurso de uma decisão definitiva.

Considerar a plausibilidade do direito ou a verossimilhança das alegações do autor preenche apenas

um dos requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela, não sendo esse motivo suficiente, tanto para se conceder a liminar antecipatória, quanto também para, em juízo recursal, considerar improcedente agravo interposto contra tal espécie de decisão.

No agravo contra decisão antecipatória de tutela ou de negativa de antecipação de tutela, há que se examinar a regularidade ou não da decisão agravada a partir da verificação da existência ou não de cada um desses citados requisitos da espécie decisória recorrida.

No caso sob exame, ainda que se admita existir jurisprudência dominante sobre o mérito, o que se faz apenas para argumentar, a Fazenda Pública também demonstrou, em seu agravo, a carência de outros três requisitos da espécie decisória, justificando a necessidade de revogação do julgado, como:

a) a inexistência de prova inequívoca do fato em torno do qual a agravada reclamava o seu direito (a inexistência de prova do contrato de demanda reservada de potência);

b) a inexistência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (já que o Estado do Amazonas é reconhecidamente um ente plenamente solvente e há muito tempo já se encontrava a agravada, sem qualquer prejuízo à sua atividade, na situação de exigência de ICMS sobre seu contrato de demanda reservada de potência);

c) a existência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (considerando que, ao contrário da Fazenda Pública, a agravada não confere ao Estado a mesma garantia de solvabilidade da obrigação tributária com exigência suspensa, no caso de provimento final em favor do ente público; e mais o fato de que a atividade administrativa prejudicada hoje pela falta de recursos advindos da suspensão da exigência tributária não poderá ser reparada no futuro, ainda que se efetive mais a frente a cobrança da exação suspensa).

Sobre o prisma desses requisitos, que são próprios dessa espécie de cognição sumária do juízo em pedido de antecipação de tutela e que é transferido, por simetria, à análise do órgão recursal, não houve apreciação por parte do Relator, em seu juízo monocrático, o que revela a absoluta impropriedade de sua decisão, ora agravada, a qual, precipitadamente, nega provimento a um recurso, sem analisar detidamente cada um dos fundamentos autônomos de sua pretensão e sem permitir a mesma análise aos demais membros do órgão Colegiado de que faz parte, a quem é de fato dirigida a apreciação plena do recurso.

IV - DO PEDIDO

Em face do exposto, espera e requer a Fazenda Pública do Estado do Amazonas que essa C. Câmara julgadora, com fundamento no §1º do art. 557 do CPC, conheça deste **AGRAVO INTERNO** para, diante das razões acima expostas, **DAR-LHE PROVIMENTO**, anulando ou reformando a r. decisão monocrática recorrida do i. Desembargador Relator, permitindo, assim, o regular processamento do Agravo de Instrumento interposto pelo Estado do Amazonas, considerando a totalidade dos seus fundamentos e a espécie de decisão hostilizada, para, ao final, **DAR PROVIMENTO** também àquele recurso principal, revogando, pois, a decisão do i. juízo singular que antecipou os efeitos da tutela nos autos da ação ordinária movida pela agravada.

Termos em que pede deferimento.

Manaus, 12 de março de 2008.

MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO

Procurador do Estado

OAB/AM n. 4.011

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR
DESEMBARGADOR RELATOR DO AGRAVO DE
INSTRUMENTO N. 2008.004595-0**

Agravo de Instrumento nº **2008.004595-0 / 3.^a Câmara Cível**
Agravante: LG ELETRONICS DA AMAZÔNIA LTDA.
Agravada: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO
AMAZONAS

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio de seu Procurador infrafirmado, na forma do art. 132 da Constituição da República, comparece, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos do processo em epígrafe, para apresentar

CONTRAMINUTA A AGRAVO DE INSTRUMENTO

aduzindo as razões a seguir delineadas.

I - DA TEMPESTIVIDADE

O prazo para apresentação da presente manifestação é de 10 (dez) dias, nos termos do art. 527, V, do CPC.

A agravada tomou ciência inequívoca do agravo de instrumento em 17.10.2008, sexta-feira, data em que pediu a redistribuição do recurso, na forma regimental.

Portanto, o termo inicial do prazo inicia-se em 20.10.2008, segunda-feira, e o termo final encerra-se em 29.10.2008, quarta-feira.

Assim, considerando que a protocolização da presente manifestação se deu dentro do prazo, resta comprovada sua tempestividade.

II - DAS ALEGAÇÕES DA AGRAVANTE

Alega a agravante que interpôs o presente recurso contra a r. decisão interlocutória de fl. 243 dos autos da execução fiscal n. 001.07.364173-2, que, acolhendo requerimento da Fazenda Pública, determinou o prosseguimento da execução fiscal, mediante a expedição de ofício ao fiador da fiança bancária apresentada pela executada, ora agravante.

A r. decisão recorrida apresenta os seguintes

termos, *ad litteram*:

“Atuo em substituição ao Juiz titular desta 2.^a Vara da Dívida Ativa Estadual por força da Portaria n° 745/2008 - TJ/AM.

Fls. 231/235. Defiro.

Oficie-se como requerido.

O ofício deverá ser entregue, mediante recibo nos autos, à r. Procuradora do Estado do Amazonas, Ruth Ximenes Sabóia, que se encarregará de apresentá-lo ao fiador indicado na Carta de Fiança de fls. 163/178, acompanhado de cópias desta decisão, daquela em que nos Embargos decidiu-se por não conferir-lhes efeito suspensivo, da petição de fls. 231/235 e, também, da Carta de Fiança.

Intimem-se.

2

Cumpra-se.

Manaus, 15 de outubro de 2008.

Leoney Figliuolo Harraquian”

Para embasar sua pretensão de reforma da decisão, a agravante alega, em síntese, que ofereceu fiança bancária nos autos da execução fiscal n. 001.07.364173-2, requerendo expressamente a suspensão da execução fiscal, em razão da garantia do Juízo.

Após sucessivas decisões, proferidas em razão de embargos de declaração opostos por ambas as partes da execução, o MM. Juízo *a quo* registrou, nas palavras da agravante, que “a carta de fiança não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário”. Consignou, ainda, o D. Juízo recorrido que “com a garantia do juízo, dá-

¹ Excerto das razões do agravo de instrumento (fl. 06).

² Excerto das razões do agravo de instrumento (fl. 07).

³ Excerto das razões do agravo de instrumento (fl. 07).

se a suspensão dos atos de constrição do patrimônio na execução fiscal e a permissão para expedição de certidão positiva com efeito de negativa (...)."

Em razão da decisão acima mencionada, sustenta a agravante que o D. Juízo *a quo* manifestou-se pela "impossibilidade de constrição patrimonial no âmbito da presente Execução Fiscal antes do julgamento dos correlatos Embargos à Execução Fiscal".

Após a equivocada conclusão supramencionada (o equívoco será demonstrado oportunamente), esforçou-se a agravante para tentar ludibriar esse E. Tribunal, com uma argumentação que não condiz com a verdade, qual seja: a afirmação de que a Fazenda Pública teria agido na forma da interpretação da agravante.

É lamentável que, à vista da ausência de direito, a agravante proceda de forma a distorcer os fatos, tal como o fez neste agravo.

O certo é que, após isso tudo, a agravante continua a expor suas razões, afirmando que o prosseguimento da execução, uma vez garantido o juízo, violaria o art. 8.º da LEF, porque transformaria garantia em pagamento, "subvertendo o direito da Executada em 'discutir antes de pagar'".

Sustenta, também, que, nos termos do art. 19 da LEF, a garantia do juízo tem o condão de suspender a execução fiscal, sendo possível o prosseguimento da execução apenas se não opostos embargos à execução fiscal ou se estes forem rejeitados.

Por fim, afirma a agravante que o CPC não se aplica subsidiariamente à LEF, ante a previsão do art. 19 da LEF; e que a carta de fiança tem o mesmo efeito do depósito em dinheiro.

Com base em tais razões, requer a suspensão da

4 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. I. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 20078, p. 247.

execução fiscal, bem como dos atos de constrição já iniciados nos autos da execução.

III - DAS RAZÕES PARA MANUTENÇÃO DA R. DECISÃO RECORRIDA

1 - DA PRELIMINAR

DA PRECLUSÃO TEMPORAL

O sistema processual brasileiro não admite a discussão de questões já preclusas.

Segundo o Prof. Fredie Didier Jr., a “preclusão é definida como a perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda de poder processual das partes, seja a perda de um poder do juiz” .

Explica o mencionado doutrinador que, *in verbis*:

“O processo é uma marcha para frente, uma sucessão de atos jurídicos ordenados e destinados a alcançar um fim, que é a prestação da tutela jurisdicional. Trata-se de um método de solução de conflitos, que se vale de um conjunto de regras que ordenam a participação e o papel dos sujeitos do processo. A esse conjunto de regras, dá-se o nome de formalismo processual” .

Descendo-se às lindes do caso concreto, verifica-se que a pretensão recursal da agravante diz respeito à suspensão da execução fiscal, que adviria da garantia da execução.

Contudo, tal questão já foi objeto de decisão do MM. Juízo *a quo*, que, muito antes de proferir a decisão

⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. I. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 247.

⁶ Excerto das razões do agravo de instrumento (fl. 06).

agravada, indeferiu o pedido de suspensão da execução fiscal, na ocasião em que a agravante ofereceu a carta de fiança.

Cumpra registrar que a própria agravante reconhece a existência do aludido *decisum*, como se infere de suas próprias palavras, *in*

“Em atenção aos Embargos apresentados, houve manifestação desse juízo. Apesar de expor que a carta de fiança apresentada pela Embargante não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, entendeu o juízo *a quo* (...)” [Grifou-se].

Vale esclarecer alguns fatos, para que essa C. Corte não seja novamente induzida a erro.

A agravante, na ocasião em que ofereceu a carta de fiança, para a garantia da execução, requereu a suspensão da execução fiscal.

Após sucessivas decisões, proferidas em decorrência da oposição de embargos de declaração opostos por ambas as partes da execução fiscal, o D. Juízo *a quo* proferiu a seguinte decisão, *ad litteram*:

“A Executada opôs Embargos de Declaração onde apontou omissão da Decisão de fls. 191/192.

Ao final, requereu a procedência dos Embargos, para que fosse suprida a omissão e determinada a suspensão da presente execução fiscal.

É o relatório. Decido.

Os Embargos de Declaração, diz a lei, têm como objetivo aclarar pontos obscuros, contraditórios ou omissos que eventualmente estejam presentes na Decisão.

Com efeito, este Juízo foi omisso quanto à suspensão da Execução Fiscal, porém os argumentos declinados pela executada acerca

da pretensa suspensão não devem ser acolhidos pelos motivos que passo a declinar a seguir.

A carta de fiança oferecida pela executada com o fito de possibilitar a oposição de embargos à execução foi aceita; a partir de então o prazo para a oposição dos mencionados embargos já está fruindo.

A Executada, nestes embargos declaratórios, repete exaustivamente que a carta de fiança produz os mesmos efeitos da penhora. Isto é o "óbvio ululante", como diria Nelson Rodrigues, posto que a referida afirmação subsume-se do disposto no art. 9º, § 3º da LEF. **Não há que se discutir que no presente executivo já houve a garantia do juízo, entretanto, disto não decorre a suspensão do executivo fiscal.**

Leciona Araken de Assis:

'Na verdade o art. 9º, § 4º, teve em vista outra espécie de garantia - a fiança bancária -, comparando-a, para aquele efeito, ao depósito de dinheiro e à penhora nele convertida. Claro está que a fiança, a despeito de garantir a execução, não trava a fluência de juros e correção'. (ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 3. Ed. São Paulo: RT, 1996)

A Lei é taxativa no que se refere às hipóteses de suspensão da execução, como se verifica no art. 791 do CPC, vejamos:

'Art. 791. Suspende-se a execução:

I - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A)

II - nas hipóteses previstas no art. 265, I a III;

III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

Diz, ainda, o Código Tributário Nacional:
'Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

...

II - o depósito do seu montante integral'.

Com a garantia do juízo, dá-se a suspensão dos atos de constrição do patrimônio na execução fiscal e a permissão para a expedição de certidão positiva com efeito de negativa apenas em relação ao crédito fiscal oriundo das CDAs 0188/06, 0189/06, 0190/06 e 0191/06.

Portanto, os atos expropriatórios e as cobranças restam de fato suspensas até o decurso do prazo para a oposição de embargos, ou até o trânsito em julgado destes.

Ante o exposto, conheço dos Embargos, porque propostos em obediência ao disposto no art. 536 do Código de Processo Civil, e JULGO-OS PROCEDENTES para sanar a omissão apontada quanto a suspensão da execução fiscal, declarando, contudo, a contrário do requerido pela Embargante, que a carta de fiança não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito, a atualização monetária nem a execução fiscal.

Manaus, 24 de julho de 2008.

8

Marco Antonio Pinto da Costa
Juiz de Direito" [grifou-se] .

Perceba-se que a parte dispositiva da decisão interlocutória acima transcrita é muito bem clara ao registrar que a carta de fiança não tem o condão de suspender a

⁷ Decisão interlocutória constante das fls. 231/233 destes autos.

⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. I. 8ª. ed. Salvador: JusPodivum, 2007, p. 251.

⁹ Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.

execução fiscal.

Conforme se verifica na certidão em anexo (Doc. 01), contra tal decisão a agravante não interpôs qualquer recurso, motivo pelo qual o *decisum* estabilizou-se pela preclusão.

Trata-se, *in casu*, de preclusão temporal. A esse respeito, leciona o Prof. Fredie Didier Jr. o seguinte:

“A preclusão temporal consiste na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno; a perda do prazo é inércia que implica preclusão (art. 183, CPC).

Para a doutrina majoritária, é reconhecido como fenômeno decorrente do desrespeito pelas partes dos prazos próprios e preclusivos. Ocorre, por exemplo, quando a parte não oferece contestação ou recurso no prazo legal” .

Portanto, uma vez transcorrido o prazo para a apresentação do recurso contra a decisão que não suspendeu a execução fiscal, o direito de insurgir-se contra o *decisum* extinguiu-se, na forma preconizada pelo art. 183 do CPC .

Ademais, não bastasse o art. 183 do CPC, este Código ostenta dispositivo legal expresso, que proíbe a discussão de questão já decidida, que se estabilizou pela preclusão, a saber:

“Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”.

Forçoso reconhecer, portanto, que a pretensão recursal da agravante é natimorta, uma vez que a agravante deveria ter-se insurgido contra a r. decisão interlocutória de

¹⁰ Fls. 231/233 dos autos deste agravo de instrumento.

¹¹ Fl. 261 dos autos deste agravo de instrumento.

fls. 214/216 , e, não, contra a decisão de fl. 243 , tendo em vista que a intimação delas ocorreu, respectivamente, em 05.08.2008 e em 15.10.2008.

Isto posto, essa C. Corte sequer deve conhecer do presente agravo de instrumento, eis que não preenche os requisitos de admissibilidade.

2 - DO MÉRITO

2.1 - DA INEXISTÊNCIA DE QUALQUER CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

As causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário estão previstas no art. 151 do CTN, a saber:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - “a moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de¹² medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI o parcelamento.

O rol acima transcrito é taxativo, segundo prescreve o Código Tributário Nacional, *in verbis*

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação

¹² CORRÊA, Sérgio Feltrin *in* FREITAS, Vladimir Passos de. Código tributário nacional comentado. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 568.

tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário”;

Sobre o assunto, interessantes são os comentários do Prof. Sérgio Feltrin Corrêa, *ad litteram*:

“Ao intérprete, aqui, não se dá qualquer outra possibilidade, se não a de buscar o significado literal da legislação tributária que diga respeito à suspensão ou exclusão do crédito tributário, outorga de isenção ou dispensa do cumprimento de obrigações acessórias.

Essa rigidez, por certo, vincula-se à circunstância de o elenco versado ao longo dos três incisos dizer respeito a matérias de nítido cunho excepcional” .

Isso significa que o crédito tributário somente pode ter sua exigibilidade suspensa em razão da ocorrência das causas elencadas no rol taxativo do art. 151 do CTN.

Não se tratando das figuras referidas no art. 151 do CTN, não se tem suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Fixada essa importante premissa, passa-se à análise do caso dos autos, em que a agravante ofereceu carta de fiança.

Não obstante o depósito e a fiança bancária terem os mesmos efeitos da penhora, a teor do § 3.º do art. 9.º da LEF, as figuras, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não se confundem .

Primeiramente, há de se destacar que o

¹³ Art. 9º. - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

(...)

§ 3º. - A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro ou fiança bancária, produz os mesmos efeitos da penhora.

oferecimento de carta de fiança não se encontra entre causas previstas no art. 151 do CTN.

Portanto, de plano, verifica-se a inexistência de causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Ademais, sobre o depósito da quantia, é importante trazer¹⁴ à baila o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário que tem a última palavra sobre a interpretação das leis federais, que já pacificou sua Jurisprudência no sentido de que o depósito a que alude o art. 151, II, do CTN, deve ser integral e em dinheiro, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a saber:

“Súmula 112, STJ. O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro”. (Primeira Seção, julgado em 25/10/1994, DJ 03/11/1994 p. 29768).

Por conseguinte, conclui-se que, contrariamente ao que sustenta a agravante, a carta de fiança não se equipara ao depósito para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, que somente é obtida com o depósito integral e em dinheiro.

2.2 - DA INEXISTÊNCIA DE QUALQUER CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL

Sabe-se que o procedimento instituído pela Lei de Execuções Fiscais é regido subsidiariamente pelo CPC (art. 1.º da LEF) .

Assim, não obstante a LEF trazer dispositivo específico sobre a suspensão da execução fiscal (art. 40) ,

¹⁴ Art. 1º. - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

¹⁵Art. 40 - O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

forçoso concluir que também se aplicam à LEF as causas previstas no art. 791 do CPC, *in verbis*:

“Art. 791. Suspende-se a execução:

I - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A);

II - nas hipóteses previstas no art. 265, I a III;

III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis”.

Perceba-se que a única hipótese de suspensão da execução possível no vertente caso seria a prevista no inciso I do art. 791 do CPC, isto é, oferecimento de embargos à execução fiscal.

Note-se, todavia, que o dispositivo acima referido faz expressa remissão ao art. 739-A do CPC, o qual ostenta a seguinte redação:

“Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§ 1.º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

§ 2.º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram.

§ 3.º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à

parte restante.

§ 4.º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante.

§ 5.º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento.

§ 6.º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens”.

É evidente que, segundo o novo regime dos embargos à execução, estes são, em regra, recebidos sem efeito suspensivo.

Assim, somente a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução, na forma do § 1.º do art. 739-A do CPC, teria o condão de suspender a execução, conforme se depreende da leitura do próprio art. 791, I, do CPC.

Considerando que os embargos à execução da agravante foram recebidos sem efeito suspensivo, conforme faz prova o despacho interlocutório cuja cópia consta das fls. 356/360 dos autos deste agravo, conclui-se que não há qualquer hipótese de suspensão da execução fiscal.

2.3 - DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 19 DA LEF

O art. 19 da LEF está assim redigido:

“Art. 19 - Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este

intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias:

I - remir o bem, se a garantia for real; ou

II - pagar o valor da dívida, juros e multa de mora e demais encargos, indicados na Certidão de Dívida Ativa pelos quais se obrigou se a garantia for fidejussória”.

A partir de uma interpretação literal e não-sistemática do dispositivo acima transcrito, sustenta a agravante que, por se tratar de garantia de terceiro, a execução somente poderia prosseguir se a execução não fosse embargada ou se os embargos à execução fossem rejeitados.

Não se pode olvidar que a LEF, Lei Ordinária n. 6.830/80, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro em um contexto totalmente distinto do que vige hodiernamente.

Com efeito, a principal modificação que influencia diretamente a interpretação do art. 19 da LEF diz respeito ao efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal, que, atualmente, não têm efeitos suspensivo *ope legis*, mas somente *ope judicis*, como já mencionado anteriormente.

Nesse sentido, cumpre registrar que a interpretação proposta pela agravante tem o condão de *blindar* o executado pelo simples fato de ter oferecido garantia de terceiro, interpretação esta que agride virulentamente o princípio da isonomia.

Explica-se: se o executado oferece bem próprio à penhora, não estará ele *blindado* pelo art. 19 da LEF, motivo pelo qual poderá ver expropriado seus bens, caso não obtenha efeito suspensivo nos embargos que poderá vir a opor.

Note-se que, nesse caso (oferecimento de bem próprio), pouco importa a oposição ou não dos embargos, ou, ainda, o resultado desta ação; importa apenas saber se foi atribuído efeito suspensivo aos embargos.

Contudo, na interpretação proposta pela

agravante, pelo simples fato de ter sido indicado bem (garantia) de terceiro, deve-se aguardar a oposição de embargos à execução fiscal, e, caso estes tenham sido opostos, deve-se aguardar sua rejeição.

A pergunta que se faz é a seguinte: qual a razão juridicamente relevante que permite a dispensa de tratamento desigual ao executado que oferece bem próprio e ao executado que oferece bem de terceiro?

É evidente que não há qualquer razão que justifique o tratamento diferenciado.

Deve-se aplicar, pois, a técnica da interpretação conforme à Constituição, para o fim de afastar a interpretação que não se harmoniza com a Carta Magna.

Assim, não se pode acolher a interpretação da agravante.

Deve-se, portanto, interpretar historicamente o art. 19 da LEF para se concluir que, à luz do atual ordenamento processual, a finalidade do dispositivo é tão-somente instar o cumprimento voluntário da obrigação pela qual se comprometeu o terceiro, sob pena de a execução prosseguir contra ele.

Sobre o assunto, ainda à luz do antigo regime dos embargos à execução, lecionou o Prof. Zuudi Sakakihara, *ad litteram*:

“Tratando-se de garantia real, porém, antes de levar o bem a leilão, deverá ser dada a oportunidade de remição ao terceiro que o ofereceu. Nesse caso, será ele intimado para remir o bem, no prazo de 15 dias. **Cuidando-se de garantia fidejussória, o fiador será intimado para, no mesmo prazo de 15 dias,**

¹⁶ SAKAKIHARA, Zuudi in FREITAS, Vladimir Passos de. Execução fiscal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 364-365.

Excerto das razões do agravo de instrumento (fl. 07).

¹⁷ Art. 475 - L. A impugnação somente poderá versar sobre:

(...)

III - penhora incorreta ou avaliação errônea; (Incluído pela Lei nº. 11.232, de 2005).

pagar o valor da dívida, juros e multa de mora e demais encargos indicados na certidão da dívida ativa. Não ocorrendo o pagamento, a execução prosseguirá contra a pessoa do fiador (...)” [Grifou-se] .

Portanto, reitere-se: o art. 19 da LEF tem a finalidade de instar o terceiro-garantidor a cumprir voluntariamente sua obrigação, sob pena de a execução prosseguir contra ele, não importando se houve oposição de embargos à execução, salvo se a estes foram atribuídos efeito suspensivo, o que teria o condão de suspender a execução fiscal, na forma do art. 791, I, do CPC.

2.4 - DA INTERPRETAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL ANTERIORMENTE PROFERIDA NOS AUTOS DA EXECUÇÃO FISCAL

O outro ponto em que se fundamenta o recurso da agravante diz respeito a uma suposta decisão interlocutória que determinou a “impossibilidade de constrição patrimonial no âmbito da presente Execução Fiscal antes do julgamento dos correlatos Embargos à Execução Fiscal¹⁸ .

Após sucessivas decisões, proferidas em razão de embargos de declaração opostos por ambas as partes da

¹⁸ Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária:

I - reduzir a penhora aos bens suficientes, ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e acessórios;

execução, o MM. Juízo *a quo* proferiu a decisão acima referida, a qual foi inequivocamente mal interpretada pela agravante.

A decisão referida consta das fls. 231/233 dos autos deste agravo, já tendo sido transcrita alhures.

Não se nega que o D. Juízo *a quo* tenha consignado que “com a garantia do juízo, dá-se a suspensão dos atos de constrição do patrimônio na execução fiscal e a permissão para expedição de certidão positiva com efeito de negativa (...)”.

Todavia, não se pode interpretar que o MM. Juízo *a quo* tenha afirmado que o prosseguimento do feito somente seria possível após o julgamento dos embargos à execução.

Com efeito, assiste razão ao D. Juízo *a quo* ao afirmar que a garantia integral da execução impede a constrição do patrimônio do executado. Isto ocorre porque, estando o juízo integralmente garantido por bens de terceiro, eventual penhora sobre bens do executado fatalmente caracterizaria excesso de penhora, o que não é admitido pelo sistema processual brasileiro (art. 475-L, III; e 685, I, ambos do CPC) .

Já no tocante à permissão de expedição de certidão positiva com efeito de negativa, percebe-se que este é um efeito legalmente previsto nos art. 206 do CTN c/c § 3.º do art. 9.º da LEF .

21

¹⁹ Art. 206 . Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

²⁰ Art. 9º. - em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na certidão de Dívida Ativa, o executado poderá;

(...)

§ 3º. - A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro ou fiança bancária, produz os mesmos efeitos da penhora.

²¹ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo.

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Assim, o que afirmou o MM. Juízo *a quo*, e foi mal interpretado pela agravante, foi que a fiança bancária, além de permitir a expedição de certidão positiva com efeito de negativa, evitaria que a executada (agravante) tivesse bens próprios apreendidos judicialmente (constritos por penhora).

Jamais o D. Juízo *a quo* afirmou que o prosseguimento da execução seria possível somente após o julgamento dos embargos.

Por outro lado, está textualmente escrito na parte dispositiva da decisão mal interpretada pela agravante que a fiança bancária não importava em suspensão da exigibilidade do crédito tributário ou suspensão da execução, a saber:

“Ante o exposto, conheço dos Embargos, porque propostos em obediência ao disposto no art. 536 do Código de Processo Civil, e JULGO-OS PROCEDENTES para sanar a omissão apontada quanto a suspensão da execução fiscal, declarando, contudo, a contrário do requerido pela Embargante, que a carta de fiança não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito, a atualização monetária nem a execução fiscal” .

Ora, ainda que houvesse contradição na decisão, o que se admite apenas *ad argumentandum tantum*, cabe registrar que o que juridicamente tem valor é a parte dispositiva da decisão, que é a única parte do ato judicial apto a ser estabilizado pela preclusão, eis que é nessa parte da decisão que são resolvidas as questões submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

Assim, como restou decidido que a carta de fiança oferecida pela agravante não suspendeu a exigibilidade do crédito tributário ou a execução fiscal, não pode a agravante pretender interpretar que a decisão tenha condicionado o prosseguimento da execução à rejeição dos embargos.

A decisão, em verdade, permite o

prosseguimento da execução fiscal, não havendo que se aguardar o julgamento dos embargos à execução, como sustenta a agravante.

2.5 - DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 8.º DA LEF

Por fim, cabe analisar o argumento trazido pela agravante, segundo o qual o prosseguimento da execução, na hipótese de oferecimento de bens para garantir a execução, violaria o art. 8.º da LEF, porque subverteria o direito da executada de “discutir antes de pagar”.

Antes de qualquer outra coisa, impende transcrever o mencionado dispositivo legal:

“Art. 8.º O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas”:

Como se percebe, o art. 8.º da LEF possibilita ao executado agir de duas formas distintas: i) pagar a dívida, dando azo à extinção da execução; ou ii) garantir a execução, para discutir judicialmente a dívida.

O processo de execução essencialmente visa a satisfação de um direito. No caso das execuções fiscais, o processo visa a satisfazer quantia.

A execução fiscal, como é cediço, somente pode ser suspensa se houver alguma causa legal e expressamente admitida pelo sistema processual.

Daí surge a indagação: onde está previsto o direito de “discutir antes de pagar” a dívida?

Esse direito somente surgirá se o executado obtiver efeito suspensivo nos seus embargos, o que depende de decisão judicial (art. 739-A, CPC); ou se conseguir alguma hipótese de suspensão da exigibilidade

do crédito tributário (art. 151, CTN).

Não se tratando dessas hipóteses, não existe o mencionado direito a “discutir antes de pagar”, não havendo que se falar em ofensa ao art. 8.º da LEF na hipótese de prosseguimento da execução fiscal.

IV - DA NECESSIDADE DE RECONSIDERAÇÃO DA R. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NESTES AUTOS

Em razão da interposição do presente recurso, o i. Desembargador Relator, *inaudita altera pars*, concedeu a antecipação da tutela recursal, impedindo o levantamento dos valores referentes à carta de fiança.

Contudo, a concessão da antecipação da tutela recursal depende da demonstração da relevância do fundamento e da possibilidade de lesão grave e de difícil reparação.

Nesse sentido, cumpre salientar que resta cristalina a ausência de relevância de fundamento, sobretudo porque a questão não pode ser discutida em razão da preclusão.

Em verdade, demonstrou-se ao longo desta manifestação que à agravante não assiste qualquer direito, motivo pelo qual não se pode considerar como relevância da fundamentação apenas uma expectativa de vir a reverter decisões judiciais que lhe são desfavoráveis e legitimam o prosseguimento da execução fiscal.

Já no tocante à possibilidade de lesão grave e de difícil reparação, melhor sorte não assiste à agravante.

Com efeito, lesão grave quem está a sentir é Estado do Amazonas, que foi desfalcado da quantia exequenda e continua sem poder dispor dela em prol da população.

Quem sofreu grave lesão também foram os concorrentes da agravante, que tiveram de suportar o encargo tributário no preço que praticaram, ao passo que a

agravante auferia os lucros da desoneração tributária ilícita, fato que inevitavelmente desequilibrou a concorrência no mercado.

Ademais, o prosseguimento da execução em nada prejudicará a agravante, que, na remota hipótese de lograr sair vencedora nas demandas que vem travando com a Fazenda Pública Estadual, poderá liquidar o seu dano nos autos da execução, recebendo a quantia com juros e correção monetária desde a data do eventual pagamento indevido (levantamento da quantia), por se tratar de crédito de natureza tributária, sendo-lhe possível, inclusive, proceder à compensação do eventual crédito exequendo com suas dívidas tributárias vincendas.

Portanto, há de se concluir estarem ausentes os requisitos da relevância do fundamento e da lesão grave e de difícil reparação, que permitem a concessão da antecipação da tutela recursal.

V - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer-se:

1. Seja recebida e conhecida a presente manifestação;

2. Seja, na forma do art. 557 do CPC, negado seguimento ao recurso, ante sua manifesta inadmissibilidade, revogando-se expressamente a decisão monocrática anteriormente proferida; e

3. Subsidiariamente, seja exercido juízo de retratação, para o fim de reformar a decisão que impediu o levantamento da quantia referente à carta de fiança, suprimindo o efeito suspensivo do recurso; e, ao final, seja improvido o agravo de instrumento, mantendo-se *in totum* a r. decisão agravada.

Nestes termos, pede deferimento.
Manaus, 29/10/2008

FABIO PEREIRA GARCIA DOS SANTOS
PROCURADOR DO ESTADO
OAB/AM 4.850

ANEXO: Certidão de não interposição de recurso.

Excelentíssimo Senhor Desembargador YEDO SIMÕES DE OLIVEIRA, Relator do Agravo de Instrumento - Processo nº 2008.001897-7, em trâmite na Egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Amazonas

Agravo de Instrumento nº 2008.001897-7

A **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS**, pessoa jurídica de direito público interno, representada pela Procuradoria Geral do Estado, CNPJ n. 04.312.369.0011-62, situada na Rua Emílio Moreira n. 1.308, Praça XIV de Janeiro, Manaus, onde receberá intimações, por meio de sua Procuradora que esta subscreve, nos termos do artigo 132 da Constituição da República, comparece, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos autos do **Agravo de Instrumento** (processo em epígrafe) interposto por **DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO**, já qualificado nos autos, e em atenção à intimação recebida no dia 29/05/2008, para oferecer

CONTRARAZÕES

ao recurso de Agravo de Instrumento, requerendo que Vossa Excelência aprecie as razões inclusas para o fim de, **reconhecendo as preliminares argüidas, negar seguimento ao mesmo**, ou, caso assim não entenda, **com fundamento na parte final do parágrafo único do artigo 527 do CPC, com redação dada pela Lei n. 11.187/2005, reconsiderar o r. despacho liminar que atribuiu efeito suspensivo ativo ao recurso**, e que, ao final, no julgamento pelo colegiado, **com observância do prazo do artigo 528 do CPC, NEGUE PROVIMENTO ao recurso.**

Termos em que pede deferimento.

Manaus, 05 de junho de 2008.

ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO
Procuradora do Estado
OAB/Am 2531

CONTRARAZÕES DE AGRAVO

Processo nº 2008.001897-7

Agravante: DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO

Agravada: O ESTADO DO AMAZONAS

Colenda Câmara Julgadora
Ilustre Desembargador Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Dispõe a Agravada do prazo de 10 dias para apresentação da presente contra-minuta, nos termos do inciso V do art. 527 do CPC.

Assim, cotejando a data da protocolização da presente peça e a data da intimação para contraditar o recurso (29/05/2008), tem-se por demonstrada sua tempestividade.

DAS CONTRARAZÕES

Não obstante tratar-se de recurso, cuja petição é de intrincada interpretação, com grande dificuldade de se identificar a que decisão e processo de origem a medida faz referência, com muito esforço apercebeu-se tratar de agravo de instrumento interposto por DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO contra SUPOSTO despacho prolatado pelo MM. Juízo da Vara da Dívida Ativa que teria negado registro de crédito no rosto dos autos (na execução fiscal nº 001.05.021477-3 em que são partes a Fazenda Pública e

Oriente Imp e Exp Ltda.) para fins de compensação tributária.

Tal SUPOSTO despacho, QUE NÃO CONSTA DOS AUTOS POSTO QUE O MESMO INEXISTE, não foi publicado nem consta do sistema de consulta via internet do TJ/AM, conforme dito pelo próprio agravante.

Em princípio, já se observa que a parte recorrente não cumpriu com os requisitos indispensáveis ao conhecimento do agravo, previstos no art. 525 do CPC, *in verbis*:

“Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

II - facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis.”

Não há nos autos a cópia dos documentos OBRIGATÓRIOS, como a cópia da decisão agravada, da respectiva intimação e das procurações; autorizando, de pronto, o não conhecimento do agravo, na forma da jurisprudência dominante, vejamos:

“O agravo de instrumento deve ser instruído com as peças obrigatórias e também com as necessárias ao exato conhecimento das questões discutidas. A falta de qualquer delas autoriza o relator a negar seguimento ao agravo ou à turma julgadora o não conhecimento dele.”
(IX ETAB - 3ª Conclusão; maioria)

Assim, em sendo ônus do agravante formar o instrumento com as peças essenciais/obrigatórias, a ausência destas autoriza o não seguimento do agravo art. 557 CPC.

Constata-se, ainda, que a petição de agravo não

foi protocolada no Juízo *a quo*, com o devido comprovante de sua interposição e relação de documentos apresentados, na forma como determina o artigo 526 do CPC, o que já se mostra como motivo suficiente para inadmissão do presente recurso, nos termos capitulados pelo parágrafo único do referido dispositivo do CPC.

Não obstante esses fatos, se verifica, ainda, o *completo descabimento ou inadmissibilidade do recurso interposto*, conforme se passará a demonstrar:

DA INEXISTÊNCIA DE DESPACHO

A decisão a que se remete o agravante, que sequer foi proferida pelo juiz da 1ª VEDAE, trata-se apenas de elucubrações, posto que trabalhando com a POSSIBILIDADE de o juiz proferir despacho indeferindo seu pedido, que sequer chegou a ser apreciado, interpôs o presente agravo de instrumento, cuja liminar lhe foi deferida.

Estamos, então, movendo a máquina judiciária para trabalhar em cima de SUPOSIÇÕES:

- Supondo que o Agravante tenha o referido crédito a ser compensado;
- Supondo que ele queira pagar dívida de terceiro;
- Supondo que o terceiro queira que sua dívida seja paga nessa forma;
- Supondo que o juiz tenha indeferido o pedido;
- Supondo haver grave lesão;
- Supondo que o Agravo foi tempestivo;
- Supondo...

Inexiste despacho agravado, logo, o agravo carece de OBJETO.

Alega o agravante a existência de um despacho que inadmitiu a sua pretensão de ter créditos seus compensados em favor de terceiro ORIENTE IMP E EXP

LTDA para fins de liquidação de débito.

Incabível, pois, o presente recurso. Na verdade, a recorrente pretende, por meio do recurso impugnar **DECISÃO INEXISTENTE**.

Desta feita, fica demonstrado, portanto, tratar-se de hipótese de não-cabimento de recurso, devendo ser o mesmo inadmitido ainda em juízo monocrático por parte desse i. Relator, a quem se pede a NEGATIVA DE SEGUIMENTO à medida recursal ajuizada pela empresa, nos exatos termos estabelecidos pelo art. 557 do CPC.

DA ILEGITIMIDADE ATIVA DO AGRAVANTE

O Agravante é parte ilegítima para figurar no pólo ativo deste recurso. Senão vejamos.

A liminar pretendida, e obtida, pelo agravante obstaculizou leilão de imóvel que seria realizado no processo de execução fiscal movido pela Fazenda Pública em face de ORIENTE IMPE EXP LTDA.

O agravante, pessoa física, não é, nem nunca foi, sócio da empresa ORIENTE IMP E EXP LTDA., cuja execução fiscal em que esta figura como executada foi suspensa por força de despacho monocrático que concedeu efeito ativo ao agravo de instrumento.

Pretende, o agravante, com o recurso em referência, além da suspensão do leilão, a quitação da dívida da executada com a Fazenda Pública através do instituto da compensação.

De qualquer forma, ainda que se pudesse interpretar que o agravante tenha, efetivamente, direito ao crédito que alega ter e se determinar qual o montante devido, a executada sequer solicitou essa forma de extinção de crédito para liquidar sua dívida para com o Estado do Amazonas, estando, no mínimo, configurada sua ilegitimidade ativa para tal pretensão, nos termos do que dispõe o artigo 6º do CPC, *verbis*:

Art. 6º do CPC. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Ora, o advogado peticionante foi constituído nos autos para representar o direito do agravante - pessoa distinta da executada. Como poderia ele se valer de tal representação para requerer a suspensão de leilão que se efetivaria em execução fiscal da qual o agravante não faz parte??

Não é possível enxergar a intervenção da pessoa física em favor de terceiro outra forma que não a de um pedido feito por quem não tem legitimidade, nos termos do artigo 6º do CPC.

FALTA DE INTERESSE RECURSAL

Destaca-se também que, não obstante esteja perfeitamente caracterizada a ilegitimidade acima apontada, é fato que, ainda que ela não pudesse ser reconhecida, também por outro motivo não poderia ser levada à apreciação do Tribunal essa indicada parte da pretensão recursal da agravante referente à suspensão do leilão.

Ora, ainda que se considerasse ter havido perante o i. Juízo *a quo* um pedido de compensação, não há nenhuma decisão a este respeito, não havendo interesse da parte em recorrer de algo que sequer foi decidido pelo juízo originário.

Ademais, reza o art. 522, do CPC:

*“ Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar **À PARTE** lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão de apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando*

será admitida a sua interposição por instrumento.”(grifou-se)

Percebe-se, de pronto, a necessidade de extinção do recurso, a uma porque não há decisão interlocutória; a duas, porque o agravante NÃO É PARTE; a três porque não há lesão grave e de difícil reparação.

Repita-se, o agravante não é parte na execução fiscal cujo leilão foi suspenso, logo, não tem legitimidade ativa para interpor recurso de agravo de instrumento para impedir a realização da praça para venda de bem imóvel garantia idônea hábil a garantir a execução fiscal.

DA FALTA DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO DEMONSTRAÇÃO DA LESÃO GRAVE E DIFÍCIL REPARAÇÃO

O agravante não cumpriu com o requisito estabelecido no art. 522 do CPC que determina que para a admissibilidade do agravo deve-se comprovar que a decisão é suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

A pretensão do Agravante não pode prosperar, porque não há demonstração nem da decisão nem da grave lesão.

É que, em verdade, a suposta compensação é uma garantia do agravante, que não é parte da execução nº 00105021477-3 movida pela Fazenda Pública em face de ORIENTE IMP. E EXP. LTDA.

É bem verdade que o AGRAVANTE não iria conceder seus “créditos” de forma graciosa, ou seja, houve um contrato entre a executada e a Agravante. Todavia, este documento - contrato - torna-se essencial ao presente recurso, muito embora não conste do rol do art. 525, I, CPC. É que não se sabe o que está disposto naquela relação contratual. É por isso que o contrato passa a ser essencial, *in casu*. Aliás, já se manifestou o STJ acerca de outros

documentos que, embora não conste do rol do inciso I do art. 525 do CPC, são essenciais ao recurso, a saber:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO DE PEÇA ESSENCIAL OU RELEVANTE PARA A COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA.

1. A ausência de peça essencial ou relevante para a compreensão da controvérsia afeta a compreensão do agravo, impondo o seu não-conhecimento”.

2. Embargos conhecidos e rejeitados. (ERESP Nº 449.486/PR, DJ de 06.09.2004).

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS DE JUNTADA FACULTATIVA, MAS NECESSÁRIAS AO JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE COLAÇÃO POSTERIOR, MESMO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

1. Está pacificado na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça - ERESP 449.486-PR - que a falta de peça essencial ou relevante para a compreensão da controvérsia afeta a compreensão do agravo, cuja formação é de responsabilidade da parte, não cabendo a conversão do processo em diligência, seja nas instâncias ordinárias seja nesta Corte.

2. Ainda que assim não fosse, o agravante não deu cumprimento às disposições regimentais no tocante à demonstração analítica do dissenso pretoriano”.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg nos ERESP nº 114678/SP, DJ 04.04.2005).

Ora, considerando, então, tratar-se o referido contrato como o único instrumento que poderia fazer prova da grave lesão, não é possível admitir a interposição do agravo na modalidade de instrumento, eis que não

demonstrada a potencialidade da decisão *a quo* provocar grave lesão, bem como difícil reparação.

Reitere-se que não há sequer a mera alegação de que o Agravante sofrerá grave lesão; é relevante que a lesão grave seja demonstrada. É o que se depreende do art. 333, I, do CPC.

Como a grave lesão só se daria com a prova de que a decisão, QUE NÃO EXISTE, afetaria a Agravante, e tal prova deveria ter sido produzida com a interposição do Agravo de Instrumento, há de se considerar como não demonstrada que a decisão é apta a causar lesão grave e difícil reparação.

Portanto, ante a não demonstração da lesão grave e de difícil reparação, não deve ser admitido o agravo na sua modalidade de instrumento, ou seja, deve o agravo de instrumento ser convertido para a modalidade retida, na forma do inciso II do art. 527 do CPC.

AUSÊNCIA DE PEÇAS ESSENCIAIS

Reza o art. 524 do CPC que:

“Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos:

I - a exposição do fato e do direito;

II - as razões do pedido da reforma da decisão;

III - o nome e o endereço completo dos advogados, constantes no processo.” (grifo nosso)

1

Da leitura da peça inicial do recurso interposto constata-se a inexistência dos nomes e dos endereços dos

¹ CLÓVIS BEVILÁQUA, *apud* AKSELRAD, Sibe de Andrade Taques, *Compensação de créditos Tributários*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, 2. ed., p. 2.

advogados constantes no processo. Tal omissão acarreta, de pronto, o não conhecimento do recurso de agravo de instrumento.

Dessa forma, requer, em preliminar, que o recurso não seja conhecido ante a ausência de requisito essencial previsto no art. 524 do CPC.

DO MÉRITO

3

DA IMPOSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO

Caso não sejam reconhecidas as preliminares argüidas, o que só se admite pelo princípio da eventualidade, passaremos a contestar a questão de mérito propriamente dita.

Como já dito, apesar de a peça inicial ser de difícil interpretação, pode-se presumir que o agravante pretende utilizar alegado crédito seu como pagamento de débito de terceiro.

A compensação é “a extinção recíproca de obrigações até a concorrência de seus respectivos valores, entre pessoas que são devedoras uma da outra” .

No que tange aos tipos de compensação, ARNOLDO WALD anota que “(...) a compensação pode ser automática ou de pleno direito, judicial quando depende de decisão do magistrado, ou convencional quando decorre de declaração de vontade das partes interessadas, (...)” .

Puramente legal, ou parcialmente judiciária, indene de dúvidas é que, no ordenamento brasileiro, **optou-**

²In *Obrigações e Contratos*, 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 98, *apud* CAMPANILE, Vinicius Tadeu, *O Instituto da Compensação no Direito Tributário*, Belo Horizonte, 1996, p. 12.

³Realmente, para o prof. SÍLVIO RODRIGUES, a opção do Código Civil foi pelo sistema da compensação legal, n medida em que o art. 1.009 estabelece que as obrigações em causa *extinguem-se* até onde se compensarem, não condicionando tal extinção a qualquer manifestação de vontade das partes. (Cf. *Direito Civil*, vol. 2, Parte Geral das Obrigações, 23^a ed., Ed. Saraiva, 1995, p. 224 a 226).

se por uma compensação que opera *ex vi legis*, ou seja, DEVE haver os **requisitos devidos (reciprocidade de créditos e débitos entre duas pessoas, liquidez, fungibilidade/homogeneidade, exigibilidade)** para que o instituto tenha lugar .

COMPENSAÇÃO E DIREITO TRIBUTÁRIO

Por outro lado, a compensação é uma categoria geral de Direito, Isso significa que possui ampla aplicabilidade nos diversos ramos jurídicos que envolvam obrigações e, assim, com o Direito Tributário não é diferente, pois se trata de direito obrigacional em essência, inspirado por princípios de Direito Público.

Entretanto, é importante frisar que, sendo uma forma de extinção de obrigações, nascida no Direito Obrigacional, possui berço romanístico que, por excelência, era um Direito de cunho eminentemente Privado. Assim, sua transposição para o Direito Público, ramo com desenvolvimento relativamente recente na Jurisprudência, mostra-se um tanto delicada.

Assim é que o Código Civil de 1916 já trazia em seu texto, no capítulo referente à compensação, o art. 1.017 que, ressaltando expressamente a aplicação do instituto para o âmbito privatístico, rezava o seguinte:

“Art. 1.017. As dívidas fiscais da União, dos Estados e dos Municípios também não podem ser objeto de compensação, exceto nos casos de encontro entre a administração e o devedor, autorizados nas leis e regulamentos da Fazenda”.

Ora, não há acordo de vontade entre a Fazenda e o executado - ORIENTE IMP E EXP LTDA - capaz de possibilitar a compensação para fins de liquidação da dívida,

⁴Op. cit., p. 36.

logo a decisão que suspendeu o leilão não poderá vigorar, eis que não há os requisitos legais autorizadores da compensação.

Então não há dúvidas: em sede de Direito Tributário, só é possível falar em compensação se houver lei autorizativa expressa.

Diante de tais limites, calha indagar: que créditos do particular contra a Fazenda são compensáveis? Há certeza e liquidez desse crédito?

A compensação de que trata o art. 170 do Código Tributário Nacional diz respeito a situações em que o contribuinte é titular de créditos, líquidos e certos, já constituídos, vencidos ou vincendos, e de qualquer natureza (obras, serviços, fornecimentos, por exemplo), contra a Fazenda Pública (...)” .

Não restaram demonstrados pelo Agravante os requisitos autorizadores para a compensação, logo inadmissível seu pedido.

Ademais, a tentativa do agravado de usar crédito para compensar dívida de terceiro já inscrita em dívida ativa e em processo de execução judicial, visa não a extinção do débito, mas, ao contrário, visa impedir o recebimento, pela Fazenda Pública, de crédito bom com garantia idônea.

Ressalte-se, por oportuno, que a execução judicial que está suspensa por ordem do i. Relator desse Agravo visa a recuperação de débito atualizado que soma a importância **aproximada de dois milhões de reais**, sendo o imóvel a única garantia idônea capaz de assegurar o pagamento da dívida.

DA APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 557 DO CPC

Na forma do art. 557 do CPC, o Relator tem o poder/dever de negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, trata-se de uma norma

processual, de direito público, e assim sem apresentar, salvo ressalva especial, qualquer disponibilidade aos participantes do processo.

O *caput* do art. 557 diz que o relator negará seguimento ao recurso na incidência de diversos suportes fáticos, todos eles precedidos pelo advérbio manifestamente, isto é, quando a ocorrência for manifesta ou que não deixe dúvidas. E é o caso dos autos.

O recurso é inadmissível posto que inocorrentes os seus pressupostos, como, por exemplo, impugna-se ato processual inexistente (pois a decisão é pressuposto lógico de qualquer recurso), o recorrente não se enquadra nas hipóteses do art. 499, que trata da legitimidade recursal, inclusive do terceiro prejudicado, o recorrente não tem interesse, não decorre do ato qualquer gravame.

O recurso é improcedente, é o que desde logo se verifica ao analisar os termos do mesmo.

A disposição do § 2º do art. 557, que prevê a condenação do litigante de má-fé a pagar multa entre um e dez por cento do valor da causa cai como uma luva ao caso em tela eis que o mesmo é manifestamente inadmissível e improcedente, tendo o julgador o poder-dever de aplicar a multa prevista, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. É o que desde já se requer.

DO PEDIDO

Diante do exposto, a Fazenda Pública do Estado do Amazonas requer que esse i. Relator ou o Colendo Colegiado, em acolhendo as razões aqui expostas, de pronto, ao recurso, e que, ao final, no julgamento pelo

colegiado, com observância do prazo do artigo 528 do CPC,
NEGUE PROVIMENTO ao recurso.

Termos em que pede deferimento.

Manaus, 5 de junho de 2008

ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO

Procuradora do Estado

OAB/AM 2.531

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO
DA MM. 2ª VARA DA DÍVIDA ATIVA ESTADUAL DA
COMARCA DE MANAUS:**

**Ref. Embargos à Execução Fiscal
Processo nº 001.08.223336-6**

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representada pela Procuradoria Geral do Estado, CNPJ n. 04.312.369/0011-62, *por seu procurador abaixo-assinado, atuando na forma do artigo 132 da Carta Magna c/c o artigo 12, inciso I do CPC*, comparece perante Vossa Excelência, nos autos dos **Embargos à Execução Fiscal** (processo em epígrafe) movidos por **AMMAC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**, já qualificada nos autos, para, observando o prazo legal, apresentar suas

CONTRA-RAZÕES AO RECURSO DE APELAÇÃO

interposto pela embargante, fazendo-o pelas razões de fato e de direito a seguir delineadas, as quais se requer sejam juntadas aos autos e remetidas ao Egrégio Tribunal de Justiça do Amazonas, para que, em conjunto com as motivações da r. sentença proferida por esse zeloso Juízo, colabore para com que o órgão *ad quem* se convença pela **NEGATIVA DE PROVIMENTO** ao recurso interposto.

Nestes termos, pede deferimento.

Manaus, 29 de outubro de 2008.

MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO

Procurador do Estado

OAB/AM nº 4.011

**CONTRA-RAZÕES AO
RECURSO DE APELAÇÃO**

Proc. origem: 001.08.223336-6 2ª Vara da Dívida Ativa Estadual

Apelante: Ammac Indústria e Comércio de Alimentos Ltda

Apelada: Fazenda Pública do Estado do Amazonas.

Colenda Câmara Cível,
Ilustre Desembargador(a) Relator(a),

I - DA TEMPESTIVIDADE DA MANIFESTAÇÃO

O r. despacho (fls. 132) do i. Juízo da 2ª Vara da Dívida Ativa Estadual que ordena a intimação da Fazenda Pública Estadual para, querendo, apresentar contra-razões ao recurso de apelação da empresa embargante foi publicado no Diário de Justiça eletrônico disponibilizado no sítio eletrônico na data de 13 de outubro de 2008 (segunda-feira).

Sabe-se que, nos termos do § 3º do art. 4º da Lei 11.419/2006, só no primeiro dia útil seguinte (14/10/2008 - terça-feira) ao da disponibilização do ato é que se considera data da intimação para fins de curso dos prazos para eventuais recursos ou manifestações.

Ocorre, no entanto, que, nos embargos à execução sob exame, a Fazenda Pública ainda não havia sido chamada para compor a relação processual, pois a sentença, de plano, extinguiu o processo sem resolução de mérito por ausência de requisito básico de admissibilidade da medida, sendo este o primeiro chamamento do Estado nos autos, o que deveria ocorrer por intimação pessoal.

Intimação pessoal essa que também se exige propriamente pelo disposto no artigo 25 da Lei nº 6.830/80, norma que permite que essa intimação pessoal possa ser feita até por simples vista dos autos, fato que ocorreu somente **na data de 23/10/2008 (quinta-feira)**, sendo esta a data correta a ser considerada como de regular intimação do representante da Fazenda Pública.

Conforme estabelece o § 2º do artigo 184 do CPC, somente no primeiro dia útil seguinte ao da intimação **começa a correr o prazo legal** que a parte tem para se manifestar, o que no caso somente se deu **no dia 28/10/2008 (terça-feira)**, pois no período de 24 a 27/10/2008 não houve expediente forense regular, por conta

do feriado do dia 24/10/2008 (sexta-feira) e ponto facultativo do dia 27/10/2008 (segunda-feira).

Assim sendo, o prazo de 15 (dias) estabelecido no artigo 508 do CPC para que os representantes da Fazenda Pública possam apresentar as contra-razões ao recurso de apelação interposto pela empresa embargante **somente se esgotaria no dia 11 de novembro do corrente ano**.

Portanto, observando a data do protocolo desta manifestação, fica absolutamente demonstrada sua **TEMPESTIVIDADE**.

II - SÍNTESE DA DEMANDA:

Trata-se, na origem, de Embargos à Execução Fiscal opostos pela pessoa jurídica **AMMAC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**, visando a desconstituição do crédito tributário representado pelas CDAs n. 1187/07 e 1203/07, que lastreiam a **Execução Fiscal - Processo nº 001.08.215961-1**, movida pelo Estado do Amazonas em face da empresa embargante.

Ajuizada a ação de embargos do devedor, o i. juiz do feito, de pronto, sentenciou a demanda bem constatando a ausência de importante requisito extrínseco de admissibilidade da medida, qual seja: **a garantia da execução**, conforme assim exige o § 1º do artigo 16 da Lei n. 6.830/80 (Lei Especial que trata do rito processual específico das execuções fiscais).

Desta feita, o i. juízo *a quo*, em sentença de extinção do feito sem resolução de mérito, não recebeu a medida, rejeitando-a e determinando o cancelamento da distribuição.

Irresignada com a r. sentença, a pessoa jurídica embargante interpõe recurso de apelação, a respeito do qual ora se manifesta o Estado, demonstrando não deter razão a apelante, nem mesmo interesse recursal, conforme adiante se demonstrará, não merecendo qualquer tipo de revisão ou

reforma o bem lançado pronunciamento do Juízo *a quo*, devendo ser mantido por esse E. Tribunal pelos seus relevantes e balizados fundamentos.

III - DAS CONTRA-RAZÕES AO RECURSO:

III.1. DA PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL:

Observa-se que a empresa apelante sequer detém interesse recursal, por ausência de utilidade do recurso interposto, uma vez que visa sejam aproveitados os seus embargos à execução, com permissão para que apresente garantia à execução em momento posterior à sua oposição.

No entanto, se a sentença que rejeita os seus embargos à execução por falta do requisito da garantia prévia se dá sem resolução de mérito, nada obsta que a pessoa jurídica interessada apresente a garantia da execução após o trânsito em julgado dessa sentença e, uma vez formalizada a garantia ou a penhora, passará ela a dispor do prazo legal a que se refere o artigo 16 da Lei n. 6.830/80 para, querendo, opor ou apenas renovar a oposição dessa mesma peça de embargos à execução a qual pretende seja aproveitada.

Insistir na discussão do aproveitamento desses embargos propostos de modo antecipado se apresenta como medida inútil frente à pretensão da apelante, e somente revela eventual intuito protelatório da interessada quanto ao feito executivo fiscal principal, pois exige que o juízo se concentre nessas discussões sobre o cabimento ou não da medida antes da garantia da execução, deixando de dar andamento regular à própria execução que continua sem garantia efetivada nos autos.

Diante desse fato, confirma-se a total ausência de interesse recursal da embargante, razão pela qual

também o seu recurso de apelação, a exemplo da sua própria ação e em homenagem ao princípio da economia processual, não merece sequer ser conhecido por esse zeloso Tribunal.

III.2. DO MÉRITO:

Se ultrapassada a questão preliminar acima suscitada, o que não se crê deva acontecer, mas se admite apenas de modo a prestigiar o debate e em observância ao princípio da eventualidade, melhor sorte não terá a apelante quanto ao mérito de seu recurso, conforme se demonstrará pelas razões a seguir alinhavadas.

III.2.1. DA AUSÊNCIA DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE ESPECÍFICO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL:

Como perfeitamente exposto pelo Juízo *a quo* em suas bem lançadas razões de decidir, é a **garantia da execução** um requisito específico de admissibilidade da ação de embargos à execução fiscal, haja vista a exigência **do § 1º do art. 16 da Lei nº 6.830/80** (que trata da **disciplina especial** do rito processual **aplicável às execuções fiscais**), *verbis*:

“Art 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito;

II - da juntada da prova da fiança bancária;

III - da intimação da penhora.

§1º. Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”.(destaquei)

Também como argumenta o juízo recorrido, a dispensa da garantia da execução a que se refere o art. 736

do CPC, com a nova disciplina dos feitos executivos comuns trazida por alterações importantes promovidas pela Lei n. 11.382/2006, não substitui ou se sobrepõe à regra especial do §1º do art. 16 da Lei das Execuções Fiscais, pois a própria LEF, logo na parte final do seu primeiro artigo, é clara ao dispor que as normas do CPC são aplicáveis aos feitos executivos fiscais apenas de modo subsidiário, ou seja, somente na ausência de norma especial que trate do tema ou questão específica relacionado à execução, que, no caso, é: a instituição da garantia como requisito de admissibilidade da execução fiscal.

Diante desses argumentos, verifica-se não merecer qualquer sorte de reprimenda a r. sentença apelada, devendo ser confirmada a correção do julgado que, de pronto, rejeitou a medida oposta de forma precipitada pela pessoa jurídica apelante, com total ausência de um importante requisito legal de admissibilidade.

III.2.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVIMENTO DA APELAÇÃO COM JULGAMENTO DE QUESTÕES DE FUNDO SUSCITADAS NOS EMBARGOS:

Ademais, vale ressaltar que, ainda que fosse admissível processar os embargos à execução sem prévia garantia, o que já se demonstrou não ser possível, mas se admite apenas por amor ao debate, não poderia esse zeloso Tribunal julgar a matéria de fundo dos embargos, conforme suscitadas pela apelante, pois se referem e exigem a análise, em sua quase totalidade, de questões eminentemente de fato e de necessário exame probatório.

Suscita a embargante eventual ausência de requisitos de validade dos títulos executivos, assim como busca a consideração da improcedência dos autos de infração que originaram os créditos tributários constituídos, argüindo a necessidade de análise dos processos administrativos, da verificação de documentos que informam a espécie de incentivos fiscais que alega ser beneficiária; e ainda suscita a ocorrência de erros na apuração fiscal.

São todas essas matérias exemplos de questões que envolvem análise probatória, e que, portanto, não se autoriza a análise desse zeloso Tribunal antes da apreciação pelo juízo singular, haja vista o disposto no art. 515, *caput* e seus parágrafos, que tratam da extensão do efeito devolutivo dos recursos, cuja exceção seria, em termos de sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito, a hipótese da causa **versar questão exclusivamente de direito** (§ 3º do art. 515 do CPC), o que, como visto, não é o caso.

III.2.3. DA IMPROCEDÊNCIA DAS QUESTÕES DE DIREITO SUSCITADAS:

A apelante suscitou, ainda, além das questões acima citadas, outros pontos, como por exemplo: **a cobrança de multa confiscatória e a suposta ocorrência de decadência tributária.**

Sabe-se, porém, que essas questões ainda necessitam de certa análise de elementos fático-probatórios, como a necessidade de análise da CDA ou do processo administrativo para verificar o percentual da multa aplicada, assim como a verificação das datas do fato gerador e da constituição do crédito tributário para saber se ocorre ou não a hipótese de decadência, o que já seria impeditivo para o julgamento direto pelo Tribunal.

Ocorre, porém, que, mesmo se possível for a análise dessas matérias, agora, por essa E. Corte, **haverá de ser reconhecido o fato de não se tratar de multa confiscatória**, uma vez que esta estabelecida em percentual de apenas 50% (cinquenta por cento) do valor principal do tributo, como se verifica da análise das cópias das CDAs em anexo, em patamar que se coaduna com o aceitável pela jurisprudência.

Vejam, abaixo em destaque, i. julgadores, exemplos de arestos do Excelso Pretório, do E. Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais Regionais Federais, que

demonstram a ideia sobre a não-configuração de confisco ou excessividade na aplicação de multas até superiores ao percentual de 100% (o dobro do cobrado em relação aos créditos questionados pela apelante):

a) Multa de 200% confirmada pelo STF:

Classe/Origem
RE 270752 / SP
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a)Min. - SEPÚLVEDA PERTENCE DJ
09/12/2004 P - 00049
Julgamento 09/11/2004

Despacho

DECISÃO: RE, a e b, interposto contra acórdão que entendeu não recebida pela Constituição atual o disposto no art. 11 do Decreto-Lei 406/68, que trata da isenção de ISS em serviços de construção civil contratados por meio de sub-empregada. Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento do recurso, em parecer da lavra do il. Dr. Geraldo Brindeiro, nestes termos: "Preliminarmente, observa-se que são idênticos os recursos especial e extraordinário interpostos pela recorrente. Até mesmo as razões do extraordinário as remete ao Superior Tribunal de Justiça e refere-se ao cabimento do recurso especial. E quando fundamenta o recurso nas alíneas "a" e "b" do art. 102 da Constituição Federal, o faz porque a decisão recorrida "contrariou lei federal e lhe negou vigência, julgando-se válido ato do governo local contestado em face da lei federal". Manifesto o equívoco e a confusão da petição recursal pois as alíneas "a" e "b" do permissivo constitucional

referem-se, respectivamente, à contrariedade à Constituição da República, e à declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Destarte, não parece possa este recurso extraordinário comportar conhecimento. Quanto à alínea "b" do inciso III do art. 102 da Constituição da República evidente o seu não cabimento, ante a ausência do pressuposto que o autoriza, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Com relação à alínea "a", encontra-se prequestionada a discussão sobre o caráter confiscatório da multa aplicada em face da proibição constante do art. 150, IV, da Constituição da República, e a recepção do art. 11 do Decreto-lei nº 406/68, diante do art. 151, III, da Constituição e do art. 41, § 1º. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No tocante à multa cominada, embora no percentual de 200%, não parece constituir confisco, uma vez que a recorrente praticou diversas infrações fiscais, havendo previsão no Código Tributário do Município que nessa hipótese há de aplicar-se a mais grave delas. É o que se depreende do acórdão atacado: " Conforme à infração aumenta o percentual da multa até atingir a infração cometida pela apelante que foi capitulada no art. 76, inc. II e III, letra "d" e atendendo ao comando do art. 75, também do Código Tributário Municipal, foi aplicada a penalidade referente a infração mais grave, consistente na emissão de documentos fiscais consignando valor inferior ao valor real da operação. Assim, ao emitir as guias de recolhimento do ISSQN eram indicados valores inferiores ao valor real devido conforme apurado pela Municipalidade. Desta maneira a imposição da multa neste percentual de 200%

sobre o valor do tributo devido se traduz em punição necessária e merecida pela omissão que caracteriza uma verdadeira sonegação ao fisco. Confisco não existe. A alíquota do tributo é de 3% e sobre esta percentual é que incidirá a multa aplicada." (fls. 356/357). Assim, se não é justa a multa em razão dos fatos praticados é questão que refoge a esta sede recursal, diante da impossibilidade de reexaminar matéria fática, nos termos do óbice expresso na Súmula nº 279 desse Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, o acórdão impugnado, ao haver decidido que, como não confirmada por lei municipal, fora revogada a isenção prevista no art. 11 do Decreto-lei nº 406/68, dois anos após a entrada em vigor da Constituição de 1988, prazo previsto na norma transitória do art. 41, § 1º, do ADCT, para prorrogação dos benefícios fiscais, está em consonância com a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Com efeito, o Excelso Pretório tem entendido que, com o advento da Constituição de 1988, precisamente o seu art. 151, III, vedou-se a possibilidade de a União conceder isenções de tributos estaduais e municipais, destarte, após o decorrer do prazo de dois anos previsto no art. 41, § 1º, do ADCT, deu-se a revogação da isenção prevista no art. 11 do D.L. 406/68. Nesse sentido, oportuno destacar as seguintes ementas: "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. ICENTIVOS FISCAIS: ISENÇÕES CONCEDIDAS PELA UNIÃO. CF, 1967, com a EC 1/69, art. 19, § 2º. PROIBIÇÃO DE CONCESSÃO, POR PARTE DA UNIÃO, DE ISENÇÕES DE TRIBUTOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. C.F., art. 151, III. I. - O art. 41 do ADCT/1988 compreende todos os incentivos

fiscais, inclusive isenções de tributos, dado que a isenção é espécie do gênero incentivo fiscal. II. - Isenções de tributos municipais concedidas pela União na sistemática da Constituição de 1967 art. 19, § 2º: D.L. 406/68, art. 11, redação da Lei Compl. 22, de 1971. Incentivos fiscais, nestes incluídas isenções. Sua revogação, com observância das regras de transição inscritas no art. 41, §§ 1º, 2º e 3º, ADCT/1988. III. - RE conhecido e provido." (RE nº 280294/MG, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 14/5/02, DJ de 21/6/02, 2ª Turma). "Recurso extraordinário. 2. Imposto Sobre Serviços. Revogação de isenção. Art. 41, § 1º, do ADCT. 3. Inviabilidade do reexame de provas e fatos da causa. Súmula 279. 4. Agravo regimental improvido." (RE nº 248348 AgR/SP, Rel. NÉRI DA SILVEIRA, j. em 16/11/99, DJ de 10/12/99, 2ª Turma). Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, o parecer é pelo não-conhecimento deste recurso extraordinário." Correto parecer da PGR, cujos fundamentos adoto: nego seguimento ao recurso (art. 557, caput, do C.Proc.Civil). Brasília, 09 de novembro de 2004. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator (grifamos)

Partes

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 270.752-0

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

RECTE.: RIO VERDE ENGENHARIA E
CONSTRUÇÕES LTDA

ADVDS.: BERNARDO RIBEIRO DE MORAES
E OUTRO

RECDO.: MUNICÍPIO DE ARARAS

ADVDA.: SONIA DOS SANTOS ARCHANGELO

.....

b-) Posição do STJ confirmando multa de 150%:

Processo

REsp 419156 / RS ; RECURSO ESPECIAL
2002/0027848-7

Relator(a)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRATURMA

Data do Julgamento

07/05/2002

Data da Publicação/Fonte

DJ 10.06.2002 p. 162

Ementa

TRIBUTÁRIO. FRAUDE. NOTAS FISCAIS
PARALELAS. PARCELAMENTO DE DÉBITO.
REDUÇÃO DE MULTA. LEI Nº 8.218/91.
APLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE
CONFISCO. TAXA SELIC. LEI Nº 9.065/95.
INCIDÊNCIA.

1. Recurso Especial contra v. Acórdão que considerou legal a cobrança da multa fixada no percentual de 150% (cinto e cinquenta por cento) e determinou a incidência da Taxa SELIC sobre os débitos objeto do parcelamento.
2. A aplicação da Taxa SELIC sobre débitos tributários objeto de parcelamento está prevista no art. 13, da Lei nº 9.065, de 20/07/1995.
3. É legal a cobrança de multa, reduzida do percentual de 300% (trezentos por cento) para 150% (cinto e cinquenta por cento), ante a existência de fraude por meio de uso de notas fiscais paralelas, comprovada por documentos juntados aos autos. Inexiste na multa efeito de confisco, visto haver previsão legal (art. 4º, II, da

Lei nº 8.218/91).

4. Não se aplica o art. 920, do Código Civil, ao caso, porquanto a multa possui natureza própria, não lhe sendo aplicável as restrições impostas no âmbito do direito privado.

5. A exclusão da multa ou a sua redução somente ocorrem com suporte na legislação tributária.

6. Recurso não provido.

.....

c-) Posição do TRF da 4ª Região:

Multa no patamar de 150%

Acórdão

Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO

Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL

Processo: 200472030002394 UF: SC Órgão

Julgador: SEGUNDA TURMA

Data da decisão: 23/08/2005 Documento:

TRF400111962

Fonte

DJU DATA:14/09/2005 PÁGINA: 630

Relator(a)

DIRCEU DE ALMEIDA SOARES

Decisão

A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO APELO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Ementa

TRIBUTÁRIO. ANULATÓRIA. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. LANÇAMENTO. APURAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES. MULTA. CONFISCO. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F), que foi aquele emitido no presente

caso, prevê, além da verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, a constituição do crédito tributário.

2. Não foi utilizado o arbitramento das contribuições, na forma do art. 148 do CTN, tendo a autoridade administrativa lançado mão das informações prestadas pela própria Autora, escrituradas no Livro de Registro de Saídas e do Livro de Registro de Apuração do ICMS.

3. O caso em tela configura situação evidente de sonegação, considerando que, nos cinco anos fiscalizados, a empresa não tinha escrituração contábil e sempre informou uma receita bruta inferior à registrada no Livro de Apuração do ICMS, justificando a aplicação da multa no patamar de 150%.

Data Publicação

14/09/2005

Mantendo aplicação de Multa de 112,5%:

Acórdão

Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO

Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL

Processo: 200271140001956 UF: RS Órgão

Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data da decisão: 28/09/2005 Documento:

TRF400115313

Fonte

DJU DATA:19/10/2005 PÁGINA: 904

Relator(a)

WELLINGTON M DE ALMEIDA

Decisão

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Ementa

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO AO CONFISCO. REGÊNCIA PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. TAXA SELIC. APLICABILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ENCARGO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. O princípio constitucional do não-confisco é dirigido aos tributos e não à multa. Já a capacidade contributiva das empresas é presumida, devendo ser demonstrada pelo devedor a impossibilidade do pagamento dos valores exigidos pelo Fisco.

2. O Fisco está cobrando multa de ofício de 112,5%, com fundamento no artigo 44, parágrafo 2º, da Lei nº 9.430/96, com a redação conferida pela Lei nº 9.532/97, porquanto o contribuinte, não obstante notificado para apresentar documentos (comprovantes de rendimentos) e prestar esclarecimentos na seara administrativa, deixou de se manifestar.

3. Aplicabilidade da Taxa SELIC, a teor do disposto no artigo 13 da Lei nº 9.065/95.

4. Afastado o argumento de capitalização dos juros, uma vez que não comprovado pelo apelante.

5. A teor do disposto na Súmula nº 168 do TFR, "O encargo de 20% (vinte por cento), do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios." . Impõe-se, assim, a exclusão da verba honorária fixada, em sentença, a favor do patrono da União.

Data Publicação
19/10/2005

Deve-se frisar ainda que esse próprio TJAM, já se pronunciou sobre o assunto da multa fiscal, quando do julgamento da Apelação Cível 2005000641-6, em que a Fazenda Pública contendia com outra empresa contribuinte do ICMS, tendo o v. Acórdão mantido o patamar de até 100% da multa aplicada a partir da observação do posicionamento das Cortes Superiores Pátrias sobre o tema, como se infere do trecho desse julgado local a seguir destacado:

“Assevera a apelante que '... o valor... da multa não pode chegar as raias do confisco, pelo menos é o que se vê de uma multa de 100%', 'É comum encontrar nas leis do ICMS..., multas que variam de 100% a 400%' , 'A doutrina e a jurisprudência são assentes em entenderem que cabe ao Poder Judiciário graduar as multas escorchantes, a teor do art. 112 do CTN, bem como por contrariar a Constituição Federal de 1988, que proíbe multa confiscatória' (sic). Pretende'... reduzir o percentual de multa de 100% para valores razoáveis'(sic). A r. sentença (fls. 163/180), após concluir pela '...inconstitucionalidade do art. 101, incisos IV, VII, da Lei Complementar 17/97, ... por serem desproporcionais e com caráter sobejamente confiscatório' (sic) as multas de 400% (quatrocentos por cento) ali fixadas. Determinou fossem as multas aplicadas à apelante reduzidas '... para o percentual de 100% (sic). A apelante, porém quer reduzi-las ainda mais. Creio não lhe assistir razão. No tocante à garantia do art. 150, IV, da Constituição Federal (vedação de confisco), oportuno lembrar a pertinente observação feita pelo ilustrado Min. Sepúlveda

Pertence, em voto proferido na ADIMC 2.087 AM (DJ 19.09.2003): 'Cuida-se de ... de um conceito indeterminado, insusceptível de precisa demarcação a priori e, sobretudo, de difícil aplicação prática'. Pois bem, ao decidir a ADI 555 RJ (rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24.10.2002, precedente, v. u., DJ14.02.2003, p. 58), o Plenário da Suprema Corte considerou desproporcionais e confiscatórias multas de 200% (duzentos por cento) e de 500% (quinhentos por cento) pelo não recolhimento e sonegação de tributos estaduais, respectivamente, razão por que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 2.º e 3.º, do art. 57, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Lado outro, ao solucionar o RE 241.074 - RS (rel. Min. Ilmar Galvão, j.12.11.2002, não conheceram, v. u. , DJ 19.12.2003, P. 93), A 1ª Turma do STJ considerou razoável multa de 80% (oitenta por cento) pelo recolhimento tardio da COFINS, razão por que rejeitou a alegação de ofensa ao art. 150, IV, da Constituição Federal. Ora, uma vez que a multa fixada pela r. sentença se encontra dentro do intervalo fixado pelos dois precedentes antes referidos, creio que se deve considerá-la razoável. Amparado nesses mesmos motivos, rejeito a pretensão de restaurar as multas de 400% (quatrocentos por cento) deduzida na apelação adesiva (fls. 254/260) da Fazenda Pública Estadual.(grifamos)

Ante o exposto, é fácil perceber não merecer o reconhecimento desse E. Tribunal a alegação de excessividade da multa fiscal aplicada, eis que em patamar admissível pela jurisprudência sobre o assunto, aplicável ao caso em concreto, firmada pelas Cortes Superiores e por

esse próprio Tribunal.

Sobre a alegação de decadência, muito facilmente se percebe que a mesma não ocorre, haja vista que o prazo decadencial é verificável entre o final do ano do fato gerador do tributo e o lançamento tributário, isto é, a constituição do crédito tributário, e não a data do ajuizamento da ação de cobrança, como aduz a empresa apelante. Pois estabelece o artigo 173, I, do CTN:

“O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.”

Assim sendo, se considerados os exercícios de 2001 e 2002, como faz referência a apelante acerca do fato gerador dos créditos tributários em discussão, é de fácil constatação não subsistir a hipótese de decadência pela simples análise das CDAs que lastreiam a execução fiscal questionadas, as quais apontam para autos de infrações fiscais, que destacam o momento do lançamento tributário (ou constituição do crédito), lavrados no ano de 2006, ou seja, dentro dos cinco anos a que se refere a norma acima em destaque.

O que ocorre é que a apelante mistura os conceitos de decadência e prescrição tributárias, usando-se do termo inicial do prazo decadencial (ano do fato gerador do tributo) em cotejo com o termo final do prazo prescricional (que é a data do ajuizamento da ação de cobrança da dívida constituída).

Pelo exposto, fica claro não ocorrer na hipótese sob exame, nem decadência, como acima ficou evidenciado, nem mesmo prescrição, considerando o que estabelece o artigo 174 do CTN, pois, a ação de cobrança data do ano de 2008, cerca de dois anos apenas após a constituição do crédito (que não é a definitiva) com a lavratura dos autos de infrações fiscais.

Demonstrada, portanto, sob todos os aspectos, a inconsistência das alegações da apelante, merecendo ser confirmada a sentença de rejeição dos embargos, ou até

com a negativa de provimento do recurso de apelação sob exame.

IV - DO PEDIDO

Diante, portanto, de tudo o que se expôs, a Fazenda Pública do Estado do Amazonas requer que esse Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, em acolhendo a presente manifestação em todos os seus termos, **NEGUE PROVIMENTO à APELAÇÃO** da embargante, mantendo a r. sentença recorrida em todos os seus termos e efeitos, porém, acrescentando capítulo referente a condenação da apelante em honorários advocatícios, em observância ao princípio da causalidade, pois, ao contrário da situação do processo até a sentença, por ocasião do recurso sob exame exigiu-se a efetiva participação e manifestação do órgão de representação judicial do Estado.

Nestes termos, pede deferimento.

Manaus, 29 de outubro de 2008.

MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO

Procurador do Estado

OAB/AM nº 4.01

DOCTRINA

ASPECTOS GERAIS DO CRÉDITO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho
Procurador do Estado do Amazonas.
Professor de Direito Financeiro e Tributário
no CIESA. Mestre em Direito pela UFSC e
pela UFPE. Doutorando em Direito Tributário

pela PUC-SP.

SUMÁRIO: 1. Acepções financeiras do vocábulo “crédito” - 2. Crédito público: conceito - 3. Natureza jurídica do crédito público - 4. Técnicas da captação do empréstimo - 5. Classificação: 5.1. Quanto à pessoa jurídica que obtém o crédito; 5.2. Quanto à origem territorial da dívida; 5.3. Quanto aos prazos de duração; 5.4. Classificação constitucional - 6. Princípios dos empréstimos públicos - 7. Regime constitucional do crédito público - 8. O crédito público, a dívida pública e a Lei de Responsabilidade Fiscal: 8.1. Noções gerais; 8.2. Conceituações legais; 8.3. Limites da dívida pública e das operações de crédito; 8.4. Recondução da dívida aos limites; 8.5. Operações de crédito; 8.5.1. Condições para efetivação; 8.5.2. Vedações legais; 8.6. Operações de crédito por Antecipação de Receita Orçamentária; 8.6.1. Conceito; 8.6.2. Condições para efetivação; 8.6.3. Vedações legais; 8.7. Concessão de garantias - 9. Crédito público sem autorização legislativa - 10. Crédito público estadual, distrital e municipal - 11. Limites e condições fixados pelo Senado para as operações de crédito - 12. Conclusões - Bibliografia.

1. Acepções financeiras do vocábulo “crédito”

¹ Aliomar Baleeiro, *Cinco aulas de finanças e política fiscal*, p. 32; Ariosto de Rezende Rocha, *Elementos de direito financeiro e finanças*, v. 1, p. 85.

² Além dos créditos orçamentários, há os denominados “créditos adicionais” (art. 40, Lei 4.320/64), que se dividem em: a) “suplementares”, abertos no caso de insuficiência do crédito autorizado no orçamento; b) “especiais”, para um fim não previsto no orçamento; c) “extraordinários”, nos casos de guerra, comoção interna, calamidade pública (art. 41, Lei 4.320/64).

³ Aliomar Baleeiro, *Cinco aulas de finanças e política fiscal*, p. 32.

⁴ Egas Rosa Sampaio, *Instituições de ciência das finanças*..., p. 249; Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, *Manual de direito financeiro e direito tributário*, p. 112.

A palavra “crédito” é empregada em dois sentidos diferentes na terminologia do Direito Financeiro.

Numa primeira acepção, “crédito” significa uma autorização para gastar e expressa o limite máximo dos recursos que poderão ser aplicados em determinado fim . Geralmente essas autorizações estão contidas no orçamento, para ocorrerem às despesas nele fixadas, sendo, por tal circunstância, denominadas “orçamentárias” .

O vocábulo “*crédito*”, por outro lado, também pode ser usado para designar a faculdade de o Estado tomar dinheiro emprestado, ou o conjunto dos empréstimos, ou a técnica de recorrer a eles . Neste caso, o referido vocábulo costuma ser acompanhado do adjetivo “público”, formando a expressão “crédito público”. Como evidencia o título do presente estudo, o mesmo limita-se a analisar o crédito em sua segunda acepção.

2. Crédito público: conceito

7

Denomina-se crédito público, consoante exposto, o procedimento de que o Estado lança mão para captar, através de empréstimos, recursos monetários de quem deles dispõe e aplicá-los aos gastos públicos, tanto para custear investimentos como para antecipar receita, assumindo, em contrapartida, a obrigação de restituí-los nos prazos e condições fixados . Também é conhecido como *empréstimo público*.

⁵Régis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath, *Manual de direito financeiro*, p. 152.

⁶José Matias Pereira, *Finanças públicas*:..., p. 37.

⁷Nesse sentido é a lição de José Dalton Vitorino Leite, que aduz: “o conceito doutrinário de receita não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, vez que a Lei n. 4.320/64 inclui como receita os empréstimos obtidos, deixando assente que a 'definitividade' é irrelevante para caracterizar o ingresso como receita” (*Temas de direito público*, p. 52-53). *Vide*, a respeito, o art. 3º e o art. 11, §§ 1º a 4º, ambos da Lei 4.320/64, e o art. 12, § 2º, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

⁸Ministro argentino que, em 1902, sustentou em Washington a impossibilidade da execução forçada dos empréstimos públicos. *Vide*, a respeito: Alberto Deodato, *Manual de ciência das finanças*, p. 333; Régis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath, *Manual de direito financeiro*, p. 153.

Genericamente, empréstimo público é o contrato administrativo pelo qual o Estado recebe determinado valor que se obriga a devolver, na forma por ele estipulada , via de regra, acrescido de juros e dentro de determinado prazo preestabelecido.

Pelo fato de serem necessariamente reembolsados, prevalece na doutrina a noção de que os recursos obtidos pelo Estado em decorrência de operações de crédito não constituem receita (no sentido estrito do termo), mas simples entradas de caixa ou ingressos, tendo em vista que não criam novos valores positivos para o patrimônio público . Ressaltamos, contudo, como o fizemos no capítulo dedicado ao estudo das receitas públicas, que o direito positivo brasileiro recepcionou a definição *ampla* de receita pública. Assim, mesmo destituídos de caráter definitivo, os empréstimos públicos, que para a Ciência das Finanças são meras entradas¹¹ de caixa ou ingressos, categorizam-se como receitas para o Direito Financeiro .

3. Natureza jurídica do crédito público

Várias são as correntes e as teorias no definir a natureza jurídica dos empréstimos públicos, podendo ser assinaladas as seguintes:

a) *teoria do ato de soberania*, sustentada por Sayagués Laso, Luiz María Drago , Sá Filho e Giuliani Founrouge, segundo a qual o empréstimo público expressaria manifestação de soberania, que, por definição, é insuscetível de restrições jurídicas. O crédito público, nestes termos, é concebido como *obrigação unilateral autônoma de direito público*, tendo o Estado,

⁹ Carlos José de Assis Ribeiro, *O crédito público no Brasil: teoria e prática*, p. 23.

¹⁰ *O crédito público no Brasil: teoria e prática*, p. 22 e 25-26.

¹¹ Nesse sentido: Benedito Antônio Alves e Sebastião Edilson R. Gomes, *Curso de direito financeiro*, p. 111; Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, *Manual de direito financeiro e direito tributário*, p. 117-118; Róbison de Castro, *Administração e direito financeiro e orçamentário*, p. 159.

¹² Régis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath, *Manual de direito financeiro*, p. 157.

decorrentemente, obrigação moral, mas não jurídica, de respeitar as cláusulas que condicionam os empréstimos públicos ;

b) *teoria civilista*, cujos defensores sustentam que se cuida de *contrato de direito privado*. Encampam tal posição, dentre outros: Gabriel Franco e Henri Laufenburger;

c) *teoria do contrato de direito público*, sustentada por Lafarrière, Vellasco, Gabino Fragá⁴e Assis Ribeiro .

Apesar da divergência doutrinária a respeito do tema, prevalece o entendimento que dá ao crédito público natureza tipicamente *contratual* .

Trata-se, mais precisamente, de *contrato de direito público* porque: “a) deve haver prévia previsão orçamentária; b) exige disposição legal específica; c) há obrigatoriedade de autorização e controle do Senado; d) necessária a finalidade pública; e) é possível alteração unilateral de determinadas cláusulas, se assim foi previsto na lei; f) há sujeição a prestação de contas; g) há inviabilidade de execução específica; e h) pode ocorrer possibilidade de rescisão unilateral (resgate antecipado)” .

Cumprir destacar que nem todo o passivo do Estado pode ser incluído no conceito de “dívida pública”. De fato, nem toda operação de que o Estado resulte devedor pode ser considerada crédito público: não se compreendem no tema outras relações jurídicas em que o Estado seja devedor, como é o caso dos pagamentos que deve a seus servidores, fornecedores etc. Se, por exemplo, o Estado foi condenado em ação de indenização, *deve, ter* *débito*, mas

¹³ Aliomar Baleeiro, *Uma introdução à ciência das finanças*, p. 476; Geraldo Ataliba, *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, p. 14.

¹⁴ Régis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath, *Manual de direito financeiro*, p. 159.

¹⁵ *Direito financeiro e tributário*, p. 97.

¹⁶ *O crédito público no Brasil: teoria e prática*, p. 8.

¹⁷ Róbison de Castro, *Administração e direito financeiro e orçamentário*, p. 159.

não firmou *empréstimo*; tornou-se devedor por outro título, qual seja, uma decisão judicial .

Para a caracterização do crédito público, a *vontade* do indivíduo em contratar com o Estado é fundamental para que se evitem discussões sobre o denominado empréstimo compulsório, que é tributo .

Procurando definir a natureza jurídica do crédito público, Kiyoshi Harada observa que: “O empréstimo voluntário ou crédito público próprio é aquele contraído sob a égide do princípio da autonomia da vontade. Resulta sempre de um contrato de mútuo ou da aquisição de títulos representativos da dívida pública. O elemento volitivo, a espontaneidade do prestamista, é essencial” .

4. Técnicas da captação do empréstimo

18

Os empréstimos públicos, como assinala Carlos José de Assis Ribeiro , podem ser levantados de duas formas:

a) através de contratos, junto a estabelecimentos de crédito oficial ou de entidades financeiras, nacionais ou estrangeiras, sujeitas a controle estatal;

b) mediante emissão de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, caso em que o Estado procura o investidor, interessado na aquisição dos mesmos. Os investidores poderão ser pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, internas ou externas .

5. Classificação

²⁰ A classificação do crédito público (ou da dívida pública) não é uniforme entre os doutrinadores, dada a diversidade de critérios que podem ser adotados para seu

¹⁸ Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, *Manual de direito financeiro e direito tributário*, p. 120.

¹⁹ Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, *Manual de direito financeiro e direito tributário*, p. 125.

²⁰ Geraldo Ataliba, *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, p. 75.

enquadramento em espécies ou categorias afins.

Sendo, pois, várias as possíveis classificações jurídicas do crédito público, veremos apenas aquelas mais citadas pela doutrina pátria.

5.1. Quanto à pessoa jurídica que obtém o crédito

Em relação à *pessoa jurídica que obtém o crédito*, podemos classificá-lo em federal, estadual, municipal ou distrital, na medida em que pode ser obtido pela União, pelos Estados, pelos Municípios ou pelo Distrito Federal .

5.2. Quanto à origem territorial da dívida

Quanto à *origem territorial*, a dívida pública pode ser:

a) interna: “quando decorre de²³ obrigação assumida no próprio território do Estado, inclusive mediante colocação de títulos no mercado de capitais através do Banco Central (art. 164, CF), pouco importando que os credores²⁴(investidores) sejam nacionais ou estrangeiros” . O crédito interno é aquele que o Estado²⁵ pode realizar no seu mercado interno, naquilo que se convencionou designar de praça financeira, que está dentro do próprio território do Estado ;

²¹ Hugh Dalton, *Principios de finanzas públicas*, p. 273.

²² *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 186. Os créditos externos, por seu turno, podem ser classificados em créditos *estrangeiros* ou *internacionais*, consoante lecionam Benedito Antônio Alves e Sebastião Edilson Gomes (*Curso de direito financeiro*, p. 113). O crédito estrangeiro é o que se obtém de um governo de outro país ou de uma instituição financeira sediada num outro país. Já o chamado crédito internacional é o que se obtém de instituições plurinacionais, multinacionais ou internacionais, ou seja, que não estão vinculadas a nenhum país determinado. Ambos se regem pelas normas do crédito internacional público.

²³ Ricardo Lobo Torres, *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 187.

²⁴ Heilio Kohama, *Contabilidade pública: teoria e prática*, p. 158.

²⁵ Dejalma de Campos, *Direito financeiro e orçamentário*, p. 56.

²⁶ Manuel Morselli, *Compendio de ciencia de las finanzas*, p. 258.

b) externa: quando decorre de obrigação assumida pelo Estado fora dos limites de seu território. O empréstimo externo é o subscrito por pessoas ou instituições que se encontram fora do território controlado pelo ente público que contrai a dívida²⁷. No dizer de Ricardo Lobo Torres, externa “é a dívida contraída com Estados Estrangeiros, com instituições financeiras mantidas pela ONU e por outros organismos²⁹ internacionais (Fundo Monetário Internacional, Banco Internacional para Reconstrução e o Desenvolvimento Econômico - BIRD), com bancos estrangeiros ou através de títulos colocados nos mercados internacionais de capitais”³⁰.

5.3. Quanto aos prazos de duração³¹

Quanto aos *prazos de duração*, a dívida pública pode ser:

a) flutuante: quando, sendo dívida de curto prazo, deva ser paga no³² mesmo exercício financeiro. A dívida pública flutuante, também chamada *administrativa*, é aquela contraída para atender às momentâneas necessidades de caixa ou para a administração de bens de terceiros. Por ser adquirida para suprir deficiência de caixa, deve ser resgatada a curto prazo.

De acordo com o art. 92 da Lei 4.320/64, a dívida flutuante compreende: a) os restos a pagar, excluídos os

²⁷Jair Cândido da Silva e Edilson Felipe Vasconcelos, *Manual de execução orçamentária e contabilidade pública*, p. 329.

²⁸Jair Cândido da Silva e Edilson Felipe Vasconcelos, *Manual de execução orçamentária e contabilidade pública*, p. 318.

²⁹Régis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath, *Manual de direito financeiro*, p. 168.

³⁰Ricardo Lobo Torres, *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 187.

³¹Manuel Morselli, *Compendio de ciencia de las finanzas*, p. 263.

³² Ressalte-se que, para os efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, é adotada a seguinte definição de dívida pública consolidada ou fundada: “montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses” (art. 29, I, LRF).

³³Aliomar Baleeiro, *Uma introdução à ciência das finanças*, p. 484.

³⁴Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição brasileira*, v. 6, p. 11.

³⁵ *Comentários à Constituição brasileira*, v. 6, p. 11.

serviços da dívida a pagar; b) os serviços da dívida a pagar, que compreendem “as parcelas das amortizações e de juros da dívida fundada ou da dívida consolidada” ; c) os depósitos; e d) os débitos de tesouraria, que são as “dívidas provenientes de operações de crédito para antecipação da receita orçamentária” . Na Constituição vigente há um exemplo, apenas, de dívida flutuante, a saber, aquela adquirida³⁶ por antecipação de receita orçamentária” (ARO), tal como previsto no § 8º do art. 165 ;

b) fundada (ou consolidada): quando seja inscrita nos livros da Fazenda Pública para pagamento em data previamente determinada (empréstimo amortizável) ou sem prazo fixado para a amortização (empréstimo perpétuo) . A dívida pública consolidada é contraída pelo Estado para fazer face a gastos de grande volume .

De acordo com o art. 98 da Lei 4.320/64, a dívida fundada compreende “os compromissos de exigibilidade superior a 12 (doze) meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financeiro de obras e serviços públicos” .

Caracteriza-se, assim, a dívida fundada por sua estabilidade , já que resulta de empréstimos a médio e longo prazo . A expressão “fundada”, consõante leciona Pinto Ferreira, “surgiu de uma circunstância histórica na Inglaterra, pois, quando se emitia empréstimos de tal tipo, instituiu-se um *fundo*, abrangendo os juros e o resgate do principal, para enfrentar os ônus da dívida contraída” .

5.4. Classificação constitucional

³⁶ *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, p. 101. No mesmo sentido: Benedito Antônio Alves e Sebastião Edilson R. Gomes, *Curso de direito financeiro*, p. 114. Estes últimos autores, contudo, denominam tal classificação de *legal*.

³⁷ Benedito Antônio Alves e Sebastião Edilson R. Gomes, *Curso de direito financeiro*, p. 114. Nesse sentido é o disposto no art. 7º, II, da Lei 4.320/64, e no art. 38, *caput*, da LRF.

³⁸ Benedito Antônio Alves e Sebastião Edilson R. Gomes, *Curso de direito financeiro*, p. 114.

³⁹ Kiyoshi Harada, *Direito financeiro e tributário*, p. 98.

⁴⁰ *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 185.

Alguns autores apontam uma divisão dos créditos públicos que qualificam como *constitucional*. É o caso de Geraldo Ataliba, que distingue, segundo tal classificação, as seguintes espécies: a) operações de crédito por antecipação de receita e b) operações de crédito em geral .

As operações de crédito por Antecipação de Receita Orçamentária (ARO) são empréstimos de curto prazo, efetuados exclusivamente para suprir déficit momentâneo de caixa .

As operações de crédito em geral, por seu turno, seriam aquelas que não se compreendem como antecipação de receitas, tratando-se de empréstimos a longo prazo .

Essa classificação, de certa forma, assemelha-se àquela que divide o empréstimo público em dívidas flutuantes e dívidas fundadas .

6. Princípios dos empréstimos públicos

Segundo Ricardo Lobo Torres , os empréstimos públicos subordinam-se aos seguintes princípios:

a) o da *legalidade*, segundo o qual há necessidade de lei para as operações de crédito, devendo ser respeitado o subprincípio da reserva da lei complementar no que diz respeito às normas gerais sobre a dívida pública externa e interna, sobre a concessão de garantias pelas entidades públicas e sobre a emissão e resgate de títulos da dívida pública (art. 163, II, III e IV da CF/1988);

b) o do *equilíbrio orçamentário*, o qual depende da contenção dos empréstimos públicos. A vedação de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital (art. 167, III, CF/1988) tem por objetivo igualmente evitar o desequilíbrio orçamentário;

c) o da *transparência*, que impõe a inclusão no orçamento de todos os empréstimos, até mesmo daqueles por antecipação de receita (art. 165, § 8º, CF/1988);

d) o da *seriedade* ou da *irretratabilidade* da promessa de restituição do empréstimo, subprincípio da própria legalidade, é importante para o equilíbrio das contas nacionais e sem ele inexistente o crédito público, que é sinônimo de credibilidade e confiança;

e) o da *equidade entre gerações*, que sinaliza no sentido de que a geração atual não deve exceder o limite da razoabilidade no endividamento, a fim de não sobrecarregar as gerações futuras, às quais caberá suportar o ônus do resgate.

7. Regime constitucional do crédito público

São várias as normas existentes na Constituição Federal de 1988 acerca do crédito público. Dentre outras disposições, a CF/1988 estabelece que:

a) lei complementar disporá “sobre dívida pública interna e externa, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público” (art. 163, II);

b) a legislação disposta sobre operações de crédito e dívida pública cabe ao Congresso Nacional (art. 48, II);

c) compete à União a fiscalização das operações de crédito em geral (art. 21, VIII), a qual detém competência privativa para legislar sobre a política de crédito (art. 22, VII);

d) lei complementar disporá sobre dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público, bem como a emissão e resgate de títulos da dívida pública, além das garantias pelas entidades (art. 163, *caput* e incisos II, III e IV);

e) compete privativamente ao Senado Federal dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e

demais entidades controladas pelo Poder Público federal (art. 52, VII);

f) é vedado à União tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações (art. 151, II);

g) é vedado ao Banco Central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão que não seja instituição financeira (art. 164, §1º), sendo-lhe ainda atribuída a incumbência de operações de compra e venda de títulos emitidos pelo Tesouro Nacional, com o objetivo de aumentar ou diminuir a liquidez do sistema (art. 164, § 2º);

h) autorizadas as operações de crédito, devam seus efeitos ser incluídos na lei orçamentária anual (art. 165, § 6º);

i) é vedada a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta (art. 167, III);

j) é possível intervenção pelo não pagamento da dívida pública fundada (art. 34, V, a e 35, I).

8. O crédito público, a dívida pública e a Lei de Responsabilidade Fiscal

8.1. Noções gerais

Dentre os temas regulados pela LC 101/2000, aquele que mais destaque recebeu do legislador foi o relativo à dívida pública (aqui abrangido o crédito público): é sobre ela o capítulo mais longo de toda a lei (Capítulo VII), com 14

⁴¹No caso específico da União, será incluída na sua dívida pública consolidada a relativa à emissão de títulos de responsabilidade do Banco Central (art. 29, § 2º, LRF).

artigos (arts. 29 a 42).

A relação entre a dívida pública e a responsabilidade na gestão fiscal preconizada pela Lei Complementar 101/2000 é evidente, porquanto uma gestão responsável dos recursos públicos deve, necessariamente, enfatizar o controle não apenas sobre os gastos propriamente ditos (despesas públicas), mas também sobre o endividamento público.

Partindo dessa premissa,⁴³ na Lei de Responsabilidade Fiscal são definidos os conceitos de operação de crédito e de dívida pública e propostas regras bastante precisas para o controle da dívida, para a realização de operações de crédito destinadas ao giro da dívida mobiliária e para a prestação de garantias pelas entidades públicas.

44

8.2. Conceituações legais

A LRF traz, no capítulo reservado à dívida pública, os seguintes conceitos (art. 29):

a) *dívida pública consolidada ou fundada*: montante total das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a um ano (art. 29, I) e aquelas de prazo inferior a um ano cujas receitas tenham constado do orçamento (art. 29, § 3º) ;

b) *dívida pública mobiliária*: dívida representada por títulos emitidos pelos entes da Federação (art. 29, II) ;

⁴² No caso específico da União, será incluída na sua dívida pública mobiliária a representada pelos títulos do Banco Central do Brasil (art. 29, II, LRF).

⁴³ Nos casos de assunção, reconhecimento ou confissão de dívidas por ente da Federação, o § 1º do art. 29 da LRF determina, ainda, o “cumprimento das exigências dos arts. 15 e 16”.

⁴⁴ LRF, art. 29, § 4º: “O refinanciamento do principal da dívida mobiliária não excederá, ao término de cada exercício financeiro, o montante do final do exercício anterior, somado ao das operações de crédito autorizadas no orçamento para este efeito e efetivamente realizadas, acrescido de atualização monetária.”

c) *operação de crédito*: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outros derivativos financeiros (art. 29, III), além da assunção, ~~re~~ reconhecimento ou confissão de dívidas pelo ente da Federação (art. 29, § 1º) ;

d) *concessão de garantia*: compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da federação ou entidade a ele vinculada (art. 29, IV); ⁴⁷

e) *refinanciamento de dívida mobiliária*: emissão de títulos para pagamento do principal acrescido da atualização monetária (art. 29, V) .

8.3. Limites da dívida pública e das operações de crédito

Os limites ao montante (estoque) da dívida pública serão fixados tomando-se por base a dívida consolidada da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que compreende a dívida da administração direta, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes sempre em relação à Receita Corrente Líquida (RCL).

O inciso I do art. 30 da LRF determina que o

⁴⁵ CF/1988, art. 52: "Compete privativamente ao Senado Federal: (...) VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

⁴⁶ CF/1988, art. 52: "Compete privativamente ao Senado Federal: (...) VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

⁴⁷ CF/1988, art. 48: "Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, (...) dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) XIV - moeda, seus limites de emissão, e *montante da dívida mobiliária federal*" (grifamos).

Presidente da República, no prazo de 90 (noventa) dias após a sua publicação, submeta ao Senado Federal uma proposta de limites globais para o montante da dívida consolidada da União, Estados e Municípios, cumprindo o que estabelece o inciso VI do art. 52 da Constituição . Também determina que, no mesmo prazo, deve o Presidente encaminhar ao Senado proposta de limites e condições relativos aos incisos VII, VIII e IX do art. 52 da CF .

Adicionalmente, o inciso II do art. 30 da LRF determina que o Presidente da República apresente, no mesmo prazo, ao Congresso Nacional projeto de lei que estabeleça limites para o montante da dívida mobiliária federal , acompanhado da demonstração de sua adequação aos limites fixados para a dívida consolidada da União.

As propostas acima mencionadas deverão conter (art. 30, § 1º, LRF):

a) demonstração de que os limites e condições guardam coerência com as normas estabelecidas na LRF e com os objetivos da política fiscal do governo;

b) estimativas do impacto da aplicação dos limites a cada uma das três esferas de governo;

c) razões de eventual proposição de limites diferenciados por esfera de governo;

d) metodologia de apuração dos resultados primário e nominal.

Os limites do montante (estoque) da dívida pública (consolidada e mobiliária) serão fixados em percentual da Receita Corrente Líquida (RCL) para cada esfera de governo e aplicados igualmente a todos os entes da Federação que façam parte de seu cálculo, constituindo, para cada um deles, limites máximos (art. 30, § 3º, LRF).

A apuração do montante da dívida consolidada, para fins de verificação do atendimento de seu limite, será

⁴⁸ Esta é a interpretação que extraímos da expressão “No prazo previsto no art. 5º”, empregada no § 5º do art. 30 da LRF.

efetuada ao final de cada quadrimestre (art. 30, § 4º, LRF).

Ressalte-se que os limites e condições para o montante da dívida consolidada e mobiliária, a que se referem os incisos I e II do *caput* do art. 30 da LRF, não são definitivos e imutáveis. Com efeito, a LRF traz a possibilidade de o Presidente da República, ao apresentar o projeto do orçamento, enviar ao Senado Federal ou ao Congresso Nacional, conforme o caso, proposta de manutenção ou alteração daqueles limites e condições (art. 30, § 5º).⁴⁹

Ademais, sempre que alterados os fundamentos das propostas dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, em razão de instabilidade econômica ou alterações nas políticas monetária ou cambial, o § 6º do art. 30 autoriza o Presidente da República a encaminhar ao Senado ou ao Congresso Nacional, conforme o caso, solicitação de revisão desses limites (art. 30, § 6º, LRF).

É importante observar que a partir da vigência da LRF, os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos, integram a dívida consolidada (art. 30, § 7º).

8.4. Recondução da dívida aos limites

Como vimos, a apuração do montante da dívida pública consolidada do ente da Federação, para fins de verificação do atendimento de seu limite, será efetuada ao final de cada quadrimestre (art. 30, § 4º, LRF).

Uma vez excedido o limite máximo ao final de um quadrimestre, é dado prazo de 3 (três) quadrimestres subsequentes para a eliminação do excesso que deve ser reduzido em pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) no

⁴⁹ Ressalvado o refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária (art. 31, § 1º, I, LRF).

⁵⁰ Para tanto, o inciso II do § 1º do art. 31 da LRF autoriza o ente que houver incorrido no excesso a promover limitação de empenho, na forma do art. 9º daquele diploma legal.

primeiro quadrimestre (art. 31, *caput*, LRF).

Enquanto se verificar o excesso, o ente que nele houver incorrido ficará:

a) proibido de realizar novas operações de crédito, internas ou externas, inclusive por antecipação de receita orçamentária (art. 31, § 1º, I) ;

b) obrigado a obter resultado primário necessário à recondução da dívida ao limite (art. 31, § 1º, II) .

Configura crime contra as finanças públicas, passível de pena de 1 (um) a 2 (dois) anos de reclusão, a ordenação, a autorização ou a realização de operação de crédito, interno ou externo, quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei (art. 359-A, parágrafo único, II, do Código Penal Brasileiro, acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19.10.2000).

Decorrido o prazo para o retorno do montante da dívida ao limite, fica o ente também impedido de receber transferências voluntárias (art. 31, § 2º, LRF).

Ressalte-se que as restrições do § 1º do art. 31 da LRF aplicam-se imediatamente se o montante da dívida exceder o limite nos primeiros quatro meses do último ano do mandato do Chefe do Poder Executivo (art. 31, § 3º). Dito de outro modo, no último ano do mandato não será concedido o prazo de 12 meses (art. 31, *caput*) para o ente se ajustar aos limites da dívida consolidada, aplicando-se de imediato as sanções cabíveis.

Também como forma de sanção, o § 4º do art. 31 da LRF determina que o Ministério da Fazenda divulgue, mensalmente, a relação dos entes que tenham ultrapassado os limites das dívidas consolidada e mobiliária. Quanto à dívida pública consolidada, entendemos que a divulgação da referida relação não deva aguardar o prazo de 12 meses para o retorno da dívida ao limite (art. 31, § 2º). Com efeito, considerando ser mensal a periodicidade da mencionada divulgação (art. 31, § 4º, LRF), conclui-se que, na hipótese

de a dívida consolidada do ente da Federação ultrapassar o respectivo limite ao final⁵¹ de um quadrimestre, já estará, desde então, sujeito a figurar na relação do Ministério da Fazenda de cada mês até que retorne ao limite.

Os preceitos acima comentados também são aplicáveis aos casos de descumprimento dos limites da dívida pública mobiliária e das operações de crédito internas e externas (art. 31, § 5º, LRF).

8.5. Operações de crédito

8.5.1. Condições para efetivação

O ente da Federação que tiver interesse em realizar operação de crédito - cujo significado, como vimos, é obtido pela conjugação do inciso III do art. 29 da LRF com o § 1º do mesmo artigo - formalizará seu pleito (art. 32, § 1º, LRF), no qual deverá:

- 1) fundamentar seu pedido em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos;
- 2) demonstrar a relação custo-benefício da

⁵¹ Configura crime contra as finanças públicas, passível de pena de 1 (um) a 2 (dois) anos de reclusão, a ordenação, a autorização ou a realização de operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa (art. 359-A, *caput*, do Código Penal Brasileiro, acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000).

⁵² Configura crime contra as finanças públicas, passível de pena de 1 (um) a 2 (dois) anos de reclusão, a ordenação, a autorização ou a realização de operação de crédito, interno ou externo, com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em resolução do Senado Federal (art. 359-A, parágrafo único, I, do Código Penal Brasileiro, acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000).

⁵³ Para fins de verificação do atendimento do inciso III do art. 167 da CF/1988, considerar-se-á, em cada exercício financeiro, o total dos recursos de operações de crédito nele ingressados e o das despesas de capital executadas. Não serão computadas nas despesas de capital as realizadas sob a forma de empréstimo ou financiamento a contribuinte, com o intuito de promover incentivo fiscal, tendo por base tributo de competência do ente da Federação, se resultar a diminuição, direta ou indireta, do ônus deste. Se o empréstimo ou financiamento for concedido por instituição financeira controlada pelo ente da Federação, o valor da operação será deduzido das despesas de capital (art. 32, § 3º, LRF). Ressalte-se que as operações de crédito por antecipação de receita não serão computadas para efeito do que dispõe o inciso III do art. 167 da Constituição, desde que liquidadas, com juros e outros encargos incidentes, até o dia 10 de dezembro de cada ano (art. 38, § 1º, LRF).

operação;

3) provar o interesse econômico e social da operação;

4) comprovar o atendimento das seguintes condições:

a) existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica ;

b) inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação, exceto no caso de operações por antecipação de receita;

c) observância dos limites e condições fixados pelo Senado Federal ;

d) autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo;

e) atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição a chamada “regra de ouro” , que veda “a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta” ;

f) observância das demais restrições estabelecidas na LRF.

Tal procedimento é excepcionado pela própria LRF no que tange às operações relativas à dívida mobiliária federal autorizadas, no texto da lei orçamentária ou de créditos adicionais, as quais serão objeto de processo simplificado que atenda às suas especificidades (art. 32, § 2º, LRF).

Em se tratando de contrato de operação de

⁵⁴Também se constituirá reserva específica na LOA, no montante equivalente ao excesso, se não atendido o disposto no inciso III do art. 167 da Constituição (art. 33, § 4º, LRF).

⁵⁵ Exceto para refinanciamento da dívida e as que visem redução de despesas com pessoal (art. 23, § 3º, III, LRF).

crédito externo, a LRF veda a inclusão de cláusula que importe na compensação automática de débitos e créditos (art. 32, § 5º).

A instituição financeira que contratar operação de crédito com ente da Federação, exceto quando relativa à dívida mobiliária ou à externa, deverá exigir comprovação de que a operação atende às condições e limites estabelecidos (art. 33, *caput*).

A operação realizada com infração do disposto nesta Lei Complementar será ⁵⁶considerada nula, procedendo-se ao seu cancelamento, mediante a devolução do principal, sendo vedados o pagamento de juros e demais encargos financeiros (art. 33, § 1º). Se a devolução não for efetuada no mesmo ano em que se deu o ingresso dos recursos nos cofres públicos, deverá ser consignada reserva específica na lei orçamentária para o exercício seguinte (art. 33, § 2º) .

⁵⁷Enquanto não efetuado o cancelamento, a amortização, ou constituída a reserva na LOA para devolução do empréstimo, o ente estará impossibilitado de receber transferências voluntárias, contratar operações de crédito e obter garantia, direta ou indireta, de outro ente (art. 33, § 3º c/c art. 23, § 3º, ambos da LRF).

O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições da realização de operações de crédito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente (art. 32, *caput*, LRF).

⁵⁶ O que não impede Estados e Municípios de comprar títulos da dívida da União como aplicação de suas disponibilidades (art. 35, § 2º, LRF).

⁵⁷ O que não impede que uma instituição financeira controlada possa adquirir, no mercado, títulos da dívida pública para atender investimento de seus clientes, ou títulos da dívida de emissão da União para aplicação de recursos próprios (art. 36, parágrafo único).

⁵⁸ Sem prejuízo, contudo, do disposto no § 7º do art. 150 da CF/1988, assim redigido: “A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.”

8.5.2. Vedações legais

59

Em matéria de operações de crédito, a LRF veda:

a) a emissão de títulos da dívida pública pelo Banco Central do Brasil a partir de dois anos após a publicação da LRF (art. 34);

b) a realização de operação de crédito entre um ente da Federação e outro, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente (art. 35, *caput*) , exceto operações entre instituição financeira estatal e outro ente da Federação que não se destinem ao financiamento de despesas correntes ou refinanciamento de dívida não contraída com a própria instituição que conceda o crédito (art. 35, § 1º);

c) a realização de operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo (art. 36, *caput*) ;

d) a captação de recursos na forma de antecipação de receita de tributo ou contribuição, cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido (art. 37, II) ;

e) recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma de legislação (art. 37, II);

f) a assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de título de crédito, não se aplicando esta vedação a empresas estatais dependentes (art. 37, III) ;

61

⁵⁹ Empresa estatal dependente, consoante define o inciso III do art. 2º da LRF, é a “empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.

⁶⁰ José Maurício Conti, *Direito financeiro na Constituição de 1988*, p. 87.

⁶¹ Caso em que não serão computadas para efeito do que dispõe o inciso III do art. 167 da Constituição (art. 38, § 1º, LRF).

g) a assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento *a posteriori* de bens e serviços (art. 37, IV).

8.6. Operações de crédito por Antecipação de Receita Orçamentária

8.6.1. Conceito

As operações de crédito por Antecipação de Receita Orçamentária (ARO) são aquelas que se destinam exclusivamente a atender a insuficiência momentânea de caixa durante o exercício financeiro, consoante se infere da leitura do *caput* do art. 38 da LRF. Assim, havendo uma previsão orçamentária de receita que ainda não ingressou nos cofres públicos, poderá ser autorizado empréstimo para fazer face a despesas imediatas .

8.6.2. Condições para efetivação

As operações de crédito por ARO deverão cumprir as exigências impostas pela LRF para a contratação de operações de crédito e, adicionalmente, as seguintes, arroladas nos incisos do art. 38 da mesma lei:

a) somente poderão ser realizadas a partir do dia 10 de janeiro de cada ano;

b) deverão ser liquidadas, com juros e outros encargos incidentes, até o dia 10 de dezembro de cada ano;

c) não serão autorizadas se forem cobrados outros encargos que não a taxa de juros da operação, obrigatoriamente prefixada ou indexada à Taxa Básica Financeira (TBF), ou à que vier a esta substituir.

Tratando-se de operações de crédito por antecipação de receita realizadas por Estados ou Municípios, serão as mesmas efetuadas mediante abertura de crédito junto à instituição financeira vencedora em

processo competitivo eletrônico promovido pelo Banco Central do Brasil (art. 38, § 2º), que manterá sistema de acompanhamento e controle do saldo do crédito aberto e, no caso de inobservância dos limites, aplicará⁶³ as sanções cabíveis à instituição credora (art. 38, § 3º).

8.6.3. Vedações legais

64

Além das vedações dos arts. 35 a 37 da LRF, aplicáveis às operações de crédito por ARO dado o caráter geral daqueles dispositivos, ficam estas operações sujeitas às vedações específicas do inciso IV do art. 38 da LRF:

a) estão proibidas enquanto existir operação anterior da mesma natureza que não tenha sido não integralmente resgatada;

b) não podem ser realizadas no último ano de mandato do Presidente, Governador ou Prefeito.⁶⁵

Deve-se ressaltar que a Constituição veda a prestação de garantias às operações de crédito por

⁶² LRF, art. 40, § 5º: “É nula a garantia concedida acima dos limites fixados pelo Senado Federal”.

⁶³ Consoante o § 8º do art. 40 da LRF, excetua-se de tais exigências a garantia prestada: a) por instituições financeiras estatais, que se submeterão às normas aplicáveis às instituições financeiras privadas, de acordo com a legislação pertinente; b) pela União, na forma de lei federal, a empresas de natureza financeira por ela controladas, direta e indiretamente, quanto às operações de seguro de crédito à exportação.

⁶⁴ A contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida (art. 40, § 1º, II, LRF).

⁶⁵ As exigências para o recebimento de transferências voluntárias estão indicadas no inciso IV do § 1º do art. 25 da LRF. Segundo tal dispositivo o beneficiário (ente recebedor) da operação deverá comprovar: a) que se acha em dia com o ente transferidor no tocante ao pagamento de tributos ou empréstimos (ou seja, que nada deve ao conessor), bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos; b) o cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação (art. 212 da Constituição) e à saúde (art. 55 do ADCT); c) a observância dos limites das dívidas, operações de crédito, de inscrição em Restos a Pagar e da Despesa com Pessoal; d) a existência de previsão orçamentária de contrapartida.

antecipação de receita (art. 167, IV, CF).

66

8.7. Concessão de garantias

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, desde que observem as regras da LRF relativas à contratação de operações de crédito (notadamente o art. 32), e, no caso da União, também os limites e as condições fixados pelo Senado Federal (art. 40, *caput*, LRF) .

Adicionalmente, para a concessão de garantia devem ser observados os seguintes requisitos :

a) a garantia estará condicionada à oferta de *contragarantia*, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida (art. 40, § 1º), a qual não será exigida de órgãos e entidades do próprio ente (art. 40, § 1º, I) ;

b) está condicionada à adimplência da entidade que a pleitear relativamente a suas obrigações junto ao garantidor e às entidades por este controladas (art. 40, § 1º);

c) no caso de operação de crédito junto a organismo financeiro internacional, ou a instituição federal de crédito e fomento para o repasse de recursos externos, a União só prestará garantia a ente que atenda, além das condições acima mencionadas, as exigências legais para o recebimento de transferências voluntárias (art. 40, § 2º) ;

d) é vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos (art. 40, § 6º) ;

e) é vedado ao Banco Central conceder garantias (art. 39, III).

66 LRF, art. 40, § 7º: “O disposto no § 6º não se aplica à concessão de garantia por: I - empresa controlada a subsidiária ou controlada sua, nem à prestação de contragarantia nas mesmas condições; II - instituição financeira a empresa nacional, nos termos da lei”.

A prestação de garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada caracteriza prática de crime contra as finanças públicas passível de pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção (art. 359-E do Código Penal Brasileiro, acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19.10.2000).

Consoante dispõe o art. 61 da LRF, os títulos da dívida pública, desde que devidamente escriturados em sistema centralizado de liquidação e custódia, poderão ser oferecidos em caução para garantia de empréstimos, ou em outras transações previstas em lei, pelo seu valor econômico, conforme definido pelo Ministério da Fazenda. Pratica crime contra as finanças públicas, passível de pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, quem ordena, autoriza ou promove a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia (art. 359-H do Código Penal Brasileiro, acrescentado pela Lei 10.028/2000).

Quando, em razão de garantia prestada em operação de crédito, a União e os Estados honrarem dívida de outro ente, poderão condicionar as transferências constitucionais ao ressarcimento daquele pagamento (art. 40, § 9º). O ente da Federação cuja dívida tiver sido honrada pela União ou por Estado, em decorrência de garantia prestada em operação de crédito, terá suspenso o acesso a novos créditos ou financiamentos até a total liquidação da mencionada dívida (art. 40, § 10).

⁶⁷ *Apud* Régis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath, *Manual de direito financeiro*, p. 164.

⁶⁸ *Uma introdução à ciência das finanças*, p. 462.

⁶⁹ *Manual de direito financeiro*, p. 165.

9. Crédito público sem autorização legislativa

É inequívoca a ilegalidade do contrato de crédito público celebrado pelo Poder Executivo sem expressa autorização do Legislativo.

Suscita, porém, a doutrina o seguinte questionamento: quais os efeitos práticos da celebração de um contrato de crédito público sem autorização legislativa? Estaria o Estado subscritor obrigado a respeitar o contratado, ainda que tivesse sido firmado de forma ilegal?

A questão é objeto de controvérsia entre os estudiosos. Pontes de Miranda, por exemplo, sustenta que “o ato de empréstimo externo que se lançou sem autorização do senado inexistente e nenhuma responsabilidade por ele assumiu o Estado-membro, o Distrito Federal ou Município” .

Diversamente entende Aliomar Baleeiro, que leciona: “o Estado deve ser condenado a restituir o quanto recebeu, se o produto do empréstimo foi investido em sua utilidade. O princípio secular e universal de que a ninguém é lícito locupletar-se com alheia jactura aplica-se também à dívida pública oriunda de contrato defeituoso por falta de autorização legislativa” .

No mesmo sentido é a lição de Régis Fernandes de Oliveira: “Pode-se afirmar que prevalece o princípio da boa-fé (...) como, também, o princípio da aparência, a saber: se alguém contratou com o Estado, através de seu servidor, fê-lo crendo que era ele seu representante. Fê-lo de boa-fé.

⁷⁰ O não-pagamento da dívida fundada, conforme notícia Enrique Ricardo Lewandowski, “constitui pressuposto para a intervenção desde a Reforma de 1926 à Lei Maior de 1891. Todas as Constituições posteriores mantiveram a hipótese, sendo que a de 1946 restringiu a medida apenas ao caso de inadimplemento de dívida fundada exterior. Em 1967, eliminou-se a restrição, passando a ser a ação interventiva autorizada quer na hipótese do não pagamento da dívida fundada interna, quer na de inadimplemento da externa” (*Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*, p. 97). A Constituição vigente também não faz qualquer distinção entre as duas situações.

⁷¹ *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*, p. 118. Nesse sentido: Valdecir Fernandes Pascoal, *A intervenção do Estado no Município: o papel do tribunal de contas*, p. 53.

Logo, não pode sofrer qualquer prejuízo” .

10. Crédito público estadual, distrital e municipal

Os Estados, Municípios e o Distrito Federal podem, como a União, adquirir empréstimos, mediante emissão de títulos. Toda disciplina normativa consta de lei federal e os limites e condições são estabelecidos pelo Senado Federal, através de resolução (art. 52, VII, CF/1988).

Pode ocorrer, todavia, que, em conseqüência de má gestão administrativa, as entidades menores deixem de pagar a dívida fundada por mais de 2 (dois) anos consecutivos, o que enseja, em relação a Estados e Distrito Federal, a intervenção da União (art. 34, V, CF/1988), salvo comprovado motivo de força maior .

Pode ocorrer a intervenção do Estado nos Municípios pelo mesmo motivo (art. 35, I, CF/1988), salvo comprovado motivo de força maior. Nesse caso, como observa Enrique Ricardo Lewandowski, “não basta simplesmente o Município alegar a excludente da força maior, cumprindo-lhe comprovar a sua ocorrência de forma objetiva para obstar a intervenção” .

73

Frise-se que o não pagamento da dívida flutuante não enseja a intervenção federal nos Estados nem desses

⁷² No caso, do ano de 2001, já que a referida resolução foi publicada no Diário Oficial da União de 21.12.2001.

⁷³ *Dívida consolidada líquida*, para os fins da citada Resolução do Senado, é a dívida pública consolidada deduzidas as disponibilidades de caixa, as aplicações financeiras e os demais haveres financeiros (art. 1º, § 1º, V, Resolução 40/2001, do Senado Federal)

Dívida pública consolidada, por seu turno, é o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras (inclusive as decorrentes de emissão de títulos) do Estado, do Distrito Federal ou do Município, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito para amortização em prazo superior a 12 (doze) meses, dos precatórios emitidos a partir de 5 de maio de 2000 e não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos, e das operações de crédito, que, embora de prazo inferior a 12 (doze) meses tenham constado como receitas no orçamento (art. 1º, § 1º, III, Resolução 40/2001, do Senado Federal).

⁷⁴ A receita corrente líquida, para fins da citada Resolução do Senado, é definida no art. 2º do mesmo ato normativo.

nos Municípios.

11. Limites e condições fixados pelo Senado para as operações de crédito

Vimos que, de acordo com o art. 52, VII, da CF/1988, compete privativamente ao Senado Federal “dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal”.

Também vimos que, como forma de conferir efetividade ao comando constitucional transcrito, a Lei Complementar 101/2000 exigiu, como uma das condições para a contratação de operação de crédito, que o ente interessado formalize seu pleito fundamentando-o em parecer de seu órgão jurídico, demonstrando a observância dos limites e condições fixados pelo Senado federal (art. 32, § 1º, III, LRF).

Tais limites e condições encontram-se, atualmente, estabelecidos nas Resoluções nº 40, de 20.12.2001, e nº 43, de 21.12.2001, ambas do Senado Federal.

A Resolução n. 40, de 20.12.2001, do Senado Federal, em seu art. 3º, estipula o prazo de 15 (quinze) anos, a partir do encerramento do ano de publicação da referida resolução, para que a dívida consolidada líquida dos Estados não exceda 2 (duas) vezes a sua receita corrente líquida (art. 3º, I, da Resolução 40/2001).

Em seu art. 4º, inciso II, a Resolução 40/2001 dispõe que no período compreendido entre a data de sua publicação e o final do prazo de ajuste acima mencionado, para fins de acompanhamento da trajetória de ajuste do limite acima mencionado, a relação entre o montante da dívida consolidada líquida e a receita corrente líquida deve ser apurada quadrimestramente e consignada no Relatório de Gestão Fiscal (RGF), que tem seus contornos traçados nos arts. 54 e 55 da Lei Complementar 101/2000.

Ainda de acordo com referido art. 4º, inciso I, da citada Resolução do Senado, o excedente em relação ao limite estabelecido para a dívida consolidada líquida do Estado apurado ao final do exercício de 2001 (ano da publicação da Resolução 40/2001) deverá ser reduzido, no mínimo, à proporção de 1/15 (um quinze avo) a cada exercício financeiro, após o que, consoante estabelece o inciso III do mesmo artigo, o limite apurado anualmente será registrado no RGF.

Ressalte-se que se o montante da dívida consolidada líquida do Estado, no final do exercício de 2001 (ano de publicação da Resolução 40/2001), foi *inferior* a duas vezes a sua receita corrente líquida (art. 3º, I, da Resolução 40/2001), tal limite será aplicado durante o período de ajuste de 15 (quinze) exercícios financeiros a que se refere a Resolução 40/2001 (conforme dispõe o art. 4º, IV, a, da citada Resolução do Senado). Também aplicar-se-á o limite referido durante o período de ajuste para o Estado que atinja o citado limite antes do final do período de ajuste (art. 4º, IV, b, da Resolução 40/2001).

De acordo com o art. 6º da Resolução n. 43, de 21.12.2001, do Senado Federal, o cumprimento do limite a que se refere o art. 167 da Constituição Federal deverá ser comprovado mediante apuração das operações de crédito e das despesas de capital conforme os critérios definidos no art. 32, § 3º da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). O cumprimento de tal limite já foi devidamente analisado no Parecer emitido pela Procuradoria Administrativa nos autos do presente processo.

Consoante dispõe o art. 7º da Resolução nº 43/2001, do Senado Federal, as operações de crédito

⁷⁵ Definida, para os fins da Resolução 43/2001, no art. 2º, inciso III, da referida Resolução do Senado Federal. Tal definição, ressalte-se, assemelha-se àquela adotada pela Resolução 40/2001, do Senado, em seu art. 1º, § 1º, III.

interno e externo dos Estados deverá, ainda, observar os seguintes limites:

a) o montante global das operações realizadas em um exercício financeiro não poderá ser superior a 16% (dezesesseis por cento) da receita corrente líquida, a qual encontra definição no art. 4º da citada Resolução;

b) o comprometimento anual com amortizações, juros e demais encargos da dívida consolidada, inclusive relativos a valores a desembolsar de operações de crédito já contratadas e a contratar, não poderá exceder a 11,5% da receita corrente líquida;

c) o montante da dívida consolidada não poderá exceder o limite estabelecido pelo Senado Federal, conforme o que dispõe a Resolução nº 40/2001.

O art. 8º da Resolução nº 43/2001, do Senado Federal, estatui que o Ministério da Fazenda não encaminhará ao Senado Federal pedido de autorização para a contratação de operação de crédito de tomador que esteja inadimplente com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Uma condição para contratação de operação de crédito é, pois, a adimplência do ente interessado junto ao Sistema Financeiro Nacional.

O art. 20 da Resolução nº 43/2001, do Senado Federal, proíbe que os contratos relativos a operações de crédito externo contenham cláusula: a) de natureza política; b) atentatória à soberania nacional e à ordem pública; c) contrária à Constituição e às leis brasileiras; ou d) que implique compensação automática de débitos e créditos.

12. Conclusões

De tudo quanto foi exposto, conclui-se que:

a) crédito público é o procedimento de que o Estado lança mão para captar, através de empréstimos, recursos monetários de quem deles dispõe e aplicá-los aos gastos públicos, tanto para custear investimentos como para antecipar receita, assumindo, em contrapartida, a obrigação de restituí-los;

b) apesar de prevalecer na doutrina a noção de que os recursos obtidos pelo Estado em decorrência de operações de crédito público não constituem receita (no sentido estrito do termo), mas simples entradas de caixa ou ingressos, tendo em vista que não criam novos valores positivos para o patrimônio público, o direito positivo brasileiro recepcionou a definição ampla de receita pública e, assim, mesmo destituídos de caráter definitivo, os empréstimos públicos, categorizam-se como receitas para o Direito Financeiro (são, mais precisamente, receitas de capital - art. 11, § 4º, Lei 4.320/64);

c) apesar da divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica do crédito público, prevalece o entendimento que lhe atribui natureza contratual, mais precisamente, de contrato de direito público;

d) nem toda operação de que o Estado resulte devedor pode ser considerada crédito público, sendo essencial para sua caracterização a vontade do indivíduo em contratar com o Estado (elemento volitivo);

e) a contratação de operações de crédito público depende do atendimento das condições e limites estipulados na Constituição Federal (como, por exemplo, nos arts. 164, § 1º, 165, § 6º e 167, III), na Lei de Responsabilidade Fiscal (arts. 29 a 42) e em Resoluções do Senado Federal (Resoluções n. 40, de 20.12.2001, e n. 43, de 21.12.2001).

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Benedito Antônio; GOMES, Sebastião Edilson Rodrigues. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

ATALIBA, Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Atualiz. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Cinco aulas de finanças e política fiscal*. Salvador: Progresso, 1959.
- CAMPOS, Dejalma de. *Direito financeiro e orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995.
- CASTRO, Róbison de. *Administração e direito financeiro e orçamentário*. 3. ed. Brasília: Vestcon, 1996.
- CONTI, José Maurício. *Direito financeiro na Constituição de 1988*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- DALTON, Hugh. *Principios de finanzas públicas*. Buenos Aires: Depalma, 1948.
- DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 6, São Paulo: Saraiva, 1994.
- GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- KOHAMA, Heilio. *Contabilidade pública: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- LEITE, José Dalton Vitorino. *Temas de direito público (administrativo, constitucional e tributário)*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999.

- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- MORSELLI, Manuel. *Compendio de ciencia de las finanzas*. Trad. de Diego Abad de Santillan. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Empréstimos públicos no Brasil. In: MELLO, Celso Antônio B. de (coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba vol. 1 Direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 234-252.
- _____; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- PASCOAL, Valdecir Fernandes. *A intervenção do Estado no Município: o papel do tribunal de contas*. Recife: Nossa Livraria, 2000.
- PEREIRA, José Matias. *Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil*. São Paulo: Atlas, 1999.
- PERES, Lázaro Borges; OLIVEIRA, Elmon Porfírio de; GOMES, Manoel Barbosa. *Contabilidade pública*. 3. ed. Goiânia: Conselho Regional de Contabilidade de Goiás, 1996.
- RIBEIRO, Carlos José de Assis. *O crédito público no Brasil: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.
- ROCHA, Ariosto de Rezende. *Elementos de direito*

profundidade cria tensão com princípios consagrados da Administração, parte do denominado “paradigma burocrático” de molde weberiano, em especial o da impessoalidade, na medida em que o parceiro busca ser não um contratante selecionado anonimamente mas alguém que estabelece com a Administração as condições da relação que irá se travar entre ambos.”

Embora existam essas tensões, é preciso ousar e levar adiante a idéia de modernização do Estado, desde que se mantenha o controle necessário para evitar ou pelo menos minorar os desvios de recursos públicos.

Obrigada!

1

NOTAS SOBRE A PROPORCIONALIDADE

Paulo Victor Vieira da Rocha

¹ CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 57 e 58.

Mestrando em Direito Tributário na Universidade de São Paulo (USP). Monitor do Curso de Especialização em

3

4

5

² *Ibidem.*

³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito Constitucional*. Barueri (SP): Manole, 2007, p. 46.

⁴ *Idem*, pp. 37-46.

⁵ KRAKOWIAK, Ricardo. *O princípio da proporcionalidade como limitação constitucional ao poder de tributar*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, pp. 45 e 46.

subsidiário na análise das sub-regras (ou fases, como chama ÁVILA) da proporcionalidade, de forma que somente se analisa a necessidade de uma medida se esta primeiramente for considerada adequada (da mesma forma que só se analisa proporcionalidade em sentido estrito de medida que seja necessária). Por outro lado, se o ato for inadequado ou desnecessário, interrompendo-se o teste de proporcionalidade nessas respectivas fases, isto não quer dizer que não estará sendo aplicado.

4.2 A necessidade

Constatando-se a adequação entre a medida objeto de questionamento e o fim por ela pretensamente visado deve-se passar à análise de sua necessidade, o que significa a inexistência de outra medida que concretize com igual intensidade este princípio, mas que seja menos restritiva ao outro princípio com ele conflitante.

Mais uma vez se está diante de uma limitação fática, empírica, à eficácia dos princípios em sua realização máxima, ou seja, a concretização do estado de coisas prescrito pela norma vai até onde faticamente não se encontre outra alternativa à concretização de outro princípio com ele colidente.

Mas esta inexistência de alternativa à realização de um princípio que conflite com outro não significa que aquele vá prevalecer. Assim, passa-se à análise das limitações jurídicas à eficácia dos princípios, quando se verifica a proporcionalidade em sentido estrito da medida que realize um princípio restringindo outro.

4.3 A proporcionalidade em sentido estrito

Aqui o que⁶ se sopesa é a intensidade da

⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: *Revista dos tribunais*, 798 (23-50). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 2002, p. 29.

realização de um princípio e a importância da concretização do outro no ordenamento constitucional .

Constatando-se a adequação da medida ao fomento de um princípio, bem como sua necessidade para tanto, impõe-se analisar a importância da realização do bem jurídico por ele tutelado, se ela justifica a intensidade da restrição ao outro bem jurídico em tela, protegido por outro princípio.

Aqui não há como negar uma certa prevalência, ainda que *prima-facie*, de direitos fundamentais como aqueles referentes à vida, à liberdade e à dignidade humana, em relação a outros .

Na mesma linha, também é importante a observação de AFONSO DA SILVA, de que:

“Para que uma medida reprovada no teste de proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado *núcleo essencial* de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não realização de algum

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: **Repertório IOB de jurisprudência**, nº23/94, dez./94, p. 469. Ver também o voto do Ministro no julgamento da Ação Direita de Constitucionalidade nº 551-RJ.

⁸ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **Obra citada (nota 6)**, pp. 26-27.

⁹ PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 40.

¹⁰ **Ibidem**.

¹¹ ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In: **Revista de direito administrativo**, n. 215. Rio de Janeiro: Renovar e FGV, (151-179), jan./mar., 1999, p. 153.

direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.”

Pensando-se no direito tributário, mas sem se fazer aqui qualquer afirmação peremptória (e guardadas as devidas e imensas proporções do direito à vida e à dignidade humana), talvez, possa ocorrer algo semelhante no caso do princípio da tributação conforme capacidade contributiva objetiva, em relação a outros princípios de tributação, por exemplo, o princípio da praticabilidade.

Com isto se quer dizer que, talvez, a colisão entre tributação conforme a capacidade contributiva objetiva e praticabilidade da tributação, aquela tenha, abstratamente, uma posição hierarquicamente superior em relação a esta.

4. Conclusão

As presentes anotações, sem qualquer pretensão de exaustão, apenas servem para mostrar o quanto ainda é preciso estudar e refletir sobre o modelo da proporcionalidade, entendendo as questões que o cercam e das quais ele surge, como a teoria dos princípios e dos direitos fundamentais.

Só procedendo a profundos estudos do tema será possível fazer com que este modelo deixe de ser mero instrumento retórico e passe a ser um instrumento de aplicação de princípios jurídicos, especialmente, de direitos fundamentais, de forma racional e intersubjetivamente controlável, conforme as normas e valores de um Estado de democrático de Direito.

12 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Obra citada (nota 6)**, p. 31.

13 **Idem**, p. 23.

14 ÁVILA, Humberto. **Obra citada (nota 11)**, pp. 173-175.

15 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Obra citada (nota 6)**, p. 31.

BIBLIOGRAFIA:

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In: *Revista de direito administrativo*, nº 215. Rio de Janeiro: Renovar e FGV, (151-179), jan./mar., 1999.
- _____. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge (Massachusetts): Harward University Press, 1977.

¹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional*. Barueri (SP): Manole, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- KRAKOWIAK, Ricardo. *O princípio da proporcionalidade como limitação constitucional ao poder de tributar*. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.
- PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos tribunais*. Vol. 798. São Paulo, 2002 (23-50).
- _____. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005. ¹⁸
- _____. *Direitos fundamentais: restrição, eficácia e conteúdo essencial*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TUHR, Andreas von. *Parte General del derecho civil*.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Obra citada (nota 11)*, p. 156.

¹⁸ *Ibidem*.

Tradução espanhola Wenceslao Roces. Granada:
Editorial Comares, 2006.

19

20

21

¹⁹ PONTES, Helenilson Cunha. **Obra citada (nota 9)**, pp. 26 e 27.

²⁰ **Idem.** p, 28.

²¹ **ibidem.**

22

23

24

25

²² **Idem.**

²³ **Idem.** p. 29.

²⁴ **Idem.**

²⁵ **Idem.** p. 30.

26

27

28

²⁶ TUHR, Andréas von. **Parte general de derecho civil**. Tradução espanhola de Wenceslao Roces. Granada: Editorial Comares, 2006, p. 9.

²⁷ **Idem**, p. 30.

²⁸ ESSER, Josef *apud* ÁVILA, HUMBERTO. **Obra citada (nota 11)**, p. 155.

29

30

31

32

²⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 1977, pp. 22 a 28.

³⁰ PONTES, Helenilson Cunha. **Obra citada (nota 9)**. p. 32.

³¹ DWORKIN, Ronald. **Obra citada (nota 29)**, p. 24.

³² **Idem**, p. 25.

33

34

35

³³ **Ibidem.**

³⁴ **Idem**, p. 26.

³⁵ **Idem**, p. 27.

36

37

38

39

40

³⁶ALEX Y, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 2001, p. 83.

³⁷**Ibidem.**

³⁸**Idem.** p, 86.

³⁹**Idem.** P, 87.

⁴⁰**Idem.** p, 88.

41

42

43

44

41 **Idem.** p. 89.

42 DWORIN, Ronald. **Obra citada (nota 29)**, p. 27.

43 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 41-42.

44 **Ibidem.**

⁴⁵ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Obra citada (nota 36)**, p. 101.

47

48

49

⁴⁷ ALEXY, Robert *Apud* SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Obra citada (nota 6)**, p. 26.

⁴⁸ ALEXY, Robert *Apud* SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Obra citada (nota 6)**, p. 26.

⁴⁹ **Ibidem.**

50

51

52

53

54

56

55

57

⁵⁰ **Ibide,**.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Obra citada (nota 11)**, p. 164.

⁵² **Idem**, p. 165.

⁵³ **Ibidem.** ÁVILA, Humberto. **Obra citada (nota 43)**, pp. 121 e ss.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Obra citada (nota 7)**, p. 469.

⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Obra citada (nota 3)**, pp. 37 a 46, especialmente, p. 45.

⁵⁶ BARROS, Suzana de Toledo *Apud* CRETTON, Ricardo Aziz. **Obra citada (nota 1)**, p. 71.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros. 2006, pp. 434-435

	58
59	
	60
	61
62	
63-64	
	65

⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 114.

⁵⁹ **Idem**, p. 71.

⁶⁰ **Idem**, p. 92.

⁶¹ **Idem**, p. 91.

⁶² ÁVILA, Humberto. **Obra citada (nota 11)**, p. 172.

⁶³ **Idem**, p. 171.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 2001, pp. 62 e ss. GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 63 e ss, especialmente, p. 84.

⁶⁵ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2006.

66

67

⁶⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso. **Obra citada (nota 6)**, p. 43.

⁶⁷ Para estudo em português das distinções entre teoria externa e teoria interna, na definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, por todos: Virgílio AFOSNO DA SILVA. **Direitos fundamentais: restrição, eficácia e conteúdo essencial**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 127 a 163.

⁶⁸ Para estudo em português de teorias dos direitos fundamentais, no que se refere às discussões sobre o suporte fático amplo ou restrito destes direitos e seu âmbito de proteção, por todos: Virgílio AFOSNO DA SILVA. **Direitos fundamentais: restrição, eficácia e conteúdo essencial**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 67 a 125.

69

70

⁶⁹ Sobre o tema: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁷⁰ Sobre conflito entre princípios, no caso em que um deles esteja sendo realizado por uma medida estatal, ver: ALEXY, Robert. **Obra citada (nota 36)**, pp. 90-91.

71

72

71 ALEXY, Robert. **Obra citada (nota 36)**, pp. 89 e ss.

72 ADI 551-RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, D.J. 14.02.2003.

73

⁷³ SILVA, Luís Virgílio Afonso. **Obra citada (nota 9)**, pp. 34-35.

75

⁷⁵**Idem**, pp. 40-41.

financeiro e finanças. v. 1. Manaus: Edições Governo do Estado do Amazonas, 1966.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SAMPAIO, Egas Rosa. *Instituições de ciência das finanças: uma abordagem econômico-financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, Jair Cândido da; VASCONCELOS, Edilson Felipe. *Manual de execução orçamentária e contabilidade pública*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PALESTRA

**FISCALIZAÇÃO DOS TERMOS DE PARCERIA
CELEBRADOS COM AS ORGANIZAÇÕES DA
SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPS)
PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

(Palestra proferida no V Seminário PGE de Direito Público,

realizado nos dias 6 e 7.11.2008)

Senhores profissionais de DIREITO, servidores públicos, acadêmicos de Direito e das demais áreas correlatas, especialmente do CIESA, instituição de ensino superior a cujo quadro docente tenho a honra de pertencer, meus cumprimentos. Peço permissão para quebrar o protocolo e cumprimentar particularmente uma novel acadêmica de Direito da Universidade Federal do Amazonas, minha filha Maria Clara que me prestigia nesta tarde.

A escolha do tema foi proposital, porquanto temos assistido a uma verdadeira avalanche de termos de parceria e, em igual medida, de manifestações contrárias, inclusive veiculadas pela imprensa. Por outro lado, ao comemarmos os 20 anos da Constituição Brasileira, torna-se imperioso demonstrar que esta tão festejada Carta tratou do tema de forma expressa, o que nos remete a fazer uma reflexão sobre como deve atuar a Administração Pública no controle das entidades que com ela celebram termos de parceria. Na minha visão, não há problema algum com o instituto, mas, sim, com o modo pelo qual se faz o controle, a fiscalização da utilização desses recursos.

Por uma questão didática, dividi o tema em três momentos: iniciei fazendo uma síntese de como se chegou ao atual Estado Social Democrático, com a participação da sociedade civil como colaboradora do Estado na execução de políticas públicas e na prestação de serviços sociais à população. Na segunda parte, será feita a abordagem da previsão constitucional e legal para celebração de termos de parceria com OSCIPS, e por último, será exposto como se dá o controle pela Administração Pública dessas entidades quando recebem recursos públicos, apresentando algumas sugestões de como, objetivamente, podem ser melhorados

¹ Artigo intitulado "Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação." www.zenite.com.br. Acesso em 15/10/2008.

esses controles.

BREVE SÍNTESE DO ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO

Pois bem. Não se há falar em Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público dissociando-as da Reforma do Estado, cuja concepção implica a reformulação da atuação do Estado, definindo-se, de forma clara e absoluta, suas tarefas e as da sociedade civil, como um reconhecimento à impossibilidade de se manter o gigantismo que sobrecarrega o Estado. A intervenção excessiva estatal conduz, inexoravelmente, à ineficiência e à insuficiência de disponibilidades financeiras.

Para se admitir a existência de parcerias do Poder Público com as entidades privadas é necessário entender o papel contemporâneo da Sociedade Civil. Nesse sentido, convém apresentar uma conceituação de sociedade civil. A proposta de Jürgen Habermas, citado por Gustavo Henrique Justino de Oliveira , reflete o atual significado da expressão:

“Hoje em dia, o termo sociedade civil não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública, nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses designs discursivos refletem, em suas formas de

organização, abertas e igualitárias, certas características que compõem o tipo de comunicação em torno da qual cristalizam, conferindo-lhes continuidade e duração.”

Essa atuação da sociedade civil, afirma mais adiante o autor, referindo-se mais uma vez a Habermas, *“assume relevância para a relação entre ela e o Estado, na medida em que os grandes temas da atualidade - v.g. diversidade cultural, perigo nuclear, proteção e defesa do meio ambiente, empobrecimento dos países do Terceiro Mundo - são captados e identificados pelos centros nervosos da sociedade civil, muito antes de fazê-los os centros da política. Os líderes sociais e comunitários levantam tais problemas e os direcionam para as associações e demais representações da sociedade, que acabam por transformá-los em bandeiras de movimentos sociais de grande relevância, inserindo-os na agenda pública”*.

Nesse cenário, identificam-se duas esferas: de um lado a esfera pública política ou esfera pública estatal e de outro a esfera pública não-estatal, espaço no qual aparece, no Brasil, o Terceiro Setor.

Porém, essas conclusões não surgem de repente. E nem é fácil entendê-las sem antes fazer uma breve retrospectiva de como tudo aconteceu.

Desse modo, em apertada síntese, passo a tecer algumas considerações para facilitar o entendimento de como se chegou ao reconhecimento da existência do chamado terceiro setor.

Em meados do século XIX, surgiram as manifestações contrárias ao Estado Liberal, cujos princípios, voltados para a proteção da liberdade e da igualdade, não tinham se mostrado suficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram. Não mais se pressupõe a igualdade entre os homens como se afirmava

² Parcerias na Administração Pública, p. 9, Ed. Atlas, 6ª. edição, São Paulo, 2008.

no período anterior, de acordo com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Consolida-se, após a Segunda Guerra Mundial, então, o Estado Social também conhecido por Estado Providência ou Estado do Bem-Estar ou Estado Social de Direito. Nesse Estado, atribui-se a ele a missão de buscar a igualdade por meio da intervenção na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos. O foco passa a ser a igualdade ao invés da liberdade. Uma das tendências foi a preocupação com a socialização que não se confunde com o socialismo, mas traz em seu bojo a preocupação com o bem comum, com o interesse público.

Não havia área onde o Estado não atuasse, como bem ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao citar Jean-Jacques Chevalier. Para o autor, “O Estado vê a ele atribuir-se uma função de regulamentação global, que o leva a imiscuir-se nas relações sociais de toda natureza, sem se deixar deter por um princípio de liberdade de comércio e de indústria transformado, no fim dos anos, em uma concha vazia.”

Sucedem que essa atuação desmesurada do Estado em todos os setores da vida social trouxe alguns malefícios, na medida em que sua ação interventiva passou a colocar em risco a própria liberdade individual, afetou o princípio da separação dos Poderes e conduziu à ineficiência na prestação dos serviços. Em verdade, o Estado se transformou em Estado prestador de serviços, em Estado empresário e em Estado investidor. Note-se que essa múltipla atuação do Estado decorreu de uma exigência do indivíduo, que antes abominava a participação forte do Estado, mas que, diante da figura do Estado Social passa a cobrar a sua participação. Mas, essa atuação, como já me referi antes, traria consequências nefastas à liberdade individual diante da excessiva intervenção do Estado, que, apesar de atuar em diversas frentes, não alcançava a eficiência na realização de seus objetivos e de assegurar o bem comum.

ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO

Diante desse quadro, acrescentou-se a idéia de Estado Democrático, que, sem deixar de ser Estado Social passou a adotar a participação popular no processo político, nas decisões do Governo, no controle da Administração Pública. Não se quer dizer que o Estado Social não abrigasse o princípio democrático. É que, agora, esse princípio passou a ter uma nova feição.

Dentro dessa nova concepção de Estado de Direito, o interesse público almeja não só bens materiais, mas também se preocupa com valores considerados essenciais à existência digna do ser humano. Nessa esteira, o Estado de Direito Democrático quer a liberdade com dignidade, de modo que a presença do Estado se volta para ações tendentes a diminuir as desigualdades sociais e levar o bem-estar social a toda a coletividade. O interesse público, sob um aspecto jurídico, passa a revestir-se de um aspecto ideológico, confundindo-se com a ideia de bem comum.

Outro aspecto relevante diz respeito à nova ideia do princípio da legalidade, que deixa de ter somente a concepção formalista, desprovida de conteúdo e eficácia, para importar-se com a aplicação dos princípios que compõem a base do ordenamento jurídico, conforme previsão de Constituições de países europeus como Alemanha e Espanha. Significa a substituição da ideia do Estado legal, vinculado aos aspectos formais, por um Estado de Direito voltado aos ideais de justiça. Fala-se, então em Estado Democrático de Direito, que inclui a participação do cidadão (Estado Democrático) e o aspecto da justiça material (Estado de Direito).

Acrescente-se a tudo isso, o princípio da subsidiariedade, que, apesar de ser anterior ao Estado de

³ Op. Cit. p. 15-16.

Direito Democrático, assume importância fundamental na definição do papel do Estado. Desenvolvido no seio da doutrina social da Igreja Católica, em fins do século XIX e começo do século XX. Previsto em várias Encíclicas papais, iniciada pelo *Rerum Novarum* até a mais recente, a *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II.

Dentre as ideias inerentes ao princípio da subsidiariedade, de posse das conclusões da Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode-se citar: “*de um lado, 1- de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. 2- De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. 3- E uma terceira ideia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente.*”

Mais adiante complementa a autora: “No âmbito interno, o princípio da subsidiariedade está na própria base da nova concepção do Estado de Direito Social e Democrático, ou seja, de um lado um Estado em que os direitos fundamentais do homem já não constituem apenas uma barreira à atuação do Estado, como se via no período liberal, mas constituem a própria razão de ser do Estado. Cabe a este promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isso é necessário que se criem condições

⁴ Op. Cit. p. 17-21

para a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais. A todos os setores da sociedade deve ser dada oportunidade de participação, diminuindo ainda mais as barreiras entre Estado e sociedade;"

Em resumo, finaliza que , em consequência da aplicação do princípio da subsidiariedade podem ser apontadas as seguintes tendências:

a- ideia de diminuição do tamanho do Estado, pelo instrumento da privatização, ocorrida, principalmente, a partir da década de 80, que está sempre ligada à necessidade de reforma do Estado na América Latina, movida por fatores de ordem política, financeira e jurídica ;

b- ampliação da atividade administrativa de fomento, como meio de estimular os vários grupos sociais a realizarem seus interesses;

⁵ c- outra consequência, é o aumento das técnicas de fomento e dos instrumentos de parceria do setor público com o privado;

d- ainda a subsidiariedade está na base da desregulamentação, pela qual se busca estabelecer novo equilíbrio entre liberdade e autoridade (busca-se restabelecer a liberdade para o exercício da indústria, do comércio, das profissões liberais, limitadas pelo excesso de regulamentação);

e- a última consequência da aplicação do princípio da subsidiariedade é o reflexo da nova noção de interesse público que muda a própria Administração Pública. O significado de interesse público passa a se referir aos interesses dos cidadãos (interesse público primário) e não aos interesses do aparato administrativo (interesse público secundário). Sob essa ótica, a Administração desenvolverá

⁵ In Coordenação gerencial na administração pública, RDA 214/50.

suas atividades, utilizará os recursos humanos e financeiros preferencialmente em benefício do cidadão. Com esse intuito são desenvolvidos meios de se ampliar a discricionariedade da Administração Pública, concedendo-lhe mais autonomia administrativa, financeira e orçamentária aos dirigentes da administração direta e às entidades da administração. Essas alterações espelham a “Reforma do Estado”, com vistas a fazer reverter os males instaurados pelo estado intervencionista.

E, dentro desse ideário, no que concerne ao tema proposto, é editada, no âmbito federal, a Lei nº 9.790/99, que, colacionando as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ,

“... inaugura um novo e mais amplo quadro para a atuação coordenada entre Estado e sociedade na execução da atividade administrativa nobre do fomento público no Brasil, ao incentivar a criação de entes intermédios pela própria sociedade para desenvolverem atividades concentradas em seis setores específicos de interesse público definidos em âmbito federal: o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde (art. 1º).”

Precede à localização do tema na Constituição Brasileira, trazer o que temos conceitualmente como terceiro setor. Alerta-se que não há um conceito unívoco, eis que é avaliado segundo as observações da realidade sociocultural e institucional de um dado país.

Nas lições do Prof. Paulo Modesto , o terceiro setor é “o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente, auxiliares do Estado na persecução de atividades de conteúdo social relevante.”

Visto o conceito de terceiro setor, já se torna possível indicar a previsão constitucional. Ainda que se

⁶ Modesto, Paulo. Palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Licitações, Contratos e Compras Governamentais.

reconheça o tratamento dispensado pelas Constituições anteriores, foi mesmo na de 1988 que se ampliou esse tratamento, dispondo já no **art. 5º** regras sobre o direito de associação, precisamente nos incisos **XVII, XVIII, XIX, XX, XXI**. Há, ainda, a expressa previsão dessa espécie de entidade com várias nomenclaturas: instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos - **art. 150**, VI “c”; entidades filantrópicas - **art. 199, § 1º**; entidades sem fins lucrativos - **art. 199, § 1º**; entidades beneficentes - art. 204, I; e entidades não-governamentais - **art. 227, 1º**. Tais entidades são, geralmente, constituídas sob a forma de associação ou fundação. Segundo dados de 2004, oferecidos pelo Prof. Modesto, 276 mil instituições sem fins lucrativos no Brasil, empregavam 1,5 milhão de pessoas.

Portanto, as entidades sobre as quais iremos falar se inserem no terceiro setor, seguindo entendimento dos teóricos da Reforma do Estado. Merece realçar que outros doutrinadores, como Celso A. Bandeira de Mello e M^a Sylvia Zanella di Pietro, as consideram como integrantes das entidades parastatais, no sentido de que não integram a Administração Indireta, são pessoas privadas que exercem função típica (não exclusiva do Estado), como as de assistência social, de formação profissional, dentre outras. No desempenho dessas atividades, colocam-se ao lado do Estado, paralelas a ele. Nessa expressão estão incluídas todas as entidades do terceiro setor: as declaradas de utilidade pública, as que recebem certificação de fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIPS - estas últimas que interessam ao nosso estudo.

As parcerias com o terceiro setor, de um modo geral, assentam-se em alguns pressupostos que podem ser,

⁷ Palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Licitações, Contratos e Compras Governamentais.

sinteticamente, assim considerados :

- I- autonomia dos parceiros;
- II- voluntariedade da adesão ao ajuste;
- III- flexibilidade dos arranjos institucionais viabilizadores do ajuste;
- IV- atenuação no emprego de prerrogativas exorbitantes por parte da Administração;
- V- em regra, atividades objeto de fomento público;
- VI- complementaridade de encargos.

Nesse contexto, a celebração de termos de parceria com OSCIPS é apenas uma das formas de fomento ao terceiro setor, posto que há vários outros instrumentos, que podemos citar: concessão de títulos jurídicos, concessão de contribuições, auxílios e subvenções sociais, imunidade e isenção tributária para as entidades ou reconhecimento de benefícios fiscais para os doadores, convênios e contratos de gestão.

Como base legal sobre o assunto, temos a citada Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, com regulamentação no Decreto n. 3.100, de 30 de junho de 1999, Portaria do Ministério da Justiça n. 361, de 27 de julho de 1999.

Na esfera estadual, para conhecimento de todos, foi editada a Lei n. 3.017, de 21 de dezembro de 2005, regulamentada pelo Decreto n. 25.761, de 24 de março de 2006 e a Portaria da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos n. 55, de 6 de novembro de 2006.

DA LEI Nº 9.790, de 23 de março de 1999

O diploma legal disciplina, de forma pioneira, a atuação das entidades integrantes do chamado Terceiro Setor, que envolve o conjunto das Organizações Não-Governamentais ONGs: associações, sociedades civis ou fundações de direito privado que têm por escopo o bem

comum por meio de ações concretas.

A lei remarca como primeira exigência para enquadramento da entidade como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, que estas apresentem em seus estatutos objetivos sociais relacionados às finalidades públicas, nas áreas de: assistência social, cultura, educação, saúde, segurança alimentar e nutricional, meio ambiente, voluntariado, desenvolvimento econômico e social, sistemas alternativos de produção, ética, jurídica, estudos e pesquisas e desenvolvimento tecnológico (art. 3º).

Essas entidades privadas de fins públicos, não podem ter escopo lucrativo, ou seja, são proibidas de distribuir lucros, bonificações, dividendos, reinvestindo todo o excedente operacional em favor dos objetivos para os quais foram criadas (art. 1º, §1º). Assumem a forma de fundação ou associação, e são qualificadas, pelo Poder Público, com o título de OSCIP, atendidas as exigências legais.

O art. 2º preocupou-se em listar as entidades não passíveis de enquadramento na qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, aspecto inovador se comparada com a Lei nº 9.637, que disciplina as Organizações Sociais. São estas, a título exemplificativo: sindicatos, fundações públicas, empresas mercantis, instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; entidades de benefício mútuo, destinadas a proporcionar bens e serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; instituições hospitalares privadas não-gratuitas e suas mantenedoras; entidades ou instituições que comercializam planos de saúde e assemelhados; organizações sociais, as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; organizações creditícias que tenham qualquer vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição

Federal; outras entidades definidas mediante decreto.

Impõe, ainda, a competência ao Ministério da Justiça para atribuir a qualificação instituída pela Lei, mediante a emissão de certificado de qualificação, no prazo de quinze dias (arts. 3º, 4º, 5º e 6º, § 1º).

Impende ressaltar que essa qualificação não é definitiva, que poderá ser cancelada a pedido da própria pessoa jurídica qualificada ou mediante iniciativa popular ou do Ministério Público, no uso de suas prerrogativas constitucionais (art. 7º).

A qualificação, como dito, é um título, portanto, a entidade deve existir sob uma das formas jurídicas mencionadas. Sua qualificação como OSCIP apenas a credencia a assinatura de termo de parceria, não obriga o Poder Público a fazê-lo. O que a qualificação propicia é colocá-la em espera, já devidamente habilitada, porquanto se o Poder Público for celebrar termo de parceria, a depender da área pretendida, a entidade poderá se candidatar.

Outro ponto a destacar da legislação de regência é a previsão no estatuto de normas de prestação de contas (art. 4º, VII, a, b, c e d) prevendo:

a) observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade, por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;

c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes, se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria, conforme previsto em regulamento;

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme

determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

DO TERMO DE PARCERIA

O termo de parceria destina-se, na forma do art. 9º, à **formação de vínculo de cooperação entre o Poder Público e as entidades qualificadas como OSCIPS** para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º. Permite aos entes de todas as esferas governamentais as parcerias com as entidades do Terceiro Setor, observados os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da eficiência, impessoalidade, publicidade e eficiência, preconizados no *caput* do art.37 CF/88, além dos princípios da transparência, da competição, da cooperação e da parceria propriamente considerada.

Antes de prosseguir, cabe reconhecer, em verdade, a afinidade do termo de parceria com o convênio, porquanto se tem a convergência dos interesses envolvidos, visando a um objetivo comum. Frise-se, entretanto, que as peculiaridades do termo de parceria, descritas em lei, o fazem diferir daquele.

Algumas vezes me indagam como deve ser a opção por convênio ou termo de parceria, diante de suas similitudes. De fato, na legislação não existem condições imperiosas de aplicação de um que exclua o outro. Essa decisão se insere entre aquelas atribuídas ao Administrador no exercício do poder discricionário na atividade administrativa. Mas, em termos práticos, tenho recomendado que se avalie como se dará a atuação do parceiro e quais os objetivos pretendidos pela Administração. Normalmente, a OSCIP se presta a executar projetos inseridos em programas mais perenes, com prazo de duração mais longo que o dos convênios e, principalmente, que se refiram a programa, projeto, ações ou atividades que cobrem, exijam uma atuação gerencial,

uma atuação de acompanhamento por parte do parceiro. Conclui-se, então, que para objetos mais singelos, a serem executados em prazos mais curtos, pode-se optar pela assinatura de termo de convênio.

Por intermédio do Termo de Parceria são estipulados o objeto, as obrigações, responsabilidades, meios de cooperação, metas e resultados a serem atingidos, com a indicação dos prazos de execução ou cronograma, avaliação de desempenho, mediante indicadores de resultados, previsão de receitas e despesas, com demonstração das remunerações e benefícios do pessoal a serem pagos com recursos oriundos do termo de parceria, demonstrativo de sua execução física e financeira (art. 10, §2º) e publicação do extrato na imprensa oficial.

Podemos citar uma semelhança com o convênio. Esta reside na apresentação de um plano de trabalho (art. 10, §2º, I) que espelhe o programa a que está vinculado, a área de atuação e a forma de execução. É denominado “acordo de programa”, que permite à Administração Pública gerenciar interesses públicos, através da determinação de metas e resultados a serem atingidos (art. 10, § 2º, II), buscando atingir a eficiência.

A escolha do parceiro público pode ser feita por meio de concurso de projetos (Decreto 3.100/99). Como deflui da leitura, essa decisão se situa na esfera discricionária do Administrador. Aliás, este é um ponto muito combatido pela doutrina e órgãos de controle, eis que se defende com veemência a estipulação de critérios objetivos de escolha do parceiro, em obediência aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, para a concretização desses ajustes.

SOBRE O CONTROLE/FISCALIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com essas observações, pode-se passar para a exigência de controle sobre as entidades nessa modalidade

que recebem recurso público.

Visto o termo em comento sob uma análise mais detida, sobreleva **destacar três pontos** em especial:

1) a obrigação de a Sociedade Civil de Interesse Público apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas (art. 10, V);

2) a publicação na imprensa oficial do demonstrativo da execução física e financeira do acordo, utilizando, para tanto, modelo simplificado estabelecido no regulamento da Lei (Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999 anexo II) (art. 10, VI); e, ainda,

3) a publicação do regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras ou serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público (art. 14).

4) Acrescento, também, que no prazo de trinta dias da assinatura do termo de parceria, a OSCIP deve publicar o regulamento que preveja a exigência de licitação para utilização dos recursos públicos repassados. Esta é uma forma de controle do uso do recurso público.

Aqui reside a relevância do tema. Como já registrei, meu posicionamento é em favor da celebração de termos de parceria. Mas, não foi tarefa fácil assentir pela possibilidade de o Poder Público chamar parceiros para executar parte de suas políticas públicas. Como disse uma Procuradora do Estado da Bahia, recentemente, no XXIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, em Caldas Novas, é preciso se despir de alguns preconceitos para aceitar a celebração de parcerias, em sentido lato, aí incluídos também os contratos de gestão e termos de parceria.

Entendo que é benéfico para a sociedade que ela mesma participe da execução das políticas governamentais, por meio da celebração desses ajustes. Afinal, como vimos

no início, a sociedade sente primeiro os efeitos das carências deixadas pela ausência total ou parcial de serviços sociais. Com certeza, a experiência tem demonstrado empreendimentos de sucesso com a celebração desses instrumentos. Entretanto, não se pode fechar os olhos para as atuações irregulares e condenáveis de inúmeras entidades privadas.

A meu ver, o que falta é mais controle por parte do Poder Público sobre a atuação dessas entidades quando recebem dinheiro público. Não podemos aceitar a entrega dos recursos públicos, do dinheiro que pertence à sociedade, que contribui com seus impostos, a particulares, sem que se exerça um rigoroso acompanhamento. E não é só o controle da aplicação dos recursos, mas também o modo como se executa o objeto, ou seja, a eficiência com que o particular trabalha, posto que a escolha pela parceria se pautou na busca pela melhor execução, logo, não se vai admitir a ineficiência também do particular.

De modo bem palpável, o maior controle pode ocorrer por meio de atuação mais fiscalizadora e pró-ativa da Administração. Nada impede, por exemplo, de se exigir, no termo de parceria, que a entidade recebedora apresente relatório com cumprimento de metas e boa aplicação dos recursos públicos em período inferior a um ano, trimestralmente, semestralmente, a depender do objeto pactuado e de sua forma de execução.

Tenho defendido que o controle interno da Administração sobre essas entidades quando firmam termo de parceria é imprescindível. Até mesmo em razão de que quando se detecta falhas no início, torna-se mais fácil resolver, corrigir, ou se for o caso, interromper o pacto e abrir seleção para um novo parceiro. Na ocorrência dessa última hipótese, se constatada malversação de bens ou dinheiro público, os agentes de fiscalização da parceria podem requerer ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União ou Procuradoria Geral do Estado no sentido de serem providenciados a indisponibilidade dos bens da entidade e o

seqüestro de bens dos dirigentes e de terceiros beneficiados pelos atos ilícitos.

O controle pela Administração deve ser eficaz, não apenas formal, na medida em que a fiscalização contínua pode ter dois efeitos: 1- estanca a sangria em seu início e 2 - impõe, pelo menos, o receio de aplicação de penalidades, o que faz inibir as pretensas atuações ilícitas. Importante recordar que embora a OSCIP seja uma entidade de direito privado, desvinculada da Administração Pública, a partir do momento em que gerencia recursos da sociedade, assume inúmeras responsabilidades, e, dentre estas, ressalta-se a de prestar contas da boa aplicação dos recursos colocados à sua disposição. Inócua será a previsão de cláusulas de controle nos instrumentos de parceria se não houver a atuação efetiva da Administração.

Portanto, vejo que as críticas a essa forma de parceria devem levar em conta não o modelo e sim a forma de controle do uso dos recursos públicos. Portanto, quero reafirmar que enquanto a Administração Pública não se estruturar adequadamente com a designação de gerências ou setores específicos para acompanhamento e fiscalização da execução dos termos de parceria, continuaremos a ler nos noticiários os constantes desvios de recursos públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para encerrar essa nossa conversa, essa reflexão, gostaria de reiterar as significativas transformações pelas quais passa o Estado, nos últimos tempos. O fenômeno é sentido via privatizações, desestatizações, concessões, descentralizações, parcerias entre outras. A idéia de diminuir a atuação do Estado não chega a admitir a existência de um Estado mínimo, dada a diversidade e a complexidade das relações políticas que

⁸ Maria Paula Dallari Bucci. Direito Administrativo e Políticas Públicas. Editora Saraiva, p. 27.

marcam a sociedade.

A atual conjuntura, entretantes, também afasta a presença de um Estado onipresente, intervencionista, provado que está o prejuízo que advém de seu crescimento incontido: ineficiência, descontrole, burocratização e outros males.

Nesse passo, os sinais das limitações do modelo vigente do direito administrativo são evidentes e conduzem à busca de novas formas jurídico-institucionais de configuração da Administração Pública e suas relações com a sociedade.

Nesse cenário podemos identificar as “parcerias”, trazidas do direito civil e comercial, que, modernamente, ingressam fortemente no âmbito do direito público. O tema foi inteligentemente tratado pela Prof^a Maria Paula Dallari Bucci , de cujo pronunciamento lanço mão para encerrar esta exposição:

“Na verdade, há um movimento pendular que a Administração faz entre formas peculiares de direito público e os institutos criados pelo direito privado. De tempos em tempos, o direito administrativo vai beber nas fontes do direito privado, onde renova seu contato com as formas e procedimentos forjados pela realidade cotidiana das relações privadas.

Algumas parcerias são novas fórmulas de relacionamento entre o público e o privado, cuja



GOVERNO DO ESTADO DO
AMAZONAS
Impresso nas Oficinas Gráfica
da Imprensa Oficial do Estado